

INSTITUTES DE JUSTINIEN.

LIVRE PREMIER

TITRE I

De la Justice et du Droit.

Définition de la justice. — La justice (de *juri stare*), d'après la définition des Institutes, est la volonté (1) ferme et permanente de rendre à chacun ce qui lui appartient (*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*. Instit., *pr.*, liv. I, tit. 1). Ainsi l'homme juste est celui-là seul qui, dans toute la suite de ses actes, poursuit avec ardeur et réalise le bien, et non celui qui ne serait capable que d'actes de justice accidentels ou isolés (2).

(1) La volonté ne suffit point pour constituer la justice : il faut encore des actes correspondants. Ce point de vue est mieux indiqué dans cette autre définition de la justice donnée par la Nouvelle LXIX, *præf. initio* : « *Justitia est virtus, quæ jus suum cuique tribuit.* » Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, 2^e édit., t. I, § 2, p. 6.

(2) Sic, Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, n. 12 ; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, p. 10 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, p. 4.

Différents sens du mot droit. — Ce mot a plusieurs acceptions :

1° Le mot droit (*jus*, de *jubere* ou *jussus*) éveille l'idée de commandement, d'ordre. Le droit nous apprend quels actes doivent ou ne doivent pas être accomplis dans nos rapports sociaux avec les autres hommes, en quelles circonstances il faut agir ou s'abstenir. Le droit est donc un ensemble de préceptes auxquels l'homme doit obéir (1). L'idée de commandement, d'ordre, implique la nécessité d'une sanction, d'une contrainte matérielle. Quelle serait, en effet, l'efficacité des préceptes du droit, si l'homme pouvait s'y soustraire impunément ?

2° Le mot *jus* signifie souvent une faculté légale, une prérogative garantie par la loi. Exemple : le droit de posséder, de tester, de se marier, etc. Dans ce sens, le mot *droit* a un corrélatif nécessaire, c'est le mot *devoir*. Exemple : le droit de propriété est la faculté de jouir, de disposer d'une chose de la manière la plus absolue. Cette faculté a un corrélatif dans le devoir pour les autres de respecter ma propriété. Le *devoir* est donc l'antithèse du *droit*.

3° Le mot *jus* désigne souvent la loi elle-même. On l'emploie dans ce sens lorsqu'on dit, par exemple, que telle décision de la justice est *conforme au droit* (2).

Définition de la jurisprudence. — La jurisprudence (3)

(1) M. Ch. Giraud a fait, à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la séance du 27 sept. 1879, sur *l'idée du droit chez les jurisconsultes romains*, des observations d'une haute portée philosophique. Voy. l'extrait reproduit par la *France judiciaire*, t. IV, 3^e part., p. 23, d'après le *Journal officiel*.

(2) Voy., pour plus de détails sur ces notions préliminaires, Boistel, *Cours élém. de dr. natur. et de philosophie du droit*, p. 35 et suiv.

(3) Chez nous, le mot *jurisprudence* est employé communément dans une autre acception ; il signifie l'habitude prise par un tribunal ou par une Cour d'appel, ou par plusieurs tribunaux ou plusieurs Cours d'appel, d'interpréter et d'appliquer une règle de droit de telle ou telle manière. On dit, en ce sens, la jurisprudence des Cours d'appel pour exprimer qu'elles ont rendu sur un même point plusieurs décisions conformes.

est la connaissance ou la science de ce qui est conforme ou contraire au droit (*justi atque injusti scientia*). Ceux qui possèdent cette science s'appellent *jurisconsulti*, ou *jurisprudentes*, ou plus simplement *prudentes*. Mais d'après Justinien (Instit., § 1, liv. I, tit. 1), la jurisprudence comprend encore la connaissance des *choses divines et humaines* (*divinarum atque humanarum rerum notitia*). On n'est pas d'accord sur la signification de ces derniers mots. L'interprétation la plus probable nous paraît être celle qui y voit une allusion au droit religieux. La jurisprudence comprendrait alors la connaissance des principes qui régissent l'organisation du culte et des sacerdoces (1).

Règles du droit. — Les règles du droit sont : — vivre honnêtement ; — ne léser personne ; — donner à chacun le sien.

1° VIVRE HONNÊTEMENT (*honeste vivere*) est avant tout une règle de morale. La morale est un ensemble de préceptes d'après lesquels l'homme doit se diriger dans la vie. Le droit et la morale concourent souvent dans le but de réaliser l'honnête. Exemple : le droit s'accorde avec la morale pour défendre à un père d'épouser sa fille. Mais le droit ne se confond pas avec la morale. Le jurisconsulte Paul a tracé les limites respectives du droit et de la morale, lorsqu'il a dit : « *Non omne quod licet honestum est.* » Nous venons de voir que les obligations du droit sont sanctionnées par des moyens matériels de coercition ; les devoirs de morale n'ont de sanction que dans la conscience (2).

2° NE LÉSER PERSONNE (*alterum non lædere*) ; c'est là une pure règle de droit.

3° DONNER A CHACUN LE SIEN (*suum cuique tribuere*) ; c'est

(1) Voy., en ce sens, Ortolan, t. II, n. 14 ; Accarias, 3^e édit., t. I, p. 5 et note 4. — Comp. Demangeat, t. I, p. 11 ; Van Wetter, t. I, § 2, p. 7 et § 4, p. 15.

(2) Ch. Giraud, *loc. cit.*

encore là une règle de droit. La morale, en effet, consiste à aimer le prochain comme soi-même. Il ne suffit pas de ne pas faire le mal, il faut encore faire le bien (1) (Instit., § 2, liv. I, tit. 1).

Division du droit. — Le droit se divise en *droit public* et en *droit privé*.

Le *droit public* (*jus publicum*) a pour objet la constitution de l'État, la distribution des pouvoirs, l'organisation de la puissance publique, les rapports de ceux qui gouvernent et de ceux qui sont gouvernés (*quod ad statum rei romanæ spectat*. Instit., § 4, liv. I, tit. 1).

Le *droit privé* (*jus privatum*) a pour objet les rapports des hommes entre eux, les droits et les devoirs des particuliers les uns à l'égard des autres (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*. Instit., *ibid.*).

Le premier est au-dessus des conventions particulières ; le second, au contraire, est susceptible de toutes les modifications qu'il plaît aux parties d'y apporter. Elles peuvent même y renoncer complètement.

TITRE II

Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil.

Première division du droit privé. — Droit civil, droit des gens.

Le droit privé, au point de vue de son origine et de son étendue d'application, se divise en *droit civil* et *droit des gens*.

Le *droit civil* est l'ensemble des lois qui sont propres aux membres de la nation qui les a faites. Ainsi le droit

(1) Voy., sur la distinction du droit et de la morale, Boistel, *op. cit.*, n. 55 et suiv., p. 91 et suiv. ; Ch. Giraud, *Observations à l'Académie des sciences morales et politiques*, séance du 17 sept. 1879 (la *France judiciaire*, t. IV, 3^e part., p. 23).

civil *romain* ne s'applique qu'aux *citoyens romains* (Instit., § 1, liv. I, tit. II).

Le *droit des gens* est l'ensemble des lois communes à tous les hommes, aux pérégrins comme aux citoyens, à quelque nationalité qu'ils appartiennent (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Instit., *ibid.*). — Il est bon de remarquer que le droit des gens dont il est ici question n'a rien de commun avec le droit *international* que les Romains qualifient également de *jus gentium* (1). Ce dernier droit s'occupe des rapports entre nations, et, partant, forme une branche du droit public (L. 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Différences entre le droit civil et le droit des gens.

— 1° *Au point de vue de l'origine.* Le droit civil découle de la volonté du législateur qui le promulgue. Le droit des gens découle de la raison humaine.

2° *Au point de vue de l'étendue d'application.* Le droit civil ne s'applique qu'aux membres de la cité. Le droit des gens s'applique à tous les hommes entre eux, sans distinction de nationalité.

Telle est la division la plus rationnelle, la plus fertile en conséquences pratiques, et la plus généralement admise chez les Romains. C'est celle qui est enseignée à la Faculté de droit de Paris.

Observations. — Les Institutes (*pr.*, liv. I, tit. II) nous donnent, d'après Ulpien, une autre division du droit privé ; aux deux premiers éléments — droit civil, droit des gens — elles en ajoutent un troisième, le *droit naturel*.

Ce *droit naturel* serait un ensemble de règles communes aux hommes et aux animaux. Ainsi, l'instinct de la conservation, l'union du mâle et de la femelle, la pro-

(1) Le nom classique du droit international est *jus fetiale* ou droit des négociations et de la diplomatie. V. à cet égard Sumner Maine, *l'Ancien Droit*, traduit de l'anglais par M. Courcelle-Seneuil, p. 44 et suiv. ; Willems, *Droit publ. rom.*, 3^e édit., p. 423 et suiv.

création et l'éducation des enfants découleraient de ce droit. — Mais ce ne sont là, en réalité, que des lois physiques de l'instinct, qui, ne supposant ni intelligence ni responsabilité, répugnent à la notion du droit. Il faut donc écarter ce troisième élément du droit privé (1).

Deuxième division du droit privé. — Droit écrit, droit non écrit.

Au point de vue des sources d'où il dérive, le droit privé se divise en droit écrit (*scriptum*) et en droit non écrit (*non scriptum*. Instit., § 3, *eod.*).

Droit écrit. — Le droit écrit est celui qui résulte de la volonté du législateur formulée et promulguée (2). Le droit non écrit est celui qui résulte de sa volonté tacite manifestée par la tolérance qu'il accorde aux usages constants et généraux (*jus moribus constitutum*). Il ne s'agit donc point ici de la distinction purement matérielle qui résulterait de ce que certaines règles de droit auraient été écrites ou non.

Division du droit écrit. — Parmi les sources du droit écrit à Rome, on trouve : les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions des empereurs, les édits des magistrats, les réponses des Prudents.

La LOI est une règle établie par une autorité supérieure à laquelle on est tenu d'obéir.

(1) Sic, de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 9 et 10; Ortolan, t. II, n. 19; Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 15; Accarias, 3^e édit., n. 6, p. 15; Boistel, *Cours élém. de dr. natur. et de philosophie du droit*, p. 81; Didier-Paillhé et Tartari, *Cours de dr. rom.*, 2^e édit., p. 2; Labbé et Machelard, à leurs cours. — V. aussi Schilling, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des rom. Privatrechts* (Leipzig, 1837), t. II, p. 32; de Savigny, *System.*, t. I, p. 413; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, § 89, p. 276; Brocher, *Etud. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 20; Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. I, § 4, p. 4; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 5, p. 16, note 2; Sumner Maine, traduit de l'anglais par M. Courcelle-Seneuil, p. 51 et suiv.

(2) Sur l'origine du droit écrit, V. Jhering, traduct. de Meulenaere, *l'Esprit du dr. rom.*, t. II, § 29, p. 28 et suiv.

Fonctionnement du pouvoir législatif à Rome. — Sous les rois, avant Servius Tullius, la loi était votée dans les comices par curies ; après Servius Tullius, elle fut l'œuvre des comices par centuries (1) : cependant, même après cette époque, on trouve encore des lois curiates, notamment pour les adrogations et les testaments. La convocation des centuries se faisait sur l'initiative d'un magistrat de l'ordre des sénateurs (*senatorio magistratu interrogante*), comme un consul, un dictateur, un préteur. Ce magistrat ne pouvait présenter le projet de loi au vote des comices qu'avec l'autorisation du sénat (*ex senatus-consulto tulerit*). La loi votée dans les comices par centuries devait, à l'origine, recevoir la sanction des patriciens assemblés dans les comices par curies (*Patrum auctoritas*. Instit., § 4, *eod.*):

LE PLÉBISCITE est une résolution que les plébéiens votaient, dans les comices par tribus, sur la proposition d'un magistrat de l'ordre des plébéiens (*plebeio magistratu interrogante*). Il y avait à Rome trente-cinq tribus ou quartiers. Ces tribus étaient composées avec un caractère démocratique qui excluait les différences de race, d'âge, de fortune. Dans le vote général chaque tribu avait une voix. Au sein de la tribu, le dénombrement des suffrages se faisait par tête. A l'origine, les plébiscites, œuvres des plébéiens seuls (*plebs*), devaient être approuvés par le sénat et sanctionnés par les patriciens dans les comices par curies. Les patriciens ne figuraient point d'abord dans les comices par tribus ; longtemps même ils dénièrent aux résolutions prises par les plébéiens toute autorité législative, et refusèrent de s'y soumettre. Mais bientôt trois lois (Valeria-Hortensia, Publilia, Hortensia) décidèrent que les plébiscites

(1) Consult., sur cette réforme opérée par Servius Tullius, Rodière, *les Grands Jurisconsultes*, p. 16 et suiv., Willems, *Droit publ. rom.*, 3^e édit., p. 106 et suiv.; Émile Belot, *Hist. des chevaliers rom.*, t. I, p. 385.

seraient obligatoires pour les deux ordres, et seraient assimilés aux *leges* (Instit., § 4, liv. I, tit. II). En même temps disparut, suivant toutes les probabilités, la nécessité de l'approbation du sénat et de la confirmation des patriciens. Le plébiscite devint alors l'œuvre de tout le peuple (*populus*), et non plus des plébéiens seuls (*plebs*, (1).

Les lois et les plébiscites prenaient souvent le nom des magistrats qui les proposaient.

Le SÉNATUS-CONSULTE est une résolution du sénat (*senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit*). Sous la République, les sénatus-consultes n'étaient que des actes administratifs, des actes politiques ou de droit public. Ils ne touchaient pas au droit privé, aux intérêts des particuliers. Avec l'Empire une transformation s'opère. Les Institutes (§ 5) nous en donnent une raison quelque peu naïve. Le peuple romain s'était tellement accru, disent-elles, qu'il était devenu impossible de le convoquer en masse pour l'adoption des lois. Il parut donc convenable, dans ces circonstances, de consulter le sénat. Sous Tibère, les sénatus-consultes ont définitivement remplacé les plébiscites. — Le sénat était composé le plus souvent de citoyens qui exerçaient ou qui avaient exercé des magistratures (exemple : les magistratures curules), et qui se trouvaient dans une certaine position de fortune (2). On donnait aux sénatus-consultes le nom des consuls (S.-C. Trébellien) ou des empereurs (S.-C. Claudien), sous lesquels ils avaient été rendus.

LES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES. On désignait sous ce nom les décisions des empereurs. Aux termes de la loi *de imperio Vespasiani*, improprement qualifiée par

(1) Accarias, 3^e édit., n. 14, p. 35 et suiv. ; Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. I, § 15, p. 21 et 22 ; Rivior, *Introduct. histor. au dr. rom.*, § 51, p. 147 ; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 186 et suiv.

(2) Consultez sur ce point l'*Etude sur le sénat romain*, de Domenget, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. XXXVI, p. 462 et suiv. V. aussi Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 193 et suiv.

Ulpien (L. 1, *pr.*, D., *De const. princ.*, liv. I, tit. iv) et par Justinien (Inst., liv. I, tit. II, § 6) de *lex regia*, l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir exécutif (1), était conféré à chaque avènement au nouvel empereur ; le peuple abdiquait entre les mains de son élu et lui cédait tous les pouvoirs, toutes les magistratures (Tacite, *Annal.*, liv. I, tit. xi et xii ; liv. XII, tit. LXIX ; Suétone, *Tib. Cæs.*, 24 ; *Caius Calig.*, 14). De là résultait incontestablement pour l'empereur le droit de rendre des constitutions ayant force de loi (Instit., § 6).

Il y a trois sortes de constitutions impériales :

1° Les ÉDITS (*edicta*). Comme magistrat investi de l'*imperium*, l'empereur avait le *jus edicendi*, le droit de rendre des édits, c'est-à-dire des dispositions générales qui ne statuaient que pour l'avenir.

Comme magistrat investi de la *jurisdictio*, l'empereur avait le droit de rendre des rescrits et des décrets.

2° Les RESCRITS (*rescripta*). L'empereur pouvait être consulté par des magistrats inférieurs ou par des particuliers sur la solution d'un point de droit embarrassant. Il statuait alors d'une manière spéciale. La sentence qu'il rendait était un *rescrit*. Les rescrits portaient aussi les noms de *subscriptiones*, *epistolæ* (2).

3° Les DÉCRETS (*decreta*). L'empereur pouvait se constituer juge dans certains procès, juge du fait, juge du droit. Il rendait alors des sentences en dernier ressort appelées *décrets*.

Les rescrits et les décrets statuaient toujours pour le passé. Rendus à l'occasion d'une contestation présente, ils ne faisaient qu'interpréter le droit en vigueur à l'époque de leur promulgation, sans rien innover. C'étaient de véritables lois interprétatives (3).

Les ÉDITS DES MAGISTRATS formaient le droit *honoraire*

(1-2) Accarias, 3^e édit., t. I, n. 16, p. 39 et n. 17, p. 40.

(3) Puchta, *Instit.*, t. I, § 113 ; Accarias, t. I, n. 17, p. 41, texte et note 2 ; Van Wetter, t. I, § 3, p. 12.

qui, inspiré par des principes de justice et d'équité, avait pour mission de *fortifier*, de *compléter* et de *corriger* le droit civil (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*). Les préteurs n'étaient pas seulement des magistrats ; ils étaient, en réalité, des législateurs. Le préteur *pérégrin* vidait les contestations entre étrangers et probablement aussi entre Romains et étrangers (1) ; le préteur *urbain* jugeait les procès entre citoyens romains seulement, mais souvent il empruntait au préteur *pérégrin* les règles de droit entre étrangers dont l'application pouvait profiter aux citoyens. Chaque préteur publiait, à son entrée en fonction, un édit dans lequel se trouvaient consignés les principes de son administration future. Cet édit, une fois rendu, ne pouvait être modifié (*edictum perpetuum*) ; ainsi le voulait une loi Cornelia ; il n'avait de valeur que pour le temps d'une magistrature (2). Mais, en fait, de bonne heure la plupart des règles posées par un préteur dans son édit reparaissaient dans l'édit de ses successeurs. La disposition qui se perpétuait ainsi et était transmise d'édit en édit, était appelée *edictum translatitium* ou *tralatitium*. Lorsque le préteur apportait dans son édit des vues propres, l'édit se nommait *edictum novum*. L'édit était inscrit sur des tables de bois blanc (*in albo*) et restait exposé au *forum*.

Les édiles curules, chargés spécialement de la police des marchés, publiaient l'*edictum ædilitium* (3).

(1) Sic, Rodière, *Mémoire sur le préteur pérégrin*, Académie de législ. de Toulouse, 1868, p. 474 et suiv.

(2) Il ne faut donc pas traduire *perpetuum* par *perpétuel* ; ce qui serait un contre sens. *Perpetuum* signifie ici *non interrompu*, c'est-à-dire que l'édit publié par le préteur devait conserver, d'une manière continue et toujours persistante, sa force obligatoire pendant toute la durée d'une magistrature. Puchta, t. I, p. 196, note i ; Mommsen, *Röm st.*, t. I, p. 198, note 1 ; Faure, *Essai hist. sur le préteur rom.*, p. 55.

(3) Consult., sur l'édit. des édiles, Labatut, *Rev. gén. du droit*, 1879, p. 5 et suiv., 242 et suiv., 349 et suiv.

Il y avait aussi l'*edictum provinciale*, qui se composait de l'ensemble des dispositions qui se reproduisaient traditionnellement dans tous les édits des *præsides* (1).

A côté de ces édits, mais bien accessoirement, venaient se placer les édits rendus par les censeurs (*leges censoriæ*), et par les tribuns du peuple.

La réunion de ces différents édits constituait le droit dit *honoraire* (*jus honorarium*), parce qu'il émanait de personnes investies d'une magistrature (*in honore*).

Le besoin de coordonner les dispositions des édits successifs s'était déjà fait sentir sous Jules César. Aulus Ofilius, jurisconsulte fort estimé à cette époque, avait entrepris un travail de coordination sur lequel les renseignements précis nous font défaut. Il était réservé à Julien, investi de la préture sous Adrien, de faire, sous la dénomination d'*édit perpétuel* par excellence (*edictum perpetuum*) (2), une compilation qui, approuvée par l'empereur et par le sénat, a joui d'une immense autorité et a été dans la suite interprétée par la plupart des jurisconsultes classiques, notamment par Ulpien (3).

LES RÉPONSES DES PRUDENTS étaient des consultations, soit orales, soit écrites, données par les juriconsultes aux plaideurs ou aux juges. A l'origine, pour donner des consultations, il suffisait d'inspirer confiance au public. Les avis exprimés par un jurisconsulte quelconque, à l'occasion d'un litige, n'avaient d'autre valeur que celle que pouvait leur communiquer l'éclat du nom de leur auteur. Le juge restait toujours libre de se prononcer, suivant sa conviction personnelle,

(1) Gaius a fait de l'*edictum provinciale* un commentaire dont plusieurs fragments figurent au Digeste.

(2) Cette nouvelle signification du mot *perpetuum* se conçoit facilement, puisque l'édit de Julien avait reçu force de loi définitive.

(3) V. sur le développement du droit prétorien, Sumner Maine, *op. cit.*, p. 61 ; Rodière, *Les grands juriconsultes*, p. 50 et suiv., 73 et suiv. ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 19 et 20, p. 44 et suiv. ; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 258.

avec une indépendance complète. Auguste créa, à côté des jurisconsultes ordinaires (1), une classe de jurisconsultes officiels auxquels il donna le *jus publice respondendi ex auctoritate principis* ou la *permissio jura condendi* (2). Malgré cet accroissement d'influence, l'autorité des jurisconsultes restait encore toute doctrinale et ne liait pas le juge (3). De nouveaux progrès furent accomplis sous Tibère. Adrien compléta l'œuvre de ses devanciers en donnant force obligatoire aux réponses (4) de ces jurisconsultes officiels en cas d'unanimité.

Mais, depuis Théodose le Jeune, la célèbre loi *des citations* rendue en l'an 426 de notre ère enlève aux jurisconsultes le *jus jura condendi* et les réduit désormais au

(1) En effet, après la réforme d'Auguste, la profession de jurisconsulte, c'est-à-dire la faculté de donner des avis aux clients, resta encore ouverte à tout le monde. Seulement, on conçoit qu'il entraît dans la politique d'Auguste de chercher à rattacher à lui une force qui était puissante dans l'opinion, et qu'en marquant du signe de la faveur impériale certains jurisconsultes, il comptait faire de ceux-là des personnages qui lui seraient dévoués, et en même temps diminuer la valeur de ceux qui n'auraient pas été l'objet de cette distinction. V. Machelard, *Observat. sur les responsa prudentium* (*Rev. de législat.*, 1871, p. 544). Telle est aussi l'opinion d'Accarias, 3^e édit., t. I, n. 23, p. 56 et suiv.

(2) Il n'y a là qu'une seule et même faculté, et il nous semble difficile d'apercevoir une différence sensible entre le *jus respondendi ex auctoritate principis* et le *permissum est jura condere*. C'est d'ailleurs l'opinion soutenue et démontrée jusqu'à l'évidence par Machelard, *loc. cit.*, p. 552 et suiv., contrairement à la thèse défendue par Bodin et Demangeat. — Comp. Accarias, *loc. cit.*, p. 58.

(3) De Savigny. *Tr. du dr. rom.* (traduct. Guenoux), t. I, § 26, p. 151; Giraud, *Hist. du dr. rom.*, p. 90; Rodière, *les Grands jurisconsultes*, p. 69 Van; Wetter, 2^e édit., t. I, § 3, p. 13, pensent, au contraire, que les réponses des jurisconsultes officiels sont devenues obligatoires dès le règne d'Auguste.

(4) Par réponses, il faut entendre non seulement les réponses proprement dites aux consultations, mais aussi les décisions émises spontanément dans un ouvrage doctrinal (*opiniones*). Sic, Accarias, *loc. cit.*, p. 58. — Nous ne saurions donc admettre l'opinion de Bodin, *Rev. histor. de dr. franç.*, t. IV, p. 197 et suiv., qui refuse aux écrits des jurisconsultes vivants force de loi immédiate, et n'accorde cette autorité qu'aux ouvrages qui, après la mort de leurs auteurs, ont été consacrés par des sénatus-consultes ou par des constitutions impériales.

rôle de simples interprètes (1) (L. 3, C. Théod., *De resp. prud.*, liv. I, tit. IV).

Droit non écrit. — Ce droit a perdu sous l'Empire son ancienne autorité. Constantin, dans une de ses constitutions, tout en reconnaissant à l'usage une grande valeur, déclare que la coutume ne doit point prévaloir contre une loi. « *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est; sed non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem* » (2) (L. 2, C., *Quæ sit long. consuet.*, liv. VIII, tit. LIII).

Entre autres institutions dues à cette source du droit, il faut citer quatre théories remarquables : celles de l'exhérédation des héritiers siens (3), de la substitution pupillaire (4), du testament inofficieux (5) et de la nullité des donations entre époux (6).

Classification des matières du droit privé. — Le droit privé a pour objet : les *personnes*, les *choses*, les *actions* (*omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet*,

(1) Théodose conserva cependant toute leur autorité aux écrits de cinq jurisconsultes classiques : Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. — V., au surplus, sur l'ensemble de cette délicate matière, Ortolan, t. I, n. 314 et 369; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 83; Namur, *Cours d'Institut.*, 2^e édit., t. I, § 23, p. 33; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 66, p. 136 et 137, texte, et note 8; Sumner Maine, *l'Ancien Droit*, p. 33 et suiv.; et surtout Glasson, *Etude sur le jus respondendi*, n. 37.

(2) Ce texte a donné lieu à de nombreuses interprétations qui ont été résumées par Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 16. — Toutefois l'interprétation qui semble dominer est celle qui consisterait à dire qu'une coutume locale ne saurait prévaloir contre la disposition expresse d'une loi spéciale, ou l'esprit d'une loi générale. Sic, Demangeat, t. I, p. 105 et 106; Van Wetter, t. I, § 3, p. 14; de Savigny, *System.*, t. I, append. 2; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 18, n. 2; Von Jhering, traduct. de Meulenaere, t. 2, § 29, p. 28 et suiv. — Comp. Namur, *Cours d'Institut.*, 2^e édit., t. I, § 6, p. 6; Accarias, t. I, n. 9, p. 23 et 24, note 1; Goudsmit, *Cours des Pandectes*, traduct. de Wuyksteke, § 15 *in fine*, p. 36, note 2; Puchta, *Gervohnheitsrecht*, t. I, p. 16. — La même question se pose, dans notre droit moderne, relativement à l'autorité juridique des usages commerciaux. V. Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc., industr. et maritime*, v^o *Usages commerciaux*, n. 2 et suiv.

(3-4-5) V. *infra*, liv. II, tit. XIII, tit. XVI, tit. XVIII.

(6) V. *infra*, liv. II, tit. VII, § 3.

vel ad res, vel ad actiones). Cette classification donnée par Gaius est reproduite par Justinien dans ses Institutes (1).

Division des Institutes. — Les Institutes de Justinien se composent de quatre livres. Le premier est consacré aux *personnes*; le second, le troisième et les cinq premiers titres du quatrième, aux *choses*; la fin du quatrième, aux *actions*.

TITRE III

Des personnes. — Première classification des personnes en libres ou esclaves.

Le mot *personne* (*persona*) a trois acceptions. Il désigne :

1° L'individu juridique (*singulares personæ* ou *singuli*) considéré au point de vue des droits et des obligations que la loi lui accorde ou lui impose ;

2° L'être moral ou de raison (*personæ vice funguntur*) qui, reconnu par le législateur, peut avoir des droits ou être soumis à des obligations. Ex. l'État, une cité, le fisc, une corporation ;

3° Le rôle ou personnage que chaque homme joue dans la société et dans la famille. Ainsi, suivant que l'on est citoyen ou esclave, père de famille ou fils de famille, on a des droits et des devoirs différents. Plusieurs personnes peuvent être réunies dans le même homme. Ex. : celui qui est citoyen peut être en même temps père de famille et tuteur.

Division des personnes. — La principale division des personnes (*summa divisio*) est la division en hommes libres et en esclaves (Inst., *pr.*, liv. I, tit. III).

(1) Faut-il ranger les droits de créances parmi les *jura rerum* ou parmi le *jus actionum*? La majorité des interprètes rattache les droits de créances aux *jura rerum*. V. notamment Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 25, p. 64 et 65.

Définition de la liberté. — La liberté serait, d'après les Institutes (§ 1, *eod.*), la faculté naturelle à chacun de faire tout ce qu'il veut, à moins que la force ou la loi ne s'y oppose (*Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut jure prohibetur*) (1).

Définition de l'esclavage. — L'esclavage serait, d'après les Institutes (§ 2), une institution du droit des gens contraire au droit naturel, en vertu de laquelle un homme est soumis à la domination d'un autre (*constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur*).

Les esclaves sont nommés *servi*, parce que les généraux pratiquaient l'usage de faire vendre les prisonniers, et par là de les conserver (*servare*), au lieu de les tuer, comme ils en avaient le droit (§ 3) (2).

On les nomme aussi *mancipia*, parce qu'ils sont pris avec la main (*manu capere*) sur les ennemis (§ 4 *in fine*) (3).

Ainsi la guerre est proclamée comme l'origine de l'esclavage ; et le droit de tuer les prisonniers est considéré comme la justification et la légitimité de cette institution.

L'esclave est-il une personne ? — A certains points de vue, l'esclave est une *personne* ; à d'autres points de vue, il est une *chose*.

1° L'esclave est une **PERSONNE** : en effet, il peut figurer dans les actes juridiques où il est l'intermédiaire, l'instrument de son maître ; il peut s'obliger *civilement*

(1) Cette définition de la liberté a été justement critiquée, au point de vue philosophique, par de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. 1, p. 92 ; Demangeat, p. 149 ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 36, p. 85 ; Didier-Pailhé et Tartari, 2^e édit., p. 7.

(2) *Servi* pourrait aussi bien venir du même radical que *servire*. Accarias, p. 84, note 3.

(3) Accarias (*op. cit.*, p. 84, note 4) pense que si les esclaves sont appelés *mancipia*, ce n'est pas par allusion aux prisonniers de guerre, mais plutôt parce que les esclaves sont *res mancipi* et s'aliènent par la solennité de la mancipation ou *mancipium*. A l'appui de sa thèse, notre honorable maître cite un passage de Cicéron (*Parad.*, V, 1).

par ses délits, contracter une obligation naturelle, être institué héritier, légataire, recevoir une donation, être affranchi, posséder un pécule, etc.

2° L'esclave est une chose : il est la propriété absolue du maître qui a sur lui le droit de vie et de mort ; il peut être l'objet d'une vente, d'une donation, d'un droit d'usufruit (Instit., § 1, liv. II, tit. II). — Varron distingue, d'ailleurs, trois sortes d'instruments : le fer, le bœuf, la charrue et l'esclave.

Modes de constitution de l'esclavage.

Justinien distingue entre les esclaves *par la naissance* et les esclaves devenus tels *par suite d'un fait postérieur* (Instit., § 4, liv. I, tit. III).

A. Esclaves par la naissance.

On naît esclave, lorsqu'on a pour mère une femme esclave (*ex ancillis nostri*) (1). Peu importe que la femme ait eu des relations avec un homme libre. Toutes les fois qu'il n'y a pas mariage légitime, l'enfant suit la condition de sa mère.

B. Esclaves par suite d'un fait postérieur.

On devient esclave par le droit des gens, ou par le droit civil.

I. Par le droit des gens.

Captivitate. — Chez tous les peuples, la captivité est

(1) Remarquons cependant qu'il suffit que la femme ait été libre à un moment quelconque de la gestation, pour que l'enfant naisse libre et qu'il prenne, à tous les points de vue, la condition que sa mère avait à sa dernière minute de liberté. L'esclavage ne frappe donc à la naissance que l'enfant dont la mère, esclave à la conception, esclave à l'accouchement, n'a jamais été libre pendant la grossesse (L. 4, C., *De pœn.*, liv. IX, tit. XLVII; Instit., *pr.*, liv. I, tit. IV). — V. *infra*, liv. I, tit. IV, p. 26.

une cause d'esclavage.^x Elle suppose une lutte entre deux nations ennemies, après une déclaration de guerre régulièrement faite ou reçue (*justum bellum*). Ne sont donc point considérés comme esclaves et restent libres en droit, les prisonniers faits dans une guerre civile, les individus pris par des brigands ou des pirates (L. 5, § 2, D., *De capt.*, liv. XLIX, tit. xv).

II. *Par le droit civil.*

Il faut se placer à deux époques : avant et sous Justinien.

Avant Justinien et dans le très ancien droit, on devenait esclave *jure civili* de plusieurs manières :

1° D'après la loi des Douze-Tables, l'homme libre qui commettait un vol et qui était pris sur le fait (*fur manifestus*) était attribué (*adictus*) à celui qui allait être victime du vol. Cette cause de servitude est déjà remplacée dans le droit prétorien par la peine du quadruple de la valeur de l'objet volé (1).

2° D'après la même loi des Douze-Tables, le débiteur qui n'avait pas payé sa dette dans un certain délai, après sa condamnation en justice, était attribué à ses créanciers et vendu comme esclave *trans Tiberim*. La loi Petilia Papiria change cet état de choses. L'*adictus* ne devient plus esclave ; il doit travailler pour son créancier jusqu'au jour où il aura éteint sa dette par le fruit de son labeur (2).

3° Lorsqu'à l'époque du recensement, un citoyen romain omettait de se faire inscrire sur les tables du cens, il perdait sa qualité d'homme libre, et devenait esclave. Cette cause de servitude, qui paraît remonter

(1) V. *infra*, liv. IV, tit. 1.

(2) Sic, Vainberg, *De la faillite d'après le dr. rom.*, p. 89 et 91. — M. Giraud, *Des Nexi*, va plus loin ; il pense que la loi Petilia Papiria a aboli le *nexum operarum*, c'est-à-dire la contrainte du débiteur au travail.

à Servius Tullius, a disparu dès les premiers siècles de l'Empire.

4° Le citoyen romain qui refusait le service militaire pouvait également être réduit en esclavage. L'établissement de l'Empire, en inaugurant un nouveau mode de recrutement de l'armée par voie d'enrôlements volontaires, fit disparaître cette cause de servitude (L. 4, § 10, D., *De re milit.*, liv. XLIX, tit. XVI).

Sous Justinien, quatre causes de servitude subsistent encore :

1° Les Institutes ne mentionnent que le cas où un homme libre, majeur de vingt ans, s'est laissé vendre comme un esclave pour prendre part au prix (*ad pretium participandum sese venundari passus est*. Instit., § 4, *eod.*). Un homme libre ne peut par l'effet d'une convention aliéner sa liberté, car la liberté n'est pas dans le commerce. Ce principe facilitait le genre de fraude suivant : Un homme libre s'entendait avec un autre afin de se faire passer pour esclave et d'être vendu comme tel. Quand l'acheteur avait payé le prix, le vendeur le partageait ou le dissipait avec le vendu. Après quoi, le vendu réclamait sa qualité d'homme libre qu'il n'avait pas pu perdre par l'effet d'une convention. L'acheteur se trouvait ainsi sans moyen de garantie efficace contre une pareille fraude. Une loi (le S.-C. Claudien peut-être) fit cesser ce trafic ; elle défendit au vendeur de revendiquer sa liberté et le déclara esclave de l'acheteur. Mais il fallait la réunion de cinq conditions :

Que celui qui s'était laissé vendre fût majeur de vingt ans, soit au jour de la vente, soit au jour du partage du prix (L. 7, § 1, D., *De lib. caus.*, liv. LX, tit. XII) ;

Qu'il y eût mauvaise foi de la part du vendeur et de la personne vendue ;

Que l'acheteur fût de bonne foi, c'est-à-dire qu'il eût ignoré la condition libre du prétendu esclave (L. 7, § 2 ; L. 33, D., *eod.*) ;

Que l'acheteur eût réellement payé le prix de la vente ;

Que ce prix, enfin, eût été partagé entre le vendeur et la personne vendue.

Cette cause de servitude a été supprimée par la nov. LIX de l'empereur Léon.

2° L'enfant, issu des relations d'une femme libre avec un esclave, était libre ; car, hors du mariage légitime, l'enfant suivait la condition de sa mère. Mais alors le maître de l'esclave souffrait un préjudice. Une disposition du S.-C. Claudien décidait que lorsqu'une femme libre entretenait un commerce avec un esclave, le maître de l'esclave pouvait lui dénoncer de cesser ces relations. Si après trois dénonciations la femme persistait, elle perdait au profit de ce maître sa liberté et ses biens. Ses enfants naissaient alors en servitude. Justinien a abrogé le S.-C. Claudien (L. unic., C., *De stc. Claud. toll.*, liv. VII, tit. XXIV).

3° L'ingratitude d'un affranchi envers son patron faisait retomber l'affranchi en esclavage. Cette cause de servitude ne s'introduit que fort tard dans la législation. Soulevée par Claude, la question est portée, sous Néron, devant le Sénat ; mais la proposition échoue. Une constitution de Commode (L. 6, § 1, C., *De agnosc. vel alend.*, liv. XXV, tit. III) décide que l'affranchi ingrat redevient esclave de son ancien maître ; mais il faut des faits d'ingratitude bien caractérisés, tels que des violences matérielles ou un refus d'aliments ; il faut, en outre, que ces faits soient constatés et que la révocation de la liberté soit prononcée par sentence du magistrat. Justinien a maintenu cette cause de servitude.

4° La condamnation à certaines peines entraînait l'esclavage. Lorsqu'un citoyen était condamné pour crime à lutter dans le cirque (*ad bestias*), ou à travailler dans les mines (*ad metallum*), il perdait la liberté par la sentence de condamnation ; il devenait esclave de la peine

à laquelle il était condamné (*servus pænæ*). L'esclave de la peine n'avait pas de maître (*servus sine domino*. Instit., § 3, liv. I, tit. XII; L. 2, § 2, D., *De pæn.*, liv. XLVIII, tit. XIX). D'abord conservée par Justinien, cette cause de servitude a été abolie dans la suite par la nouvelle XXII, ch. VIII (1).

Personnes libres.

Il y a, disent les Institutes (§ 5, *eod.*), de nombreuses différences entre les hommes libres.

SUBDIVISION DES PERSONNES LIBRES EN CITOYENS ROMAINS ET PÉRÉGRINS.

I. **Citoyens.** — Ce titre n'appartient, en principe, qu'à ceux qui sont originaires de Rome et du territoire restreint qui l'environne. De grands avantages étaient attachés à la cité romaine. Ainsi les citoyens avaient seuls le droit :

1° D'acquérir la propriété romaine, *dominium*, et de faire tous les actes qui s'y rapportent, particulièrement de figurer dans une mancipation, comme aliénateur ou comme acquéreur (*commercium est emendi vendendique invicem jus*). C'est le *jus commercii* (2) ;

2° De recevoir par testament ou de faire son testament. C'est la *testamenti factio* ;

3° De contracter un mariage valable d'après le *jus civile*, et d'acquérir les droits qui en résultent, particulièrement la puissance paternelle et le droit de parenté civile appelée *agnatio*. C'est le *jus connubii* ;

4° De participer aux comices, et d'aspirer aux diver-

(1) Consult., sur tous ces points, la remarquable étude de M. Caqueray, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. histor. de dr. franç. et étrang., t. X, p. 199 et suiv.

(2) Voy., sur le *jus commercii*, Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 80 et suiv.

ses magistratures. C'est le *jus suffragii et honorum* (1).

II. **Pérétrins.** — On entend par *peregrini* soit les étrangers soumis à la domination romaine et non investis du droit de cité, soit les peuples indépendants qui ont conclu avec les Romains des traités d'alliance. Ce mot est devenu, dans le dernier état du droit, synonyme de *hostes*.

Quant aux peuples restés en dehors de la civilisation romaine, on les désigne sous la dénomination de *barbari* (L. 6, D., *De bon. damn.*, liv. XLVIII, tit. xx).

Différentes classes de pérétrins. — Il y a trois classes de pérétrins : 1° le Latin ; 2° le pérétrin proprement dit ; 3° le pérétrin déditice.

Première classe. — Le *Latin* habitait le Latium, pays le plus rapproché de Rome et l'un des premiers conquis. Il y avait entre le Latin et le citoyen romain une communauté d'origine, de mœurs, de langue. Le Latin tenait une place intermédiaire entre le citoyen romain et le pérétrin proprement dit. Dans quelle mesure le Latin participait-il aux droits de cité, et quelles prérogatives comprenait le *jus Latii* ?

Au point de vue du patrimoine, le Latin était assimilé au citoyen romain ; il pouvait acquérir la propriété romaine (*dominium*), contracter une obligation *jure civili*, figurer dans une mancipation, etc., en un mot, il jouissait du *jus commercii* (2).

De plus, il pouvait être institué héritier, recevoir un legs, faire un testament : il avait la *testamenti factio*.

Au point de vue des droits de famille, le Latin était assimilé au pérétrin : il ne pouvait contracter un mariage légitime (*justæ nuptiæ*), produisant des effets re-

(1) Consult. Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 85 et suiv. ; Houdoy, *Dr. municipal rom.*, p. 16 et suiv.

(2) Bien entendu il ne pouvait être question ici quo du latin proprement dit ou du latin *coloniaire* ; le latin *junien*, comme nous le verrons *infra*, p. 30, ne jouissait du *jus commercii* que sous certaines conditions.

connus par le droit civil ; en un mot, il n'avait pas le *jus connubii* (1).

Au point de vue de l'acquisition de la cité romaine, le Latin avait des facilités refusées au pérégrin proprement dit. Ainsi il pouvait acquérir le droit de cité, soit en s'établissant à Rome, soit à la suite d'une magistrature gérée dans sa ville natale, soit comme récompense pour avoir convaincu judiciairement de concussion un magistrat de Rome (2).

Plus tard, le *jus Latii* a été étendu à plusieurs villes d'Italie, de Gaule et d'Espagne ; dès lors, les termes *jus Latii*, *Latinus*, ont perdu toute signification ethnographique ou locale et ont été également applicables à tous les peuples qui jouissaient du *jus commercii* et de certaines facilités pour acquérir le droit de cité (3).

Deuxième classe. — Le pérégrin proprement dit (*ordinarius* ou *socius*) n'avait ni droits politiques ni droits civils.

M. Maynz (4) a nettement esquissé la condition légale du *peregrinus* dans les lignes suivantes : « Il ne pouvait point acquérir de droits d'après le *jus civile*, ni invoquer la protection qu'il assurait aux citoyens. On ne lui refusait pas, à la vérité, celle qui paraît être due à tous les hommes, abstraction faite de la législation particulière d'un État, et qu'on croyait être fondée sur l'équité naturelle, *jus gentium*. Le mariage du *peregrinus* était considéré comme valable, mais il ne produisait pas les effets du mariage romain (*justæ nuptiæ*). Les Romains ne déniaient pas au *peregrinus* l'exercice du pouvoir que l'homme peut avoir sur les objets matériels et que nous appelons propriété, *dominium* ; mais

(1) Les *Latini veteres* de l'ancien Latium paraissent avoir eu le *jus connubii* avec les Romains. Sic, Accarias, t. I, n. 50, texte et note 2. — Mais à l'époque du droit classique, il n'y a plus de *Latini veteres*.

(2) Houdoy, *Dr. municip. rom.*, p. 21 et suiv.

(3) Consult., sur le *majus et le minus latium*, Ed. Beaudouin, *Nouv. revue hist. de dr. franç.*, 1879, p. 1 et suiv., 111 et suiv.

(4) *Cours de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, § 33, p. 84 et 85.

cette propriété de l'étranger ne jouissait que d'une protection relative et qui était loin d'être aussi efficace que celle accordée au *dominium* du citoyen. Il était capable de contracter des obligations ; rien ne s'opposait à ce que, d'après le droit en usage dans son pays, il succédât dans les biens de ses proches décédés intestat, ou d'une personne quelconque qui avait fait un testament en sa faveur ; mais il ne pouvait point, à l'égard de ces manifestations de droit, se prévaloir des dispositions de la loi romaine, ni invoquer la protection absolue et efficace offerte et garantie par le *jus Quiritium*. »

Troisième classe de pérégrins. — Les *déditices* étaient les peuples qui, après avoir pris les armes contre Rome, s'étaient rendus à discrétion, *qui, ut victi sunt, se dediderunt* (Gaius, C. I, § 14). Ils étaient au dernier degré des hommes libres (*pessima libertas*. Gaius, C. I, § 26). En effet, ils perdaient leur existence politique, leur *patria* ou *origo* ; ils n'avaient aucun espoir de parvenir à la cité romaine ; ils ne pouvaient paraître soit à Rome, soit dans un rayon de cent milles de Rome, sans encourir la perte de leur liberté et de leurs biens (Gaius, C. I, § 27).

Extension du droit de cité. — A la suite de la guerre sociale, le droit de cité est communiqué à toute l'Italie. Sous les premiers empereurs, il est accordé avec profusion. Enfin, Antonin Caracalla confère le droit de cité à tous les peuples qui font partie de l'empire (L. 17, C., *De stat. hom.*, liv. I, tit. v). Cependant, même après la constitution de Caracalla, l'empire compte encore des sujets non citoyens. Telles sont certainement les personnes privées du droit de cité par l'effet d'une condamnation criminelle, les *déditices* (1) et les Latins juniens (2).

(1-2) V. *infra*, liv. I, tit. v, p. 30 et 31.

De plus, on admet aujourd'hui que la concession de Caracalla fut restreinte aux habitants actuels de l'empire et à leur descendance ; les provinces postérieurement conquises n'en profitèrent point. Mais ces dernières inégalités furent effacées par Justinien ; de son temps, tout sujet de l'empire est en même temps citoyen, sauf la déchéance encourue par certaines condamnations. En dehors des *cives*, il n'y a plus que des *barbari* (1).

TITRE IV

Subdivision des personnes libres en ingénus et affranchis.

L'*ingénu* est l'homme libre dès sa naissance, l'homme qui n'a jamais été esclave (Instit., *pr.*, liv. I, tit. iv).

L'*affranchi* est celui qui a été légalement esclave et qui est sorti de la servitude (Instit., *eod.*).

Il y a *deux cas* cependant où l'esclavage, après avoir frappé une personne, disparaît sans laisser aucune trace.

Premier cas. — Un citoyen, qui est fait prisonnier, devient esclave ; mais s'il trompe la surveillance de l'ennemi et qu'il retourne à Rome, il recouvre tous ses droits, comme un individu qui passerait pour mort et reparaitrait. La servitude est entièrement effacée. Ce bénéfice est connu sous le nom de droit de retour (*jus postliminii*).

Deuxième cas. — L'empereur, dans sa toute-puissance, peut faire d'un esclave un homme libre, un ingénu. Exemple : il accorde à un esclave de la peine la *restitutio natalium*. Le *natalibus restitutus* est également ingénu ; il a le *jus ingenuitatis* (L. 2, C., *De jur. aur. annull.*,

(1) Voy., pour plus de développements, Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 41, p. 82 et 83 ; Accarias, t. I, n. 51 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 32.

liv. VII, tit. VIII; L. 2, C., *De nat. rest.*, liv. XLIX, tit. XI) (1).

Dans quel cas on est ingénu. — L'ingénu étant libre par naissance, il s'agit de savoir quand un enfant naît libre, pour savoir s'il est ingénu.

Posons deux principes :

Premier principe. — Dans le mariage légitime, l'enfant suit la condition de son père.

Deuxième principe. — En dehors du mariage légitime, l'enfant suit la condition de sa mère. Ce deuxième principe souffre une exception. L'enfant qui naît d'un pérégrin et d'une citoyenne romaine, entre lesquels il n'y a pas de mariage légitime, ne naît point citoyen romain; d'après la loi *Mensia* (2) ou mieux *Minicia*, il naît pérégrin.

Ces deux principes se complètent par les deux règles suivantes :

Première règle. — Lorsque l'enfant suit la condition de son père, la condition de l'enfant se fixe au moment où il est conçu (*Gaius*, C. I, § 89; *Ulpian*, *Reg.*, tit. v, § 10).

(1) La *restitutio natalium* entraînant, à la différence du *jus au-reorum annulorum*, l'extinction complète de tous les *jura patronatus*, exigeait le consentement exprès du patron ou de ses enfants. — V. *infra*, liv. I, tit. v, p. 34, note 1.

(2) Tel était, du moins jusqu'à ces derniers temps, le nom donné communément à cette loi d'après *Ulpian* (*Règl.*, V, 8). Mais il y avait sur ce nom bien des doutes, fondés notamment sur ce qu'il n'existe pas de *gens Mensia* connue. D'autres noms ont été proposés : *Puchta*, reprenant en la modifiant, une opinion de *Bach*, a soutenu (*Curs. der Instit.*, § 217, note K) que *Mensia* était une corruption pour *Ælia Sentia*, opinion qui a eu quelques partisans, mais un plus grand nombre de contradicteurs. Parmi ces derniers, *M. Mor. Voigt*, *Die lex Maenia de dote vom Jahr DLXVIII der Stadt*, § 3, a essayé d'établir que le nom véritable de la loi n'était autre que *Maenia*, *Menia*, ou encore *Mennia*. Selon lui, une loi *Maenia*, de l'an 568, aurait tout à la fois réglé le mariage des Romains avec les pérégrins et la matière de la dot, spécialement la restitution après la dissolution du mariage. Dès 1868, au congrès de Wurzburg, *M. Studemund* a établi le nom de *Minicia*, que *M. Dubois*, auquel nous empruntons tous ces détails, adopte dans sa savante édition des *Institutes de Gaius*, p. 48, note 225.

Deuxième règle. — Lorsqu'il suit la condition de sa mère, la condition se fixe au moment de l'accouchement (Gaius et Ulpien, mêmes textes).

Cette double règle souffre une exception qui peut se formuler ainsi :

L'enfant conçu est considéré comme étant déjà né toutes les fois que son intérêt l'exige (1). Le résultat de cette règle est de faire acquérir à l'enfant une condition meilleure.

Exemple : *dans le mariage légitime*, la condition se fixe en général au moment de la conception ; mais si le père, pérégrin au moment de la conception, est devenu citoyen romain lors de la naissance de l'enfant, l'enfant naît citoyen romain. — *Hors le mariage légitime*, la condition se détermine au moment de la naissance. Cependant il peut arriver que la mère soit citoyenne au moment de la conception, et pérégrine au moment de la naissance : dans ce cas l'enfant ne naît pas pérégrin, mais citoyen romain (L. 5, § 2, D., *De stat. homin.*, liv. I, tit. v).

Bien plus, en supposant une femme esclave lors de la conception, libre pendant le cours de la gestation, et redevenue esclave lors de l'accouchement, on décide que l'enfant naît libre (L. 5, § 3, D., *eod. tit.*).

Ainsi il suffit que la mère ait été libre pendant un seul moment de la gestation, pour que l'enfant naisse libre. Tels sont les principes posés dans les Institutes (*pr.*, liv. I, tit. iv).

TITRE V

Des affranchis.

Définition. — L'affranchissement (*manumissio*) est l'acte par lequel le maître donne la liberté à l'esclave.

(1) Conf., Code civ., art. 906.

— Par opposition à l'ingénu, l'affranchi s'appelle *libertinus*; dans ses rapports avec son patron, il s'appelle *libertus*.

Modes d'affranchissement.

Il y en a de deux sortes : des modes *solemnels*, des modes *non solemnels*.

Modes solemnels d'affranchissement avant Justinien. — Avant l'Empire, il en existe trois : la *vindicta*, le *cens*, le *testament* (Gaius, C. I, § 17).

Premier mode. — La *vindicta* (*vindicta*). Ce mode d'affranchissement consiste dans un procès fictif en revendication de la liberté. Les parties se rendent devant le magistrat pour faire consacrer par un arrêt un arrangement pris d'avance. Un tiers se porte *assertor libertatis*, c'est-à-dire affirme que le prétendu esclave est un homme libre (*hunc ego hominem liberum dico*). Le maître ne contredit pas. Le préteur proclame alors la prétention du demandeur conforme à la vérité et déclare l'esclave libre selon le droit des Romains (*aio te liberum more Quiritium*). Cette déclaration s'appelle *addictio* (Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 7). — D'où vient le mot *vindicta*? La *vindicta*, appelée aussi *festuca* ou *hasta*, est une sorte de baguette ou de lance de bois qui figurait, comme symbole de la propriété, dans tous les procès en revendication (Gaius, C. IV, § 16 *in fine*). L'*assertor libertatis*, armé de cette lance, est censé mettre la liberté de l'esclave sous la protection de la force.

Dans ce procès fictif le magistrat fait acte de *jurisdiction gracieuse*, et non de *jurisdiction contentieuse*. Or, si la *jurisdiction contentieuse* ne peut être exercée que dans certains lieux déterminés et en certains temps, la *jurisdiction gracieuse* peut l'être en tous lieux et en tous temps. Il n'est pas nécessaire que le magistrat siège sur son tribunal, ni qu'il soit assisté d'un licteur. Aussi les *Institutes* (§ 2, liv. I, tit. v) nous disent que les maîtres qui veulent affranchir leurs esclaves peuvent se présen-

ter sur le passage du magistrat au moment où il va au bain ou au théâtre (Gaius, C. I, § 20).

Du caractère solennel de la vindicte découlent les conséquences suivantes :

1° La moindre irrégularité dans l'accomplissement des formalités prescrites entraîne la nullité de l'acte tout entier.

2° La représentation n'est pas permise. Ainsi le tuteur, le curateur ne peuvent y figurer pour le mineur ou l'interdit.

3° L'affranchissement est immédiat, absolu : il ne peut être fait sous condition ou à terme.

Deuxième mode. — Le *cens*. L'esclave qui, avec le consentement de son maître, se fait inscrire comme citoyen romain sur les tables du cens, lors du recensement quinquennal, devient libre (1) (Ulpian, *Regl.*, tit. 1, § 8).

Le cens, comme la vindicte, exclut l'apposition d'un terme ou d'une condition. Ce mode d'affranchissement incommode, puisqu'il avait le grave inconvénient de n'être possible qu'aux époques de recensement, c'est-à-dire tous les cinq ans (*census lustrales*), a disparu sous Vespasien.

Troisième mode. — Le *testament*. La liberté peut être léguée à l'esclave par testament de deux manières : directement, ou par personne interposée.

Directement quand le testateur dit : *Stichus liber esto*. Il n'y a dans ce cas aucun intermédiaire entre le défunt et l'affranchi. L'esclave devient libre de plein droit du moment qu'il y a un héritier. Il a pour patron le testateur, et non l'héritier. On l'appelle *libertus orcinus*, c'est-à-dire l'affranchi d'un homme déjà dans les enfers. C'est la *libertas directa* (Ulpian, tit. 11, § 7).

(1) Mais c'était une question controversée que de savoir si la liberté était acquise à l'esclave par l'effet immédiat de cette inscription ou seulement après la clôture du lustre. Cicéron, *de Orat.*, I, 40 ; Dosithee, *Disp. de men.*, § 17.

Par personne interposée, lorsque le testateur charge un héritier d'affranchir l'esclave (*fidei committo heredis mei ut iste eum servum manumittat*). Dans ce cas, la volonté du testateur est de rendre l'héritier propriétaire de l'esclave. L'héritier, en affranchissant l'esclave, acquiert sur lui tous les droits de patronage. C'est la *libertas fideicommissaria* (Ulpien, *ibid.*).

Remarquons que l'affranchissement par testament, à la différence de l'affranchissement par la vindicte et le cens, se prête à l'apposition d'un terme ou d'une condition, de telle façon que l'effet du legs de liberté soit ou reculé jusqu'à une certaine époque ou subordonné à l'arrivée d'un événement actuellement futur et incertain. L'esclave dont l'état est ainsi en suspens est appelé *statu liber*, et passe provisoirement sous la puissance de l'héritier (Ulpien, tit. II, §§ 1, 2 et 3).

Modes non solennels avant Justinien. — Les modes non solennels sont l'affranchissement par lettres, entre amis, par un messenger, et autres que nous indiquerons plus loin.

Intérêt de cette distinction. — **Innovations successives.** — Pour donner légalement la liberté à un esclave, il fallait, dans l'ancien droit, employer nécessairement l'un des trois modes solennels d'affranchissement; sinon l'esclave ne devenait pas libre. Tel était le premier état du droit.

Premier progrès. — Le préteur est intervenu pour protéger l'esclave contre les caprices de son maître, lorsque celui-ci, après l'avoir affranchi sans solennité, voulait le faire rentrer sous sa puissance, et prétendait exiger de lui des services que l'on ne peut exiger que d'un esclave. L'esclave ainsi affranchi vivait, de fait, comme s'il était libre (*in libertate morabatur*); mais il mourait esclave avec les conséquences légales de cet état; notamment tout ce qu'il avait pu acquérir appartenait à son maître (Gaius, C. III, § 56).

Deuxième progrès. — Une loi Junia Norbana rendue, suivant toutes les probabilités, en l'an 671 de Rome, sous le consulat de Junius Norbanus (1), est venue accorder à ces esclaves qui vivaient comme s'ils étaient libres, une situation légale; elle les assimile aux Latins et leur donne de grandes facilités pour acquérir la cité romaine. De là ils furent nommés *Latins Juniens*.

Latins : — A cause de leur assimilation avec les Latins.

Juniens : — A cause de la loi *Junia* qui leur a accordé ce bienfait.

Condition des affranchis Latins-Juniens. — Ces affranchis ne jouissent point des droits politiques, ni du *connubium*; mais ils ont le *jus commercii*, c'est-à-dire le droit d'acheter, de vendre, de devenir propriétaires d'après le droit civil. Ils ont la *testamenti factio* et par conséquent ils peuvent figurer dans un testament comme *libripens*, *familiæ emptor* ou témoins, et même comme héritiers et légataires. Cependant ils ne peuvent recueillir le bénéfice de l'institution ou du legs qu'à la condition de devenir citoyens romains dans les cent jours du décès du testateur. Au surplus, ils n'ont qu'une partie de la *testamenti factio*; car ils ne peuvent pas faire un testament. Ils meurent comme s'ils n'avaient jamais cessé d'être esclaves. Les biens qui se trouvent dans leur patrimoine sont dévolus au patron *jure peculii* (Gaius, C. I, § 23, et C. III, §§ 56 et 58). — De plus, malgré leur aptitude générale à exercer la tutelle, ils ne peuvent être nommés tu-

(1) Sic, Demangeat, t. I, p. 193; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 62, p. 134, texte et note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 19; Labbé, à son cours. — D'autres interprètes placent la date de cette loi sous le règne de Tibère, en l'an 772 de Rome, Junius Silanus et Norbanus Flaccus étant consuls. Ducaucroy, *Instit. de Just.*, t. I, n. 76; Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. I, n. 65, texte et note 5; Caqueray, *De l'esclavage chez les Romains (Rev. histor. de dr. franç. et étrang.*, t. X, p. 312); Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 451, édit. de 1846; Vangerow, *Ueber die Latini Juniani*, § 2; Van Wetter, t. II, § 603, p. 327.

teurs testamentaires (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, § 16).

Outre ces deux classes d'affranchis, il y a une troisième classe introduite par la loi *Ælia Sentia* (1). Ce sont les affranchis *déditices* assimilés aux *peregrini dedititii* dont nous nous sommes occupé plus haut (V. *supra*, p. 23). Cette troisième classe d'affranchis comprend les esclaves qui, avant leur affranchissement, ont subi des peines infamantes, comme la marque, la torture, etc. (Gaius, C. I, § 13; Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 11). Placés dans une condition humiliante (*pessima libertas*), ils n'ont aucun moyen d'améliorer leur sort, car ils sont à tout jamais incapables de devenir citoyens romains ou même Latins (2) (Gaius, C. I, §§ 15, 26 et 27).

Modes solennels d'affranchissement sous Justinien.

— Des anciens modes solennels d'affranchissement deux sont restés en vigueur, la vindicte et le testament (Instit., § 1, liv. I, tit. 1). Le cens a disparu avec Vespasien; mais il est remplacé, sous Constantin, par un autre mode solennel, l'affranchissement *dans les églises* (*in sacrosanctis ecclesiis*). Le maître, devant l'évêque et en présence du peuple (*adsistentibus christianorum antistibus*), déclare donner la liberté à tel esclave. Le pontife inscrit l'acte d'affranchissement sur les registres de l'église (3) (LL. 1, 2, C., *De his qui in eccl.*, liv. I, tit. XIII).

Modes non solennels d'affranchissement sous Justinien. — Justinien n'énumère pas les modes non solennels d'affranchissement. Il ne cite que l'affranchissement *inter amicos per epistolam* (Instit., § 1, *eod.*).

Inter amicos. — L'esclave devient libre par une déclaration du maître faite devant quelques amis. La pré-

(1) V. *inf.*, liv. I, tit. vi, p. 36 et suiv.

(2) Mais la condition des affranchis *déditices* n'était pas héréditaire; leurs enfants pouvaient devenir citoyens (Gaius, C. I, § 68).

(3) Suivant la remarque d'Accarias, n. 55, p. 124, les chrétiens catholiques seuls purent user de ce mode.

sence de cinq témoins est exigée à peine de nullité. Ce mode ne s'emploie que lorsque l'esclave est présent (L. *unic.*, § 2, C., *De lat. lib. toll.*, liv. VII, tit. vi).

Per epistolam. — Le maître écrit à son esclave absent qu'il lui donne la liberté. Cette lettre doit être signée de cinq témoins (L. *unic.*, § 1, C., *eod.*).

Justinien fait en outre allusion à un autre mode de manumission par ces expressions (*aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem*). C'est le codicille, acte sans solennité.

Il est encore, ajoute Justinien, pour acquérir la liberté, beaucoup d'autres moyens introduits tant par les constitutions anciennes que par les nôtres (Inst., § 1, *eod.*). Ainsi l'affranchissement résulte notamment des hypothèses suivantes : — le maître donne dans un acte public à son esclave le nom de fils ; — il marie son *ancilla* à un homme libre, et il la dote par acte écrit ; — il abandonne à l'esclave, devant témoins, les titres qui constatent sa condition ; — l'esclave, d'après la volonté du maître défunt ou de son héritier, a précédé le convoi, la tête coiffée du *pileus* ou bonnet de la liberté (L. *unic.*, §§ 3, 9, 10, 11, C., *eod.*). — L'enrôlement dans l'armée, l'attribution d'une dignité (LL. 6 et 7, C., *Qui milit. poss.*, liv. XII, tit. xxxiv), l'entrée dans les ordres ecclésiastiques (Nov. LXXIII, ch. xvii), sont encore des cas plus récents d'affranchissement.

Ainsi, sous Justinien, les maîtres ont à leur disposition des modes d'affranchissement fort nombreux. Cependant, ils n'ont pas la liberté d'affranchir leurs esclaves d'une manière quelconque sans observer l'une au moins de ces formalités légales (L. *unic.*, § 12, C., *De lat. lib. toll.*, liv. VII, tit. vi).

Condition des affranchis sous Justinien. — Justinien supprime les anciennes divisions des affranchis en Latins-Juniens et en déditices. Il accorde en conséquence à tous les affranchis sans distinction, les droits

de cité (Instit., § 3, liv. I, tit. v). Il fait presque disparaître les différences juridiques qui constituaient l'infériorité sociale des affranchis (1) (Nov. LXXVIII, ch. I et II).

< **Différences entre l'ingénu et l'affranchi.** — Même sous Justinien, la condition de l'affranchi se distingue toujours de celle de l'ingénu par des différences de fait et de droit.

En fait, l'affranchi continue à rester dans une condition d'infériorité par rapport à l'ingénu.

L'affranchi est adonné au commerce, à l'industrie, à l'étude des arts, des lettres, etc., professions délaissées par l'ingénu qui considère le travail comme une déchéance.

L'affranchi qui sort de l'esclavage n'a point de famille, point de patrimoine.

En droit, la distinction établie par les droits de patronage subsiste toujours. Le patron a des droits sur la personne et sur les biens de l'affranchi.

1° *Droits sur la personne.* — L'affranchi est tenu envers le patron de tous les devoirs compris dans le mot *obsequia*, c'est-à-dire devoirs d'obéissance, de respect, de reconnaissance. Ainsi, notamment, il doit des aliments à son patron qui vient à tomber dans l'indigence ; il ne peut le traduire en justice sans une permission préalable du magistrat (Instit., § 12, liv. IV, tit. VI), ni intenter contre lui une action infamante sous peine de révocation de l'affranchissement (L. 11,

(1) L'infériorité des affranchis continue toutefois de se manifester, en droit public, par la privation du *jus honorum*, l'exclusion des *sacerdotia* et du sénat. V. Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 102, texte et note 5. — *Contra*, Accarias, n. 60, p. 131.

En droit criminel, les affranchis, à la différence des ingénus, pouvaient subir la torture comme témoins, excepté contre son patron (L. 1, § 9, D., *De quæst.*, liv. XLIX, tit. XVIII) ; on les rangeait enfin dans les *homines humiles* ou petites gens, par opposition aux *homines honesti* ou gens de haute classe, que certaines lois favorisaient d'une pénalité moins sévère (Instit., § 4, 5, 10, liv. IV, tit. XVIII).

§ 1, D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III); s'il veut se donner en adrogation à un tiers, il lui faut le consentement de son patron (L. 15, § 3, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII).

L'affranchi est tenu de certains services. Exemple : soins domestiques, travaux manuels, objets d'art, etc. On les désigne par le mot *operæ*. Mais ces services ne peuvent être exigés par le maître que lorsqu'ils ont été expressément stipulés dans l'acte d'affranchissement, comme une condition de la liberté.

2° *Droits sur les biens*. — A la mort de l'affranchi tous les biens qui se trouvent dans son patrimoine appartiennent au patron ou à ses héritiers *jure peculii* (1) (Instit., § 4, liv. III, tit. VII).

TITRE VI

Par qui et pour quelles causes les affranchissements ne peuvent être faits.

Caractères généraux de l'affranchissement. — L'affranchissement est un acte public et privé.

Un acte public : — car il fait entrer dans la cité un membre nouveau, il augmente le nombre des hommes libres. D'où résulte, pour l'acte d'affranchissement, la nécessité de l'intervention de la cité, représentée par

(1) Observons que le *jus aureorum annulorum*, accordé par l'empereur, ne procurait à l'affranchi les avantages de l'ingénuité que dans ses rapports avec les tiers et comme membre de la société; il laissait subsister, à la différence de la *restitutio natalium*, tous les droits du patron soit à la succession, soit aux *obsequia* de l'affranchi. Les Romains formulaient ces idées en disant que la *restitutio natalium* produisait pour l'affranchi le *statum ingenuitatis*, tandis que le *jus aureorum annulorum* ne procurait que l'*imaginem ingenuitatis* (L. 2, C., *De jure aur. ann.*, liv. VI, tit. VIII). Aussi le consentement exprès du patron n'était pas exigé pour la concession du *jus aureorum annulorum* comme pour la *restitutio natalium*; il suffisait qu'avisé il n'y formât pas opposition (L. 3, D., *De jur. aur. annul.*, liv. XL, tit. X). — V. *suprà*, liv. I, tit. IV, p. 24 et p. 25, note 1.

le magistrat, par le censeur, par le peuple ou les licteurs, par des témoins, enfin par l'évêque, suivant que l'affranchissement a lieu *vindicta, censu, testamento*, ou *in sacrosanctis ecclesiis*. Ce caractère originaire s'efface lorsque les droits de cité sont accordés à tous les affranchis sans distinction. Alors les affranchissements s'opèrent sans le concours de l'autorité publique.

Un acte privé : — car une valeur disparaît du patrimoine du maître, un droit de propriété périt. Aussi l'affranchissement exige le consentement du maître.

Cette règle souffre des exceptions. Il y a des esclaves qui arrivent à la cité contre la volonté de leur maître. Une loi insérée au *Digeste*, liv. XL, tit. VIII, porte ce titre : *De iis qui sine manumissione ad libertatem pervenerunt*. Exemples : — 1° Lorsqu'un maître est assez inhumain pour abandonner son esclave malade (*ob gravem infirmitatem*), un édit de l'empereur Claude autorise l'esclave à aller trouver le magistrat qui lui accordera la liberté (L. 2, D., *eod.*). — 2° L'esclave devient encore libre de plein droit lorsqu'il a été vendu à la condition que l'acheteur l'affranchirait dans un certain délai (L. 3, D., *eod.*). — 3° Un esclave qui découvre le meurtre de son maître obtient la liberté sans affranchissement (L. 4, D., *eod.*). — 4° L'esclave qui pendant dix ans jouit de bonne foi, et à juste titre, de l'état d'homme libre, acquiert la liberté par cette possession prolongée.

Qui peut affranchir? — Celui-là seul qui a la pleine propriété de l'esclave, la capacité d'aliéner, la qualité de citoyen.

La pleine propriété. — Il faut avoir la propriété quitraire de l'esclave (Gaius, C. II, § 267). Ainsi l'usufruitier d'un esclave ne peut lui donner valablement la liberté au détriment des droits du nu propriétaire (L. 1, C., *Comm. de manum.*, liv. VII, tit. xv). De même du créancier gagiste, etc. (L. 3, D., *De man.*, liv. XL, tit. 1).

La capacité d'aliéner. — C'est la capacité d'aliéner les *res mancipi* qui est exigée, puisque l'esclave en est une (Ulpien, *Regl.*, tit. 1, § 17). — Les personnes faibles d'esprit, les femmes, les impubères, ne peuvent affranchir sans le consentement de leur tuteur ou curateur.

La qualité de citoyen. — Ainsi un pérégrin qui affranchit un de ses esclaves ne fait qu'un affranchi pérégrin. De même du Latin qui par l'affranchissement ne peut faire qu'un affranchi latin (Denis d'Halicarnasse, IV, 22 à 24; *Instit.*, § 3, liv. I, tit. v).

Il y a des maîtres qui sont *propriétaires, capables d'aliéner, citoyens romains*, et qui cependant ne peuvent affranchir. Ces restrictions sont formulées dans deux lois : la loi *Ælia Sentia* et la loi *Fufia Caninia* (1).

De la loi *Ælia Sentia*.

Cette loi, rendue sous Auguste, en l'an 757 de Rome, pendant le consulat de Sextus Ælius et de Gaius Sennilius (2) avait pour but de mettre des bornes aux affranchissements, qui s'étaient multipliés à l'excès.

On peut réduire les dispositions de cette loi à quatre chefs : — Deux chefs sont relatifs à l'affranchi ; — Deux autres sont relatifs au maître.

CHEFS RELATIFS A L'AFFRANCHI.

Premier chef. — L'esclave ne doit pas avoir *moins de trente ans*.

(1) Antérieurement à ces deux lois, une loi *Manlia*, rendue en l'an 397 de Rome, avait frappé d'un impôt (*vicesima libertatis*) l'affranchissement des esclaves. Cette loi peut être considérée non seulement comme une loi fiscale, mais en même temps comme une entrave aux nombreuses manumissions qui jetaient sur le pavé de Rome quantité d'affranchis. Consult. Vigié, *Etud. sur les impôts indir. rom.* (*vicesima libertatis*).

(2) Les interprètes s'accordent à assigner cette date à la loi *Ælia Sentia*. V. notamment Accarias, t. I, n. 62, p. 134; Van Wetter, 2^e éd., t. II, § 605, p. 329.

S'il n'a pas atteint cet âge, il ne peut être affranchi que par la vindicte avec un juste motif d'affranchissement approuvé par un conseil (*apud consilium justa causa approbata*).

L'affranchissement accordé au mépris de ce premier chef n'est pas entièrement nul, mais seulement imparfait. L'affranchi ne devient pas citoyen romain, il est assimilé aux pérégrins latins (1) (Gaius, C. I, § 2).

Deuxième chef. — L'esclave qui pendant sa servitude a été mis aux fers, marqué d'un fer rouge, soumis à la torture pour un délit dont il est demeuré convaincu, livré pour les combats du cirque, jeté en prison, ne peut, par l'affranchissement, devenir citoyen romain; il n'est même pas affranchi latin, mais il est assimilé aux pérégrins déditices (Gaius, C. I, § 13).

Par la suppression des affranchis latins et déditices, auxquels Justinien accorde désormais les droits de cité, ces deux chefs de la loi *Ælia Sentia* ont été abrogés.

CHEFS RELATIFS AU MAÎTRE.

Premier chef. — Le maître qui affranchit l'esclave *en fraude de ses créanciers* (*in fraudem creditorum*), fait un acte nul. L'esclave ne devient pas libre.

Les créanciers qui, par l'action *Paulienne*, pouvaient faire révoquer les actes que le débiteur accomplissait en fraude de leurs droits (D., liv. XLII, tit. LXXXI), n'avaient aucun moyen pour attaquer les affranchissements opérés dans les mêmes conditions. Il était en effet de principe chez les Romains, que la liberté une fois donnée ne pouvait plus être révoquée (*libertas semel percepta nunquam revocatur*). Pour sauvegarder ce principe, il fallait déclarer l'affranchissement nul et non avenue; en sorte

(1) Cette disposition de la loi *Ælia Sentia* ne s'appliquait pas dans les affranchissements *in sacrosanctis ecclesiis*. L'esclave, quel que fût son âge, devenait toujours citoyen romain (L. 2, C., *Comm. de man.*, liv. VII, tit. xv).

qu'il n'y avait pas lieu de révoquer une liberté qui n'avait jamais été concédée. C'est ce que fit la loi *Ælia Sentia*. Cette disposition de la loi *Ælia Sentia* parut tellement juste qu'elle fut étendue aux pérégrins (Gaius, C. I, § 47).

Dans quel cas s'applique cette loi. — Le mot *fraus* se compose de deux éléments : un élément *matériel*, un élément *moral*.

1° *Élément matériel* : — C'est le préjudice (*damnum, eventus damni* ou simplement *eventus*) qui résulte de l'affranchissement; et le préjudice n'existe réellement qu'autant que l'affranchissement dont se plaint le créancier a fait naître ou a augmenté l'insolvabilité du débiteur (Instit., § 3, liv. I, tit. vi). Le créancier prouve cette insolvabilité en saisissant les biens de son débiteur, et en les faisant vendre en justice (*bonorum venditio*).

Dans le principe, on soutenait que cette condition suffisait à elle seule pour motiver l'application de la loi *Ælia Sentia* (L. 10, D., *Qui et a quib. man.*, liv. XL, tit. ix). Mais Justinien nous apprend que cette opinion n'a point prévalu (Instit., § 3, *eod.*).

2° *Élément moral* : — C'est la conscience du préjudice (*consilium*), c'est-à-dire la connaissance que le maître a du tort qu'il cause à ses créanciers. Exemple : un maître affranchit son esclave, avant d'avoir appris un désastre qui le ruine. L'affranchissement, préjudiciable aux créanciers, n'en est pas moins valable, parce qu'il s'est opéré *sans fraude* (L. 10, D., *Qui et a quib.*, liv. LX, tit. ix).

Il n'est donc pas nécessaire que le maître ait eu l'intention de nuire à ses créanciers. Il suffit qu'il ait su que par cet affranchissement il se rendait insolvable ou qu'il augmentait son insolvabilité (1).

A qui profite la disposition de la loi *Ælia Sentia*? — A l'égard du maître (*manumissor*) ou de ses héritiers,

(1) Conf. Code civ., art. 1167.

l'affranchissement est valable (L. 7 C., *De lib. caus.*, liv. VII, tit. XVI). La loi *Ælia Sentia* n'a pas eu pour but de protéger l'intérêt du débiteur. Il en résulte que si le débiteur rétablit ses affaires, si les créanciers se trouvent désintéressés d'une manière quelconque, l'affranchi devient libre. L'affranchissement produira tous ses effets.

La loi *Ælia Sentia* n'édicte donc qu'une nullité relative aux créanciers qui souffrent de l'affranchissement (L. 7, C., *De lib. caus.*, liv. VII, tit. XVI).

Dans quel délai cette nullité peut être invoquée.

— Les créanciers doivent exercer l'action de la loi *Sentia* dans un certain délai qui, suivant toutes les probabilités, peut être fixé à dix ans (1) (L. 16, § 3, D., *Quid et a quib.*, liv. XL, tit. IX).

Exception à ce chef de la loi *Ælia Sentia*. — Par faveur pour le maître et non pour l'esclave, une exception a été portée à ce chef de la loi *Ælia Sentia* qui défend au débiteur insolvable d'affranchir son esclave. Une disposition de la loi *Ælia Sentia* même décidait que la *manumissio in fraudem creditorum* vaudrait au cas où le maître aurait affranchi son esclave (*servus proprius*) par testament et l'aurait institué héritier.

C'était un déshonneur chez les Romains que de mourir sans laisser d'héritier. Aussi chacun était préoccupé du soin de s'assurer un continuateur de sa personne.

D'un autre côté, lorsqu'un débiteur insolvable mou-

(1) Sic, Ortolan, t. II, n. 72; Demangeat, t. I, p. 205; Labbé et Gide, à leurs cours. Comp. Code civ., art. 1304. — Toutefois, Accarias, 3^e édit., n. 71, p. 157, enseigne que les créanciers devaient agir dans l'année utile qui suivait la *bonorum venditio*, car tel était le délai qu'on leur assignait pour attaquer les autres actes frauduleux du débiteur (L. 6, § 14, D., *Quæ in fraudem cred.*, liv. XLII, tit. VIII), — ou que leur droit était perpétuel; et, à l'appui de cette dernière opinion, il remarque que seul entre tous les actes faits *in fraudem*, l'affranchissement est nul de plein droit, que les créanciers, au lieu d'en demander la révocation, en font simplement proclamer l'inexistence, et qu'en conséquence il ne paraît pas pouvoir être validé par le seul effet d'un laps de temps quelconque.

rait sans héritier, ses créanciers se faisaient envoyer en possession de son hérédité et vendaient les biens sous le nom du défunt. Or cette vente était considérée comme une injure à la mémoire du défunt.

Pour remédier à ces deux inconvénients, il fut établi que l'esclave institué héritier par son maître ne pourrait refuser cette hérédité et deviendrait héritier nécessaire (*heres necessarius*). Les biens du défunt étaient alors vendus sous le nom de l'esclave qui supportait l'infamie résultant de l'état de faillite de la succession. Mais il fallait, pour donner lieu à cette dérogation : — 1° qu'aucune des autres personnes qui auraient été instituées avec l'esclave ou à son défaut ne pût ou ne voulût faire adition (Instit., § 1, liv. I, tit. vi), sinon il n'eût pas été nécessaire, pour éviter la honte au défunt, que l'esclave héritât; — 2° que le maître insolvable n'affranchît et n'instituât qu'un seul esclave. Si donc le maître avait institué héritiers deux de ses esclaves, c'était le premier inscrit qui devenait libre, l'autre restait en servitude. Mais si l'affranchissement avait été fait de telle sorte qu'il fût impossible de dire lequel des deux esclaves avait été inscrit le premier, ni l'un ni l'autre ne devenaient libres (L. 60, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

Fallait-il dans le testament qui instituait héritier un esclave que la volonté d'affranchir fût *expressément manifestée* ? Les anciens jurisconsultes l'exigeaient (Ulpien, *Regl.*, tit. XXII, § 12); mais Justinien, d'après une juste interprétation de la volonté probable du testateur, décide que par cela seul qu'un esclave est institué héritier, il devient libre. L'institution implique donc l'affranchissement (1) (Instit., § 2, *eod.*).

(1) Cette institution d'un *servus proprius* par le maître insolvable était vue avec tant de faveur, que toutes les autres dispositions de la loi *Ælia Sentia* fléchissaient ici : la liberté et la cité étaient acquises à l'affranchi, même mineur de trente ans ou marqué de flétrissures ultérieures, et le *munimissor*, n'eût-il pas encore vingt ans. Accarias, n. 72 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 22.

Deuxième chef. — Le maître qui affranchit doit avoir un certain âge, c'est-à-dire *pas moins de vingt ans*. L'affranchissement au mépris de cette condition est absolument nul, sauf une exception introduite pour le cas où le maître mineur de vingt ans a de justes motifs d'affranchir ; et encore il faut que la *justa causa manumissionis* soit préalablement approuvée par un conseil, et que l'affranchissement ait lieu par un mode spécial, la *vindicta* (Instit., § 4, *eod.*).

Quelles sont les justes causes d'affranchissement ? — Justinien n'en donne pas une énumération complète, il ne cite que des exemples. Le conseil a sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Ainsi il y a juste cause d'affranchissement, lorsqu'il s'agit pour le maître d'affranchir son père ou sa mère, son fils ou sa fille, son frère ou sa sœur naturels, son précepteur, sa nourrice ou son nourricier, son nourrisson, son frère de lait, un esclave dont il veut faire son procureur, ou une esclave qu'il a l'intention d'épouser (Gaius, C. I, §§ 19, 39; LL. 11, 12, 13, D., *De manum. vind.*, liv. LX, tit. II).

L'esclave affranchi *procuratoris habendi gratia* doit avoir dix-sept ans au moins. Cet âge était exigé pour postuler en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur (L. 1, §§ 2, 3, D., *De post.*, liv. III, tit. 1).

La femme esclave affranchie *matrimonii habendi causa* ne devient libre qu'autant que le mariage a lieu dans les six mois (Instit., § 5, *eod.*).

Composition du conseil. — A Rome, il se composait de cinq sénateurs et de cinq chevaliers romains pubères ; dans les provinces, de vingt récupérateurs également citoyens romains. La présidence du tribunal appartenait à Rome au consul ou au préteur ; dans les provinces, au gouverneur (Gaius, C. I, § 20).

Ce conseil n'était pas permanent. A Rome, il s'assemblait à certains jours de l'année ; dans les provinces, le magistrat faisait des tournées. Le dernier jour des as-

sises (*conventus*) était généralement consacré aux affranchissements.

Un principe dominait : une fois la cause approuvée par le conseil, vraie ou fausse, la liberté n'était pas révoquée : « *Libertas semel data non revocatur* » (Instit., § 6, liv. I, tit. VI ; L. 9, § 1, D., *De manum. vind.*, liv. XI, tit. II).

Innovations de Justinien relatives à ce chef. — L'homme âgé de quatorze ans peut faire un testament et disposer de tous ses biens ; cependant, s'il a moins de vingt ans, il ne lui est pas permis de laisser la liberté à un seul esclave. Justinien ne voit dans cette conséquence qu'une anomalie révoltante, il le décide ainsi faute d'avoir pénétré l'esprit de la loi *Ælia Sentia* (Instit., § 7, *eod.*).

En effet, Justinien ne prend en aucune considération les intérêts de la cité, intérêts que la loi *Ælia Sentia* était chargée de protéger. Celui qui dispose de ses biens par testament ne peut faire de tort qu'à lui-même ; au contraire, celui qui légèrement concède la qualité de citoyen à des individus qui en sont indignes expose l'État à de graves périls (1).

Justinien n'efface pas cependant du premier coup cette anomalie qu'il révèle. Bien qu'on puisse tester à quatorze ans, l'empereur ne permet pas d'affranchir par testament avant l'âge où l'on peut postuler pour autrui, c'est-à-dire avant dix-sept ans accomplis. L'inconséquence continue à subsister en partie. Ce n'est que par la nouvelle CXIX (ch. II) que toute différence est supprimée.

Remarquons que la disposition de la loi *Ælia Sentia* reste toujours en vigueur quant aux affranchissements *entre-vifs*. Le mineur de vingt ans qui veut affranchir son esclave doit justifier devant le préteur d'une cause légitime d'affranchissement.

(1) Comp. Accarias, t. I, n. 70, p. 155.

TITRE VII

De la loi Fufia (1) Caninia.

Origine. — Cette loi est à peu près de la même époque (an de Rome 761) que la loi *Ælia Sentia*, car elle est inspirée par le même esprit.

Quel a été le but de cette loi ? — Cette loi ne s'applique qu'aux affranchissements *par testament*.

Lorsque le maître donne la liberté à son esclave par acte entre-vifs, il se dépouille actuellement d'une propriété, il diminue son patrimoine; l'intérêt même du maître est donc le plus sûr garant de la discrétion qu'il portera dans ces sortes d'affranchissements. Au contraire, par l'affranchissement testamentaire il ne fait aucun sacrifice, il n'est plus retenu par l'intérêt personnel, il se montrera donc plus facilement généreux. Cette raison explique suffisamment le but de la loi *Fufia Caninia* qui restreint dans certaines limites les affranchissements testamentaires et laisse toute liberté aux affranchissements entre-vifs (Gaius, C. I, § 42 à 45; Ulpien, *Regl.*, tit. I, § 24).

Des chefs contenus dans la loi Fufia Caninia. — Cette loi contient deux chefs, l'un relatif à la limitation du nombre des affranchissements, l'autre à la désignation des affranchis.

Premier chef. — *Limitation du nombre des affranchissements.* Cette limitation ne s'applique pas lorsque le maître n'a qu'un ou deux esclaves. S'il a trois esclaves, il peut en affranchir deux; de quatre à dix, la moitié;

(1) Le nom de la loi est bien *Fufia* et non *Furia*, ni *Fusia* généralement admis, pas plus que *Fuffia*, *Suffia* ou *Sustia* que portent quelques textes. C'est un point, qu'après Studemund, M. Dubois, *Institutes de Gaius*, p. 26, note 115, a mis hors de doute.

de dix à trente, le tiers ; de trente à cent, le quart ; de cent à cinq cents, le cinquième. Enfin, si grand que soit le nombre de ses esclaves, le maître ne peut jamais par testament en libérer plus de cent.

Que résulte-t-il, lorsque les affranchissements dépassent le nombre légal ? Exemple : le testateur a dix esclaves et il en affranchit huit, c'est-à-dire trois de plus qu'il n'est permis. Les cinq premiers inscrits seront libérés de l'esclavage, mais les trois derniers resteront esclaves. L'affranchissement ne produit pas d'effet à leur égard.

Mais quelle décision donner dans le cas où un testateur, qui a affranchi un trop grand nombre d'esclaves, a écrit les noms en cercle, *in orbem*, afin qu'on ne pût distinguer les premiers inscrits des derniers. Dans ce cas, l'affranchissement est nul pour le tout, et aucun des esclaves n'acquiert la liberté (Gaius, C. I, § 46).

Deuxième chef. — L'esclave doit être affranchi *nominativement*, c'est-à-dire désigné par son nom, ou au moins par les services qu'il rend. Ainsi le testateur a dit : « J'affranchis mon intendant (*meus dispensator*), mon maître d'hôtel (*meus obsonator*). » Ces mentions sont suffisantes, car elles ne peuvent donner lieu à confusion. — Est nul tout affranchissement conçu en termes généraux. Ainsi le testateur a dit : « Je libère de la servitude tous les esclaves que j'ai dans telle province ou bien tous les esclaves qui me viennent de la succession de mon père. » (Gaius, C. II, § 329 ; Ulpien, *Regl.*, tit. 1, § 24.)

Innovation de Justinien. — Justinien commet ici la même erreur que dans l'interprétation de la loi *Sentia* : il considère comme une anomalie, une disposition fort sage en elle-même : il déclare contraire à l'humanité d'enlever aux mourants la liberté d'affranchir tous leurs esclaves alors qu'on l'accorde aux vivants, sans songer que les dispositions testamentaires ont tou-

jours été plus sévèrement réglementées par la législation que les dispositions entre-vifs (1).

Justinien abroge la loi Fufia Caninia (Instit., *pr.*, liv. I, tit. VII).

TITRE VIII

Deuxième classification des personnes en *sui juris* ou *alieni juris*.

Cette division nouvelle des personnes n'a trait qu'au droit privé ; elle considère les individus dans leurs rapports de famille.

Les personnes *sui juris* sont celles qui ne relèvent que d'elles-mêmes, de leur volonté.

Les personnes *alieni juris* sont celles qui sont soumises à la puissance d'autrui.

Les personnes *sui juris* sont *patres familias* ou *matres familias* suivant leur sexe. Ces expressions n'impliquent nullement la qualité de père ou de mère, mais seulement celle de chef de maison ; car on peut se trouver *pater familias* dès l'instant de sa naissance ; il suffit pour cela de n'appartenir à la famille d'aucun autre (L. 4 D., *De his qui sui vel alien. jur.*, liv. I, tit. VI).

Quant aux personnes *alieni juris*, elles se divisaient, dans l'ancien droit, en quatre classes : — l'esclave, soumis à la puissance dominicale, — le fils de famille, soumis à la puissance paternelle ; — la femme, *in manu*, c'est-à-dire soumise à la puissance d'un mari ou d'un tiers ; — enfin la personne *in mancipio*, c'est-à-dire la personne libre soumise à la puissance d'une autre personne libre à qui elle a été mancipée (Gaius, C. I, § 49).

Sous Justinien la *manus* et le *mancipium* ont disparu :

(1) Accarias, n. 69, p. 151.

c'est ce qui explique, sur ces deux points, le silence des Institutes (*pr.*, liv. I, tit. VIII).

Il ne reste donc plus que la puissance dominicale et la puissance paternelle.

DE LA PUISSANCE DOMINICALE.

Caractère de la puissance dominicale. — La puissance dominicale est du droit des gens (Instit., § 1, *col.*). — D'où il résulte qu'un pérégrin, aussi bien qu'un citoyen romain, peut avoir des esclaves. Il faut aussi tirer cette conséquence que les modes de transmission de propriété du droit des gens s'appliquent à la transmission des esclaves.

Étendue de la puissance dominicale. — Elle s'étend sur la *personne* et sur les *biens* de l'esclave.

Sur la personne. — Dans le droit primitif, le pouvoir du maître est sans limites, il a le droit de vie et de mort sur l'esclave (L. 1, D., *De his qui sui*, liv. I, tit. VI). — Avec l'Empire s'introduit dans les mœurs plus d'adoucissement. Sous Auguste (1), en l'an 764 de Rome, une loi Petronia enlève au maître le droit de condamner de sa propre autorité son esclave à combattre contre les bêtes féroces (L. 11, § 2, D., *Ad leg. Cornel. de sic.*, liv. XLVIII, tit. VIII). — Claude accorde la liberté à tout esclave abandonné par son maître *ob gravem infirmitatem* et punit le meurtre d'un tel esclave par son maître comme l'homicide d'un homme libre (Suétone, *Claude*, 25). — Domitien défend la castration des esclaves (Suétone, *Domit.*, § 7). — Adrien ne permet pas au maître, quels que soient ses griefs, d'infliger la mort

(1) *Sic*, Ortolan, t. II, n. 89; Demangeat, t. I, p. 223; Villequez, *De l'esclavage chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. X, p. 220; De Champagny, *les Césars*, t. II, p. 61; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 417, p. 106. — M. Wallon (*Hist. de l'esclav. dans l'antiquité*, t. III, p. 61) en place la date sous Néron, en 814. Comp. Accarias, 3^e édit., t. I, n. 40, p. 97.

à son esclave sans décision du magistrat; et nous savons, d'après un fragment d'Ulpien (L. 2, D., *De his qui sui vel al. jur.*, liv. I, tit. vi), que cet empereur a condamné à la relégation pendant cinq ans une femme qui, pour des causes légères, avait maltraité ses esclaves. — Antonin le Pieux opère de nouveaux progrès. Par une première constitution, il déclare que celui qui, sans motifs (*sine causa*), tue son esclave, sera puni comme le meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire de la déportation avec confiscation de tous ses biens ou même de la mort, suivant que le meurtrier est *homo honestus* ou *homo humilis* (Instit., § 2, liv. I, tit. viii). Par une deuxième constitution, Antonin le Pieux réprime les mauvais traitements, la rigueur excessive du maître contre ses esclaves (*intolerabilis injuria, major asperitas*). Il autorise les esclaves à se réfugier dans les temples auprès des statues des dieux, ou auprès de la statue de l'empereur, comme dans un lieu d'asile. Le magistrat, à Rome le préfet de la ville, examine les griefs du maître, et s'ils ne sont pas fondés, il peut forcer le maître à vendre l'esclave à de bonnes conditions (*bonis conditionibus*). Ainsi le maître recevra une indemnité suffisante, mais il ne pourra pas insérer dans la vente des clauses trop défavorables à l'esclave. Exemple : que l'esclave ne pourra être affranchi, ou qu'il ne sera employé qu'à des travaux malsains (Instit., § 2, *eod.*).

D'après des constitutions de Constantin l'exposition des enfants esclaves est défendue et l'acquisition par un juif d'un esclave chrétien le rend libre (L. 1, C. Th., *De expos.*, liv. V, tit. vii; LL. 1, 2, C., *Ne christ. mancip.*, liv. I, tit. x). — Enfin, suivant une constitution de Théodose et de Valentinien, la femme esclave, prostituée malgré elle par son maître, a droit à la liberté (L. 6, C., *De spect.*, liv. XI, tit. xl).

Malgré ces réformes, le maître conserve toujours un

droit de châtement (*castigatio*) dont il use largement. Si l'esclave meurt des suites de la correction, le maître n'a rien à craindre, pourvu qu'il n'ait pas eu l'intention de tuer (1) (C., *De emendat. serv.*, liv. IX, tit. XIV).

Tel était encore l'état du droit sous Justinien.

Sur les biens. — Toutes les acquisitions faites par l'esclave profitent au maître. Même dans le dernier état du droit romain, nous trouvons cette incapacité pour l'esclave d'être propriétaire. L'introduction des pécules (*peculia*) ne change rien au principe (Inst., § 1, *eod.*).

Différence dans la condition des esclaves. — D'après les Institutes (§ 5, liv. I, tit. III), il n'y en a aucune. Cette proposition manque d'exactitude.

En fait, il existe des variétés infinies d'esclaves. — Ainsi les uns sont employés aux travaux des champs ; les autres se livrent aux professions manuelles, au commerce, à l'industrie, ou à l'étude des arts libéraux. Celui-ci est l'intendant (*ordinarius*), et exerce une certaine autorité sur d'autres esclaves placés sous ses ordres (*peculiares* ou *vicarii*) (2). Mais ces différences dépendent de la volonté du maître qui d'un signe peut changer la condition de l'esclave.

En droit, il y a aussi des variétés nombreuses d'esclaves. — Ainsi les esclaves *sine domino*, catégorie comprenant les *servi pœnæ* et les *servi develicti*, sont, par cela même qu'ils n'ont pas de maître, incapables de figurer dans un acte juridique, et n'ont aucun espoir d'être affranchis. C'est le dernier degré de l'esclavage (L. 17, *pr.*, D., *De pœnis*, liv. XLVIII, tit. XIX). — Les esclaves qui se trouvent dans une condition moyenne,

(1) Suivant Jhering, traduct. de Meulenaere, *op. cit.*, t. II, § 35, p. 167, la condition de fait des esclaves, loin de s'améliorer, se serait plutôt aggravée avec le temps, malgré les adoucissements dans la législation. V. aussi Rossbach, *Untersuch.*, p. 24. — *Contra*, Schweppe, *Röm. Rechtsg.*, § 343 ; Zimmer, *Gesch.*, § 180.

(2) Voy., pour plus de détails, Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 430 et suiv. (édit. de 1846).

c'est-à-dire ceux qui ont un maître dont ils empruntent la personnalité pour figurer dans les actes juridiques, peuvent sortir de la servitude par l'affranchissement. — D'autres appartiennent à une classe plus favorisée : les esclaves *publics* (*servi publici*), affectés à des emplois d'un ordre assez élevé, comme l'entretien des routes, la garde des prisons, le recouvrement de l'impôt, etc. Il est permis à ces esclaves d'avoir un pécule et de disposer de la moitié de leurs biens par testament (1) (Ulpien, *Regl.*, tit. xx, § 16). — Les esclaves *libres par destination* (*statu liberi*). Exemple : je fais un testament dans lequel j'affranchis un esclave sous la condition qu'il m'élèvera un tombeau. A ma mort cet esclave passe à mon héritier. Mais au moment où il aura posé la dernière pierre du tombeau, il sera devenu libre. Jusque-là il y a une attente de la liberté qui constitue une sorte de droit.

Dissolution de la puissance dominicale. — La puissance dominicale cesse dans toutes les circonstances où nous avons vu que l'esclave devient libre (2).

APPENDICE.

Des colons.

Les *colons*, qui reçoivent les dénominations diverses de *coloni*, *agricolæ*, *inquilini*, *tributarii*, *originarii*, *adscriptitii vel censiti*, et autres analogues, forment une classe intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves. Ils sont capables d'avoir des droits, et surtout d'être propriétaires, capables aussi de tester et d'hériter *ab intestat*; ils peuvent se marier, avoir la puissance paternelle et exercer la tutelle; mais ils sont *servi terræ*, attachés à perpétuelle demeure à la terre, eux,

(1) Ils pouvaient même contracter mariage avec des femmes libres. Mommsen, *Röm. Staatsr.*, t. I, p. 253. Comp. Jhering, *op. cit.*, t. II, § 35, p. 167, note 249.

(2) Ci-dessus, p. 26 et suiv.

leurs femmes et leurs enfants. Quand la terre est aliénée, le colon suit la terre; l'une ne peut être aliénée sans l'autre. Le colon paie au propriétaire une redevance fixée par un contrat ou par l'usage; elle consiste habituellement en fruits (*annua functio, reditus*) (1) (L. 1, C., *De colon. Trac.*, liv. XI, tit. LI).

La qualité de colon s'acquiert : — 1° par la naissance; — 2° par la prescription de trente ans; — 3° par la convention, du moins depuis Justinien; — 4° enfin par une disposition législative.

On cesse d'être colon : — 1° par l'affranchissement; — 2° par la promotion à l'épiscopat; — 3° par la prescription de trente ans; mais ce dernier mode a disparu sous Justinien (LL. 21, 23, 24, C., *De agricol.*, liv. XI, tit. XLVII; Nov. CXXIII, ch. iv, § 17; Nov. CLXII, ch. III).

TITRE IX

De la puissance paternelle.

Caractère de la puissance paternelle. — La *puissance paternelle* est de droit civil; elle est propre aux seuls citoyens romains; par là elle diffère de la puissance dominicale (Instit., § 2, liv. I, tit. IX).

Elle est réservée aux hommes et n'appartient jamais aux femmes (2).

(1) Voy., sur l'origine et les causes du développement du colonat, de Savigny, dissertation traduite en français par Peilat (*Thémis*, t. IX, p. 62 et suiv.); Guizot, *Cours d'hist. moderne*, t. IV, p. 230 et suiv.; Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 225 et suiv.; Giraud, *Essai sur l'histoire du dr. franç. au moyen âge*, p. 148 et suiv.; Michelet, *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. III, p. 655; Laboulaye, *Hist. du dr. de propriété foncière en Occident*, p. 115 à 119; Laferrière, *Hist. du dr. franç.*, t. II, p. 435 et suiv.; Revillout, *Rev. hist. du dr. franç.*, t. II, p. 417 et t. III, p. 209; de Fresquet, t. I, p. 110 et suiv.; Rivière, *Hist. des instit. de l'Auvergne*, t. I, p. 73 et suiv.; Garsonnet, *Hist. des locat. perpét.*, p. 284 et suiv.

(2) *Contra*, Code civ., art. 371, 372, 373.

Elle n'est pas organisée dans une vue de protection pour l'enfant, mais dans l'intérêt du père et dans un but tout politique (1).

Sur qui existe la puissance paternelle. — Le père exerce la puissance paternelle :

1° Sur tous les enfants qui naissent de lui et de son épouse (*ex te et uxore tua*), comme sur tous les petits enfants ou descendants ultérieurs qui naissent d'un fils de famille, par suite d'un mariage légitime (*ex filio et uxore ejus*). — Quant aux enfants issus de la fille, ils n'entrent jamais dans la famille de leur mère ; ils appartiennent à celle de leur père ou de leur aïeul paternel (Instit., § 3, *ead.*) ;

2° Sur les enfants qu'il a légitimés ;

3° Sur ceux qu'il a adoptés.

Des effets de la puissance paternelle (2). — La puissance paternelle produit des effets relativement à la personne et aux biens des enfants.

Relativement à la personne.

Dans l'ancien droit, le père de famille, propriétaire de ses enfants comme de ses esclaves, avait sur eux : — 1° le droit de vie et de mort (L. 10, C., *De patr. potest.*, liv. VIII, tit. XLVII) ; — 2° le droit de les vendre, de les aliéner, de les donner en gage, suivant son bon plaisir et sans restriction aucune (Gaius, C. I, § 132, et C. IV, § 79) ; — 3° le droit de les abandonner en réparation du préjudice qu'ils causaient à un tiers. C'est l'*abandon noxal* (Gaius, C. IV, §§ 75 et 79).

(1) Voy., sur ce point, Accarias, 3^e édit., t. I, n. 75, p. 164 et 165.

(2) Consult., sur cette matière, Sumner Maine, *l'Ancien droit*, traduit de l'anglais par Courcelle-Seneuil, p. 130 et suiv. ; Jhering, traduct. de Meulenaere, *L'esprit du dr. rom.*, t. II, § 36, p. 150 et suiv. Ce dernier auteur surtout fait un tableau, aussi instructif que charmant, de la maison du citoyen romain, inviolable comme un temple ; de la famille, où le pouvoir s'exerce sans autre tempérament que l'affection ; de cet intérieur sacré, où le magistrat du peuple ne pénètre pas et ne vient pas se poser en rival du père de famille.

Sous l'Empire, cette puissance s'adoucit avec les mœurs.

Quid du droit de vie et de mort ? Trajan et Adrien punissent sévèrement des pères qui maltraitent leurs enfants (L. 5, D., *Si a parente*, liv. XXXVII, tit. XII ; L. 5, D., *De leg. Pomp.*, liv. XLVIII, tit. IX). Alexandre Sévère enlève aux pères le droit de châtier eux-mêmes leurs enfants ; il faut qu'ils portent leur plainte au magistrat toutes les fois qu'ils veulent leur infliger un châtiment plus grave qu'une simple correction (1). Enfin Constantin condamne le père qui tue son fils à la même peine que le fils qui tue son père (L. 1, C., *De his qui parent.*, liv. IX, tit. XVII).

Quid de la vente du fils ? Antonin Caracalla déclare la mancipation du fils par son père une action illicite et déshonnête (L. 1, C., *De liber. caus.*, liv. VII, tit. XVI). Dioclétien prononce la nullité d'une telle mancipation (L. 1, C., *De patr. qui filios suos distr.*, liv. IV, tit. XLIII). Constantin ne permet au père de vendre son enfant que dans un seul cas : lorsqu'il y est forcé par une extrême misère et sous la condition que la vente aura lieu au moment de la naissance de l'enfant (*sanguinolenti*) (L. 1, C. Th., *De his qui sang.*, liv. V, tit. VIII). Maintenu par les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, cette constitution de Constantin est encore confirmée par Justinien (L. 2, C., *De patr. qui fil. distr.*, liv. IV, tit. XLIII).

Quid de l'abandon en réparation ? Justinien supprime expressément l'abandon noxal du fils de famille déjà disparu entièrement des mœurs (2) (Instit., § 7, liv. IV, tit. VIII).

Relativement aux biens.

Sous la République, toute acquisition faite par l'enfant profite au père de famille.

Sous l'Empire, ce principe est modifié. Le fils de

(1) Comp. Code civ., art. 375 et suiv., 468.

(2) Voy. ci-dessous, liv. IV, tit. VIII.

famille, dans certains cas, devient capable d'être propriétaire et créancier pour son propre compte, d'avoir un véritable patrimoine (*peculium*) (1).

Observations. — La puissance paternelle ne supprime pas la capacité juridique du fils de famille, elle la paralyse à l'effet d'assurer l'unité de direction dans la maison. Ainsi : — 1° le fils de famille jouit du *commercium* (2), il peut faire tous les actes de la vie civile, à l'exception des testaments (3) ; par exemple, il s'oblige valablement ; mais comme il ne peut obliger le chef de famille, l'engagement qu'il aura contracté ne deviendra réellement efficace que lorsqu'il sera devenu *sui juris* ; — 2° le fils de famille jouit du *connubium* (4) et du droit d'agnation ; — 3° au point de vue du droit public, le fils de famille est assimilé à un *pater familias* ; il peut être investi de magistratures ; il vote dans les comices ; il est apte à exercer une tutelle, considérée comme charge publique (5).

TITRE X

Des noces.

Définition. — On entend par *justes noces*, l'union de l'homme et de la femme, impliquant une indivisibilité de condition (*individuum vitæ consuetudinem continens*). C'est entre les époux une situation parfaite d'égalité. La femme partage le rang et la condition sociale de son mari (6).

Des fiançailles. — On entend par fiançailles (*sponsa-*

(1) Voy. ci-dessous, liv. II, tit. ix.

(2) V. *supra*, liv. I, tit. III, p. 20.

(3) V. *infra*, liv. II, tit. XII.

(4) V. *supra*, liv. I, tit. III, p. 20, et *infra*, liv. I, tit. x, p. 59.

(5) V. *infra*, liv. I, tit. XIV, p. 95.

(6) Comp. Code civ., art. 212, 214.

lia) la promesse (*sponsio*) faite par chacun des futurs époux de s'unir par le mariage.

En général, la validité des fiançailles exige la réunion des conditions requises pour le mariage (V. *infra*, p. 56 et suiv.). Toutefois les empêchements qui n'ont qu'une cause temporaire telles que l'impuberté, les fonctions publiques, ne forment point obstacle aux fiançailles. De plus, les filles de famille peuvent être fiancées malgré elles par leur père, alors qu'elles ne peuvent pas être mariées contre leur assentiment (LL. 11, 12, D., *De spons.*, liv. XXIII, tit. 1).

Relativement à leurs effets, les fiançailles n'engendrent qu'une obligation purement morale, dont l'exécution ne peut être poursuivie ni directement ni indirectement. Aussi n'est-il point permis de garantir le futur mariage des fiancés au moyen d'une *stipulatio pœnæ*. C'eût été porter atteinte à la liberté des époux (1). Toutefois, il est d'usage fréquent d'accompagner les fiançailles d'arrhes, de donations ou de présents, réciproques ou non. Si le mariage n'a pas lieu, la partie qui par sa faute en empêche la célébration perd les arrhes qu'elle a données ou restitue le double de celles qu'elle a reçues; elle ne profite pas des donations à elle faites et ne peut répéter celles qu'elle a pu faire (L. 5, C., *De spons.*, liv. V, tit. 1). — L'infidélité de la fiancée est assimilée à l'adultère. — Les injures faites à la future atteignent le fiancé et l'autorisent à exercer l'action d'injures.

Caractère du mariage dans le droit romain. — Dans le droit romain classique, le mariage est un contrat purement civil, et non un acte religieux (2). Il n'a besoin d'aucune solennité pour être légalement formé;

(1) Sic, Voigt, *Das jus natur.*, t. II, p. 234 et suiv.; Jhering, traduct. de Meulenaere, *L'esprit du dr. rom.*, t. II, p. 219 et 220; Van Wetter, t. II, § 533, p. 257.

(2) Glasson, *Le mariage civil et le divorce*, p. 8. — Comp. Code civ., art. 75, 165; Code pén., art. 199, 200.

toutefois, en fait, l'usage s'était introduit de l'accompagner de certaines cérémonies (*nuptiarum festivitas*) (1). Cet état de la législation ne se modifie que sous le règne de Léon le Philosophe (Nov. LXXXIX), qui n'attribue au mariage d'effets civils et juridiques qu'autant qu'il aura été béni par une cérémonie religieuse.

Nos anciens jurisconsultes, Cujas (*Paratitl. in L. 3, tit. iv, Cod. just.*), Pothier (*Pand. Just., ad tit. De ritu nupt., nos 3 et suiv., et ad tit. De donat. int. vir. et ux., n° 11*), Donellus (*Comm. jur. civ., L. 13, c. 18, n° 2, et c. 20, nos 1 à 4*), enseignaient que le mariage se formait par le seul consentement des parties : « *Nuptias non concubitus sed consensus facit.* » (Ulpien, *L. 30, D., De regul. jur., liv. L, tit. xvii.*) Telle est encore aujourd'hui l'opinion professée par des romanistes distingués (2). — Toutefois une théorie contraire tend à prévaloir dans l'enseignement de la Faculté de Paris, où l'on reconnaît qu'il était nécessaire à la perfection du mariage chez les Romains que la femme fût introduite et installée dans la maison de son mari. Si la cohabitation n'était pas exigée comme une condition essentielle du mariage, du moins fallait-il que la femme fût mise à la disposition physique du mari ; d'où cette conséquence que l'absence de la femme, à la différence de celle du mari, rendait la formation du mariage impossible (3).

(1) Sur les cérémonies en usage dans les mariages soit de patriciens, soit de plébéiens V. Gh. Lezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 6 et suiv. (édit. 1817).

(2) Sic, Ducaurroy, *Instit. expliq.*, t. I, p. 79 (8^e édit.); Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. I, § 67, p. 87; Van Wetter, t. II, § 534, p. 258, et *Droit civil annoté d'après le dr. rom.*, p. 15; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 390, p. 12, texte et note 1; Gide, *à son cours*.

(3) Voy., en ce sens, Ortolan, t. II, n. 99; de Fresquet, t. I, p. 132; Guérard, *Essai sur l'hist. du dr. pr. des Romains*, p. 448; Demangeat, t. I, p. 239 et suiv.; Glasson, *Consentement des époux au mariage*, n. 16, p. 31; Accaria, 3^e édit., t. I, n. 80, p. 174 à 177, texte et notes; Lagrange, *Man. de dr. rom.*, p. 129, texte et note 1; Labbé, *à son cours*. Voy. aussi Machelard, *Terte de dr. rom.*, 3^e part., *Sur les donations entre époux*, p. 212 et suiv.; Cauvet,

Preuve du mariage. — L'absence de toute solennité rendait souvent difficile la preuve du mariage. A l'époque du droit classique on avait recours à de certaines présomptions. Ainsi, notamment, la cohabitation de deux personnes de condition égale emportait toujours une présomption de mariage (L. 24, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II). — Sous Justinien, la nouvelle LXXIV exige pour le mariage des personnes illustres la rédaction d'*instrumenta dotalia*. Quant aux personnes de condition moyenne, elles ne sont pas obligées de dresser des *instrumenta dotalia*, ce qui implique nécessairement la constitution d'une dot : mais à défaut de ces écrits, elles sont tenues de faire la déclaration de leur mariage au *defensor ecclesie* assisté de trois clercs ou d'un plus grand nombre qui figurent comme témoins. Le *defensor ecclesie* dresse un acte qui constate la déclaration qui lui a été faite et la date de cette déclaration. L'acte est signé par le *defensor*, les clercs et les époux ; il est remis aux conjoints s'ils le demandent, ou déposé aux archives (1). Les personnes viles ne sont point soumises à ces prescriptions.

Ces règles établies par la nouvelle LXXIV sont bientôt abolies par la nouvelle CXVII. En effet, si la rédaction d'*instrumenta dotalia* continue à être exigée des personnes illustres, les personnes de condition moyenne sont dispensées de faire la déclaration devant le *defensor ecclesie*.

Conditions nécessaires à la formation des justes noces. — Il y en a trois : — I. La *puberté* et la *nubilité* ; — II. Le *consentement* ; — III. Le *connubium*.

I. Puberté et nubilité. — Dans le droit primitif, il n'y a pas d'âge fixe. On ne considère que le développe-

Droit pontifical chez les anciens Romains, p. 17 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 46. — Comp. Pilette, *Lettre sur le concubinat*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. XI, p. 209 et suiv.

(1) Conf. Code civ., art. 194 à 200.

ment physique des enfants. Sous Justinien, l'homme est pubère à quatorze ans, la femme nubile à douze ans (1) (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXII).

II. Consentement. — *Consentement des futurs époux.* La condition de volonté est nécessaire, sans distinguer entre les personnes *sui juris* ou *alieni juris*, entre le *filius familias* et la *filia familias* (2). « *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant qui... coeunt* ». (L. 2, D., § 53, *De ritu nupt.*, liv. XXIII, tit. II; V. aussi Nov. CXV, ch. 3, § 11.)

Consentement du chef de famille sous la puissance duquel se trouvent ceux qui se marient (3). Il faut distinguer deux époques :

Dans le droit classique, quiconque est *in potestate* ne peut contracter mariage que du consentement du père de famille. Mais entre le petit-fils et la petite-fille de famille, il y a cette différence que le petit-fils (*nepos*) doit obtenir le consentement de son grand-père et celui de son père, tandis que la petite-fille (*neptis*) n'a besoin que du consentement de son grand-père. La raison de cette distinction est que le père ne devait point avoir plus tard sous sa puissance des personnes qui seraient entrées dans la famille sans son assentiment, et qui deviendraient malgré lui ses héritiers. Or les enfants qui naissent du mariage de la petite-fille entrent dans la famille du mari. Les principes se trou-

(1) Comp. Code civ., art. 144, 145.

(2) *Sic*, Glasson, *Du consentement des époux au mariage*, p. 5, n. 2; Ortolan, t. II, n. 105; Demangeat, t. I, p. 246; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 80, p. 174. Conf. Code civ., art. 146, 180. — M. Namur cependant (*Cours d'Instit.*, 1^{re} édit., t. I, § 53, p. 83) a enseigné que le père pouvait contraindre la fille de famille à se marier, et qu'il en a été ainsi, non seulement dans le droit primitif, mais même à l'époque de Justinien. A l'appui de son opinion, il invoquait les LL. 2, Dig., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II; 12, Code, *De nuptiis*, liv. V, tit. IV; et 20, Code, *ead. tit.*; dans tous ces textes qui exigent le consentement des futurs époux, il n'est question que du *filius familias*, et non de la *filia familias*. Cet auteur n'a cependant point persisté dans cette opinion dont il n'est plus fait mention dans la deuxième édition de son livre.

(3) Comp. Code civ., art. 148 à 160.

vent donc respectés (Instit., § 7, liv. I, tit. XI). — L'enfant adoptif n'a besoin que du consentement de l'adoptant, et aucunement du consentement de son père naturel. — L'enfant *sui juris* n'a besoin, pour se marier, du consentement de personne. Cependant les femmes ingénues à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle avaient besoin, pour se marier, du consentement de leurs tuteurs (Cicéron, *Pro Flacco*, c. XXXIV). — Quant aux affranchies, tant qu'elles ont été soumises à la tutelle de leur patron, il leur a fallu obtenir le consentement de ce patron (Ulpien, *Regl.*, tit. II, § 22).

Jamais le consentement de la mère n'est exigé (1).

Au Bas-Empire, des principes nouveaux s'introduisent.

Une constitution d'Honorius et de Théodose (L. 20, C., *De nupt.*, liv. V, tit. IV) décide qu'une fille mineure de vingt-cinq ans doit, pour se marier, obtenir le consentement de son père, s'il vit encore ; sinon, celui de sa mère ; à défaut de mère, celui des plus proches parents. — Cette constitution ne s'applique pas au fils de famille qui continue à être soumis aux anciens principes.

Sous Auguste une loi Julia autorise le magistrat à ne tenir aucun compte du refus non motivé du chef de famille (2) (L. 49, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

Si le père de famille est en démence, les enfants soumis à sa puissance peuvent se marier *sine interventu patris* (3) (L. 25, C., *De nupt.*, liv. V, tit. IV).

Dans le cas de captivité du chef de famille, le fils, qui se marie après un délai de trois ans, contracte un mariage valable (L. 9, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II). Justinien accorde au fils l'exemption de ce délai lorsqu'il forme une union que son père aurait dû raisonnablement approuver.

(1) *Contra*, Code civ., art. 148, 149, 150.

(2) *Contra*, Code civ., art. 156, 157 ; Code pén., art. 193, 195.

(3) *Comp.* Code civ., art. 159, 160.

Les mêmes règles s'appliquent au cas d'absence du chef de famille (1) (L. 10, D., *De rit. nupt.*).

III. Connubium. — Ce mot a une double acception :

Dans un sens large, il désigne la *capacité générale* de se marier : ainsi un citoyen romain pubère, *sui juris*, a l'aptitude propre à contracter des *justæ nuptiæ*, mais il n'en saurait être ainsi des esclaves, des Latins et des pérégrins.

Dans une acception plus restreinte, mais plus usitée, il détermine la *capacité relative* de s'unir à telle ou telle personne déterminée. Ainsi, un citoyen romain qui a la capacité générale de se marier ne peut cependant pas épouser sa sœur. Le *connubium* n'existe donc pas entre frère et sœur, même citoyens romains.

Des empêchements ou obstacles qui s'opposent au connubium.

On en compte quatre espèces. Les empêchements qui proviennent : — I. De la parenté. — II. De l'alliance. — III. De certaines considérations civiles. — IV. De considérations politiques.

I. Empêchements résultant de la parenté.

Deux espèces de parenté dans le droit romain :

Une parenté *purement civile*. — L'agnation.

Une parenté *naturelle*. — La cognation.

On entend par *agnation* le lien civil qui unit :

1° Ceux qui sont,

2° Ceux qui ont été et ne sont plus,

3° Ceux qui ne sont pas, n'ont jamais été, mais seraient sous la puissance d'un même auteur commun, s'ils fussent nés plus tôt.

Ceux qui sont. — Exemple : deux frères issus du même père sont sous la puissance de celui-ci et sont agnats.

Ceux qui ont été et ne sont plus. — Exemple : deux frères sous la puissance de leur père, à la mort de celui-ci deviennent *sui juris* et restent agnats.

(1) Comp. Code civ., art. 150, 160.

Ceux qui ne sont pas, n'ont jamais été, mais seraient. — Exemple : les enfants de ces frères, qui, si leur aïeul avait continué de vivre, auraient été avec leurs pères sous la puissance de l'auteur commun, sont agnats entre eux (1).

La *cognition* est le lien naturel qui existe entre personnes qui descendent l'une de l'autre, ou d'une souche commune.

Une personne peut être à la fois *agnat* et *cognat* d'une autre personne. Exemple : l'enfant né *ex justis nuptiis* et son père.

Ou bien *agnat seulement*. Exemple : l'enfant adopté par un étranger est agnat de l'adoptant, et non cognat.

Ou bien *cognat seulement*. Exemple : l'enfant adopté par un étranger n'est plus que cognat de son père naturel, et non agnat.

Subdivisions de la parenté. — 1° Parenté en ligne directe ; — 2° en ligne collatérale.

La *ligne directe* (*cognatio superior et inferior*) se compose de parents issus l'un de l'autre. Exemple : le père et le fils.

La *ligne collatérale* (*cognatio ex transverso* ou *a latere*) comprend les parents qui descendent d'un auteur commun, sans descendre l'un de l'autre. Exemple : le frère et la sœur.

La ligne directe se divise en ligne directe *ascendante*, et ligne directe *descendante*. Pour une personne, les ascendants sont ceux dont elle est issue, les descendants ceux qui sont issus d'elle.

C'est au moyen de *degrés* que l'on calcule la parenté. La parenté est une échelle dont chaque échelon est occupé par un parent. Le degré est l'intervalle entre

(1) Cette définition de l'agnation a été donnée par M. Labbé, à son cours. — Voy. aussi Brocher, *Et. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 26.

deux échelons. Cet intervalle forme une *génération*. La génération suppose donc deux individus.

En ligne directe l'échelle est *simple*. Le fils est au premier degré du père : il n'en est séparé que par un intervalle, etc.

En ligne collatérale, l'échelle est *double*. Il faut remonter l'échelle et la redescendre ensuite. Ex. : le frère est au second degré de parenté de la sœur : car en remontant du frère à l'auteur commun on trouve une génération, une autre en redescendant de l'auteur commun à la sœur, etc.

Dans quelle mesure la parenté fait-elle obstacle au mariage ?

En ligne directe ascendante ou descendante, la parenté civile ou naturelle forme un obstacle à l'infini au mariage, c'est-à-dire quelque soit le nombre de degrés entre l'ascendant et le descendant (1). Telle est la rigueur de cette prohibition qu'elle survit même à sa cause : ainsi, le père adoptif ne peut épouser ni sa fille ni sa petite-fille adoptive, même après les avoir renvoyées de sa puissance (Instit., § 1, liv. I, tit. x).

En ligne collatérale, la parenté civile ou naturelle s'oppose au mariage, lorsque l'un des parents n'est éloigné de l'auteur commun que d'un degré. Exemple : le frère ne peut épouser sa sœur, l'oncle sa nièce (2), le grand-oncle sa petite-nièce, son arrière-petite-nièce, la tante son neveu, etc. L'oncle, la tante, etc., ne sont en effet qu'à un degré de l'auteur commun (3). Mais, à la différence de ce qui se passe pour la ligne directe, la prohibition ne survit plus à sa cause dans le cas d'a-

(1) Conf. Code civ., art. 161.

(2) Claude voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fit décider, d'une manière générale, par le Sénat que désormais le mariage serait permis entre l'oncle *paternel* et la fille de son frère. Cette disposition fut abrogée par les fils de Constantin (L. 1, C. théod., *De incest. nupt.*, liv. III, tit. XII).

(3) Conf. Code civ., art. 162, 163, 164.

adoption ; ainsi, entre le fils de famille et sa sœur adoptive, l'empêchement au mariage cesse par l'émancipation de l'un ou de l'autre (Instit., § 2, *eod.*).

II. Empêchements résultant de l'alliance.

L'*alliance* ou affinité est un lien qui existe entre un conjoint et les parents de l'autre conjoint (1). Elle se divise et se mesure comme la parenté. Le parent de l'un des conjoints est par rapport à l'autre un allié du même degré. — Il est bon de remarquer que cette prohibition ne produit son effet qu'après la dissolution de l'alliance par la dissolution même du mariage d'où elle résultait ; car tant que le mariage dure, le fait seul du mariage s'oppose à l'union de deux alliés, aussi bien qu'à toute autre union.

En ligne directe, l'alliance est un obstacle à l'infini au mariage. Exemple : je ne puis pas épouser la mère de ma femme (*socrum*), ni ma bru, ni la bru de mon fils (2) (Instit., §§ 6, 7).

En ligne collatérale, l'alliance ne formait dans le droit classique aucun obstacle au mariage. Mais, au Bas-Empire, sous l'influence de l'Église, l'empereur Constance défend le mariage entre beau-frère et belle-sœur (L. 2, C. Théod., *De illic. nupt.*, liv. III, tit. XII). Cette prohibition renouvelée par d'autres empereurs chrétiens est maintenue par Justinien (3) (L. 5, C., *De incest. et inut. nupt.*, liv. V, tit. v.).

Sanction des empêchements résultant de la parenté et de l'alliance. — Au point de vue civil, l'union contractée au mépris de ces prohibitions est comme si elle n'existait pas ; il n'y a ni mari, ni époux, ni conventions ma-

(1) Il n'y a pas alliance entre le mari et la femme. *Sic*, Mackeldey, t. I, § 135, note a ; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 46, p. 93. — *Contra*, Puchta, *Pand.*, § 43 ; Namur, t. I, § 48 ; Maynz, t. I, § 104. — Ni entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre, ni entre chaque époux et les alliés de son conjoint.

(2) Conf. Code civ., art. 161.

(3) Même Code, art. 162.

trimoniales. Les enfants ne sont pas légitimes ; on les range parmi les *spurii* ou *vulgo concepti* (Gaius, C. I, § 64 ; Ulpien, *Règl.*, tit. v, § 7). — Au point de vue pénal, une telle union constitue un inceste, frappé par la loi de peines corporelles et pécuniaires (L. 39, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II ; Nov. XII, c. 1, et CLIV, c. 1).

III. Empêchements résultant de considérations civiles.

1° Les fiançailles ne produisaient pas d'affinité proprement dite ; cependant il paraissait contraire aux convenances que le père épousât celle qui avait été destinée à son fils ; et réciproquement (L. 12, §§ 1 et 2, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

2° Un homme, divorcé d'avec sa femme, ne pouvait pas épouser la fille que cette femme aurait eue d'un second mariage ; cependant entre cette fille et lui, il n'existait aucun rapport d'alliance (1).

3° Le mariage était prohibé entre la femme condamnée pour adultère et son complice (2) (L. 40, *pr.*, D., *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. XLVIII, tit. v) ; — entre le ravisseur et la jeune fille (3) (L. 1, C. Théod., *De rapt. virg.*, liv. IX, tit. xxiv).

4° Le *contubernium*, ou union des esclaves, impuissant à créer ni parenté ni alliance, formait cependant un obstacle au mariage après l'affranchissement.

5° Le fils ne pouvait pas épouser la concubine du père.

6° Le mariage était défendu entre un tuteur, un curateur, leur fils ou petit-fils, et l'ex-pupille mineure de vingt-six ans, à moins qu'elle ne leur eût été fiancée ou destinée par son père (4) (LL. 26, 47 et 60, §§ 5 à 7, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

(1) Comp. Code civ., ancien art. 295.

(2) Même Code, ancien art. 298.

(3) Esmein, *De l'adultère à Rome*, Nouv. rev. histor. de dr. franç. et étrang., 1878, p. 397 et suiv. — *Contra*, Code pén., art. 357.

(4) Comp. Code civ., art. 472.

IV. Empêchements résultant de considérations politiques.

1° D'après la loi des Douze-Tables, le mariage était interdit entre patriciens et plébéiens ; mais cette prohibition a été effacée par un plébiscite voté en l'an 310 (*R. f.*) sur la proposition du tribun Canuleius (Tite-Live, *Hist.*, liv. IV, § 2).

2° La même prohibition frappait les mariages entre ingénus et affranchis ; mais elle a été supprimée par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*, qui cependant ont maintenu la défense faite aux ingénus d'épouser des femmes de mauvaise vie, des comédiennes, etc. ; aux sénateurs, à leurs enfants au premier degré, et à leurs autres descendants *per masculos*, d'épouser des affranchies (1) (LL. 43, 44, *pr.*, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II). — Justinien dans la Nouvelle CXVII, c. 6, supprime ces prohibitions de mariage.

3° Un gouverneur ne pouvait pas prendre pour *uxor* une femme domiciliée dans la province qu'il administrait, *ubi manet*. Il fallait en effet maintenir la soumission du gouverneur vis-à-vis du pouvoir central en l'empêchant de se fortifier par des alliances locales (LL. 63 et 65, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II).

4° Valentinien, Théodose et Arcadius avaient défendu le mariage entre juifs et chrétiens (L. 6, C., *De jud.*, liv. I, tit. IX). Justinien lève cette prohibition.

Effets du mariage. — Les conjoints ont le titre de *vir* et d'*uxor* ; ils se doivent mutuellement aide et aliments (2). Chaque époux a droit vis-à-vis de son conjoint à la fidélité conjugale (3), et la violation de ce devoir constitue le crime d'adultère (4). — Les enfants

(1) Entre ces personnes, en effet, l'*individua vitæ consuetudo* n'était pas possible. Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 21.

(2) Conf. Code civ., art. 212, 213, 214.

(3-4) Même Code, art. 212 ; Code pén., art. 336 à 339.

(*justi liberi*), protégés par la présomption, *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, suivent la condition de leur père et vivent sous sa puissance (1). — Il ne peut y avoir de dot (Instit., § 12, liv. I, tit. x) et de donation à cause de noces que dans les *justæ nuptiæ*. — Du temps où la *manus* existait, les *justæ nuptiæ* seules la rendaient possible. — Sous les lois caducaires, le mariage relevait de certaines incapacités.

Causes de dissolution.

La mort de l'un des époux ; — la perte de la liberté (*captivitate vel alia contingente servitute*) ; — Le divorce.

1° *La mort de l'un des époux* (2). — Après la dissolution du mariage, par la mort de la femme, le mari peut contracter immédiatement une nouvelle union. Après la dissolution du mariage par la mort du mari, la femme, avant de se remarier, doit laisser passer un délai prescrit par la loi. Ce délai, d'abord de dix mois (3) (LL. 1, 9, D., *De his qui not. inf.*, liv. III, tit. II), est ensuite porté à douze mois (L. 2, C., *De sec. nupt.*, liv. V, tit. IX). Une union trop rapprochée de la dissolution du premier mariage aurait amené une incertitude dans la paternité, une *sanguinis turbatio*. Le mariage contracté au mépris de cette prohibition n'en est pas moins un *justum matrimonium*. On s'est contenté de décréter la peine d'infamie contre les contrevenants.

2° *La perte de la liberté*. — Lorsque l'un des conjoints devient esclave, le mariage est dissous. Donc faculté est laissée au conjoint libre de se remarier. Cette solution ne fait pas de difficulté toutes les fois que la servitude est ineffaçable, qu'elle est la conséquence d'une condamnation pénale. Mais Justinien, en supprimant la *servitus pœnæ* (4), a singulièrement restreint l'applica-

(1) Conf. Code civ., art. 312.

(2) Même Code, art. 227.

(3) *Ibid.*, art. 228 ; Code pén., art. 191, 195.

(4) V *supra*, liv. I, tit III, p. 20.

tion de ce mode de dissolution du mariage (1). — Que décider en cas de captivité? Dans le droit romain classique le conjoint du captif est libre de contracter une nouvelle union. Le mariage est si bien dissous, que le *jus postliminii*, qui rétablit le captif rendu à la liberté dans tous ses droits antérieurs, laisse subsister entièrement les effets de la captivité par rapport à la dissolution du mariage (2). — Dans le droit de Justinien, la captivité de l'un des époux n'opère dissolution du mariage qu'après cinq ans : jusque là l'époux présent qui se remarie encourt les peines applicables au conjoint qui a donné lieu au divorce par sa faute (L. 6, D., *De divort.*, liv. XXIV, tit. II).

3° *Le divorce*. — Le divorce a toujours été admis dans la législation romaine. Peu pratiqué dans les premiers temps, il ne devient un abus qu'aux approches de l'Empire (3). Sous Auguste, la loi *de Adulteriis* subordonne la validité de la répudiation à l'emploi de certaines formes (L. un., § 1, D., *Unde vir et uxor*, liv. XXXVIII, tit. XI). Théodose et Valentinien déterminent restrictivement les causes légitimes de répudiation (LL. 1 et 2, C. Théod., *De repud.*, liv. III, tit. XVI ; L. 8, C., *De repud.*, liv. V, tit. XVII). Le divorce sans cause légitime expose celui des époux qui l'a provoqué à certaines peines pécuniaires (4).

Secondes nocces. — Pendant longtemps les secondes nocces ont été vues avec une certaine faveur par les

(1) Comp. Code civ., anc. art. 232.

(2) Il faut toutefois excepter le cas où les deux époux, faits prisonniers ensemble, subissent ensemble l'esclavage et reviennent en même temps.

(3) Suivant Aulu-Gelle, le premier exemple de divorce aurait été donné par un certain Spurius Carvilius Ruga, vers 519 ou 523 de Rome (*Nuits attiques*, liv. IV, ch. III, § 2; liv. XVII, ch. XXI, § 44).

(4) Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 27 et suiv.; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, § 559, p. 282 et suiv., et *Droit civil annoté d'après le dr. rom.*, p. 23; Glasson, *le Mariage civil et le divorce*, p. 9 et suiv. — Comp. Code civ., anc. art. 229 à 305; L. 8 mai 1806, abolitive du divorce.

législateurs romains ; elles étaient même pour ainsi dire commandées, sous les lois caducaires, pour échapper aux peines du célibat dans le veuvage. — Avec les empereurs chrétiens et après la suppression des déchéances qui frappaient les célibataires, un changement s'opère ; des mesures restrictives sont prises contre les convols en secondes noces, surtout dans le cas où il existe des enfants du premier mariage dissous (1) (Voy. notamment L. 6, C., *De secund. nupt.*, liv. V, tit. IX ; Nov. XXII).

DU CONCUBINAT.

Du concubinat et du stuprum. — A côté des justes noces se placent d'autres unions qui, s'appuyant sur des affections sérieuses, offrent, par leur permanence même, un certain caractère de moralité. Ces unions, sous le nom de *concubinatus*, sont reconnues par la loi qui les distingue des unions passagères et irrégulières (*stuprum*), dont le but est la satisfaction d'un caprice (2) (L. 3, § 1, D., *De concubinis*, liv. XXV, tit. VII).

Cette distinction entre le *concubinatus* et le *stuprum* apparaît avec un sens juridique, sous Auguste (L. 34, pr., D., *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. XLVIII, tit. V), qui exclut le *concubinatus* de la peine portée contre le *stuprum*. — Les enfants nés d'un *concubinatus* s'appellent *naturales liberi* et ont un père reconnu. Les enfants issus d'un *stuprum* se nomment *spurii* ou *vulgo concepti* et sont sans père reconnu.

Règles communes au concubinat et aux justes noces.

(1) L'esprit de cette dernière législation se retrouve dans notre Code civil, art. 394, 1098. — En ce qui concerne l'effet des secondes noces sur les gains de survie. V. Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, p. 107 et suiv.

(2) M. Gide vient d'émettre sur le concubinat romain quelques aperçus d'une grande originalité. Voy. son étude *sur la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, *Nouv. revue hist. de dr. franç. et étr.*, année 1880, p. 376 et suiv., 409 et suiv.

— Le concubinat n'existe qu'entre personnes pubères et nubiles (L. 1, § 4, D., *De concub.*, liv. XXV, tit. VII), libres de tout rapport prohibé de parenté ou d'alliance. — Nul ne peut avoir deux concubines, ni une épouse et une concubine (L. 1, § 3, D., *eod. tit.*). — Aucune formalité n'est exigée pour se mettre en concubinat ; et, comme il en est de même pour les justes noces, la concubine ne se distingue de l'épouse légitime que d'après l'intention des parties et la dignité de la femme.

Différences entre le concubinat et les justes noces.

— Dans le concubinat point de dot, point de donations à cause de noces. — La femme n'a point le titre d'*uxor*, elle n'a pas non plus avec son conjoint cette égalité de position qui est de l'essence des justes noces (*inæquale conjugium*) (L. 3, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. XXVII). Ainsi encore on ne donne pas à la concubine le nom respecté de *materfamilias* (L. 41, § 1, D., *De rit. nupt.*, liv. XXIII, tit. II). — Les enfants *liberi naturales*, qui naissent du concubinat suivent la condition de leur mère, et n'entrent point sous la puissance paternelle. Justinien leur accorde cependant un certain droit relativement à la succession de leur père. — La seule volonté des parties ou de l'une d'elles suffit pour dissoudre cette union : il n'est pas nécessaire de recourir aux formalités du divorce (1).

Suppression du concubinat. — Le concubinat a été supprimé par Léon VI, le Philosophe (Nov. XCI), comme contraire à la morale et à l'esprit du christianisme.

DU MARIAGE DU DROIT DES GENS.

Supérieure au concubinat, mais inférieure aux *justæ nuptiæ*, apparaît une union régulière que les textes

(1) Sic, Gide, *Et. sur la condit. priv. de la femme*, p. 160, note 2 ; Plette, *Et. sur le concubinat chez les Romains*, Rev. hist. de dr. franç. et étrang., t. XI, p. 209 et suiv. ; Namur, *Cours d'Inst.*, 2^e édit., t. I, § 77, p. 99.

qualifient *matrimonium injustum* ou non *legitimum* ou enfin *sine connubio*. Cette union, dont l'existence a été contestée, mais à tort suivant nous, trouve sa raison d'être principalement dans les rapports entre Romains et latins ou pérégrins, c'est-à-dire entre personnes qui n'ont pas le *connubium* ensemble ; le *connubium* supposant la *civitas* (1). Les interprètes la désignent généralement sous le nom de *mariage du droit des gens*. — *Supérieur au concubinat*, le mariage du droit des gens donne au mari une action en adultère contre sa femme coupable (L. 13, § 1, *Ad leg. Jul. de adult.*, liv. LXVIII, tit. v). Il permet à la femme de se constituer une dot qu'elle pourra réclamer à la dissolution du mariage. Les enfants issus d'un pareil mariage ne sont point naturels, et la règle « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* » s'y applique également. Pour rompre cette union, du vivant des époux, il faut recourir aux formalités du divorce. — *Inférieur aux justes noces*, le mariage du droit des gens n'établit pas, suivant toutes probabilités, entre les époux cette complète égalité de position qui est de l'essence même des *justæ nuptiæ*. En effet, si dans cette union la femme a le titre d'*uxor*, elle n'est qu'une *uxor injusta* (L. 37, § 2, D., *ad municip.*, liv. L, tit. 1). La femme ne prend pas le domicile du mari ; elle garde son domicile antérieur. Le père n'acquiert pas sur les enfants la puissance paternelle du droit civil (2).

Le mariage du droit des gens a presque entièrement disparu depuis Caracalla à la suite de la concession du droit de cité à tous les sujets de l'Empire (3).

(1) Les justes noces étaient également impossibles entre Latins, entre pérégrins, et aussi entre Latins et pérégrins.

(2) Telle est la doctrine enseignée par Maynz, 3^e édit., t. I, § 33, p. 85, note 11, et t. III, § 387, p. 4 ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 100, p. 226 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 55 ; Namur, *Cours d'Instil.*, t. I, § 66, p. 86 ; Van Wetter, t. II, § 572 ; Labbé et Demangeat, à leurs cours.

(3) V. *suprà*, liv. I, tit. III, p. 24.

DU CONTUBERNIUM.

Le *contubernium* est l'union des esclaves, ou de deux personnes dont l'une est esclave. Il ne produit guère qu'un pur fait, étranger au droit et sans effet juridique. Impuissant à créer ni parenté, ni alliance, il n'engendre qu'une sorte d'*affinitas* qui ne forme un obstacle au mariage qu'après l'affranchissement (1) (Inst., § 10, liv. I, tit. x ; L. 3, D., *De grad. cognat.*, liv. III, tit vi).

DE LA LÉGITIMATION.

On appelle *légitimation* cet événement qui fait acquérir à un père la puissance paternelle sur son enfant conçu en dehors des justes noces. Aussi les modes de légitimation se confondent-ils avec les modes de constitution de la puissance paternelle, et la légitimation appartient-elle au *jus civile*.

Il y a six modes de légitimation, dont deux antérieurs à Justinien.

I. Modes de légitimation antérieurs à Justinien :
— La *causæ probatio*, l'*erroris causæ probatio*.

Premier mode. — La *causæ probatio* avait lieu dans l'hypothèse suivante : un Latin épousait soit une Romaine, soit une Latine junienne ou des colonies, *liberorum quærendorum causa ex lege Sentia*. De cette union, contractée suivant certaines formes, pouvait naître un enfant de l'un ou de l'autre sexe. Lorsque l'enfant était âgé d'un an (*anniculus, annicula*), le Latin se présentait devant le magistrat (*probare causam*) et réclamait l'admission à la cité romaine pour lui-même dans tous les cas, pour sa femme et son enfant, s'il

(1) Voy., à cet égard, Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 430 (édit. de 1846) ; Van Wetter, t. II, § 600, p. 325 ; Accarias, *loc. cit.*, p. 227.

avait épousé une Latine. Le magistrat prononçait sur cette demande. La puissance paternelle était acquise sur l'enfant (Gaius, C. I, § 66).

Deuxième mode. — L'*erroris causæ probatio* avait lieu notamment lorsqu'un citoyen romain épousait une Latine, ou une pérégrine qu'il croyait être citoyenne romaine. En réalité, il n'y avait pas de mariage légitime. L'enfant qui naissait de cette union naissait *sui juris*, en dehors des justes noces. — Mais un sénatus-consulte autorisa le père à aller trouver le magistrat, et à lui démontrer la cause de son erreur involontaire (*erroris probare causam*). Par ce moyen il pouvait faire arriver à la cité romaine sa femme et son enfant. A ce moment même, le mariage se transformait en justes noces, et l'enfant tombait sous la puissance paternelle. Toutefois, pour que la femme devînt dans cette hypothèse citoyenne romaine, il ne fallait pas qu'elle fût une affranchie assimilée aux pérégrins déditices (Gaius, C. I, §§ 67 à 72).

La *causæ probatio* et l'*erroris causæ probatio* ont disparu sous Justinien.

II. Modes de légitimation sous Justinien. — A cette époque il existe quatre modes de légitimation : par mariage subséquent, par oblation à la curie, par rescrit du prince, par testament.

Premier mode. — *Légitimation par mariage subséquent* (1). Ce mode, introduit par Constantin, favorisé par Zénon (L. 5, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. xxvii) ne se montre d'abord que comme une mesure provisoire. Sous Justinien il prend un caractère de permanence. Cette légitimation demande l'accomplissement de quatre conditions :

1° Que l'enfant soit né du concubinat, et non de toute autre union irrégulière ;

(1) Comp. Code civ., art. 331 à 333.

2° Qu'au moment de la conception de l'enfant le mariage entre le père et la mère ne soit défendu par aucune loi ;

3° Qu'on dresse un *instrumentum dotale* pour constater la transformation du concubinat en mariage légitime (LL. 10, 11, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. xxvii) ;

4° Que l'enfant consente à la légitimation ou, tout au moins, qu'il ne s'y oppose pas ; un consentement exprès n'est donc pas exigé (1).

Deuxième mode. — Légitimation par oblation à la curie.

On nomme *curie* le sénat d'une ville municipale. Les membres de la curie, appelés *curions* ou *décurions* (2), étaient des agents du fisc ; ils répondaient sur leurs biens personnels du recouvrement intégral de l'impôt. Sous l'Empire, ces charges étaient devenues très lourdes, et n'étaient compensées que par quelques privilèges de minime importance ; aussi le vide s'était fait dans la curie (3). Théodose le Jeune et Valentinien se servirent de la légitimation pour y faire entrer de nouveaux membres. Un père qui n'avait pas d'enfants légitimes pouvait, en offrant son fils naturel à la curie, acquérir sur lui la puissance paternelle. Justinien accorde ce mode de légitimation même au père qui a des enfants légitimes (L. 9, § 3, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. xxvii).

Deux conditions étaient nécessaires sous Justinien pour la validité de cette légitimation. Il fallait : 1° que le père donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq

(1) Sic, Accarias, n. 116, p. 260 ; Demangeat, p. 283.

(2) Trois fragments d'une loi municipale découverte, il y a quelques années, en Espagne, à Osuna, colonie de la Bétique, fondée par Jules César sous le nom de *Genetiva Julia*, ont jeté un grand jour sur les conditions de nomination, les attributions, les charges et les privilèges des décurions dans le régime municipal des colonies romaines. V. le texte et le commentaire de ces fragments de loi publiés par Ch. Giraud dans le *Journal des savants*, année 1875, n. 1, p. 60 et suiv.

(3) Consult. A. Houdoy, *Dr. municip. rom.*, p. 597 et suiv.

arpents de terre; 2° que l'enfant consentît à la légitimation.

Ce mode de légitimation rendait l'enfant légitimé habile à succéder à son père, mais n'établissait aucun rapport de succession entre l'enfant et les parents de son père agnats ou cognats.

Quant à la fille naturelle, elle pouvait être légitimée par son mariage avec un décurion. La curie trouvait encore là un avantage; car le décurion recevait de sa femme certaines libéralités, et les enfants qui naissaient de cette union étaient décurions, et recueillaient la fortune de leur mère (L. 3, C., *De nat. lib.*, liv. V, tit. xxvii).

Troisième mode. — Légitimation par rescrit du prince. Ce mode, introduit par Justinien dans la nouvelle LXXIV, exige l'accomplissement de deux conditions :

1° Que le père n'ait aucun enfant légitime;

2° Qu'il lui soit impossible d'épouser la mère de ses enfants naturels, soit à cause de la mort ou de la disparition de la concubine, ou pour toute autre raison valable.

Quatrième mode. — Légitimation par testament. Un père qui n'a laissé que des enfants naturels est mort; mais il a exprimé dans son testament le désir de légitimer ses enfants. Ceux-ci peuvent alors solliciter eux-mêmes de l'empereur le bénéfice de la légitimation qui les rendra habiles à succéder à leur père (1) (Nov. LXXIV, ch. 1 et 2).

LA MANUS ET LE MANCIPIUM.

Outre la puissance paternelle, il existait dans l'ancien droit romain deux autres puissances : la *manus* et le *mancipium*.

La manus. — C'était une puissance particulière qui

(1) Mais ce mode de légitimation, comme on l'a fait justement remarquer, se confond avec le précédent, puisque l'effet juridique procède du rescrit de l'empereur. Didier-Pailhé et Tartari, p. 58.

ne s'exerçait que sur les femmes, et qui découlait du pur droit civil (1) (Gaius, C. I, §§ 108, 109).

A Rome, le mariage, même légitime, ne donnait par lui-même au mari aucune puissance sur sa femme. La *manus* n'était donc qu'un fait accidentel dans le mariage, et non pas une conséquence immédiate et nécessaire (2).

La femme ne pouvait tomber *in manum* sans le *jussus* de son père, si elle était *alieni juris*, et l'*auctoritas* de son tuteur, si elle était *sui juris*.

La *manus* s'acquerrait de trois manières : — par la confarréation (*farreo*), — par la coemption (*coemptione*), — par l'usage (*usu*) (Gaius, C. I, § 110).

1° *Par la confarréation (farreo)*. — C'était une cérémonie religieuse dans laquelle figurait un pain de froment (*farreus panis*) (Gaius, C. I, § 112). Certaines fonctions sacerdotales, celles, par exemple, de flamines de Jupiter, de Mars ou de *Quirinus*, de *reges sacrorum*, ne pouvaient être remplies que par des personnes issues d'un mariage par confarréation. Ce mode était surtout employé dans les familles patriciennes ; il avait déjà disparu sous Tibère en l'an 776 (3).

2° *Par la coemption (coemptione)*. — Ce n'était plus le caractère religieux qui dominait dans ce second mode d'acquisition de la *manus* ; il s'agissait avant tout d'une opération civile, d'une vente solennelle de la femme. Cette vente pouvait être faite *matrimonii causa*, la femme

(1) Suivant certains auteurs, l'expression *manus* aurait originairement désigné l'ensemble de la puissance du chef de la maison sur sa *familia*, personnes et choses. Christiansen, *Die Wissenschaft.*, t. I, p. 136 et suiv. ; Rossbach, *Unters.*, p. 10, 41 ; Jhering, traduct. de Meulenaère, t. II, § 36, p. 157.

(2) Gide, *Etud. sur la condition privée de la femme*, p. 126 et suiv. ; Jhering, traduct. de Meulenaère, t. II, § 36, p. 185 et 186.

(3) Voy., pour plus de détails, Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 1 et suiv. (édit. de 1846) ; Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 16 et suiv. ; Glasson, *Consent. des époux au mar.*, p. 12 et suiv. ; Gide, *op. cit.*, p. 126, note 1 ; Brocher, *op. cit.*, p. 29.

passait alors sous la *manus* de son mari (cette coemption ne pouvait se faire qu'avec le mari); — ou bien *fiduciæ causa*. Dans cette dernière forme, la coemption se faisait ordinairement avec un tiers (1), quelquefois avec le mari lui-même. La *manus* qui résultait de la coemption *fiduciæ causa* n'était que fictive et passagère. En effet, par le contrat de fiducie ajouté à la coemption, le tiers ou le mari *coemptionator* engageait sa foi à affranchir la femme. Le résultat de la coemption *fiduciæ causa* était de faire passer la femme de la tutelle d'une personne sous la tutelle d'une autre, et de lui donner la capacité de tester (Gaius, C. I, §§ 113 et 123).

3° *Par l'usage (usu)*. — Ce mode d'acquisition assimilait la femme aux choses mobilières : la femme, en effet, tombait sous la *manus* de son mari, lorsqu'elle avait été possédée par lui pendant une année sans interruption. Si elle voulait échapper à cette puissance, il lui fallait interrompre l'usucapion en s'éloignant du toit conjugal pendant trois nuits consécutives de l'année (*trinoctio*) (Gaius, C. I, § 111).

Effets de la manus. — La femme *in manu* perdait tous ses droits d'agnation dans sa famille naturelle; mais, par rapport à son mari, elle était assimilée à une fille de famille (*loco filix*); elle était considérée comme la sœur de ses propres enfants : d'où résultait pour elle l'agnation avec son mari et ses enfants (2) (Gaius, C. I, §§ 111 et 114).

Dissolution de la manus. — Elle se dissolvait par les

(1) La *manus* pouvait donc exister sans mariage. Jhering, *op. cit.*, § 36, p. 188, 189.

(2) Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. I, § 61, p. 80 et 81; Van Wetter, 2^e édit., t. II, § 612, p. 334. — Suivant Gide, *op. cit.*, p. 133, la *manus* se distinguerait de la *potestas* en ce que la *manus*, tout comme la tutelle, ne conférait par elle-même aucun droit sur la personne de la femme, et ne s'exerçait que sur ses biens, au lieu que la *potestas* avait pour objet la personne même de l'enfant ou de l'esclave. Comp. Duverger, *Condition polit. et civ. des femmes*, p. 120, note 4.

mêmes modes de dissolution que la puissance paternelle (1), et en outre par le *divorce* (2).

Il n'était plus question de la *manus* dès avant le règne de Justinien.

Le mancipium. — Le *mancipium*, ou puissance d'un homme libre sur une autre personne libre qui lui avait été mancipée, offrait une grande analogie avec la puissance dominicale, mais il appartenait au *jus civile*. Il s'appliquait à deux classes de personnes : à celles qui, soumises à la puissance d'un père de famille, ont été vendues par le *pater familias*, ou bien à celles qui, placées *in manu* (les femmes), ont été mancipées par le *coemptionator*. C'est de la mancipation qui avait lieu à cette occasion qu'est venu le nom de *mancipium*.

Effets du mancipium. — L'individu placé *in mancipio* était *loco servi* sans être toutefois *servus*. — Comme l'esclave, il était tenu notamment de travailler pour l'acquéreur (*manumissor*) ; c'était pour ce dernier qu'il acquérait des droits de propriété ou des créances (Gaius, C. II, §§ 86 et 90 ; C. III, § 163) ; il lui fallait, pour devenir *sui juris*, obtenir son affranchissement dans les formes ordinaires (Gaius, C. I, § 138) ; et cet affranchissement donnait au *manumissor* certains droits de patronage relativement à la tutelle et à la succession de l'individu *in mancipio* (Gaius, C. I, § 166). — Mais, à la différence de l'esclave, l'individu *in mancipio* libéré du *mancipium* n'était pas rangé dans la condition des affranchis, il reprenait sa qualité d'ingénu, et recouvrait l'exercice de ses droits politiques ; il ne pouvait être l'objet d'un droit de possession : d'où cette conséquence probable qu'il

(1) V. *infra*, liv. I, tit. XII, p. 86 et suiv.

(2) Le divorce n'entraînait pas de plein droit la dissolution de la *manus* ; mais il mettait le mari dans l'obligation légale de la dissoudre. La dissolution s'obtenait, quand la *manus* avait été constituée par la *coemptio* ou par l'*usus*, au moyen d'une mancipation suivie d'affranchissement, et quand elle avait été établie par la *confarreatio*, au moyen d'une cérémonie religieuse contraire qui s'appelait *diffareatio* (Gaius, C. I, § 137). — V. *suprà*, liv. I, tit. X, p. 60.

ne pouvait acquérir la possession au *manumissor* (Gaius, C. II, § 90); enfin il devait être traité avec certains égards, sans quoi le *manumissor* pouvait être poursuivi pour délits d'injures. Jamais au contraire l'action *injuriarum* n'était accordée à l'esclave contre son maître (1) (Gaius, C. I, § 141).

Dissolution du mancipium. — Le *mancipium* se dissolvait par les mêmes modes d'affranchissement que la puissance dominicale : par la *vindicta*, par le *cens*, par le *testament* (2) (Gaius, C. I, § 138).

Le *mancipium* avait déjà disparu sous Justinien.

TITRE XI

Des adoptions

Définition. — L'adoption est un acte solennel qui, faisant tomber un citoyen romain sous la puissance d'un autre citoyen romain, établit artificiellement entre eux les mêmes relations civiles qu'eût engendrées la procréation naturelle *ex justis nuptiis*.

Il y a deux espèces bien distinctes d'adoption; l'adoption proprement dite et l'adrogation (L. 1, § 1, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII).

Règles communes à l'adoption proprement dite et à l'adrogation.

1° L'adoptant doit avoir la puberté pleine, c'est-à-dire dix-huit ans, de plus que celui qu'il veut prendre pour fils adoptif (3), car l'adoption imite la nature, *naturam imitatur* (Instit., § 4, liv. I, tit. XI).

2° L'adoption a toujours exigé la présence de l'a-

(1) Consult. Jhering, traduct. de Meulenaere, t. II, § 36, p. 181. Comp. Schlesinger, *Zeitsch. fur R. G.*, t. VI, p. 121 et 122.

(2) Les dispositions des lois *Ælia Sentia* et *Fufia Caninia* ne s'appliquaient pas à l'individu affranchi du *mancipium* (Gaius, C. I, § 139).

(3) Comp. Code civ., art. 343.

dopté (1) (Instit., § 8, liv. I, tit. XII). Il en a été de même de l'adrogation jusqu'à Dioclétien.

3° On peut adopter quelqu'un pour fils, pour petit-fils ou arrière-petit-fils, lors même que l'on n'aurait pas de fils. Mais si l'adoptant a un fils, l'adoption peut s'opérer de deux manières : — ou l'adoptant rattache son petit-fils par adoption à son fils ; dans ce cas, le fils de famille doit consentir à l'adoption pour qu'elle ne lui donne pas malgré lui un héritier sien ; — ou bien l'adoptant ne rattache pas son petit-fils par adoption à son fils, alors le fils n'est pas considéré comme le père, mais comme l'oncle par adoption du petit-fils adoptif. Le consentement du fils n'est donc plus nécessaire (Instit., §§ 5, 6 et 7, liv. I, tit. XI).

4° Les femmes n'ayant point de puissance maternelle ne pouvaient, dans l'ancien droit, ni adopter ni adroger (2) (Instit., § 10, *eod.*). Dioclétien permet exceptionnellement à une femme qui a perdu tous ses enfants de se donner un fils adoptif (L. 5, C., *De adopt.*, liv. XIII, tit. XLVIII). Justinien généralise cette faveur, mais seulement à l'égard des femmes qui ont eu des enfants et les ont perdus (Instit., § 10, *eod.*). L'empereur Léon le Philosophe permet l'adoption même aux femmes qui n'ont jamais été mères (Nov. XXIX). Mais cette adoption, accordée par la faveur du prince, ne donne pas la puissance paternelle ; elle établit seulement un droit de succession en faveur de l'adopté sur les biens de sa mère adoptive (3).

5° Un castrat ne pouvait, même sous Justinien, ni adopter ni adroger (Instit., § 9, *eod.*). L'empereur Léon efface cette prohibition en accordant au castrat la faculté d'adopter (Nov. XXVII).

(1) Comp. Code civ., art. 353.

(2) *Contra*, même Code, art. 343.

(3) *Sic*, Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. I, § 82, p. 104 ; Van Wetter, t. II, § 58?, p. 304.

6° Les esclaves ne peuvent être ni adoptés, ni adrogés (1). — Quant aux affranchis, ils ne peuvent être adoptés et adrogés que par leur patron (L. 3, C., *De adopt.*, liv. VIII, lit. XLVIII ; L. 15, § 3, C., *eod.*).

7° On peut donner en adoption à un tiers celui qu'on a adopté ou adrogé. Ce pouvoir est cependant refusé dans le droit de Justinien à l'adoptant qui n'est pas l'ascendant naturel de l'adopté.

8° Ni l'adoption ni l'adrogation ne comportent l'aposition d'un terme ou d'une condition.

Règles particulières à l'adrogation. — L'adrogeant doit : — 1° être âgé de soixante ans révolus (2) ; — 2° n'avoir ni enfants issus *ex justis nuptiis* (3), ni enfants devenus tels par une précédente adrogation ou par adoption.

De l'adoption.

Suivant que l'on se place avant ou après Justinien, l'adoption se présente avec des formes et des effets différents.

I. Époque antérieure à Justinien.

FORMES DE L'ADOPTION.

L'adoption comprend deux éléments :

1° La *vente solennelle* (*mancipation*) ;

2° La *cession en justice* (*cessio in jure*).

L'objet de la mancipation était de dissoudre la puissance paternelle.

(1) Tout au plus une déclaration d'adoption, faite par le maître à propos de son *servus*, vaudrait-elle affranchissement *per nominationem filii*. Sic, Accarias, *op. cit.*, n. 111, p. 249 ; Demangeat, *op. cit.*, p. 304 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 64.

(2) Sic, Thibaut, t. II, § 777, 6° ; Vangerow, t. I, § 249, *Ann.* I ; Windscheid, t. II, § 523, 2°, d, note 13^a ; Maynz, t. III, § 412. — *Contra*, Puchta, *Pand.*, § 443, note V ; Mulhenbruch, t. III, § 552, 7° ; Van Wetter, t. II, § 577, p. 298 ; ces derniers auteurs étendent cette condition d'âge à l'adoption.

(3) Comp. Code civ., art. 343.

L'objet de la cession en justice était de reconstruire au profit de l'adoptant la puissance paternelle.

A l'égard d'un enfant mâle du premier degré, la mancipation devait être répétée trois fois.

Après une première vente, faite par le père naturel, le fils, s'il venait à être affranchi par l'acheteur, retombait sous la puissance du père naturel. Il en était de même après une seconde vente et un second affranchissement. Enfin, par une troisième vente, le père mettait entièrement fin à sa puissance paternelle ; mais l'acheteur, au lieu d'affranchir une troisième fois le fils (ce qui l'aurait rendu *sui juris*), le remancipait au père ; par suite le fils se trouvait *in mancipio*. Il ne s'agissait plus que de reconstruire au profit du tiers la puissance paternelle dissoute.

A l'égard d'une fille ou d'un petit-fils, une seule vente suffisait pour détruire la puissance paternelle.

Pour la *cession en justice*, on simulait un procès devant le préteur. Celui qui voulait adopter revendiquait l'enfant comme étant son fils : le père ne contredisait pas. Le magistrat déclarait la prétention du demandeur bien fondée en droit (1) (Gaius, C. I, § 134).

EFFETS DE L'ADOPTION.

L'adopté sortait de la famille de son père naturel et y perdait tous ses droits d'agnation ; il entra dans la famille de l'adoptant, et y avait les mêmes droits qu'un enfant issu *ex justis nuptiis* (2) ; car il se trouvait uni à tous les agnats de l'adoptant par le double lien de l'agnation et de la cognation. Dans certains cas ces conséquences pouvaient être regrettables. En effet, si, plus

(1) Voyez la description des formalités en usage pour les adoptions dans l'intéressant ouvrage de Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 85 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 350.

tard, l'adopté était renvoyé par émancipation de sa famille adoptive, ou déshérité par son père adoptif, il n'appartenait plus à aucune famille ; il avait donc perdu sans compensation ses droits d'hérédité dans la succession de son père naturel (1) (Instit., §§ 10 à 12, liv. III, tit. 1).

Observations. — L'adoption, s'appliquant à une personne *alieni juris*, ne pouvait, en principe, se traduire pour l'adoptant en un profit pécuniaire, en une augmentation de son patrimoine. Enfin l'adoption ne produisait aucun effet à l'égard des enfants déjà nés ou conçus du mariage de l'adopté. Ces enfants restaient ou naissaient sous la puissance de leur aïeul naturel.

II. Époque de Justinien.

FORME DE L'ADOPTION.

La mancipation et la *cessio in jure* ont disparu sous Justinien. L'adoption s'opère désormais par l'autorité du magistrat, *imperio magistratus*. Les parties comparaissent devant le magistrat compétent, et lui déclarent leur volonté. Le magistrat dresse un acte qui constate l'adoption (2) (Instit., § 8, liv. I, tit. XII ; L. 11, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII).

EFFETS DE L'ADOPTION.

Il faut distinguer deux cas :

1° Celui où le fils est adopté par une personne autre qu'un ascendant (*extraneus*) ;

2° Celui où il est adopté par un ascendant.

Dans le premier cas, l'adoption ne produit plus ses anciens effets. L'adopté reste sous la puissance et dans la famille de son père naturel ; il conserve tous ses droits

(1) *Contra*, même Code, art. 348.

(2) *Comp.* Code civ., art. 353 à 360.

d'hérédité. Mais il acquiert en outre des droits à la succession de l'adoptant, lorsque ce dernier meurt sans laisser de testament (*ab intestato*) (Instit., § 2, liv. I, tit. XI).

Dans le second cas, l'adoption conserve tous ses anciens effets (1) (Instit., § 2, *eod.*).

De l'adrogation.

L'adrogation ne s'applique qu'aux chefs de famille *sui juris* ; elle intéresse l'État et la religion. — L'État est intéressé, car il y a une famille qui disparaît et s'absorbe dans une autre famille. — La religion est intéressée, car l'adrogé perd ses sacrifices propres, ses dieux domestiques.

FORMES DE L'ADROGATION.

Ces formes varient suivant que l'on se place à trois époques différentes :

Première époque. — L'adrogation devait être approuvée par les pontifes, après une enquête, sanctionnée par une loi votée dans les comices par curies. Voici comment on procédait : on demandait — à l'adrogeant, s'il voulait prendre l'adrogé pour fils ; — à l'adrogé, s'il consentait à le devenir ; — au peuple, s'il donnait son autorisation (*populi auctoritate*). De ces trois *rogationes* ou questions est sorti le mot *adrogation* (Gaius, C. I, § 99).

Les comices par curies ne pouvaient se tenir qu'à Rome ; il en résultait que l'adrogation à l'origine n'était permise qu'à Rome (Gaius, C. I, § 100).

Deuxième époque. — Déjà vers la fin de la République les curies avaient cessé de se réunir ; elles étaient représentées par trente licteurs dans tous les cas où une

(1) Accarias, t. I, n. 108, p. 242 et suiv. ; Boissonade, *De la réserve héréd.*, n. 73, 135.

lex curiata était nécessaire suivant les traditions du vieux droit (1).

Troisième époque. — A partir de Dioclélien sans doute (2), l'adrogation n'est plus sanctionnée par une *lex curiata*, œuvre des comices par curies ou de trente licteurs ; elle se fait au moyen d'un rescrit impérial (*principali rescripto, auctoritate imperatoris*) (LL. 2 et 6, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII ; Instit., § 1, liv. I, tit. XI). Dès lors, l'adrogation peut s'étendre aux provinces.

EFFETS DE L'ADROGATION.

Ces effets doivent être examinés à un double point de vue : — relativement, aux personnes, relativement aux biens.

1° *Relativement aux personnes.* — Si un père qui a des enfants en son pouvoir se donne en adrogation, non-seulement il passe lui-même en la puissance de l'adrogeant, mais ses enfants y passent aussi comme petits-fils (3) (Instit., § 11, liv. I, tit. XI).

2° *Relativement aux biens.* — Pendant longtemps, tous les biens qui appartenant à l'adrogé s'absorbaient dans le patrimoine de l'adrogeant. Sous Justinien, l'adrogeant n'acquiert plus qu'un droit d'usufruit sur ces biens, la nue propriété restant à l'adrogé (Instit., §§ 1 et 2, liv. III, tit. X).

QUELLES PERSONNES PEUVENT ÊTRE ADROGÉES ?

Peuvent être adrogées toutes les personnes qui, si elles étaient *alieni juris*, pourraient être adoptées. Ce

(1) Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. III, p. 87 et suiv. (édi. 1847).

(2) Sic, Demangeat, p. 290 ; Accarias, n. 105, p. 236 ; Didier-Paillé et Tartari, p. 62.

(3) C'est ainsi qu'Auguste, avant d'adroger Tibère, attendit qu'il eût adopté Germanicus, pour faire de l'un son fils et de l'autre son petit-fils.

principe comporte des exceptions. Ainsi, notamment, ne peuvent être adrogés — le mineur de vingt-cinq ans par celui qui a été son tuteur ou son curateur (L. 17, *pr.*, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII), — les femmes, — les impubères.

Adrogation des mineurs de vingt-cinq ans. — Les mineurs de vingt-cinq ans dont l'adoption et l'adrogation furent libres à l'origine, ne purent depuis Claude se donner en adrogation que sur l'avis conforme d'un curateur (L. 8, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII). — Justinien voulut que le mineur, s'il avait plusieurs curateurs, obtint toujours le consentement de tous (L. 5, C., *De auct. præst.*, liv. V, tit. LIX).

Adrogation des femmes. — La forme primitive de l'adrogation rendait impossible l'adrogation des femmes auxquelles il était défendu de paraître devant le peuple assemblé dans ses comices (Gaius, C. I, § 101). Quand l'adrogation s'est faite par rescrit impérial, les femmes ont pu être adrogées (L. 8, C., *De adopt.*, liv. VIII, tit. XLVIII).

Adrogation des impubères. — L'adrogation des impubères, longtemps défendue (Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, V, 19), n'est permise d'une manière générale que par Antonin le Pieux, mais sous certaines conditions (*cum quibusdam conditionibus*).

L'enquête qui précède toute adrogation doit se faire, lorsqu'il s'agit d'un impubère, avec un soin tout particulier.

On examine si l'adrogeant est un homme honnête et de bonnes mœurs ; si son projet d'adoption a un motif honorable ; si l'adrogation paraît avantageuse pour le pupille (Instit., § 3, liv. I, tit. XI). Les proches parents du pupille sont consultés sur ces divers points (1) (L.

(1) L'adrogation ne peut non plus avoir lieu sans l'*auctoritas* ou consentement du tuteur ou des tuteurs, s'il y en a plusieurs (L. 5, C., *De auct. præst.*, liv. V, titre LIX).

17, §§ 1, 2, 4, D., *De adopt.*, liv. I, tit. VII). Cet examen est-il favorable, l'adrogation est permise. Mais l'adrogeant est tenu : — 1° de restituer à l'adrogé tous ses biens, s'il l'émancipe avec une juste cause (*cum justa causa*) ; — 2° de lui restituer, lorsqu'il l'émancipe *sans juste cause*, ou qu'il le déshérite (et en cas d'exhérédation, on ne distingue pas si elle a lieu avec ou sans juste cause) non seulement tous les biens qui lui sont arrivés par le fait de l'adrogation, mais encore le quart des biens qu'il laissera à sa mort. Ce quart se nomme la *quarte Antonine*, du nom de son organisateur, Antonin le Pieux (1) ; — 3° de restituer, si le pupille meurt avant l'âge de puberté, tous les biens de l'adrogé à ceux qui seraient les héritiers naturels de l'impubère, si l'adrogation n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire à ses proches agnats (*Si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Instit., § 3, eod.*).

La restitution des biens est assurée par un engagement de l'adrogeant pris dans l'ancien droit envers un *servus publicus*, et sous Justinien, envers une *persona publica*, c'est-à-dire un tabellion, espèce de notaire ou de greffier (*Instit., § 3, eod.*). L'adrogeant doit, en outre, fournir une *satisdatio*, c'est-à-dire faire garantir son engagement par des personnes solvables (L. 19, D., *De adop.*, liv. I, tit. VII). Le bénéfice de cette stipulation peut être invoqué par toute personne qui y aurait intérêt.

(1) Cette quarte n'est pas seulement identique par sa quotité, elle est de plus semblable par sa nature à la *quarte légitime* qui lui a servi d'origine et de type. — V. *infra*, liv. II, tit. XVII. — Mais, à la différence de la quarte légitime, elle ne constitue pas un vrai droit héréditaire, mais une charge de la succession, une dette ayant pour objet le quart des biens en nature et non pas le quart de leur valeur. V. Accarias, t. I, n. 112, p. 254 et 255.

TITRE XII

De quelle manière se dissout le droit de puissance paternelle.

Il y a sept causes de dissolution.

I. La mort. — Soit du fils, soit du père de famille. La mort du père de famille ne libère pas de la puissance paternelle tous ceux qui y sont soumis. Ne deviennent *sui juris* que les enfants du premier degré. Exemple : les fils et les filles de famille. Quant aux enfants des degrés inférieurs, petits-fils ou arrière-petit-fils, ils ne deviennent *sui juris* que lorsqu'il n'y a pas dans la famille d'intermédiaire entre eux et leur aïeul ; ce qui a lieu, si, à la mort de l'aïeul, le fils est sorti de la famille par l'émancipation, ou est prédécédé (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XII).

II. La perte de la cité. — La puissance paternelle, droit essentiellement civil, ne peut exister qu'au profit d'un citoyen romain sur un autre citoyen romain. La perte de la qualité de citoyen entraîne donc la dissolution de la puissance paternelle. Or la qualité de citoyen se perdait avant Justinien par l'interdiction de l'eau et du feu (Gaius, C. I, § 128). On ne pouvait chez les Romains enlever à un citoyen malgré lui ses droits de cité. Aussi, pour le forcer à s'expatrier de lui-même, on le privait de tout ce qui était nécessaire à l'existence. Sous Justinien la *déportation* remplace l'interdiction de l'eau et du feu. Mais cette peine peut être révoquée par l'empereur, et le déporté peut être restitué dans ses droits (*restitutio*). Cette *restitutio* a plus ou moins d'étendue. Elle peut être :

1° *Pure et simple* : dans ce cas, le déporté rentre dans

ses droits de citoyen ; mais la puissance paternelle n'est pas rétablie.

2° *Entière (in integrum)* : dans ce cas, le déporté, restitué dans sa dignité, dans son rang, dans tous ses biens, recouvre la puissance paternelle qu'il a perdue (Instit., § 1, liv. I, tit. XII).

La rélegation dans une île n'est pas la déportation ; elle n'entraîne ni la perte de la qualité de citoyen, ni la dissolution de la puissance paternelle (L. 7, § 3, D., *De interd. et releg.*, liv. XLVIII, tit. XXII ; Instit., § 2, *eod.*).

III. La perte de la liberté. — La puissance paternelle ne peut exister qu'au profit d'une personne libre sur une autre personne libre.

Quelles sont les causes qui entraînent la perte de la liberté ? Les Institutes (§ 3, *eod.*) nous donnent trois causes : 1° la peine des travaux forcés dans les mines (*qui in metallum damnantur*) ; 2° la condamnation aux bêtes. Mais un peu plus tard ces condamnations cessent, en vertu d'une novelle de Justinien (XXII, ch. 8), de produire l'esclavage et par voie de conséquence d'entraîner l'extinction de la puissance paternelle (1) ; 3° la captivité chez l'ennemi ; il y a dans ce dernier cas quelque chose de particulier. C'est le droit de retour ou *jus postliminii*. Grâce au bénéfice de ce droit de retour, le captif qui est parvenu par un moyen quelconque à s'échapper des mains ennemies, est censé n'avoir jamais été en captivité, n'être jamais sorti du nombre des citoyens. Par conséquent il a conservé, avec ses droits civils, sa puissance paternelle (Instit., § 5, *eod.*).

(1) Voy., en ce sens, Ortolan, t. I, n. 160 ; Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 311 ; Labbé, à son cours. — Suivant Accarias (*Préc. de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, n. 118, p. 270 et 271), la condamnation *ad metallum* aurait continué, même après la novelle 22, ch. 8, d'emporter extinction de la puissance paternelle, non plus parce qu'elle rendait le condamné esclave, mais parce qu'elle lui ôtait le *jus civitatis*.

Mais pendant le temps de la captivité du père, l'état des enfants reste en suspens parce que le *jus postliminii* peut se réaliser. Si le père revient, il aura ses enfants en sa puissance. S'il meurt dans les fers, les enfants seront réputés libres (*sui juris*), depuis le jour où le père aura été pris, *exinde ex quo captus est pater* (Instit., *ibid.*).

IV. L'élévation à certaines dignités. — Avant Justinien la puissance paternelle était dissoute : 1° quand le fils de famille devenait *flamen dialis*, c'est-à-dire pontife spécialement consacré à Jupiter ; 2° quand la fille de famille se vouait à Vesta (*vestalis*) (Gaius, C. I, § 130). Dans les Institutes (§ 4, *eod.*), Justinien nous dit que ni l'état des armes ni la dignité de sénateur et de consul ne délivrent le fils de famille de la puissance paternelle. Mais il attache cet effet à la dignité de patrice (conseiller intime de l'empereur). Plus tard, par la nouvelle LXXXI, Justinien décide que tout fils de famille qui devient consul, préfet du prétoire, maître de cavalerie, questeur du palais, évêque, est libéré de la puissance paternelle. D'ailleurs, par une faveur spéciale, le dignitaire conserve tous ses droits d'agnation (*jus agnationis*). Il succède à son père, et, s'il a des enfants, il exerce sur ses enfants la puissance paternelle à la mort de l'auteur commun.

V. L'émancipation. — Par l'émancipation, le père de famille rend *sui juris* une personne soumise à sa puissance (1) (Instit., § 6, liv. I, tit. XII).

Celui qui a sous son pouvoir un fils, et de ce fils un petit-enfant, est libre d'émanciper le fils en retenant le petit-fils ou la petite-fille ; et, réciproquement, de retenir le fils en émancipant le petit-fils ou la petite-fille ; ou bien de les rendre tous maîtres d'eux-mêmes (Instit., § 7, *eod.*).

(1) Comp. Code civ., art. 477.

Le consentement de l'enfant est nécessaire à l'émancipation ; il suffit cependant qu'il n'y oppose aucune contradiction (Paul, *Sent.*, § 5, liv. II, tit. xxv). Ainsi un *infans* peut être émancipé (1).

Il en est de même du consentement du père de famille qui, en principe, ne peut être contraint à émanciper son enfant (Instit., § 10, *cod.*). Par exception, cependant, l'émancipation peut être imposée au père de famille dans certains cas, notamment, lorsqu'il maltraite son enfant (L. 5, D., *Si a par.*, liv. XXXVII, tit. XII), prostitue ses filles (L. 6, C., *De spectac.*, liv. XI, tit. XL), et consent une adoption désavantageuse pour l'enfant.

Formes de l'émancipation. — Les formes de l'émancipation varient suivant que l'on se place à trois époques différentes.

1^o *Dans l'ancien droit*, les formes de l'émancipation se confondaient avec celles de l'adoption. Ainsi la dissolution de la puissance paternelle s'opérait au moyen de ventes fictives (*imaginarías venditiones*), comme dans l'adoption (2).

L'enfant, après la vente qui avait épuisé la puissance paternelle, tombait dans une condition analogue à celle de l'esclave (*in mancipio*). Le *mancipium* ne se trouvait éteint, et l'enfant ne devenait *sui juris* que par l'affranchissement fait par l'acheteur. Mais l'acheteur qui affranchissait était assimilé à un patron, et acquérait sur l'enfant tous les droits de succession et de tutelle. Il y avait donc là un résultat désavantageux pour le père de l'enfant ; on y remédiait dans l'usage par la clause du contrat de fiducie (*contracta fiducia*). Par cette clause l'acquéreur s'obligeait à retransférer au père la propriété de l'enfant. Le père affranchissait alors son enfant et acquérait sur lui et sur ses biens les

(1) *Contra*, même Code, art. 477, 478.

(2) Voy. ci-dessus, p. 79 et 80.

droits de tutelle et de succession (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. xxv, § 2; Gaius, C. I, § 132).

2° *Sous Anastase*, en l'an 503, l'émancipation s'accomplissait au moyen d'un rescrit impérial, qui devait être insinué par un magistrat compétent, c'est-à-dire transcrit sur des registres publics (*emancipatio anastasiana*). Cette nouvelle forme d'émancipation ne s'opposait pas, comme l'ancienne, à l'émancipation d'un absent, mais il fallait toujours cependant le consentement de l'émancipé (L. 5, C., *De emanc.*, liv. VIII, tit. XLIX).

3° *Sous Justinien*, l'émancipation consiste dans une simple déclaration faite devant le magistrat qui prend acte du consentement des parties (Instit., § 6, *eod.*). Le contrat de fiducie est désormais toujours sous-entendu dans cette émancipation qui donne au père émancipateur les droits de tutelle et de succession (L. 6, C., *De emanc.*, liv. VIII, tit. XLIX).

Révocation de l'émancipation. — L'émancipation, comme l'affranchissement, peut être révoquée pour cause d'ingratitude (L. 1, C., *De ingr. lib.*, liv. VIII, tit. L).

VI. L'adoption. — Dans l'ancien droit, l'adoption entraînait toujours pour le père naturel la perte de sa puissance paternelle sur l'enfant. Sous Justinien, ce résultat ne se produit que si l'enfant est donné en adoption à un ascendant (1).

Observation commune à la dissolution de la puissance paternelle par l'émancipation et l'adoption.

Il est de principe en droit romain que l'enfant, dans un mariage légitime, suit la condition de son père au moment de la conception. Si donc il était conçu, lorsque son père a été émancipé ou donné en adoption, il appartiendra à la famille de son aïeul. S'il n'a été conçu qu'après l'émancipation ou l'adoption de son

(1) Voy. ci-dessus, p. 67.

père, il naît sous la puissance de son père ou de son aïeul adoptif.

Ces règles offraient plus d'intérêt dans l'ancien droit, lorsque l'émancipation et l'adoption s'opéraient par des ventes successives, séparées par des intervalles de temps souvent considérables. La conception de l'enfant pouvait se placer dans un de ces intervalles. L'enfant conçu avant la troisième mancipation naissait sous la puissance de son aïeul. Quant à l'enfant conçu après la troisième mancipation, mais avant l'affranchissement de son père, il était conçu *in mancipio* : d'après la rigueur des principes, il eût dû naître *in mancipio*. Tel était l'avis de certains jurisconsultes. Cependant une autre opinion a prévalu qui considère la condition de l'enfant comme incertaine, tant que le père est *in mancipio*; mais aussitôt que le père sera affranchi, l'enfant tombera sous sa puissance.

VII. La coemption. — C'était une sorte de vente qui faisait acquérir au mari sur sa femme (*loco filiæ familiæ*) tous les droits d'un père de famille, et détruisait la puissance du père naturel (Gaius, C. I, § 136). Ce mode a disparu sous Justinien (1).

TITRE XIII

Des tutelles.

Subdivision des personnes *sui juris*.

Justinien divise les personnes *sui juris* en trois classes : les unes sont en tutelle, les autres en curatelle, d'autres enfin ne sont ni en tutelle ni en curatelle (*quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur*) (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XIII).

(1) Voy. *supra*, liv. I, tit. x, p. 74 et 75.

Définition et caractère de la tutelle. — La *tutelle* est une puissance sur une tête libre donnée et permise par le droit civil pour la protection de celui qui, à cause de son âge, ne peut se défendre lui-même. Telle est la définition que nous donnent les Institutes (§ 1, *cod.*) d'après Servius.

Les tuteurs sont ceux qui ont cette puissance, cette autorité (Institut., § 2).

Reprenons la définition de la tutelle. C'est une *puissance (vis ac potestas)*. Elle se présente à nous avec un caractère nouveau, qui n'est pas attaché à la puissance paternelle ou à la puissance dominicale. L'idée de protection est ici dominante (*ad tuendum*) (Institut., § 2).

Sur une tête libre (in capite libero). — Ces mots se réfèrent au pupille et non point au tuteur (1); ils indiquent que la personne soumise à la tutelle doit être *sui juris*, c'est-à-dire libre et de la puissance dominicale et de la puissance paternelle.

Donnée et permise par le droit civil. — Quoiqu'il soit conforme à la raison naturelle que tous les incapables soient protégés, l'organisation de la tutelle est de droit civil. Elle est assujettie à certaines règles particulières. La tutelle est *donnée (data)*, lorsque c'est la loi elle-même qui la confère à telle ou telle personne désignée. Elle est *permise (permissa)*, lorsque le testateur, usant de la permission que lui donne la loi, désigne lui-même le tuteur (2).

Quelles personnes sont en tutelle? — Sont en tutelle : 1° les impubères *sui juris* ; 2° les femmes pubères à tout âge.

Nous nous occuperons d'abord de la tutelle des impubères.

Classification des tutelles. — Il y a trois sortes de

(1) Sic, Accarias, 3^e édit., t. I, p. 287, note 1.

(2) Suivant Accarias, *ibid.*, note 4, ces deux mots *data* et *permissa* constitueraient plutôt une redondance.

tutelles : la tutelle *testamentaire*, la tutelle *légitime*, c'est-à-dire déférée directement par la loi, la tutelle *dative*, c'est-à-dire déférée par le magistrat.

TITRE XIV

Tutelle testamentaire.

Généralités. — La tutelle testamentaire est préférée à toutes les tutelles ; et ce n'est qu'à défaut d'un tuteur testamentaire qu'on a recours aux autres tuteurs. Anciennement cette tutelle ne pouvait être conférée que par testament ; dans le dernier état du droit, elle peut l'être par codicille confirmé (1).

Qui peut donner un tuteur par testament ? — Le chef de famille seul peut nommer des tuteurs testamentaires. Par conséquent, ce droit n'appartient ni aux femmes (2), ni à celui qui n'aurait que des descendants par les filles, ni *a fortiori* à celui qui serait sans enfants.

A qui peut être donné un tuteur par testament ? — A ceux-là seuls qui, placés actuellement sous la puissance du chef de famille, deviennent à sa mort *sui juris* ; en d'autres termes, à ceux qui sont appelés à lui succéder comme héritiers siens *jure civili*. Exemple : un aïeul ne peut donner un tuteur à ses petits-fils ou à ses petites filles que lorsque ces enfants ne doivent pas, après sa mort, retomber au pouvoir de leur père. Si donc, au moment où il meurt, l'aïeul a encore son fils sous sa puissance, il ne pourra pas nommer à ses petits-enfants un tuteur testamentaire (Inst., § 3, liv. I, tit. XIII).

La faculté de nommer un tuteur testamentaire peut

(1) Comp. Code civ., art. 392, 398.

(2) *Contra*, même Code, art. 397.

s'exercer, même à l'égard des enfants légitimes que le disposant exhérède sans leur rien laisser (L. 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

La nomination d'un tuteur testamentaire à l'enfant émancipé est nulle en principe. Cependant, le magistrat, par considération pour la volonté du père, la validera purement et simplement (*sine inquisitione*); et même son intervention laissera au tuteur sa qualité de tuteur testamentaire (Instit., § 5, liv. I, tit. XIII).

On peut aussi nommer un tuteur à l'enfant *posthume*, c'est-à-dire à l'enfant né après la mort du testateur, mais conçu de son vivant (1). Cujas a donné du mot posthume une interprétation qui n'a point prévalu. D'après lui posthume désignerait l'enfant né après la confection du testament, mais avant la mort du testateur (2).

Remarquons d'ailleurs que le père de famille ne peut nommer un tuteur testamentaire ou posthume que dans le cas où il pourrait en nommer un à un enfant déjà né. Il faut donc que le posthume soit dans une position telle, que, s'il était né du vivant du testateur, il aurait été héritier sien, sous la puissance immédiate du défunt (Instit., § 4, *cod.*).

Cette décision relative à l'enfant posthume est contraire aux principes. En droit romain, on ne peut insérer une disposition quelconque dans un testament, qu'autant qu'elle regarde une personne certaine, dont on se figure les qualités individuelles (3).

Observation. — Pour que la tutelle testamentaire existe, il faut une manifestation non équivoque de la volonté du testateur. Les Institutes (§ 5, liv. I, tit. XIV) nous donnent quelques règles d'interprétation de cette volonté. Lorsqu'un testateur a nommé des tuteurs à ses

(1) Comp. Code civ., art. 393.

(2-3) Comp. Accarias, t. I, n. 338, p. 817, note 2; Dubois, d'après Studmund, *Instit. de Gaius*, C. II, § 130, note 377.

filis ou à *ses filles*, ces expressions comprennent ceux ou celles qui sont *posthumes* ; mais elles ne comprendraient pas *les petits-enfants* (*nepotes*). Il en serait autrement, s'il avait dit *liberis suis* ; ce mot s'appliquerait aux petits-enfants aussi bien qu'aux enfants. Mais, si le tuteur était donné *posthumis*, cette expression s'appliquerait à tous les autres petits-enfants aussi bien qu'à l'enfant posthume.

Qui peut être nommé tuteur testamentaire ? — Peut être nommé tuteur testamentaire, celui avec qui on a faction de testament, c'est-à-dire celui qui pourrait être institué héritier ou gratifié de legs (*testamento tutores hi dari possunt cum quibus testamenti factio est*) (L. 21, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II). Il faut, en outre, que la personne appelée à la tutelle soit capable de remplir les charges publiques : car, à certains égards, la tutelle est une charge publique.

En conséquence se trouvent exclus de la tutelle un pérégrin, un affranchi *déditice*, un déporté, une personne incertaine, c'est-à-dire celle dont le testateur ne peut se faire une idée nette, *quia certo iudicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere* (Instit., § 27, liv. II, tit. xx).

Mais, parmi les personnes avec lesquelles existe la faction de testament, toutes ne peuvent être appelées à la tutelle.

Ainsi : le Latin-Junien a la faction de testament pour être institué héritier ou légataire, il n'est cependant pas apte à la tutelle (Ulpian, *Regl.*, tit. xi, § 16).

La femme, incapable de remplir les charges publiques, ne peut être tutrice (1) (L. 26, *pr.*, D., *De tut. test.*, liv. XXVI, tit. II). Cependant l'empereur peut la relever de cette incapacité, et lui accorder la tutelle de ses propres enfants (L. 18, D., *De tutel.*, liv. XXVI, tit. I).

(1) *Contra*, Code civ., art. 390 à 396, 399, 400.

Une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 2, G., *Quand. mulier tut.*, liv. V, tit. xxxv), et une nouvelle de Justinien (CXVIII, ch. v) introduisent sur ce point des modifications considérables.

L'esclave. — On peut nommer un esclave tuteur testamentaire en lui donnant la liberté. Dans le dernier état du droit, la nomination du tuteur implique affranchissement (Inst., § 1, liv. I, tit. xiv). Mais il en est autrement lorsque l'esclave n'est appelé à la tutelle que par l'erreur d'un maître qui l'a cru libre. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas eu intention d'affranchir (§ 1). De même on ne peut donner cette interprétation favorable à la volonté du testateur qui a nommé son esclave tuteur sous cette condition, *quum liber erit*, c'est-à-dire *pour le temps où l'esclave sera libre* (§ 1). — On ne peut davantage nommer tuteur l'esclave d'autrui (§ 1). Tout au plus, avec la clause *quum liber erit*, la nomination de l'esclave d'autrui sera-t-elle conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à sa liberté. A défaut de cette clause, la nullité est de droit. Sous Justinien, cependant, le maître est, sauf preuve du contraire, censé avoir donné la liberté fidéicommissaire à l'esclave d'autrui qu'il a nommé tuteur. En conséquence, l'héritier doit acheter l'esclave et l'affranchir. Cet affranchissement le faisant entrer dans la condition des hommes libres, le rendra apte à remplir les fonctions de la tutelle (L. 10, § 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Le fou (*furiosus*), le prodigue interdit, le Romain captif des ennemis sont valablement nommés tuteurs testamentaires, sauf à n'entrer en fonctions qu'après la cessation de la folie, de l'interdiction, de la captivité (Inst., § 2, liv. I, tit. xiv).

Il en est de même du mineur de vingt-cinq ans, q ne peut exercer effectivement la tutelle qu'après avoir atteint sa majorité (§ 2, *eod.*).

Sous quelles modalités peut être faite la tutelle tes-

tamentaire. — La nomination d'un tuteur testamentaire peut être *conditionnelle* ou *à terme*.

Conditionnelle de deux manières différentes : — ou la tutelle sera subordonnée à l'accomplissement d'un fait (*sub conditione*), exemple : *Primus* sera tuteur de mes enfants, *si navis ex Asia venerit* ; — ou elle prendra fin par l'arrivée de tel événement déterminé (*usque ad certam conditionem*), exemple : *Primus*, tuteur de mes enfants, cessera de l'être, *si navis ex Asia venerit*.

A terme de deux manières différentes : — ou *Primus* sera nommé tuteur pour un certain temps (*ad certum tempus, ad diem*), exemple : pour cinq ans ; — ou il ne le sera qu'à partir de telle époque (*ex certo tempore, ex die*), exemple : *Primus* prendra la tutelle de mes enfants cinq ans après ma mort (Instit., § 3, liv. I, tit. XIV ; L. 8, § 2, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Justinien a cru nécessaire de s'expliquer sur ce dernier point, parce que l'institution d'héritier pour un temps, ou à partir d'une certaine époque, était nulle.

Observations.

1° Avant Justinien, il existait, entre les Proculiens et les Sabinien, une controverse sur la question de savoir si la nomination du tuteur, faite dans le testament, avant l'institution d'héritier, était ou non valable (Gaius, C. II, § 229 et suiv.). Justinien adopte l'avis des Proculiens et déclare valables, non seulement la nomination d'un tuteur, mais même les legs et les affranchissements écrits *ante heredis institutionem* (Instit., § 3, *eod.*).

2° En principe, un tuteur ne peut être donné au pupille ni pour certains biens, ni pour certaines affaires seulement (1). Une pareille dation méconnaîtrait le

(1) Une exception doit être faite à ce principe pour le cas où le pupille a des biens soit dans plusieurs provinces, soit à Rome et dans une province (LL. 12, 13 et 15, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II ; L. 27, pr., D., *De tut. et curat.*, liv. XXVI, tit. V). — Comp. Code civ., art. 417.

caractère essentiel de la tutelle dont le but est de protéger le pupille dans tous ses intérêts (Instit., § 3) ; en conséquence, elle est entièrement nulle (L. 13, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II). — Au surplus, rien n'empêche de donner au même pupille plusieurs tuteurs. Ces différents tuteurs, investis des mêmes droits, exercent la même mission, et sont engagés par une égale responsabilité. Cette pluralité de tuteurs est donc destinée à assurer plus de garanties au pupille.

TITRE XV

Tutelle légitime des agnats.

Définition. — On appelle, en général, tuteurs *légitimes*, ceux qui reçoivent leur mission de la loi elle-même, mais surtout ceux qui sont appelés en vertu de la loi des Douze Tables, soit expressément (*propalam*), comme les agnats, soit par voie de conséquence (*per consequentiam*), comme les patrons (1) (Ulpien, *Règl.*, tit. x, § 3 ; Instit., *pr.*, liv. I, tit. xv).

Quand s'ouvre la tutelle légitime des agnats ? — Elle s'ouvre :

1° Lorsque le père de famille n'a pas fait de testament, ou, ce qui revient au même, n'a fait aucune *datio tutoris* dans le testament qu'il laisse, ou bien a désigné un tuteur incapable ;

2° Lorsque le tuteur désigné est mort ou est devenu incapable du vivant du testateur (Instit., § 2, liv. I, tit. xv) ;

3° Lorsqu'il meurt ou devient incapable même après être entré en fonctions, *filio adhuc impubere manente* (L. 6, D., *De legit. tut.*, liv. XXVI, tit. IV) ;

(1) Voy. *infra*, liv. I, tit. XVII, p. 101.

4° Lorsqu'il a été nommé *usque ad diem* ou *usque ad conditionem*, et que le terme est arrivé ou la condition accomplie ;

5° Lorsqu'il a été nommé sous condition, et que la condition est défaillie.

En un mot, la tutelle n'est déférée aux agnats que quand il est bien certain qu'il n'y a pas ou qu'il n'y aura pas de tuteur testamentaire (L. 2, *pr.*, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Ainsi un tuteur est nommé à terme ou sous condition, ou le tuteur appelé est fou, malade, ou captif, la tutelle légitime s'effacera devant la tutelle déférée par le magistrat jusqu'au jour où le tuteur capable de droit, mais incapable de fait, pourra remplir ses fonctions : si grand est le respect que porte la loi à la volonté du père de famille ! La nomination qu'il a faite dans son testament, bien qu'en réalité elle puisse se réduire à une expectative, frappe la famille de déchéance, et confie le soin des enfants, durant le temps de l'incapacité, à la sollicitude du magistrat.

A qui parmi les agnats est déférée la tutelle ? — La tutelle légitime est déférée à l'agnat ou aux agnats du degré le plus proche ; à celui-là ou à ceux-là mêmes qui recueilleraient la succession de l'impubère, s'il venait à mourir, et qui, partant, ont le plus d'intérêt à la conservation de son patrimoine. Aussi cet agnat ou ces agnats peuvent-ils revendiquer la tutelle légitime comme un droit (Instit., § 8, liv. I, tit. XVI).

Par exception, la tutelle légitime ne suit pas l'hérédité lorsque c'est une femme qui se trouve au plus proche degré d'agnation, car les femmes, malgré leur vocation héréditaire, sont, d'après la loi des Douze Tables, incapables d'être tutrices (L. 1, § 1, D., *De leg. tut.*, liv. XXVI, tit. IV).

A défaut d'agnats, la loi des Douze Tables appelait

à la tutelle légitime les *gentiles* (1) (Gaius, C. III, § 17). Telle est du moins l'opinion généralement enseignée (2).

En nous disant quels sont les droits des agnats à la tutelle, les Institutes nous apprennent comment on peut perdre avec la qualité d'agnat les droits de tutelle qui y sont attachés. Puis, élargissant le cercle de cette étude, elles exposent quelles sont les déchéances qui peuvent frapper le citoyen romain.

TITRE XVI

De la diminution de tête.

Définition. — Le mot *caput* (3) désigne ici l'ensemble des droits dont se compose l'état des personnes. On lui donne souvent pour synonyme le mot *status*. — Quant aux mots *deminutio* ou *minutio* (4), ils impliquent l'idée

(1) Voy. ci-dessous, liv. III, tit. II.

(2) Sic, Ortolan, t. II, n. 193 (7^e édit.) ; Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 351 ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 132 ; Ch. Giraud, *Mémoire sur les successions en dr. rom.*, lu à l'Académie des sciences morales et politiques, séances des 30 nov. et 21 déc. 1878 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 84 ; Labbé, à son cours. — Cette opinion a reçu un caractère de probabilité encore plus évident par la découverte du texte de la *Laudatio funebris de Turia*, publiée par M. Ch. Giraud (dans ses *Vestigia juris romani*, p. 230 et suiv., et dans son *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 et suiv.). Ce texte prouve que, pour les femmes pubères, il y avait une tutelle des *gentiles*. Donc cette espèce de tutelle devait exister pour les impubères. Pour en douter, il faudrait démontrer que les Romains avaient deux systèmes de tutelles : l'un pour les pupilles et l'autre pour les femmes pubères. V. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, 1874, t. III, p. 391.

(3) Suivant Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606, t. II, p. 460, et de Savigny, *Zeitschrift für geschichtliche Rechts.*, t. VI, n. 5, t. XI, n. 2, le mot *caput* aurait originairement désigné le chapitre consacré à chaque citoyen sur les registres du cens, et le mot *deminutio* les suppressions ou modifications apportées à ce chapitre. — V. cependant Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 98, p. 296, note 36 (3^e édit.).

(4) Le mot *minutio* ou *deminutio* signifie proprement *destruction* et non pas *diminution*. V. Accarias, 3^e édit., t. I, n. 177, p. 425 et

d'une déchéance ou tout au moins d'une transformation que subit le *status*.

Des éléments constitutifs de l'état des personnes. — L'état du citoyen romain se compose de trois éléments principaux (L. 1, D., *De cap. min.*, liv. IV, tit. v) :

1° La liberté; — 2° la cité; — 3° l'agnation.

Les changements d'état peuvent porter sur l'un ou sur quelques-uns de ces éléments.

Ainsi un citoyen peut devenir esclave. Il peut sortir de la cité, et ne pas tomber en servitude. Il peut sortir de la famille et rester citoyen et libre. On a gradué ces déchéances, suivant les modifications plus ou moins profondes qu'elles apportaient à l'état du citoyen.

Des différents degrés de *capitis deminutio*. — Il y en a trois :

1° La *maxima capitis deminutio*;

2° La *media capitis deminutio*;

3° La *minima capitis deminutio*.

Les causes qui entraînent la *maxima capitis deminutio* sont celles qui réduisent en esclavage; elles nous sont déjà connues (1); qu'il nous suffise donc de les énumérer. C'est, sous Justinien, la condamnation à une peine emportant la *servitus pœnæ*; la révocation de l'affranchissement pour ingratitude; le fait de s'être laissé vendre comme esclave pour partager le prix (Instit., § 1, liv. I, tit. xvi).

Les causes qui entraînent la *media capitis deminutio* sont celles qui font perdre la cité (*amissio vel mutatio civitatis*). Nous les avons aussi étudiées (2). Ainsi, telle est, au temps de Gaïus, l'interdiction de l'eau et du

426; Didier-Pailhé et Tartari, p. 116; Gide, *Rev. de législat.*, année 1874, p. 39, note 5.

(1) Voy. ci-dessus, tit. III, p. 16 et suiv.

(2) Voy. ci-dessus, tit. XII, p. 86.

feu, remplacée, sous Justinien, par la déportation dans une île (Instit., § 2, *eod.*).

Les causes qui entraînent la *minima capitis deminutio* sont celles qui font sortir de la famille. Elles nous sont déjà connues : la *manus*, l'adrogation, la légitimation, l'adoption et l'émancipation (Instit., § 3, *eod.*).

Une discussion s'est élevée sur le caractère de la *minima capitis deminutio*. Suivant de Savigny (*System.*, t. II, appendice 5, n. 11 et suiv.), il n'y aurait *minima capitis deminutio* qu'autant qu'il y aurait déchéance, diminution dans l'aptitude juridique de la personne. Ce qui conduit à dire : — 1° que les enfants de l'adrogé qui passent avec leur père sous la puissance de l'adrogéant ne subissent point de *minima capitis deminutio*. En effet, ils sont, après l'adrogation de leur père, ce qu'ils étaient, avant cet événement, des fils de famille ; — 2° que la fille *in patria potestate*, passant *in manum mariti*, aussi bien que le fils *in potestate*, émancipé par déclaration du magistrat, n'ayant rien perdu, ou ayant vu même, comme dans le dernier cas, leur condition s'améliorer, ne sont pas *capite minuti*.

Ce système n'est qu'une pure conjecture que les textes contredisent de la manière la plus nette (Gaius, C. I, § 162 ; L. 3, *pr.*, D., *De cap. min.*, liv. IV, tit. v ; Ulpian, *Regl.*, tit. xi, § 43). Aussi on reconnaît aujourd'hui unanimement que la *minima capitis deminutio* est la conséquence de tout changement de famille (1). Cette question ne manque pas d'ailleurs d'intérêt, puisque la *capitis deminutio* même *minima* entraîne des effets d'une certaine gravité.

(1) Sic, Ducaurroy, t. I, n. 235 ; Ortolan, t. II, n. 207 (7^e édit.) ; Demangeat, t. I, p. 360 et suiv. ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 180, p. 431, texte et note 2 ; Vangerow, *Lehrbuch*, § 34 ; Goudsmit, *Cours des pandect.*, § 23, p. 50 ; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 42, p. 57 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 118, note 1 ; Machelard et Labbé, à leurs cours. — Voy. toutefois, Maynz, t. I, § 98, p. 294, texte et note 31 (3^e édit.).

La *maxima capitis deminutio* implique toujours les deux autres; la *media capitis deminutio* comprend aussi la *minima*.

Des principaux effets de la capitis deminutio. — La *capitis deminutio* : — 1° rompt l'agnation (Gaius, C. I, § 158); — 2° fait disparaître la *gentilitas* (1); — 3° entraîne la perte de la qualité de patron et de tous les droits qui y sont attachés (Gaius, C. III, §§ 51 et 83); — 4° fait tomber le testament antérieur (Gaius, C. II, § 145); — 5° éteint soit les droits d'usufruit et d'usage déjà établis, soit la créance qui a pour objet la constitution de ces droits (sous Justinien cet effet n'est plus produit par la *minima capitis deminutio*); — 6° fait périr le droit que la *litis contestatio* a fait naître en faveur du *capite minutus* demandeur dans une instance constituant un *judicium legitimum*; — 7° cause la dissolution de la société dont le *capite minutus* faisait partie (Gaius, C. III, § 158); — 8° libère de ses dettes le *capite minutus* à moins qu'elles ne résultent d'un délit ou d'un quasi-délit (L. 2, § 3, D., *De capit. min.*, liv. IV, tit. v).

Au contraire, subsistent après la *capitis deminutio* :

1° La *cognition*, c'est-à-dire le lien du sang. Ainsi le fils émancipé pourra toujours demander des secours alimentaires à son père naturel. Il en serait toutefois autrement, si la *cognition* résultait exclusivement de l'agnation, en vertu de ce principe : *Cessat causa, cessant effectus* (Instit., § 6, liv. I, tit. XVI);

2° Le mariage (Gaius, C. I, § 135). — Mais il va de soi que le mariage se dissout par la chute en esclavage ou se transforme en *matrimonium injustum* par la perte de la cité (2);

3° L'obligation naturelle et celle qui n'engendre

(1) Sic, Demangeat, t. I, p. 360; Accarias, t. I, n. 182, p. 435.

(2) Voy. *supra*, liv. I, tit. x, p. 65 et 66.

qu'une action *in factum*, la dette de restitution de la dot, par exemple (LL. 8, 9, D., *De capit. min.*, liv. IV, tit. v);

4° L'obligation civile quand il s'agit de dettes provenant d'un délit ou d'un quasi-délit;

5° Le droit déduit dans un *judicium imperio continens* (Gaius, C. III, § 83), ainsi que les *operæ servorum* et le *ius habitationis* (L. 10, D., *eod.*).

6° L'action d'injures. Lorsque j'ai reçu un outrage, l'action que me donne la loi survit à toute *capitis deminutio* qui me frappe.

TITRE XVII

Tutelle légitime des patrons.

La tutelle des affranchis appartient aux patrons ou aux descendants même exhérédés des patrons (Gaius, C. III, § 58). Ce sont, en effet, ces personnes qui tiennent lieu d'agnats aux affranchis.

Cette tutelle est appelée *légitime*, parce qu'elle dérive non des termes exprès, mais d'une interprétation de la loi des Douze Tables. En effet, de ce que la loi des Douze Tables ordonne que l'hérédité des affranchis, morts intestat, soit déférée aux patrons et à leurs enfants, les jurisconsultes ont conclu que, dans l'esprit de la loi, la tutelle devait appartenir aux patrons et à leurs enfants, puisque les agnats qu'elle appelle à l'hérédité sont les mêmes qu'on appelle à la tutelle. Il y a donc une corrélation intime entre les avantages de l'hérédité et les charges de la tutelle (Instit., liv. I, tit. xvii).

Une exception existe pour la femme qui affranchit l'esclave impubère; elle est appelée à l'hérédité, tandis qu'un autre est appelé à la tutelle par le magistrat (Instit., *ibid.*).

Quid de l'affranchi Latin-Junien ? En principe l'affranchi Latin-Junien a pour tuteur son patron ou les héritiers du patron, descendants ou autres (Gaius, C. I, § 167). Mais si l'affranchi est devenu Latin-Junien par l'effet d'une *manumissio* opérée par un maître qui n'avait sur lui que la propriété bonitaire (*in bonis*), il se trouve placé sous la tutelle de son *dominus ex jure Quiritium* ou des descendants de ce dernier, tandis que ses biens, s'il vient à mourir, seront dévolus au *dominus* qui l'avait *in bonis* (Gaius, C. III, §§ 56 et suiv.).

TITRE XVIII

De la tutelle légitime des ascendants.

Par imitation de la tutelle des patrons et de leurs descendants, il a été déféré au père émancipateur, sur les enfants émancipés avant leur puberté, une autre tutelle qui s'appelle aussi *légitime* (1). Légitime, par déférence pour l'émancipateur auquel sa qualité de père devait assurer au moins autant d'honneur qu'à un patron. Car cette tutelle restait en dehors des prévisions de la loi des Douze Tables (2) (Instit., liv. I, tit. xviii).

TITRE XIX

De la tutelle fiduciaire.

Cette tutelle appartient à l'origine au *manumissor* et à ses enfants, sans qu'il y eût à distinguer entre l'ascendant émancipateur ou un *extraneus*. Toutefois l'ascendant émancipateur était, comme nous venons de le voir, par une faveur toute spéciale, qualifié de tuteur

(1) Voy. ci-dessus, p. 98.

(2) Comp. Code civ., art. 402 à 404.

légitime. Les descendants du père émancipateur, aussi bien que l'émancipateur étranger et ses enfants, s'appelaient *fiduciaires* sans doute à cause des pactes de fiducie qui, à l'origine, intervenaient le plus ordinairement dans les affranchissements.

Sous Justinien, la tutelle fiduciaire de l'émancipateur étranger et de ses enfants a disparu, par suite de la suppression des anciennes formes de l'émancipation (1). La tutelle fiduciaire des descendants du père émancipateur subsiste seule, avec son ancienne qualification qui ne présente plus guère qu'un sens purement historique, surtout depuis les modifications introduites par la nouvelle CXVIII.

TITRE XX

Tutelle déferée par le magistrat.

Généralités. — La tutelle déferée par le magistrat nous transporte à un état social plus avancé. Grâce à l'ingérence de l'État dans la protection des incapables, la tutelle perd son caractère domestique et ne conserve que le caractère d'une charge publique.

Les commentateurs modernes appellent tuteurs *datifs* (2) ces tuteurs nommés par le magistrat; mais cette dénomination n'est point usitée dans les textes qui les désignent ordinairement sous le nom de tuteurs Atilien et Julio-Titien du nom des lois *Atilia* (3), *Julia-Titia* (4), qui ont organisé cette espèce de tutelle.

(1) Sic, Puchta, *Instit.*, t. III, § 298, 1°; Rudorff, *Das Recht. der vor.*, § 32, p. 243; Accarias, t. I, n. 134, p. 313; Didier-Pailhé et Tartari, p. 86, note 1.

(2) Dans l'ancien droit, on appelait *dativus* le tuteur donné par testament (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, 14; Gaius, C. I, § 154).

(3) La date de cette loi se place entre l'année 337, qui vit la création du *prætor urbanus*, et l'an 557, peut-être en l'an 413 où vécut un tribun de la plèbe appelé Atilius (Tite-Live, IX, 30).

(4) En l'an 723, sous le consulat d'Octave, suivant toutes les pro-

Dans quels cas il y a lieu à la tutelle déferée par le magistrat. — Le magistrat défère la tutelle :

1° Quand le pupille n'a ni tuteur testamentaire, ni tuteur légitime, ni tuteur fiduciaire ;

2° Quand le tuteur testamentaire est attendu ; ce qui arrive lorsqu'il a été donné *ex die certo* ou *sub conditione* (1) ;

3° Quand le tuteur testamentaire ou légitime, entré en fonctions, se fait excuser ou est destitué (L. 11, § 4, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II) ;

4° Quand le tuteur donné au pupille est fait prisonnier par l'ennemi (L. 15, D., *De tutel.*, liv. XXVI, tit. I) ;

5° Quand le tuteur testamentaire ou légitime capable de droit est incapable de fait : ce qui arrive lorsqu'il devient fou, sourd ou muet, etc.

A quels magistrats appartient la *datio tutoris*? — Le droit de nommer un tuteur est un droit exorbitant, exceptionnel. Aussi n'appartient-il qu'au magistrat nominativement investi de ce pouvoir par un acte législatif.

A Rome, quatre magistrats ont été successivement compétents pour déferer les tutelles :

1° D'après la loi Atilia, le *préteur urbain* assisté du collège des tribuns du peuple (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XX) ;

2° Sous le règne de Claude, les *consuls*, après une enquête sur la moralité, la capacité et la fortune du tuteur (Instit., § 3, *eod.*).

3° Sous le règne de Marc-Aurèle, le *prætor tutelaris* ;

4° Enfin, à une époque indéterminée, depuis Auguste peut-être (2), le *préfet de la ville* partage cette charge

babilités. Accarias, t. I, p. 316, note 2. — Comp. Maynz, t. III, § 426, texte et note 15.

(1) Voy. ci-dessus, p. 97.

(2) Accarias, t. I, n. 136, p. 318, note 3 ; Labatut, *Hist. de la préture*, p. 113 et suiv. ; Faure, *Le prêt. rom.*, p. 117 et 118.

avec le préteur *secundum suam jurisdictionem* (Instit., § 4, *eod.*). — Tel est le dernier état du droit.

Dans les provinces, la loi *Julia-Titia* établit la législation de la tutelle qui est restée invariablement fixée jusqu'à Justinien.

Le *gouverneur* de la province a toujours été investi du droit de nommer les tuteurs. — Depuis Justinien, les *magistrats municipaux* ont le droit de nommer les tuteurs, lorsque la fortune du pupille ne dépasse pas 500 solides (Instit., §§ 4, 5, *eod.*). Il est probable qu'avant Justinien, ces magistrats municipaux n'avaient qu'un droit de présentation qu'ils exerçaient en produisant une liste des individus qu'ils jugeaient capables de remplir les fonctions de tuteur. Le gouverneur choisissait sur cette liste (1).

La nomination du tuteur par le *gouverneur* était faite après enquête (*ex inquisitione*); ce qui dispensait le tuteur de fournir une caution.

La nomination du tuteur par les *magistrats municipaux* se faisait sans enquête. Dans ce cas, le tuteur était obligé de fournir une caution.

Observations. — La nomination du tuteur est un acte solennel (*actus legitimus*) qui participe à la fois de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse (2). — Elle doit être pure et simple et actuelle. — Le consentement du tuteur nommé et du pupille n'est pas nécessaire (L. 6, § 1, D., *De tut. et cur.*, liv. XXVI, tit. v). — Le magistrat nomme spontanément ou sur requête. Certaines personnes, comme l'*affranchi* et la *mère*, sous la sanction de peines graves, devront requérir le magis-

(1) Accarias, t. I, n. 136, p. 320, note 1.

(2) Elle tient de la juridiction gracieuse en ce qu'elle ne saurait faire l'objet d'aucune délégation, et en ce qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés; — elle tient de la juridiction contentieuse, en ce qu'elle suppose le magistrat siégeant à son tribunal et qu'il lui est impossible de se nommer lui-même (LL. 4, 8, D., *De tut. et cur.*, liv. XXVI, tit. v).

trat d'agir. L'obligation qui leur est imposée se nomme *petitio tutoris* (L. 2, *pr.*, et § 1, D., *Qui pet. tut.*, liv. XXVI, tit. vi).

TITRE XXI

De l'administration et de l'autorisation des tuteurs.

De l'administration des tuteurs.

Fonctions relatives à la personne du pupille. — Le tuteur, en cette seule qualité, demeure étranger à tout ce qui concerne l'éducation de l'impubère. C'est au magistrat seul qu'appartient le droit de décider comment le pupille sera élevé et à qui il sera confié, à la charge toutefois de prendre l'avis du tuteur et des parents de l'impubère (1) (L. 1, § 3, D., *Ubi pup.*, liv. XXVII, tit. II; L. 2, C., *Ubi pup.*, liv. V, tit. XL). — Mais bien que le tuteur n'ait ni droit de garde, ni droit de correction, il doit néanmoins prendre soin de la personne du pupille (2).

Fonctions relatives aux biens du pupille. — Le principe qui régit l'administration du tuteur est qu'il est tenu d'apporter à la gestion des intérêts du pupille tous les soins qu'il apporte à ses propres affaires (3). En conséquence, il doit vendre toutes les choses sujettes à dépérissement (4) (L. 5, § 9, D., *De adm. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII), prendre possession de l'argent comptant pour le placer à intérêt, ou l'employer dans des achats d'immeubles (5) (L. 5, *pr.*, D., *eod.*). Il doit poursuivre les débiteurs du pupille (L. 15, D., *eod.*), payer ses créanciers (L. 9, § 5, *eod.*), soutenir les actions en justice (6) (L. 1, § 2, D., *eod.*), veiller à l'acceptation

(1) Comp. Code civ., art. 108, 450, 468.

(2) *Sic*, Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 26; Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 22.

(3) Conf. Code civ., art. 450.

(4) *Ibid.*, art. 452.

(5) *Ibid.*, art. 455, 456.

(6) Comp. même Code, art. 461.

des successions avantageuses (1), des legs ou des donations soit entre-vifs, soit *mortis causa* (2), en un mot faire tout ce qui est nécessaire pour conserver et augmenter la fortune du mineur.

Étendue des pouvoirs des tuteurs. — Par rapport au pupille le tuteur doit être assimilé à un mandataire. Il peut faire des actes à titre onéreux, mais non des actes à titre gratuit.

L'acte est à titre onéreux, lorsqu'on en retire un avantage équivalent à celui que l'on procure à un tiers. De part et d'autre il ne saurait en résulter aucun amoindrissement du patrimoine. — En principe, le tuteur peut faire ces actes à titre onéreux de sa seule volonté ; par exception, il lui faut obtenir un décret du magistrat pour certains actes graves, notamment pour les aliénations d'immeubles ruraux, ou suburbains depuis Septime Sévère et Caracalla (D., *De reb. cor.*, liv. XXVII, tit. IX), et des maisons et meubles précieux depuis Constantin (L. 22, C., *De adm. tut.*, liv. V, tit. XXXVII).

L'acte est à titre gratuit, lorsqu'on donne sans recevoir d'équivalent. Il en résulte nécessairement pour l'auteur de cet acte un appauvrissement de son patrimoine. Ainsi le tuteur ne peut faire notamment : des donations soit entre-vifs, soit à cause de mort (L. 22, D., *De peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII), des affranchissements, etc. — Il faut faire toutefois une exception pour les donations qui rentrent dans la catégorie des présents d'usage, des dons rémunératoires ou des donations alimentaires en faveur des proches parents du pupille, ainsi que pour les affranchissements dans les cas exceptionnellement permis par la loi *Ælia Sentia*.

De l'auctoritas des tuteurs.

Chez les Romains, il faut agir en personne. On ne devient créancier ou débiteur qu'autant que l'on a figuré

(1) Comp. Code civ., art. 461, 462.

(2) *Ibid.*, art. 463.

soi-même dans l'acte. Permettre au tuteur de faire les affaires du pupille, c'est donc le rendre personnellement créancier ou débiteur. Mais si la plupart des actes peuvent être faits par le tuteur, comme mandataire, il en existe qui, à raison de leur nature, de certaines solennités particulières, doivent être accomplis par la partie intéressée elle-même. Telles sont, notamment, les *legis actiones*, la *manumissio vindicta*, l'*in jure cessio*, la *mancipation*, la *stipulation*, l'*acceptilation*, l'*adrogation*, l'*udition d'hérédité*.

D'un autre côté, le pupille est capable de droit, s'il est incapable de fait; et son impuissance dérive de la nature, et non de la loi.

De ces considérations est née l'*auctoritas tutoris*. C'est une espèce de puissance d'une nature particulière, créée dans l'intérêt du pupille. Grâce à elle, le tuteur complète la personnalité juridique du pupille qui, ainsi fortifiée, peut figurer dans un acte, sans que sa faiblesse ou son ignorance l'en éloigne; et lorsque le pupille agit avec cette autorisation, les conséquences de l'acte se réalisent directement en sa personne (1) (L. 17, D., *De auct. tut.*, liv. XXVI, tit. viii).

Mais le pupille peut-il toujours et à tout âge figurer en personne dans les actes qui nécessitent sa présence et exigent l'*auctoritas* du tuteur? Il faut distinguer suivant que le pupille est *infans* ou qu'il est sorti de l'*infantia*.

L'*infans* est celui qui ne sait pas encore parler; il ne peut figurer dans aucun acte. Un contrat, une obligation, sont accompagnés de paroles ou de faits, que ne saurait ni dire ni accomplir l'enfant en bas âge. Mais comme il faut agir en personne, la fortune du pupille pourrait être compromise, si quelqu'un n'intervenait pour lui. Le tuteur peut, il est vrai, agir seul en sa qualité d'administrateur et procéder par la *tutelæ gestio* (2);

(1) *Contra*, Code civ., art. 450.

(2) La *tutelæ gestio* est la conclusion d'un acte juridique par le

mais ce moyen ne laisse pas que d'être dangereux en cas d'insolvabilité future du tuteur et de sa caution. Un autre moyen se présente. L'esclave du pupille, empruntant la capacité de son maître, prononcera pour lui, soit l'interrogation, soit la réponse; et l'effet de l'obligation se réalisera dans la personne du pupille.

Quant aux actes qui ne peuvent être accomplis ni par le tuteur en sa qualité d'administrateur, ni par l'esclave, et qui, soumis à certaines conditions de forme, exigent la présence du pupille et sa participation directe sous la réserve de l'*auctoritas tutoris*, l'embarras devait être fort grand dans le droit ancien, vu le rigorisme de certaines solennités. Cependant les difficultés s'aplanirent avec le temps. Une constitution de Théodose et de Valentinien décide expressément que le tuteur peut accepter une hérédité pour son pupille, en lui faisant supporter les effets juridiques de cette acceptation (1) (L. 18, § 2, C., *De jure delib.*, liv. VI, tit. xxx). Sous Justinien, le tuteur peut représenter son pupille dans un procès; et ce qui est jugé pour ou contre le tuteur est jugé pour ou contre le pupille (2) (L. 1, § 2, D., *De adm. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. vii).

Cette première période d'incapacité complète dure jusqu'à l'âge de sept ans, suivant le sentiment général (3). Alors seulement, un enfant peut parler avec quelque intelligence de ce qu'il dit (*aliquis intellectus*).

Il en serait, d'ailleurs, de même du pupille absent.

Après sept ans l'impubère a une demi-capacité. Il peut toujours agir avec l'autorisation de son tuteur (4), il

tuteur pour le compte du pupille; c'est le tuteur qui est alors partie, qui est l'un des auteurs du fait et le pupille y reste étranger. Didier-Pailhé et Tartari, p. 92. Comp. Scheurl, *Beiträge*, t. II, p. 11; Jhering, traduct. de Meulenaere, t. II, § 33, p. 101.

(1) Comp. Code civ., art. 461, 462.

(2) Sic, Keller, *Civilprozess*, § 54. — Contra, Scheurl, *Beiträge*, t. II, p. 11. Comp. Code civ., art. 464.

(3) V. *infra*, liv. III, tit. xix.

(4) L'autorisation du tuteur doit toujours être donnée avant la con-

peut parfois agir sans cette autorisation (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXI).

1° Il peut agir seul, sans autorisation du tuteur, quand il fait *sa condition meilleure*; or, il fait sa condition meilleure, toutes les fois qu'il acquiert un droit quelconque.

2° Il a besoin de l'autorisation du tuteur, quand il fait *sa condition pire*. Or, il fait sa condition pire, toutes les fois qu'il s'oblige ou qu'il aliène, quoi qu'il puisse recevoir en retour de cette obligation ou de cette aliénation (1).

Remarquons qu'un acte qui rend pire la condition du pupille peut cependant lui être avantageux. Exemple : le pupille aliène pour un prix élevé un champ improductif. Il y a une aliénation; cela suffit pour rendre pire la condition du pupille.

Point de difficulté, lorsque le pupille sans l'*auctoritas tutoris* fait un de ces actes simples tels qu'une promesse ou une remise gratuite de dette; ces actes sont radicalement nuls.

Mais que décider, lorsqu'il s'agit d'un de ces actes complexes qui produisent des droits et des obligations réciproques? L'acte sera valable en partie, et nul en partie; il sera, d'après une expression des commentateurs, *boiteux*. Exemple : le pupille achète une maison. Il devient créancier de la maison. C'est quelque chose

de l'acte, être pure et simple. Mais le tuteur est libre d'autoriser en termes quelconques et même tacitement; rien ne l'empêche non plus d'autoriser par lettre ou par messenger. Rudorff, *Das recht der vorm.*, t. II, § 126, II, 1° et 2°; Windscheid, t. II, § 412, note 3; Van Wetter, t. II, § 628, p. 353. — *Contra*, Mayuz, t. III, § 430; Namur, t. I, § 98, B. 2.

(1) Cet engagement de l'impubère sans l'*auctoritas* du tuteur vaut cependant comme *naturalis obligatio*. V., en ce sens, Unterholzner, *Schuldv.*, t. I, § 78, 1; Molitor, *Obligat.*, t. I, n. 23, 24; Windscheid, t. II, § 289, 4°; Schwanert, *Die nat. obl.*, § 18; de Savigny, *Le droit des obligations* (2° édit.), t. I, § 10, p. 69 (traduct. de Gérardin et Jozon); Pellat, *Textes choisis des pand.*, p. 203 et suiv.; Machelard, *Obligat. nativ.*, p. 200 et suiv. — *Contra*, Puchta, *Pand.*, § 237 i. f., notes *g* et *h*.

d'avantageux. Cette partie du contrat est valable, car elle fait sa condition meilleure, il pourra donc invoquer l'action *empti* (1). Mais en même temps il est devenu débiteur du prix. Là il s'appauvrit. Cette seconde partie du contrat est nulle, car elle rend sa condition pire : il ne saurait être soumis à l'action *venditi* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Cette solution contraire à l'équité était tempérée par ce principe, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Si donc le pupille retire un profit quelconque du contrat, il est obligé jusqu'à concurrence de ce profit (2) (*Quatenus locupletior factus est. L. 5, § 1, D., De auct. et cons.*, liv. XXVI, tit. VIII).

Par application de ces principes, l'addition d'hérédité faite sans *auctoritas* par le pupille aurait dû l'investir de tous les droits actifs compris dans la succession, et ne le soumettre aux dettes et aux legs que dans la mesure de son enrichissement, et non point pour tout ce qu'il aurait dissipé sans profit. Une pareille conclusion injuste pour les créanciers héréditaires, eût été incompatible avec l'indivisibilité du titre d'héritier. Aussi l'addition d'hérédité a-t-elle été absolument interdite au pupille *sine auctoritate* (Instit., § 1, liv. I, tit. XXI).

Par exception aux mêmes principes, mais dans le sens de la capacité, le pupille peut rendre sa condition pire, sans l'autorisation du tuteur, lorsqu'il commet un délit. Pour cela, il faut qu'il soit *proximus pubertati*, c'est-à-dire qu'il soit arrivé à un âge voisin de la puberté (3) (Instit., § 18, liv. IV, tit. I).

(1) Voy. *infra*, liv. III, tit. XXIII.

(2) Conf. Code civ., art. 1241, 1312.

(3) De Savigny, *System*, t. III, § 107; Puchta, *Instit.*, t. II, § 202; Van Wetter, t. I, § 43, p. 86; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 26. V. aussi Goudsmit, *op. cit.*, § 27, p. 56. — Comp. Code civ., art. 1382, 1383, 1384; Code pénal, art. 66 à 69, 74.

TITRE XXII

De quelles manières finit la tutelle.

La tutelle finit par des causes, soit relatives au pupille (*a parte pupilli*), soit relatives au tuteur (*a parte tutoris*).

I. Causes d'extinction relatives au pupille. — Il y en a cinq :

1° La puberté (1) (Instit., *pr.*, liv. I, tit. xxii).

2° Le changement de famille, lorsque, par exemple, le pupille se donne en adrogation : c'est la *minima capitis deminutio* (Instit., § 1, *eod.*).

3° La perte du droit de cité, ou *media capitis deminutio*. C'est qu'en effet la tutelle est une institution du droit civil romain (§ 4).

4° L'esclavage encouru par un mode de droit civil ; c'est la *maxima capitis deminutio* (2) (§ 1).

5° La mort du pupille (§ 3).

II. Causes d'extinction relatives au tuteur. — Il y en a six :

1° L'esclavage ;

2° La perte du droit de cité ;

En un mot, la grande et la moyenne diminution de tête entraînent la ruine de la tutelle *ex parte tutoris* (Instit., § 4, *eod.*). — *Quid* de la petite diminution de tête du tuteur ? Elle détruisait, dans le droit classique, la tutelle légitime des agnats, celle des patrons et celle du *manumissor* d'un homme *in mancipio*, puisque le changement de famille brisait le lien d'agnation, fonde-

(1) Nous avons vu ci-dessus, p. 56 et 57, à quel moment on devient pubère sous Justinien.

(2) Voy. ci-dessus, p. 101.

ment de ces tutelles. Il n'en est plus de même, dans la législation de Justinien (§ 4, *eod.*).

3° La mort (§ 3) ;

4° L'arrivée du terme, ou l'accomplissement de la condition, quand il s'agit d'un tuteur testamentaire donné *usque ad certum tempus* ou *usque ad certam conditionem*. Le tuteur testamentaire fait alors place aux agnats ou tuteurs légitimes (Instit., §§ 2 et 5, *eod.*). — Mais le tuteur testamentaire a pu être nommé *ex certo tempore* ou *sub conditione* (1). Alors le magistrat nomme un tuteur dont les pouvoirs doivent expirer par l'arrivée du terme ou de la condition qui sert de point de départ à la tutelle testamentaire ;

5° Les excuses légitimes (§ 6).

6° La destitution prononcée par le magistrat (§ 6).

COMPTES DE TUTELLE.

Lorsque la tutelle a cessé, le tuteur qui a géré ou dû gérer doit rendre un compte de sa gestion (2). S'il ne rend pas ce compte de bon gré, il y sera contraint par l'action *tutelæ directa* (Instit., § 7, liv. I, tit. xx). Le détournement de valeurs le rend passible de l'action *de rationibus distrahendis*. Cette action aboutit à une condamnation *au double* des sommes que le tuteur infidèle a essayé de détourner (L. 2, § 2, D., *De tut. et rat.*, liv. XXVII, tit. III).

Pour obtenir l'indemnité à laquelle il a droit à raison des pertes que lui a fait subir la tutelle, le tuteur a contre le pupille une action qui, par opposition à l'action du pupille contre le tuteur, se nomme *actio tutelæ contraria* (3) (LL. 4, § 3, et 16, § 1, D., *eod.*).

(1) Voy. ci-dessus, p. 97.

(2) Comp. Code civ., art. 469 à 475.

(3) L'action *directa tutelæ*, création du droit civil, a toujours coexisté avec la tutelle, tandis que l'action *contraria tutelæ*, création pré-torienne, n'apparaît qu'au premier siècle de notre ère. L'inutilité de

TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

Nature et caractère de cette tutelle.

Pendant longtemps les femmes *sui juris*, même nubiles, sont restées en tutelle perpétuelle. Cette institution que les Romains eux-mêmes considéraient comme l'une des plus originales de leur droit (Gaius, C. I, § 193), se justifiait par un motif purement politique. Les Romains avaient craint qu'en laissant à la femme une capacité pleine et entière d'agir, elle n'en abusât pour diminuer le patrimoine de la famille par des générosités irréflechies. C'est donc moins l'intérêt de la femme, que l'intérêt du tuteur que l'on a pris ici en considération (1).

Des diverses espèces de tutelle des femmes. — La tutelle des femmes pouvait être, aussi bien que la tutelle des pupilles, testamentaire, légitime ou déférée par le magistrat.

Un tuteur testamentaire pouvait être donné par le chef

cette action s'était longtemps justifiée par ce double principe que le pupille ne s'oblige pas sans l'autorisation du tuteur, et que celui-ci ne saurait donner une autorisation valable dans une affaire qui l'intéresse lui-même (L. 1, *pr.*, D., *De contr. tut.*, liv. XXVII, tit. iv). Cette innovation reagit sur l'*actio directa* en obligeant désormais le tuteur à répondre de son inaction, de son abstention dans la gestion et non plus seulement de sa mauvaise gestion ou de son *auctoritas* donnée ou refusée hors de propos. C'est ainsi, comme le fait justement observer Accarias, t. I, n. 161, p. 388, qu'en paraissant ne se préoccuper, dans la création de l'action contraire, que des intérêts du tuteur, le préteur assure avant tout ceux du pupille.

(1) Cette opinion est aujourd'hui généralement adoptée. Sic, Ortolan, t. II, n. 254 (7^e édit.); Accarias (3^e édit.), t. I, n. 163; Demangeat, t. I, p. 349; Didier-Pailhé et Tartari, p. 101; Namur, *Cours d'Institut.* (2^e édit.), t. I, § 102, p. 135; Van Wetter, t. II, § 635, p. 361; Maynz, t. III, § 438, p. 168; Sumner Maine, traduct. de Courcelle-Seneuil, p. 147 et suiv.; Gide, *Etud. sur la cond. priv. de la femme*, p. 114; Brocher, *Etude hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 40; Labbé, à son cours. — Cependant, même dans l'antiquité, d'autres motifs ont été donnés à cette tutelle perpétuelle. On en accusait la faiblesse des femmes, leur ignorance, leur inexpérience, leur légèreté: Cicéron, *Pro Murena*, 12; Ulpien, *Regl.*, tit. xi, § 1; Gaius, C. I, § 144; Isidore de Séville, t. XI, § 8. Mais déjà Gaius considérait ces motifs comme plus spécieux que solides (C. I, §§ 190-192).

de famille à ses filles ou petites-filles; par le mari ou par le père du mari à la femme *in manu* (Gaius, C. I, §§ 144, 148). Toutefois cette désignation de tuteur n'était valable que si, à la mort du testateur, la femme devait être *sui juris*.

Le mari qui mourait ayant sa femme *in manu* pouvait, au lieu de lui nommer directement un tuteur, lui léguer la faculté de le choisir elle-même (*tutoris optio*). Ce tuteur s'appelait tuteur *optif* (*optivus*). — L'*optio tutoris* était, suivant la volonté du testateur, large (*plena*) ou restreinte (*angusta*). Quand l'*optio tutoris* était *plena*, la femme pouvait changer de tuteur aussi souvent qu'elle le voulait; elle pouvait, à chaque acte qu'elle passait, renouveler son option et se faire assister par un ami de son choix. Au contraire, l'*optio tutoris angusta* ne permettait à la femme d'user de cette faculté que pour un nombre de fois déterminé (1) (Gaius, C. I, §§ 150-154).

Venaient ensuite les tuteurs légitimes. C'étaient pour la femme ingénue ses héritiers présomptifs, c'est-à-dire ses agnats (2), et pour l'affranchie, son patron et les enfants de son patron. On considérait aussi comme tuteur légitime l'ascendant émancipateur (3), qui, à l'aide d'une *mancipation* et d'une *remancipation*, avait acquis sa fille *in mancipio* et l'avait affranchie (Gaius, C. I, §§ 155, 157, 165, 172).

Cette tutelle légitime des femmes n'était point une charge, mais un droit, une propriété de famille. Ce principe entraînait les deux particularités suivantes : — 1° La tutelle légitime pouvait appartenir à un impubère,

(1) Voy., pour plus de détails, Ortolan, n. 256; Gide, *op. cit.*, p. 155; Accarias, n. 164.

(2) Il paraît évident, d'après le texte récemment découvert de la *Laudatio funebris de Turia* (V. Ch. Giraud, *Vestigia juris romani*, p. 230 et suiv., et *Novum Enchiridion juris romani*, p. 670 et suiv.), que les seules femmes pubères soumises à la tutelle de leurs agnats étaient celles qui avaient succédé *ab intestat* à l'ascendant dont la mort les avait rendues *sui juris*.

(3) Voy. ci-dessus, p. 105.

à celui qui était infirme, en état de démence et de folie, sauf à la faire gérer provisoirement par autrui (Gaius, C. I, §§ 179, 180); — 2° Elle pouvait faire l'objet d'une revendication (Gaius, C. I, § 168), ou être transmise à un tiers par une *in jure cessio* (Ulpien, *Regl.*, tit. XI, §§ 7 et 8; Gaius, C. I, § 169). Mais, dans ce cas, c'était l'exercice du droit qui se transmettait plutôt que le droit lui-même. En effet, d'une part, la mort du cessionnaire appelé *cessitius tutor*, ou sa *capitis deminutio* faisait revenir la tutelle légitime au cédant, et, d'autre part, la mort du cédant ou sa *capitis deminutio* entraînait dessaisissement de la tutelle pour le cessionnaire (Gaius, C. I, §§ 168-170).

A la tutelle légitime se rattachait la tutelle fiduciaire. Elle appartenait au *manumissor extraneus* à qui la femme avait été mancipée, sous la condition d'un affranchissement postérieur. Les tuteurs fiduciaires pouvaient-ils céder leur tutelle? La question était très controversée. Gaius (C. I, § 172) ne leur accorde pas ce droit, et avec raison, ce nous semble, car il ne s'agit point ici d'une charge imposée aux tuteurs fiduciaires qui ne sont devenus tels que par l'effet de leur propre volonté (1).

De l'auctoritas tutoris. — Malgré la tutelle, la femme nubile pouvait gérer elle-même ses affaires (*negotia gerit*). L'unique fonction du tuteur consistait à donner son autorisation (*auctoritas*). Le défaut de gestion dégageait entièrement la responsabilité du tuteur qui n'était pas tenu de l'action *directa tutelæ* et n'était pas obligé de rendre des comptes (2) (Gaius, C. I, § 191).

L'intervention du tuteur n'était même pas toujours nécessaire; elle n'était exigée que dans un certain nombre d'actes dont l'énumération nous est donnée par Ulpien (*Regl.*, tit. XI, § 27): ainsi, la femme avait besoin

(1) Sic, Accarias, t. I, n. 164, p. 396; Labbé, à son cours. — Contrà, Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 22.

(2) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 27.

de l'*auctoritas tutoris*, notamment : — pour agir en justice dans les procès régis par le droit civil (*si lege aut legitimo iudicio agat*) ; — pour contracter une obligation (*si se obliget*) ; — pour faire une acceptilation ; — pour accomplir un acte de droit civil (*si civile negotium gerat*), par exemple, pour tester, pour faire coemption avec un tiers ; — pour permettre à son affranchie de vivre en *contubernium* avec l'esclave d'autrui ; — pour aliéner une chose *mancipi* (1).

Par contre, la femme, à la différence du pupille, pouvait seule, et sans l'intervention du tuteur, agir en justice dans les instances qui n'étaient pas régies par le droit civil (*iudicium non legitimum*), toucher un paiement valable, aliéner ses *res nec mancipi*, ainsi que la possession de ses biens (Ulpien, *loc. cit.* ; *Fragments du Vatican*, § 1).

Affaiblissement et disparition totale de la tutelle des femmes. — Par l'intervention du prêteur qui forçait tout tuteur, autre que le tuteur légitime, à donner son *auctoritas*, celle *auctoritas* finit par ne plus être qu'une pure condition de forme (Gaius, C. II, § 121). — Sous Auguste, les lois caducaires libèrent, même de la tutelle légitime, l'ingénue mère de trois enfants et de toute tutelle autre que celle du patron ou de ses enfants, l'affranchie mère de quatre enfants (2) (Gaius, C. I, §§ 143, 194). — Sous Claude, un sénatus-consulte supprime la tutelle des agnats (Gaius, C. I, § 171). — Enfin, un édit de Théodose (L. 1, C., liv. VIII, tit. LXI), en octroyant à toutes les femmes les privilèges de la maternité, les délivre toutes de la tutelle.

(1) Voy., pour plus de détails, sur tous ces points, Gide, *op. cit.*, p. 118 et suiv. ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, p. 27 et 28.

(2) La tutelle s'éteignait encore quand la femme devenait Vestale (Gaius, C. I, § 145).

TITRE XXIII

De la curatelle.

Définition. — La curatelle est une charge publique organisée dans le but de protéger ceux qui sont complètement incapables ou qui n'ont qu'une expérience insuffisante.

Ressemblances entre la curatelle et la tutelle. — Les ressemblances sont nombreuses, ainsi :

1° La curatelle, aussi bien que la tutelle, protège des personnes incapables de fait et capables de droit;

2° La curatelle, comme la tutelle, ne s'applique qu'à ceux qui sont citoyens romains et *sui juris* ;

3° Il y a pour certains fous et pour certains prodigues une curatelle *légitime* confiée aux agnats et aux *gentiles* ;

4° En principe, le magistrat nomme le curateur ; et les règles relatives à la nomination du tuteur sont ici applicables (Instit., § 1, liv. I, tit III) ;

5° Une fois investi de la curatelle, le curateur est tenu des mêmes charges que le tuteur. Il doit faire inventaire, fournir caution, et rendre ses comptes à la fin de la curatelle ;

6° Les limites tracées aux pouvoirs des curateurs s'étendent également à ceux du tuteur ;

7° Certains modes d'extinction de la curatelle sont communs à la tutelle ;

8° Les mêmes causes d'incapacité, d'exclusion et d'excuse, à deux exceptions près, peuvent être invoquées par le curateur et par le tuteur.

Dans le dernier état du droit romain, l'assimilation est presque complète. *In paucissimis distant*, disent les textes.

Différences entre la curatelle et la tutelle. — Par

suite de l'analogie entre ces deux institutions les différences sont fort délicates.

1° Le curateur est donné à la chose (*curator datur rei vel causæ*) (1); il fortifie de son *consensus* l'incapable qui agit lui-même; il n'exerce qu'une sorte de contrôle. Le tuteur est donné à la personne; il fortifie de son *auctoritas* l'acte fait par le pupille, mais dont l'initiative lui appartient.

Le *consensus* et l'*auctoritas* diffèrent bien plus par la forme que par le fond; car le tuteur n'a pas plus que le curateur le soin de la personne du pupille. Dans la forme le *consensus* diffère de l'*auctoritas* à deux points de vue :

L'*auctoritas* était anciennement un acte solennel, exigeant la prononciation de paroles consacrées. Sous Justinien elle nécessite la présence du tuteur à l'acte même. Le *consensus*, au contraire, n'a jamais été astreint à une formule quelconque; il a toujours pu se transmettre par lettre ou par intermédiaire.

L'*auctoritas* ne vaut qu'autant qu'elle est donnée au moment même de l'acte. Le *consensus* est valable même lorsqu'il intervient après l'accomplissement de l'acte (D., *De auct. et consens. tut. et cur.*, liv. XXVI, tit. VIII).

La *tutelle* est générale et stable. Ainsi un tuteur ne peut être donné pour un bien ou pour une affaire spéciale. La *curatelle* peut être spéciale et intermittente. Elle est souvent de courte durée.

La *tutelle* correspond à une incapacité régulière et normale, tandis que la *curatelle* répond, le plus souvent, à une incapacité accidentelle (2).

Il n'y a point de curatelle testamentaire. A vrai dire, la nomination d'un curateur, faite dans un testament,

(1) Bien que le curateur n'ait pas le droit de garde de l'incapable, il ne doit pas moins prendre soin de la personne de ce dernier (L. 7, *pr.*, D., *De curat. fur.*, liv. XXVII, tit. X); Bodin, *op. cit.*, p. 29.

(2) Comp. Code civ., art. 502.

n'est pas absolument nulle ; mais elle a besoin d'être consacrée par le magistrat (Instit., § 1, liv. I, tit. xxiii).

L'incapable n'a pas contre son curateur une action spéciale : il agit par l'action *utilis negotiorum gestorum directa*, par opposition à l'action *utilis negotiorum gestorum contraria* accordée au curateur contre l'incapable.

Certaines causes d'incapacité et d'excuse sont particulières à la curatelle (1).

Variétés de la curatelle. — On divise les curateurs en deux classes :

Les uns sont *légitimes* (*legitimi*), parce qu'ils tiennent leur pouvoir de la loi des Douze Tables ;

Les autres sont *honoraires* (*honorarii*), c'est-à-dire nommés par les magistrats qui donnent la tutelle dative (Ulpian, *Regl.*, tit. xii, § 1).

Quelles personnes sont en curatelle ?

Les individus atteints de folie intermittente (*furiosi*) et les *prodigues* (*prodigi*), mais de biens provenant exclusivement de la succession *ab intestat* de leur père ou d'un autre ascendant mâle paternel (2) sont placés par la loi des Douze Tables sous la curatelle de leurs agnats et, faute d'agnats, sous la curatelle des *gentiles* (Instit., § 3, liv. I, tit. xxiii). — Quand il n'y a ni agnat, ni *gentiles*, il n'y a point lieu à curatelle (3). — Le préteur complète cette législation trop insuffisante ; il nomme des curateurs à tous les incapables dont ne s'occupe pas la loi des Douze Tables, aux *insensés* dont la folie est continue (*mente captis*), aux *sourds* (*surdis*), aux *muets* (*mutis*), à tous ceux qui, travaillés par une maladie permanente, ne peuvent présider à leurs affaires (Instit., § 4, *eod.*) ; — il tient pour prodigues tous ceux qui gas-

(1) Voy. ci-dessous, tit. xxv, p. 131.

(2-3) Ce qui prouve bien que, dans le système de la loi des Douze Tables, la curatelle n'avait pas pour objet la protection du fou ou du prodigue, mais la conservation des biens de famille à leurs héritiers présomptifs. Accarias, t. I, n. 167, p. 403.

pillent étourdiment leur capital, quelle qu'en soit la provenance (Ulpien, *Regl.*, tit. XII, § 3).

Les Institutes (§ 5) nous disent que l'on donne quelquefois aux *pupilles* eux-mêmes des curateurs. C'est ce qui se présente lorsque le tuteur testamentaire, légitime, ou datif, n'est pas *idoneus ad administrationem*. Comme il n'apporte aucune fraude dans sa gestion, on lui évitera l'ignominie d'une destitution, mais on lui adjoindra un curateur pour administrer (1).

Il y a encore lieu à nommer un curateur lorsque le tuteur se fait excuser pour un temps (Inst., *ibid.*).

CURATEURS DES MINEURS DE VINGT-CINQ ANS

Dans le système de la loi des Douze Tables, l'enfant qui venait d'atteindre la puberté légale acquérait une capacité pleine et entière d'agir. Cependant il pouvait y avoir un certain danger à abandonner sitôt à l'enfant, encore trop jeune pour défendre sagement ses intérêts, l'absolu gouvernement de ses affaires et la direction de sa conduite (Instit., *pr.*, liv. I, tit. XXIII). Aussi voit-on s'organiser et se développer avec le temps un système de protection en faveur des personnes pubères qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans.

La première protection accordée aux pubères dérive de la loi *Platoria* (2). Cette loi, qui paraît remonter au sixième siècle, fixe l'âge de vingt-cinq ans comme celui de la capacité entière (*etas legitima*). Et, comme sanction de ses prescriptions, elle autorise une accusation contre les tiers qui auraient traité avec les mineurs de vingt-cinq ans, et qui auraient abusé de leur inexpérience pour leur faire consentir un acte domma-

(1) Il ne faut pas confondre le curateur, personnellement responsable de sa gestion, avec un autre suppléant appelé *adjutor tutelæ* qui, lui, gère aux risques du tuteur (L. 24, D., *De adm. et peric.*, liv. XXVI, tit. VIII). Accarias, t. I, n. 170, p. 410.

(2) Les manuscrits portent encore *Lætoria* ou *Lectoria*.

geable. Cette accusation, lorsqu'elle aboutit à une condamnation, entraîne l'infamie (Cicéron, *De nat. deor.*, III, 30).

Pour éviter les effets de cette condamnation et de l'annulation du contrat, la loi *Plætoria* permit aux mineurs de se faire donner un curateur *ad hoc*, toutes les fois qu'ils justifiaient de causes graves pour être assistés dans la conclusion d'un acte juridique (*redlitis causis*).

Cette protection était insuffisante (1).

Les préteurs l'ont fortifiée en accordant aux mineurs de vingt-cinq ans la restitution entière (2) (*restitutio in integrum*). Ils en subordonnaient l'exercice à trois conditions. Il fallait :

1° Que le mineur eût moins de vingt-cinq ans.

Alors en effet le tiers était censé avoir abusé de l'infirmité d'âge (*infirmitate ætatis*);

2° Que l'acte fût valable d'après le droit civil (*jure civili*);

3° Qu'il fût préjudiciable au mineur.

Par cette restitution entière le mineur se trouvait rétabli dans la position où il était avant l'acte dommageable.

La conséquence de cette protection excessive fut de faire le vide autour des mineurs de vingt-cinq ans. Personne, en effet, ne se souciait de traiter avec eux, s'ils n'étaient assistés d'un curateur.

Aussi l'empereur Marc-Aurèle fut-il conduit à généraliser l'institution de la curatelle, en permettant aux mineurs de demander un curateur sans alléguer de

(1) En effet, la loi *Plætoria* ne protégeait pas le mineur de vingt-cinq ans qui ne pouvait prouver l'*intention frauduleuse* du tiers, ou qui se trouvait lésé par l'acte, alors qu'il n'y avait pas eu fraude de la part du tiers. Enfin, la loi *Plætoria* ne prononçait pas la nullité absolue de l'acte frauduleux; cette nullité ne pouvait être opposée, suivant toutes les probabilités, que par voie d'exception (L. 7, § 1, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1). Comp. Accarias, t. I, n. 168, p. 406.

(2) Comp. Code civ., art. 1312.

cause déterminée (*non redditis causis*), et pour toutes leurs affaires en général (1).

Ainsi, quoique la capacité de droit restât toujours fixée au même âge (quatorze ans pour les hommes et douze ans pour les femmes), et qu'on n'imposât pas forcément un curateur aux mineurs de vingt-cinq ans, cependant la curatelle générale présentait tant d'avantages que tous les mineurs de vingt-cinq ans s'y soumirent, et qu'elle finit même par devenir obligatoire pour les adultes dans les quatre hypothèses suivantes : — 1° D'un procès à soutenir (Instit., § 2, liv. I, tit. xxiii) ; — 2° d'un paiement à toucher (L. 7, § 2, D., *De minor.*, liv. IV, tit. iv) ; — 3° d'un compte de tutelle à recevoir (L. 5, § 5, D., *De adm. et peric.*, liv. XXVI, tit. vii). La partie adverse peut refuser d'accepter le débat, le débiteur de payer, le tuteur de rendre compte jusqu'à la nomination d'un curateur spécial ; — 4° d'une aliénation mentale du mineur ; l'adolescent est alors soumis à la curatelle, non comme fou, mais comme mineur (2) (L. 3, § 1, D., *De tut.*, liv. XXVI, tit. i).

L'autorité accordée au curateur fut différente, suivant les temps. D'abord, à raison de son origine, elle laissa la capacité du pupille intacte. On n'avait eu d'autre but en l'établissant que de donner aux tiers une

(1) D'où cette double situation : — si l'adolescent n'avait pas de curateur général, il ne pouvait faire tomber l'acte juridique par lui accompli que *jure prætorio*, en invoquant la *restitutio in integrum* pour cause de lésion ; — s'il avait un curateur général, la jurisprudence tendit depuis Marc-Aurèle à le considérer comme incapable *jure civili* ; lorsqu'il avait agi sans le *consensus* de son curateur, il pouvait donc demander la nullité de l'acte *tanquam minor* ; s'il avait, au contraire, agi avec le *consensus* de son *curator*, il avait encore la ressource de la *restitutio in integrum tanquam læsus* (L. 3, C., *De integr. restit.*, liv. II, tit. xxii). Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 29.

(2) D'où cette double conséquence : — l'exclusion de la curatelle légitime des agnats, et la faculté pour le magistrat de nommer dans tous les cas le curateur ; — le maintien des pouvoirs du curateur pendant les intervalles lucides. Accarias, t. I, n. 169, p. 409, texte et note 2.

sécurité pleine et entière. Puis, avec le temps, le mineur de vingt-cinq ans fut assimilé complètement au pupille. La tutelle se trouvait, en fait, prolongée, et le *consensus* du curateur était aussi énergique dans son action que l'*auctoritas* du tuteur (1).

Il y a un cas où la personne mineure de vingt-cinq ans ne se trouve plus protégée par un curateur, et n'a plus droit à la restitution *in integrum*. C'est lorsque, parvenue à un certain âge, à savoir l'homme à vingt ans et la femme à dix-huit, elle a obtenu de l'empereur la *venia ætatis* (2) (C., *De his qui ven. ætat. impetr.*, liv. II, tit. XLV), qui la rend capable de tous les actes qui ne consistent pas à aliéner ou à hypothéquer des immeubles (3) (C., *De præd. et al. reb. minor.*, liv. V, tit. XXXVII).

TITRE XXIV

De la satisfaction des tuteurs ou curateurs.

La *satisfaction* est l'obligation que la loi impose au tuteur ou curateur, au moment où il entre en fonctions, de s'adjoindre une ou plusieurs personnes qui s'en-

(1) Sic, Puchta, *Pand.*, § 51, note *d*, et *Vorles*, t. I, § 51; Machelard, *Oblig. nat.*, p. 241 et suiv.; Demangeat, t. I, p. 405 et suiv.; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 29. — Toutefois les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur ce point. Beaucoup soutiennent que le mineur, qu'il ait ou non un curateur général, est capable de s'obliger sauf par un contrat qui a pour objet un transfert de propriété. Rudorff, t. II, § 123, II à IV, § 140, IV, B, 1^o; de Savigny, *Ueber den schutz der Mind.*, p. 32 et suiv.; Vangerow, t. I, § 291, *Ann.* 2; Windscheid, t. I, § 71, note 8; Maynz, t. III, § 440; Van Weter, t. II, § 637, p. 366.

(2) Notre savant maître, M. Labbé, à son cours, a comparé avec beaucoup de justesse la *venia ætatis* à l'*émancipation* du droit français.

(3) Le mineur qui a obtenu la *venia ætatis* pourrait-il demander à être restitué dans son ancien état, comme si la *venia ætatis* ne lui avait pas été accordée? La question est controversée. De Savigny et Vangerow, d'une part, enseignent l'affirmative; la négative est, d'autre part, professée par Goudsmit, *Cours des pand.*, § 111, p. 343.

gagent, suivant certaines formalités, à répondre de la bonne administration du tuteur ou du curateur (*cavere rem pupilli salvam fore. Instit., pr., liv. I, tit. xxiv*).

Sont dispensés de *satisdare* les tuteurs ou curateurs nommés par testament, ou par le magistrat supérieur avec enquête, le patron et les fils du patron, et peut-être aussi l'ascendant émancipateur (1), avec la permission du préteur (L. 5, § 1, D., *De legit. tut.*, liv. XXVI, tit. iv).

Sont tenus de *satisdare*, les tuteurs ou curateurs légitimes, ceux qui sont nommés sans enquête, par les magistrats inférieurs des cités, le patron et les enfants du patron lorsqu'ils n'ont pas obtenu une dispense du préteur.

Quid au cas où le tuteur ou curateur refuse de fournir la satisdation obligatoire ? Le pupille est alors envoyé en possession de tout ou partie des biens du tuteur ou curateur. C'est un curateur *ad hoc* qui administre au nom du pupille. Cet envoi en possession a deux buts : 1° de vaincre la résistance du tuteur ou curateur par cette sorte de séquestre mis sur ses biens ; 2° de fournir au pupille un gage (*Instit., § 3, eod.*).

Au surplus, si la résistance du tuteur ou du curateur résultait d'une mauvaise foi avérée, le magistrat pourrait au besoin les destituer (L. 3, C., liv. V, tit. XLIII).

En cas d'insolvabilité du tuteur ou du curateur le pupille peut poursuivre en justice le magistrat (2). Cette action s'étend même contre les héritiers de ce dernier ; mais il faut qu'il y ait eu faute très grave de la part du magistrat (*Instit., § 2, eod.* ; L. 5, D., *De magist. conv.*, liv. XXVII, tit. VIII ; L. 2, C., *De magist. conv.*, liv. V, tit. LXXV).

(1) Accarias, t. I, n. 141, p. 337.

(2) Cette action implique discussion préalable du tuteur ou curateur et de la caution, comme l'indique sa dénomination d'*actio subsidiaria*.

Bien entendu, il ne s'agit ici que des magistrats inférieurs des cités, et non des magistrats supérieurs qui ne sont en aucune façon chargés d'apprécier la solvabilité de la caution (Instit., § 4, *eod.*).

Outre ces garanties, un droit réel (l'hypothèque) frappe tous les biens du tuteur ou du curateur (1) (L. 20, *De adm. tut.*, liv. V, tit. xxxvii).

TITRE XXV

Des excuses des tuteurs et des curateurs.

Définition. — Les excuses sont les causes de dispense ou d'exemption que l'on fait valoir pour échapper aux charges de la tutelle ou de la curatelle.

Classifications diverses des causes d'excuse.

Les excuses peuvent se ramener à quelques idées générales (2) :

1° Les unes se présentent comme une pure faveur pour le tuteur ; les autres comme des mesures de protection introduites dans l'intérêt du mineur ;

2° Il y a des excuses *perpétuelles* et des excuses *temporaires*, suivant que la dispense doit subsister toujours, ou ne durer que pendant un certain temps ;

3° Il y a des excuses *fixes*, en ce sens qu'elles s'imposent au magistrat et ne peuvent être écartées par lui, dès que leur existence est prouvée ; et des excuses *variables*, en ce sens qu'elles sont laissées au pouvoir discrétionnaire du magistrat, qui peut les admettre ou les rejeter suivant les circonstances ;

4° Les excuses sont encore *a suscipienda tantum tutela*,

(1) Comp. Code civ., art. 2121.

(2) Nous empruntons les principaux éléments de cette classification aux ouvrages de Demangeat, t. I, p. 424 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 139. — Cette classification est d'ailleurs généralement enseignée à la Faculté de Paris.

ou bien *etiam a suscepta tutela vel cura* : les premières ne peuvent être invoquées que par le tuteur qui n'a pas encore fait acte de gestion ; les secondes profitent au tuteur en exercice.

Énumération des principaux cas d'excuse.

1° Le nombre d'enfants : trois à Rome, quatre en Italie, et cinq dans les provinces (1). Cette distinction ne se conçoit plus dans le droit de Justinien, puisque les droits de cité ont été étendus à tout l'empire. — Ces enfants doivent être tous vivants, mais il importe peu qu'ils soient en puissance ou émancipés.

Par exception les enfants morts comptent à leur père lorsqu'ils sont tombés sur le champ de bataille (*in acie*). Les enfants adoptifs ne comptent point à l'adoptant, mais à leur père naturel. Les petits-enfants issus d'un fils comptent lorsqu'ils prennent la place de leur père prédécédé (2) (Instit., *pr.*, liv. I, tit. xxv).

Il est bon de remarquer que cette première cause d'excuse ne pourrait être invoquée par le tuteur ou curateur, qu'autant qu'il n'aurait pas encore géré (L. 3, § 8, D., *De excusat.*, liv. XXVII, tit. 1).

2° La gérance de trois tutelles ou curatelles, *quamdiu administrantur* ; et par trois tutelles, il faut entendre trois patrimoines différents (3) (*Fragm. du Vatican*, § 186 ; Instit., § 5, *eod.*). — Ne doivent pas entrer en compte les tutelles qui ont été recherchées, c'est-à-dire celles qui, pouvant être refusées, ont été volontairement acceptées (Instit., § 5, liv. III, tit. xxv).

3° L'absence pour le service de la République (*Reipublicæ causa*). Cette excuse peut être invoquée tant que

(1) Comp. Code civ., art. 436, 437.

(2) On attribue généralement l'introduction de cette cause d'excuse aux lois *Julia* et *Pappia Poppæa*, rendues sous Auguste. Sic, Ortolan, t. III, n. 280 ; Demangeat, t. I, p. 425. — M. Labbé, à son cours, sans préciser l'époque de cette introduction, lui assigne cependant une date postérieure.

(3) Comp. Code civ., art. 435.

dure l'absence, et même pendant l'année qui suit (*anni vacationem*); elle peut l'être aussi bien par le tuteur en exercice, que par le tuteur qui n'a pas encore géré (1) (§ 2, *eod.*).

4° L'administration des biens du fisc, mais seulement pendant le temps de la durée de l'emploi (2) (Instit., § 1, *eod.*).

5° L'exercice de quelque magistrature (*potestatem aliquam*), mais seulement pour une tutelle non commencée (3) (Instit., § 3, *eod.*).

6° L'exercice, à Rome ou dans sa patrie, de professions libérales. Exemple : les grammairiens, les rhéteurs, les médecins *a tutela vel cura habent vocationem* (Instit., § 16, *eod.*).

7° Le procès que le tuteur ou le curateur soutient contre le pupille ou l'adulte, pourvu toutefois que la contestation s'étende à tous les biens (*de omnibus bonis*), ou à une hérédité (*vel hereditate*) (4) (Instit., § 4, *eod.*). — Justinien, plus tard (Nov. LXXII, c. 1), a poussé plus loin ce principe, et a décidé que le simple titre de créancier ou de débiteur serait désormais un motif d'exclusion à la tutelle ou à la curatelle.

8° La contestation de l'état de tuteur intentée par le père de famille (Instit., § 12).

9° L'inimitié, les haines capitales entre le père du pupille ou du mineur et celui qui est appelé à la tutelle ou à la curatelle (Instit., §§ 9-11).

10° La pauvreté (Instit., § 6, *eod.*).

11° La maladie (5) (§ 7).

12° L'âge de soixante-dix ans (6). — Quant à la minorité de vingt-cinq ans, elle n'est plus sous Justinien une cause d'incapacité (7) (§ 13).

(1) Comp. Code civ., art. 423 à 431.

(2-3) *Ibid.*, art. 427.

(4) Conf. même Code, art. 442.

(5) *Ibid.*, art. 434.

(6) Comp. même Code, art. 433.

(7) *Contra*, même Code, art. 442.

Excuses particulières à la curatelle. — Les Institutes nous disent que celui qui a été tuteur ne peut pas être forcé de se charger de la curatelle de la même personne (Instit., § 18, *eod.*).

De même le mari, donné pour curateur à sa femme, peut s'excuser, bien qu'il se soit immiscé (§ 19).

Dans quelle forme doivent être proposées les excuses ?

Dans toutes les tutelles ou curatelles, l'excuse doit être proposée au magistrat qui forme le premier degré de juridiction, à celui-là même qui a fait la nomination ou qui aurait eu qualité pour la faire (1) (L. 1, § 1, D., *Quand. appell.*, liv. XLIX, tit. iv). Si ce magistrat rejette l'excuse, alors seulement on pourra appeler de sa décision.

Celui qui veut s'excuser, et qui croit avoir plusieurs excuses distinctes, peut, lorsque quelques-unes ont été rejetées, faire valoir les autres successivement (2) (Instit., § 16, *eod.*).

Dans quel délai ?

Dans un délai de cinquante jours continus, si l'on demeure à moins de cent milles du lieu où l'on a été nommé. — Si l'on demeure à plus de cent milles, on a un délai de trente jours fixes, plus un jour par vingt milles ; de telle sorte cependant que l'on ait toujours au moins cinquante jours (3) (Instit., § 16, *eod.*).

Le point de départ du délai compte du jour où la personne a connu sa vocation à la tutelle ou à la curatelle (4) (Instit., *ibid.*).

(1) Comp. même Code, art. 438 à 441.

(2) Il y a une exception à faire pour une excuse d'une nature toute particulière, pour le *jus nominandi potioris*, disparu sous Justinien. Ce droit consistait à désigner (*nominare*) une personne préférable (*potior*) à raison de sa parenté avec le pupille. Celui qui use de ce droit reconnaît implicitement qu'il n'a pas d'autres excuses à faire valoir ; il est donc réputé renoncer à celles qu'il peut avoir (Frag. Vatic., § 157 et suiv.). Comp. Code civ., art. 432.

(3-4) Comp. Code civ., art. 439.

TITRE XXVI

Des tuteurs ou curateurs suspects.

Définition. — L'infidélité et l'immoralité du tuteur ou du curateur le rendent suspect, c'est-à-dire autorisent une accusation (*crimen suspecti*), dont le but est de le faire écarter de la tutelle ou de la curatelle (1), en le frappant d'infamie.

L'origine de cette accusation remonte à la loi des Douze Tables (Instit., *pr.*, livr., I, tit. xxvi).

Devant qui cette accusation doit être portée ? — Le droit d'écarter les tuteurs ou curateurs suspects appartient : — à Rome, aux préteurs ; — dans les provinces, aux présidents et au lieutenant du proconsul (Instit., § 1, *eod.*).

Il est bon de remarquer que cette accusation diffère des actions civiles, et se rapproche des accusations criminelles, en ce sens qu'elle ne donne pas lieu à la rédaction d'une formule et au renvoi devant un juge. C'est le magistrat lui-même qui connaît de l'affaire et rend le jugement.

Quels tuteurs ou curateurs peuvent être accusés ? — Tous les tuteurs et curateurs, de quelque façon qu'ils aient été nommés, sans exception même pour les tuteurs légitimes (2), ni pour les patrons (Instit., § 2, *eod.*).

Qui peut porter cette accusation ? — Cette accusation, comme toute poursuite criminelle, est ouverte à

(1) Comp. même Code, art. 444.

(2) « On peut croire, avec Accarias, t. I, n. 160, p. 381, que très anciennement les tuteurs légitimes échappaient toujours au *suspecti crimen*, et il faut reconnaître que cette doctrine si déraisonnable découlait fort logiquement de la fausse conception qui présida à l'organisation primitive des tutelles légitimes. »

tout le monde (*quasi publicam esse, hoc est omnibus patere*. Instit., § 3, *eod.*), sans qu'il y ait cependant une obligation pour personne (1).

Pour la plus grande protection de l'incapable, il est permis aux femmes de porter cette accusation, alors qu'elles y sont poussées par un sentiment légitime d'affection (Instit., *ibid.*).

Cependant, l'impubère, admis ordinairement à poursuivre la punition des crimes commis contre sa personne, ne peut intenter contre son tuteur le *crimen suspecti*.

Quant à l'adulte, il peut accuser son curateur, parce qu'il a une certaine intelligence ; une raison assez formée (*animi iudicium*), seulement il lui faut l'avis de ses proches (Instit., § 4, *eod.*).

Si nul n'intente l'accusation, le magistrat peut poursuivre d'office, du moins en présence de faits très graves (2) (L. 3, § 4, D., *De susp. tut.*, liv. XXVI, tit. x).

Quelles sont les conséquences du crimen suspecti ?
— Par le seul effet de l'accusation et avant même la décision, tout acte d'administration est absolument interdit au tuteur ou curateur (Instit., § 7, *eod.*). — En cas de condamnation, l'infamie peut être encourue. Mais l'infamie ne frappe que le tuteur ou curateur coupable de dol, et non celui qui n'est écarté que pour cause d'incapacité (Instit., § 6, *eod.*). — Au surplus, quelle que soit la cause de destitution, l'infamie ne saurait atteindre ni un ascendant (3), ni un patron (Instit., § 2, *eod.*).

(1) A l'exception cependant des cotuteurs pour qui le *crimen suspecti* est un devoir (L. 2, C., *De divid. tut.*, liv. V, tit. III).

(2) C'est ce qui fut admis, par exemple, en matière de crimes (L. 7, C., *De accus.*, liv. IX, tit. II).

(3) Accarias, 3^e édit., t. I, n. 160, p. 385, texte et note 2.

LIVRE DEUXIÈME



TITRE I

De la division des choses.

Après avoir étudié les *personnes*, nous passons à l'étude des *choses*. Dans ce titre, Justinien s'occupe des principales divisions des choses, et ensuite des moyens d'acquérir des objets particuliers.

Définition du mot chose. — Par *chose (res)*, on entend, en droit romain, tout ce qui a une utilité pour l'homme et qui peut par conséquent être l'objet d'un droit. La théorie des choses est donc la théorie des rapports de droit qui ont pour but la jouissance ou l'appropriation des choses (1).

Division des choses. — Les principales divisions des choses sont les suivantes :

I. Choses *in patrimonio nostro* et choses *extra patrimonium nostrum*. Telle est, suivant les Institutes de Justinien (*pr.*, liv. II, tit, 1), la principale division des choses. Le patrimoine est l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne, sur lesquels elle a un droit exclusif (*bona, pecunia*). Il offre une unité indivisible comme la personne elle-même, dont il manifeste la puissance sur le monde extérieur. La distinction de Justinien se réduit à dire ceci : qu'il est des choses sur

(1) Sic, Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 28.

lesquelles on peut acquérir un droit privatif (*res privatae, res singulorum*), et qu'il en est d'autres qui échappent à notre puissance, qui ne peuvent pas appartenir en propre à une personne (*res publicae, res nullius*). On ne saurait attacher aucune importance au mot *nostro*. Les hommes et les choses sont considérés ici en général.

II. Choses *in commercio* et choses *extra commercium*. On les distingue ainsi suivant qu'elles sont susceptibles de faire l'objet d'un droit quelconque, propriété, possession, droit réel ou de créance ; ou qu'elles répugnent à toute appropriation privée. Ainsi sont, par exemple, *in commercio*, un champ de blé, une maison ; sont, au contraire, *extra commercium*, les routes, les édifices publics (1).

III. Choses *divini juris* et choses *humani juris*. Cette division nous est présentée par Gaius (C. II, § 2), comme la plus importante (*summa divisio*).

Les choses *divini juris* se subdivisent en choses : — *sacræ*, — *religiosæ*, — *sanctæ* (Instit., §§ 8, 11).

1° Les choses sacrées (*res sacræ*) sont les choses consacrées aux dieux supérieurs et à leur culte. Elles deviennent telles par une loi suivie d'une cérémonie religieuse (*dedicatio*) (2) (Cicéron, *Pro domo*, § 127), et, sitôt que ce caractère leur est attaché, elles ne peuvent revenir à leur situation première que par l'accomplissement inverse des mêmes formalités (*exauguratio*). Elles sont imprescriptibles (3) (Cicéron, *De arusp. resp.*, § 32), inaliénables et ne peuvent être affectées à la sûreté d'une dette (Gaius, C. III, § 97), sauf certaines exceptions

(1) Jusqu'ici le *commercium* s'était présenté à nous avec une signification moins large ; nous n'avons employé ce mot que pour désigner la faculté de figurer dans une mancipation. V. *suprà*, liv. I, tit. III, p. 20.

(2) Voy., sur le caractère de cette cérémonie religieuse, Cauvet, *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 54 et 55.

(3) Conf. Code civ., art. 2226.

commandées par la nécessité la plus impérieuse (L. 21, C., *De sacros. eccles.*, liv. I, tit. II) ; le magistrat les protège contre tout envahissement au moyen de ce que l'on appelle un *interdit* (1).

La violation des *res sacræ* constitue le crime de sacrilège diversement puni selon la qualité des coupables et les circonstances du crime (2) (LL. 1, 3, 4, D., *ad. leg. Jul. pecul.*, liv. XLVIII, tit. XIII).

2° Les choses *religieuses* (*res religiosæ*), suivant les principes du polythéisme, sont les choses abandonnées aux dieux inférieurs. Sous l'empire du christianisme, ce sont celles qui gardent les restes d'un mort, comme le tombeau, la terre sur laquelle il repose, l'urne, etc. La volonté privée peut rendre une chose religieuse. Je puis rendre une terre chose religieuse en y ensevelissant les restes de mon père, à une condition toutefois, c'est que je sois capable d'aliéner cette terre. En effet, rendre une chose religieuse équivaut à une aliénation (Instit., § 9, *cod.*). — Si quelqu'un dégradait le tombeau il pourrait être poursuivi par une action d'une nature particulière (*actio sepulcri violati*), ouverte à tous les citoyens, à raison de l'intérêt général attaché au respect des tombeaux, et nommée pour cela populaire (3) (C., *De sepulc. viol.*, liv. IX, tit. XIX). — Un lieu devenu religieux peut cesser de l'être par l'enlèvement du corps, avec une permission de l'autorité publique (4).

3° Les choses *saintes* ou *sanctionnées* (5) (*res sanctæ*), dit Gaius (C. II, § 8), sont *quodammodo divini juris*, c'est-à-dire qu'elles sont assimilées aux choses sacrées et religieuses.

(1) Voy., relativement aux interdits, *infra*, liv. IV, tit. xv.

(2) Une loi du 20 avril 1825 avait rangé le sacrilège parmi les crimes tombant sous le coup de la législation pénale ordinaire. Mais cette loi, repoussée par l'opinion publique, a été abrogée par celle du 11 oct. 1830.

(3) Comp. Code pén., art. 360.

(4) Cauvet, *op. cit.*, p. 68 et suiv. ; Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 68 et suiv.

(5) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 36.

Tels sont les murs, les portes d'une ville, la détermination des limites de la cité (1) (Instit., § 10, *eod.*), les lois (L. 9, § 3, D., liv. I, tit. VIII), et chez les personnes, les représentants du peuple romain et les ambassadeurs du peuple ennemi (L. 17, D., *De leg.*, liv. L, tit. VII).

Une observation commune aux trois espèces de choses *divini juris* est que les règles qui les protègent sont considérées comme appartenant au *jus civile*. Il en résulte que ces choses perdent leur caractère propre, lorsqu'elles tombent au pouvoir de l'ennemi, sauf, toutefois, à le recouvrer plus tard, lorsqu'elles seront reconquises (L. 36, D., *De relig.*, liv. XI, tit. VII).

Les choses *humani juris* sont les unes susceptibles d'une appropriation individuelle; les autres destinées à une utilité commune et ne peuvent appartenir à une personne déterminée.

Les choses *humani juris* qui entrent dans la composition du patrimoine (*in patrimonio nostro*) sont souvent appelées *res singulorum*.

Les choses *humani juris* qui sont *extra patrimonium nostrum* se divisent en choses — communes — publiques, — *universitatis*.

1° Les choses communes (*res communes*) sont considérées comme appartenant à tous les hommes et ne sont susceptibles d'aucune appropriation individuelle. Tels sont l'air, la mer et ses rivages, l'eau courante, etc. (Instit., § 1, liv. II, tit. 1).

2° Les choses publiques (*res publicæ*) appartiennent à tous les membres d'une même cité. Tels sont les fleuves, les routes, les ports, etc. (2). Les étrangers peuvent au besoin user de ces choses par tolérance. Pour les citoyens, au contraire, cet usage est un droit. — Dans les fleuves, il faut distinguer l'*aqua profluens*, l'eau qui

(1) Comp. Code civ., art. 540, 541.

(2) Conf. Code civ., art. 538, 2226.

coule, que l'on ne peut saisir, arrêter, et qui est chose commune, du cours d'eau considéré comme chemin de navigation. Le fleuve (*flumen*), ainsi pris dans son cours constant est chose publique par opposition au ruisseau (*rivus*) qui appartient aux riverains. — Les propriétaires des fonds riverains sont propriétaires de la rive ; ils sont soumis à un droit de servitude pour les besoins de la navigation (1). Ainsi les arbres, les fruits appartiennent aux riverains. Mais les bateliers peuvent attacher leurs bateaux aux arbres de la rive (Instit., §§ 2-5). Les choses publiques sont protégées par des interdits populaires qui peuvent être exercés par le premier citoyen venu.

Il ne faut pas confondre avec les choses publiques proprement dites, celles qui, n'étant point destinées à un usage public, sont dans le patrimoine de l'État, comme dans le patrimoine d'un simple particulier (2). Ces choses ne sont point, comme celles qui sont *in usu publico*, par leur destination exclues du commerce ; aussi sont-elles, de même que celles des particuliers, *aliénables* et *prescriptibles* (3) (L. 6, *pr.*, D., *De contr. empt.*, liv. XVIII, tit. 1 ; L. 14, *pr.*, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1).

3° Les choses *universitatis* appartiennent à une agrégation de personnes, agrégation que la loi considère comme ayant elle-même une certaine personnalité. Ainsi les villes, les collèges de prêtres, les corporations de scribes, les associations d'artisans, etc., constituent des *universitates* (D., *Quod cujuscumque univers. nom.*, liv. III, tit. iv). — Les Institutes (§ 6) nous citent, comme exemples de *res universitatis*, les stades ou lieux destinés aux exercices de la course, les théâtres (4).

(1) Comp. Code civ., art. 556 ; Décr. 19 juill. 1875.

(2) Conf. Code civ., art. 539, 768, 811 et suiv.

(3) Même Code, art. 2227.

(4) Sur les diverses espèces, l'organisation, la formation et l'extinction des *universitates*, ainsi que sur l'étendue de leur capacité juridique, V. Goudsmit, *op. cit.*, §§ 33 et suiv., p. 70 et suiv.

Il ne faut point confondre les *res universitatis* avec les *res in patrimonio universitatis* qui, n'étant pas au service ou à la disposition de chaque membre de la corporation, sont exploitées par elle comme par un simple particulier (L. 7, § 1, D., *Quod cuj. universit. nom.*, liv. III, tit. IV).

IV. Choses *nullius*. Dans cette catégorie de choses se trouvent comprises les choses qui n'appartiennent et ne peuvent appartenir à personne, comme les *res divini juris*, les *res communes* et les *res publicæ*. — On désigne encore par *res nullius*, les choses qui pour le moment n'appartiennent à personne, soit qu'elles n'aient jamais eu de maître (1), soit que l'ancien maître les ait abandonnées (2) (*res derelictæ*). Ces *res nullius* sont susceptibles d'une appropriation individuelle (L. 1, *pr.*, D., *De div. rer.*, liv. II, tit. 1).

V. Choses *mancipi* et choses *nec Mancipi*. Les choses *mancipi* étaient celles qui étaient possédées par les Romains des premiers temps, et qui étaient employées pour les besoins de l'agriculture (3). Elles étaient regardées, nous dit Gaïus (C. I, § 192), comme étant les plus précieuses (*pretiosioribus rebus*). Elles comprenaient : 1° les immeubles bâtis ou non bâtis situés en Italie ; 2° les servitudes attachées aux héritages ruraux, comme les droits de passage, d'aqueduc, etc. ; 3° les esclaves, les animaux qui sont domptés au service de l'homme, les bêtes de trait ou de somme (Gaïus, C. II, §§ 15-17 ; Ulpien, *Regl.*, tit. XIX, § 1).

Les choses *nec Mancipi* étaient toutes celles qui n'étaient pas comprises dans l'énumération des choses

(1) Comp. Code civ., art. 713.

(2) Conf. Code civ., art. 717, 2° ; Décr. 13 août 1810.

(3) Sic, Demangeat, t. I, p. 446 ; Labbé, à son cours. — Suivant Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 64, p. 122, les *res Mancipi* n'étaient pas exclusivement les choses relatives à l'agriculture, mais les choses de valeur *facilement reconnaissable*. L'or et l'argent n'ayant pas ce caractère constituaient des *res nec Mancipi*. V. aussi Hugo, § 204.

mancipi. Ainsi les animaux sauvages, les fonds provinciaux, toutes les servitudes autres que les servitudes rurales en Italie (1).

Cette distinction fort ancienne, puisqu'elle figure déjà dans la loi des Douze Tables (2), offrait sous plusieurs rapports un intérêt pratique considérable, notamment au point de vue du mode d'acquisition. La mancipation, en effet, ne transférait que la propriété des choses *mancipi*.

VI. Choses *mobilières* et choses *immobilières*. Les choses *mobilières* (*res mobiles* ou *res se moventes*) sont celles qui, par leur nature, sont susceptibles de déplacement. Les choses *immobilières* (*prædia, fundi, res soli*) sont celles qui ne peuvent être déplacées sans altération (LL. 92, 211, D., *De verb. signif.*, liv. L, tit. XVI).

Cette division des choses, pour n'avoir jamais eu en droit romain ni la portée générale, ni l'importance juridique que lui a reconnues la législation française (3), offre cependant un intérêt pratique à plusieurs points de vue, notamment dans les théories de la possession, de l'occupation, de l'usucapion, de la dot, du gage, du *furtum* et des interdits (4).

VII. Choses *corporelles* et choses *incorporelles*. Cette distinction fait l'objet d'un titre spécial aux Institutes (liv. II, tit. II); nous y renvoyons pour les développements (V. *infra*, p. 156).

✂ VIII. Choses *consumptibles* et choses *non consumptibles*.

(1) Consult. Pellat, *Propri. et usufr.*, p. 15; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 212 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 236, note 3; Demangeat, t. I, p. 446; Accarias, (3^e édit.), t. I, n. 196, p. 467 et suiv.; Machelard, *Rev. crit. de légis.*, t. XXIX, p. 253; Gide, *Et. sur la condit. priv. de la femme*, p. 118; Maynz, 3^e édit., t. I, § 177, p. 565 et 566, texte et notes 12-18; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 64, p. 122.

(2) Cette distinction se rattacherait, suivant toutes probabilités, aux réformes de Servius Tullius. Sic, Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, t. II, § 564.

(3) Comp. Code civ., art. 516 à 536.

(4) Gavouyère, *Progr. du cours de dr. romain*, année, p. 30.

Les choses *consumptibles* sont celles dont on ne peut faire usage sans les détruire. Les choses *non consumptibles* sont celles dont on peut faire un usage répété.

Cette division tient à la nature même des choses ; elle présente de l'intérêt en matière d'usufruit surtout (1).

IX. Choses *fongibles* et choses *non fongibles*. Les choses *fongibles* (*mutuum*) sont celles qui, considérées seulement pour leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent se remplacer l'une par l'autre (2). Les choses *non fongibles* (*commodatum*) sont celles qui sont envisagées dans leur individualité (3). Cette division est fondée uniquement sur la convention des parties ; l'intérêt pratique qu'elle présente apparaît surtout au point de vue de la libération des obligations par la perte fortuite de la chose due (4).

Modes d'acquisition de la propriété.

Les modes d'acquisition de la propriété se groupent en quatre classes principales (5), savoir :

1° Les modes *originares* et les modes *dérivés*. Les premiers ne supposent pas une transmission. C'est une propriété nouvelle qui se trouve constituée. Les seconds, au contraire, servent à faire passer la propriété d'une personne à une autre. Cette distinction ne manque pas d'importance pratique. En effet, quand l'acquisition est originaire, le droit de propriété existe dans toute sa plénitude. L'acquéreur n'a pas de prédécesseur, pas d'*auteur* (*auctor*). Le seul mode réellement originaire est l'occupation. Au contraire, dans le cas d'acquisition

(1) Voy. *infra*, liv. II, tit. IV, p. 173.

(2-3) *Infra*, liv. III, tit. XIV.

(4) *Ibid.*, tit. XXIX.

(5) Cette classification est généralement enseignée dans nos Facultés. Voy. Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 33 et 34 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, p. 37 ; Dubois, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 23.

actus et ab actu in principis
 par un mode dérivé, l'acquéreur prend le droit tel que son auteur le tenait, avec toutes les restrictions qui limitaient ce droit. D'où cette maxime : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Tous les modes d'acquisition autres que l'occupation sont des modes dérivés.

2° Les modes à titre particulier et les modes à titre universel. Les uns ont pour objet un ou plusieurs biens considérés individuellement (*res singulas*); les autres transmettent, soit l'ensemble des biens d'un individu, soit au moins une fraction de cet ensemble (*universitatem*). C'est uniquement des modes d'acquérir à titre particulier que nous nous occuperons dans la suite de notre examen de la propriété.

3° Les modes d'acquisition *inter vivos* et les modes d'acquisition *mortis causa*.

4° Les modes du droit naturel ou du droit des gens et les modes du droit civil (1). Cette distinction formulée

(1) Il y avait dans le droit classique romain deux sortes de propriété : la propriété quiritaire et la propriété du droit des gens, ou bien le *dominium* et l'*in bonis*. Le *dominium* est la propriété ancienne du droit civil, la propriété parfaite; l'*in bonis* d'origine prétorienne n'a constitué qu'une sorte de propriété inférieure et incomplète, imaginée en vue de réagir contre le formalisme rigoureux du vieux droit civil. Comme le *dominium*, l'*in bonis* confère tous les avantages utiles de la propriété : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*; elle investit, en outre, l'acquéreur de moyens suffisamment énergiques pour défendre son droit; elle lui donne contre la revendication du *dominus ex jure quiritium* l'exception de dol et des interdicts possessoires pour protéger sa possession; elle lui concède une action réelle, l'action Publienne; enfin elle est susceptible de se transformer en propriété quiritaire par l'usucapion. — Cependant l'*in bonis*, malgré tous ces effets importants, laisse encore au *dominium* certains privilèges sous le nom de *nudum jus quiritium*. C'est ainsi que le maître *ex jure quiritium* conserve la *rei vindicatio* contre tout détenteur autre que le propriétaire prétorien, les droits de tutelle et de succession sur l'esclave dont il était *dominus* et qui a été affranchi par le maître prétorien. — En outre, le propriétaire prétorien qui affranchit son esclave n'en fait pas un citoyen romain, il n'en fait qu'un Latin Junien; il ne peut se servir, comme mode de translation de sa propriété, ni de la mancipation, ni de la cession *in jure*, ni du *legs per vindicationem*. La distinction entre le *dominium* et l'*in bonis* a été effacée par Justinien (L. 1, C., *De nud. jure Quirit.*, liv. VII, tit. xxv).

par Gaius (C. II, §§ 65 et 66) est reproduite dans les Institutes (§ 11, liv. II, tit. 1), bien qu'elle ait perdu sous Justinien toute son importance. Nous la prendrons pour base de notre exposé.

A. MODES D'ACQUISITION DU DROIT DES GENS.

Ces modes sont au nombre de trois : l'occupation, l'accession, la tradition.

I. De l'occupation.

Définition. — L'occupation est le fait de la part d'une personne de prendre possession d'une chose *nullius* ; et, par chose *nullius*, il faut entendre ici une chose qui, tout en étant dans le commerce, n'appartient pour le moment à aucun maître. Lorsque cette prise de possession se réalise, il en résulte une acquisition au profit de l'occupant ; cette acquisition est la *propriété* (L. 3, *pr.*, D., *De acquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1).

Conditions de l'occupation. — Il faut :

1° Que la chose susceptible de tomber dans le patrimoine de l'homme n'appartienne à personne (*res nullius*).

Les Institutes (§§ 12-19, 47 et 48) nous donnent de nombreux exemples de choses auxquelles l'occupation peut s'appliquer. Tels sont les animaux sauvages, les bêtes féroces, les oiseaux, les poissons, les îles nées dans la mer, les pierres précieuses, les perles et autres objets qui se trouvent au fond ou sur les bords de la mer, les ennemis et les choses prises sur les ennemis, les objets que le propriétaire a abandonnés parce qu'il n'en voulait plus (1).

2° Qu'il y ait eu prise de possession. La possession doit comprendre deux éléments, un élément matériel

(1) Comp. Code civ., art. 715, 717.

(*corpore*), un élément intentionnel (*animo*). Il ne suffit pas que l'occupant détienne matériellement la chose ; s'il n'a pas l'intention de la faire sienne, d'en acquérir la propriété, l'occupation ne l'en rendra pas propriétaire. Ainsi les fous, les *infantes*, c'est-à-dire les personnes en bas âge, ne peuvent avoir suffisamment l'*animus*, la volonté de posséder ; par conséquent, il leur est impossible d'acquérir la possession de la chose qu'ils détiennent. S'ils s'emparent d'une *res nullius*, ils n'en deviennent pas propriétaires.

Observons que l'acquisition de propriété résultant de l'occupation peut être résolue par l'effet du *postliminium* ou retour de la chose occupée à son état naturel. C'est ce qui arrive notamment lorsque les animaux sauvages s'échappent et recouvrent définitivement leur liberté naturelle, lorsque les choses prises sur l'ennemi retournent à leur ancien maître (1) (Gaius, C. II, §§ 67, 68).

II. De l'accession.

Définition. — Les commentateurs modernes appellent *accession* ou *droit d'accession* (2) (*accessio, jus accessionis*) le principe en vertu duquel le propriétaire d'une chose principale acquiert naturellement, par la force même du fait, tout ce qui vient de sa chose, ou tout ce qui s'y unit, et s'y incorpore de manière à ne former avec elle qu'un seul et même tout (3) (*accessio cedit principali*).

Caractère de ce droit. — On s'est demandé si l'accession est, en droit et à proprement parler, un mode particulier d'acquisition, ou si ce n'est en réalité qu'un

(1) Gavouyère, *op. cit.*, p. 34 ; Bodin, *op. cit.*, p. 38 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 153 et suiv.

(2) C'est l'expression employée par notre Code civil, art. 546.

(3) Conf. Code civ., art. 712.

effet, une extension du droit de propriété (1). Cette controverse d'ailleurs n'offre aucun intérêt pratique.

Des diverses espèces d'accession. — Le droit d'accession peut être étudié à trois points de vue différents : — 1° relativement à ce qui est produit par la chose ; — 2° relativement aux choses immobilières ; — 3° relativement aux choses mobilières.

1° Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. — La propriété d'un objet quelconque embrasse tous ses produits. Ainsi les fruits de la terre, le croît des animaux, les enfants nés d'une esclave appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits (2) (Instit., §§ 49, 35-48, liv. II, tit. 1). — Il est bon d'observer que ces fruits ne deviennent l'objet d'une propriété distincte et ne donnent lieu à l'acquisition dont il s'agit que lorsqu'ils sont séparés de l'objet producteur.

Par exception, cependant, les fruits d'une chose peuvent appartenir à une autre personne qu'au propriétaire de la chose productrice. Tels sont les cas : — où la chose productrice est possédée par un tiers qui se croit de bonne foi propriétaire (Instit., § 35, *eod.*) ; — où elle

(1) Les anciens interprètes, notamment Heineccius (*Elem. jur.*, 562) et Pothier, considéraient l'accession comme un mode distinct d'acquérir. Cette opinion a prévalu dans notre Code civil (art. 546 et suiv., 712) ; elle est encore aujourd'hui admise par des jurisconsultes estimés, Belges et Allemands (Voy. notamment Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, §§ 186 et suiv.), et dans notre Faculté de Paris, par Ortolan, t. II, n. 361 et suiv. — Cependant, la doctrine qui tend à prévaloir en France et dans l'enseignement de nos Facultés, est que l'accession ne constitue pas un mode légal d'acquérir, et qu'elle n'est que l'exercice ou l'extension du droit de propriété. *Sic*, Ducaurroy, t. I, n. 353 et suiv. ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 266 et suiv. ; Thézard, *Répét. écr. sur le dr. rom.*, p. 82 ; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 251, p. 599 ; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 136, p. 185 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 183 ; Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 36 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, p. 38 ; Dubois, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 22 ; Labbé et Machelard, à leurs cours.

(2) Il n'y a donc pas là, quoi qu'en dise Justinien, d'accession proprement dite, mais bien l'exercice pratique du droit même de propriété sur les fractionnements d'une chose. Accarias, t. I, n. 252, p. 601.

est soumise à un droit d'usufruit ou donnée à ferme. — Toutefois les enfants qui naissent d'une esclave appartiennent toujours au maître de l'esclave (*domino matris*). Il n'importe qu'un tiers ait la possession de bonne foi ou l'usufruit de la mère esclave. C'est qu'en effet l'enfant d'une esclave n'est pas un fruit proprement dit, parce qu'on n'achète pas une esclave dans le but spécial de la faire produire, comme l'on fait pour un troupeau (L. 27, D., *De heredit. petit.*, liv. V, tit. III; Instit., § 37, liv. II, tit. I).

2° **Droit d'accession relativement aux choses immobilières.** — Cette accession a lieu par le fait ou sans le fait de l'homme.

La première est relative aux constructions, plantations, etc.

La seconde a trait aux accroissements résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

a. *Accession relative aux constructions, plantations, etc.*

Constructions. — Quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui. Il est propriétaire de l'édifice, parce que toute construction ne peut exister indépendamment du sol sur lequel elle s'appuie (*quia omne quod inædificatur solo cedit*). — Cependant celui à qui appartiennent les matériaux ne cesse point pour cela d'en être propriétaire. Quoique propriétaire, il n'a qu'un droit négatif, car il ne peut, tant que l'édifice existe, ni revendiquer les matériaux, ni intenter à leur sujet l'action *ad exhibendum* (1); il n'a qu'une action personnelle, l'action *de tigno juncto*, par laquelle il obtient le double de la valeur de ses matériaux sans qu'il y ait à prendre en considération la bonne ou la mauvaise foi du constructeur (2). Ces mesures ont été édictées par la loi des Douze

(1) Cette règle a passé dans notre législation moderne. Le propriétaire des matériaux employés n'a pas non plus le droit de les enlever (C. civ., art. 551).

(2) *Sic*, Sell, *Röm. Lehre des Eig.*, § 73, 1^o; Maynz, t. I, § 188.

Tables dans le but de favoriser le développement et l'embellissement des villes (*ne urbs ruinis deformatur*). Toutefois, si, par une cause quelconque, l'édifice venait à être démoli ou détruit, avant que le maître des matériaux eût reçu le double de leur valeur par l'action de *tigno juncto*, il pourrait intenter l'action en revendication ou l'action *ad exhibendum*. L'intérêt individuel se concilie ainsi dans une juste mesure avec l'intérêt général (Inst., § 29, *eod.*).

Quelqu'un bâtit avec ses matériaux sur le terrain d'autrui. Le bâtiment appartiendra encore au propriétaire du sol (*illius fit domus cujus et solum est*). Mais le constructeur aura-t-il droit à une indemnité ? Les Institutes résolvent la question par une distinction. Le constructeur a-t-il été de mauvaise foi ou de bonne foi ? — Le constructeur est de mauvaise foi. Il n'a aucun droit à une indemnité, parce qu'il est censé avoir volontairement aliéné au propriétaire du sol les matériaux employés dans la construction (*quia magis donasse videtur*). Et même après la démolition de l'édifice, il ne lui est pas permis de revendiquer les matériaux (Instit., § 30, *eod.*). Tel était du moins le droit rigoureux, car nous trouvons dans le Digeste (L. 37, *De rei vindic.*, liv. VI, tit. 1; L. 38, *De hered. pet.*, liv. V, tit. III) et dans le Code (LL. 2 et 5, *De rei vindic.*, liv. III, tit. xxxii), des solutions qui modifient singulièrement les principes posés aux Institutes. — Le constructeur est de bonne foi. Il peut alors exiger une indemnité des dépenses qu'il a faites. Pour faire valoir ce droit, il n'a d'autre moyen qu'un *jus retentionis*, qu'il opposera sous la forme d'une *exceptio doli*

— Ce point est toutefois controversé. Quelques auteurs pensent que la peine du double ne frappait que le constructeur de mauvaise foi. V. notamment Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 300; Namur, t. I, § 138, p. 189, texte et note 5; Van Wetter, t. I, § 194, p. 281, texte et note 3; Didier-Paillhé et Tartari, p. 194, note 1; Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, p. 39. — Comp. Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 478 et 479.

mali à la revendication du propriétaire du fonds. Il y a, en effet, mauvaise foi de la part du propriétaire qui se refuse à restituer au constructeur ses déboursés. Mais cette exception *doli mali* ne peut servir au constructeur que pour repousser la revendication du propriétaire ; elle suppose nécessairement que le constructeur se trouve encore en possession du fonds. Si donc il s'est dessaisi de la chose, avant d'avoir pris la précaution de se faire indemniser, il n'a aucun moyen d'y arriver ; il ne conserve plus qu'une dernière ressource, presque illusoire, attendre la démolition de l'édifice qui seule lui permettra de revendiquer ses matériaux (1) (Instit., § 30, *ead.*).

Plantations. — Les règles que nous venons d'exposer relativement aux constructions s'appliquent également aux plantations, sauf les différences suivantes : — la plante reste la propriété de son ancien maître, tant qu'elle n'a pas pris racine dans le sol où elle a été transportée ; il en est de même des graines, tant qu'elles n'ont pas été semées (Inst., §§ 31, 32). Jusqu'à ce moment, par conséquent, l'ancien propriétaire a le droit de les revendiquer. Mais sitôt que la plante a poussé ses racines dans le nouveau sol, que les semences sont semées, elles deviennent l'accessoire du sol et appartiennent au même propriétaire (*plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt*). La propriété est perdue irrévocablement pour l'ancien maître, si bien qu'elle ne saurait lui faire retour même au cas où la plante serait arrachée. — L'action de *tigno juncto* ne peut être invoquée par le propriétaire de la plante ou des semences qui peut se faire indemniser par l'action *in factum*.

b. Accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière.

Alluvion. — C'est un accroissement insensible qui se

(1) Comp. Code civ., art. 555.

forme sur la rive sans qu'on puisse apprécier la quantité ajoutée par chaque moment (Instit., § 20, *eod.*). L'alluvion profite de plein droit au propriétaire riverain du fleuve (1), quand il s'agit d'un *ager non limitatus*. L'*ager non limitatus* ou *arcifinius* est un champ qui n'est borné que par des limites naturelles plus ou moins variables, comme le cours d'un fleuve. L'*ager limitatus*, au contraire, est une portion géométrique de terrain, circonscrite dans des limites fixes et invariables. Toutes les terres qui se forment par alluvion en dehors de ces limites sont des *res nullius* qui sont acquises au premier occupant. En fait, le propriétaire d'un *ager limitatus* acquiert toujours l'alluvion, parce qu'il lui est plus facile qu'à tout autre de faire acte d'occupation (2) (L. 16, D., *De adquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1; L. 1, §§ 6 et 7, D., *De flumin.*, liv. XLIII, tit. XII).

Terrain reconnaissable détaché d'un fonds et porté par le courant vers un fonds inférieur ou sur la rive opposée (Instit., § 21, *eod.*). — Ce fait, appelé *avulsion*, ne change pas la propriété, parce que le sol n'est pas dénaturé. Cependant si les arbres qui se trouvent sur cette portion de terrain viennent à pousser leurs racines dans le fonds inférieur ou voisin, la partie de terrain détachée par le fleuve est acquise au fonds auquel elle est venue s'ajouter (*videtur acquisita*). Telle est du moins la doctrine exprimée au Digeste (L. 7, § 2, *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1) et celle qui nous paraît la plus probable (3). Cependant les Institutes semblent admettre une solution différente, d'après laquelle la partie arrachée de terrain resterait toujours à son ancien propriétaire; les arbres seuls qui

(1) Conf. Code civ., art. 556, 557.

(2) Voy., sur la distinction des *agri limitati* et des *agri non limitati*, Accarias, *Préc. de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, n. 203 et suiv.

(3) Voy., en ce sens, Ortolan, t. II, n. 380, texte et note 1; Thézard, *Rép. écr. sur le dr. rom.*, p. 94; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 137, p. 187. — Cette interprétation nous paraît être aussi celle suivie par les rédacteurs de notre Code civil dans l'art. 559.

ont poussé leurs racines suivraient le sort du fonds auquel ils se sont attachés (1) (*videntur adquisitæ*. Instit., § 21).

Iles, îlots qui se forment dans le lit des fleuves ou rivières. — Ces îles et îlots sont considérés comme l'accessoire des fonds riverains *non limitati* ; ils appartiennent donc aux propriétaires de ces fonds. Mais dans quelle proportion ? Si l'île s'est formée d'un seul côté, c'est-à-dire entièrement en deçà de la ligne tracée au milieu du fleuve, elle appartient exclusivement aux riverains du côté du fleuve où elle s'est formée. Dans le cas contraire, elle profite aux riverains des deux côtés, à partir de la ligne tracée au milieu du fleuve et proportionnellement à la ligne de front que présente chaque héritage sur la rive (2) (Instit., § 22, *ead.*). — Bien entendu, ces règles ne s'appliquent qu'aux îles qui se forment par dessèchement ou par amas de sable ; car, si le fleuve, divisant ses eaux sur un point et les réunissant plus bas, coupe en forme d'île le champ d'un particulier, ce champ continue d'appartenir à son ancien maître (§ 22 *in fine*) (3). — Quant aux îles flottantes, formées de broussailles et de matières légères non adhérentes au sol, elles font partie du fleuve plutôt que de son lit ; elles sont donc publiques, si le fleuve dont elles partagent la destinée, est public lui-même (L. 65, § 2, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1).

Cas où le fleuve abandonne son lit pour s'en creuser un

(1) M. Labbé, à son cours, enseigne qu'il faut s'en tenir de préférence au texte des Institutes, le texte du Digeste n'offrant rien de décisif. Voy. aussi, en ce sens, Ducaurroy, t. I, n. 382 ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 271 ; Maynz, t. I, § 187, p. 599 (3^e édit.) ; Demangeat, t. I, p. 463 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 253, p. 603, note 1 ; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 191, p. 277-2^o.

(2) Ces règles sont encore applicables dans notre droit actuel, quand il s'agit de rivières non navigables ni flottables (C. civ., art. 561). Mais les îles qui se forment dans les rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat (C. civ., art. 560).

(3) Conf. Code civ., art. 562.

autre. — Si un fleuve abandonne en entier son lit ordinaire, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains d'après les mêmes règles que l'île qui se forme par dessèchement ou par amas de terre. Le nouveau lit prend la condition du fleuve lui-même, c'est-à-dire devient *res publica*. Que si, après un certain temps, le fleuve retourne à son premier lit, le second devient à son tour la propriété de ceux qui possèdent des héritages sur les bords (Instit., § 23, *ead.*). C'était là une déduction logique des principes, mais une déduction bien rigoureuse; car il eût été plus équitable de suivre le sentiment de Pomponius (L. 30, § 3, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1), et d'attribuer le lit abandonné au maître *cujus antea fuit* (1).

Inondation. — L'inondation ne change pas la nature du fonds. Aussi, lorsque les eaux se sont retirées, le fonds continue d'être toujours au même propriétaire (Instit., § 24, *ead.*).

3° Droit d'accession relativement aux choses mobilières. — L'accession prend, en matière de meubles, des noms différents suivant la nature de l'union qui lie entre elles les deux choses assemblées en un seul tout. Les commentateurs l'appellent, suivant les cas, *spécification*, *adjonction*, *confusion* et *mélange*.

Spécification. — La spécification est un terme moderne qui sert à désigner l'action de transformer en un objet nouveau, dans l'intention de se l'approprier, une chose appartenant à autrui (*ex aliena materia speciem aliquam facere*. L. 7, § 9, D., *De adq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1). Ainsi notamment, on a fait du vin, de l'huile ou du froment, avec le raisin, les olives ou les épis d'autrui; un vase

(1) Voy., à cet égard, Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. I, § 187, p. 598, note 6 (3^e édit.); Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 467. — Notre Code civil n'a pas admis le principe des Institutes. D'après l'art. 563, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent à titre d'indemnité l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé.

avec l'or, l'argent ou l'airain d'autrui, etc. (Instit., § 25, *eod.*). — A qui appartiendra la *nova species* ? Appartient-elle au maître de la matière ou au spécificateur ? Les Sabinien attribuaient la *nova species* au propriétaire de la matière, parce que, d'après eux, la matière conservait toujours sa nature et continuait à subsister, malgré le changement de forme (*materia dat esse rei*) (1). Les Proculiens, au contraire, attribuaient l'objet confectionné au spécificateur, parce que, disaient-ils, c'est la forme qui donne aux choses leur utilité pratique. Sans la forme, la matière ne serait rien : *forma dat esse rei*. C'est donc la forme de chaque chose qui en constitue l'essence ; la matière dont elle est formée n'en constitue que l'accessoire (2). — Justinien adopte une opinion intermédiaire qui met fin à la controverse (*placuit media sententia*). Si l'objet nouveau peut être ramené à son état primitif, à sa première forme, par exemple, si on fait un vase avec un lingot d'argent ou d'airain, c'est toujours la matière qui domine : en conséquence, l'objet nouveau doit, suivant l'opinion des Sabinien, être attribué au maître de la matière. Que si, au contraire, il est impossible de ramener la matière à son premier état, par exemple, si on fait du vin avec des raisins, l'ancienne matière a été détruite ; il y a une création nouvelle qui, suivant les Proculiens, doit appartenir au spécificateur (Instit., § 24, *eod.*) (3). — Mais, comme il

(1) Conf. Code civ., art. 570.

(2) Comp. même Code, art. 571, 572.

(3) Ces principes reçoivent leur application non seulement au cas où le spécificateur a travaillé exclusivement avec la matière d'autrui, mais encore au cas où il a employé *en partie* sa propre matière. La chose nouvelle appartient au spécificateur, lorsque le retour à l'état primitif est impossible. Dans le cas contraire, elle est commune ; chacun conserve la propriété de sa matière. Sic, Puchta, *Pand.*, § 163, note *b* ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 283 ; Demangeat, t. I, p. 470 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 266, p. 621, note 4 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 310, n. 1 ; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 171, p. 256 et 257, notes 7, 8 et 9 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 188 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 40. — *Contra*,

est de principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, une indemnité peut être due soit au spécificateur pour sa main-d'œuvre, soit au maître de la matière pour sa chose (1). Les voies de droit qui servent à l'obtenir sont, suivant les cas, soit l'exception *doli mali*, soit une action *in factum* ou l'action *ad exhibendum*, soit même, en cas de vol, l'action *furti* (2) (Instit., § 26, *eod.*).

Adjonction. — Les commentateurs comprennent, sous cette expression, certains cas d'accession dont il est parlé aux Institutes dans les paragraphes 26, 33 et 34. Ainsi on a brodé un vêtement avec la pourpre d'autrui, écrit sur une feuille de papier ou de parchemin, peint sur une toile appartenant à autrui ; à qui reviendra la propriété du vêtement, du manuscrit ou du tableau ? Au propriétaire de la chose *principale* (3). Or, pour déterminer la chose principale, on ne s'arrête point à un principe unique ; on considère tantôt les choses au point de vue de leur utilité, tantôt de leur valeur, quelquefois même de leur volume.

Confusion. — Par ce terme moderne, on entend, à proprement parler, l'union de choses liquides. Ainsi deux quantités de vin, deux lingots d'or ou d'argent, appartenant à deux personnes différentes, ont été confondus et forment un seul et même vin, un seul et même lingot. A qui appartiendra le résultat de la confusion ? Trois cas sont à considérer : — La confusion a

Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. II, § 248, note 3 ; de Koller, *Pand.*, § 142, 2° ; Maynz, *Cours de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, § 185 ; Ortolan, t. II, n. 388 ; Namur, t. I, § 135, 2°.

(1) Conf. Code civ., art. 576 et 577.

(2) Quelques auteurs ont prétendu que le spécificateur n'acquiert jamais la nouvelle espèce que sous la condition de la bonne foi. V. Arndts, *Lehrb.*, § 155, note 3 ; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 187, note 3. — Cette opinion est toutefois généralement repoussée par les romanistes modernes. V. Puchta, *Pand.*, § 154, 4°, et note *h* ; Demangeat, t. I, p. 468, 469 ; Ortolan, t. II, n. 386 ; Maynz, t. I, § 185, note 10 ; Vangerow, t. I, § 310, *ann.*, n. 2 ; Van Wetter, 2^e édit. t. I, § 171, p. 257, note 10 ; Bodin, *loc. cit.*

(3) Comp. Code civ., art. 566 à 569.

eu lieu du consentement des deux propriétaires, le résultat leur appartient en commun ; — La confusion a eu lieu par hasard (*fortuito, non voluntate dominorum*) ; dans ce cas, si la séparation des deux éléments dont se compose la chose est possible, chaque propriétaire peut, après avoir demandé la séparation, revendiquer la chose qui lui appartient. Si la séparation est impossible, le résultat de la confusion est commun aux deux propriétaires (Instit., § 27, *eod.*) ; — La confusion a eu lieu par la volonté de l'un des propriétaires, sans la volonté de l'autre. Dans ce cas encore le résultat de la confusion sera commun, à moins que l'objet produit ne soit une nouvelle espèce de chose (*nova species*) : alors il faudrait appliquer les règles de la spécification, et l'attribuer au spécificateur, sauf l'indemnité due au propriétaire pour sa matière (1) (L. 5, § 1, D., *De rei vindic.*, liv. VI, tit. 1).

Mélange (commixtio). — Ce terme s'emploie aujourd'hui pour désigner, à proprement parler, le rapprochement d'objets non liquides, dont les particules conservent toujours une individualité distincte. Ainsi, par exemple, on a mêlé à son froment celui d'autrui. Les mêmes principes qui viennent d'être exposés relativement à la confusion s'appliquent au mélange, sauf certaines nuances peu importantes (Instit., § 28, *eod.*).

III. — De la tradition.

Définition. — La tradition est la remise volontaire de la possession d'une chose faite en vue de transférer la propriété.

Conditions nécessaires pour que la tradition procure la propriété. Elle suppose : — *Chez celui qui aliène* :

(1) Comp. Code civ., art. 573, 574, 575.

1° la qualité de propriétaire ou le pouvoir d'aliéner (1); 2° la volonté d'aliéner; 3° la capacité d'aliéner (2); — *Chez celui qui acquiert* : 1° la volonté d'acquérir; 2° la capacité d'acquérir.

Il faut, en outre, que la chose ait été mise d'une manière quelconque par celui qui aliène à la disposition physique de l'acquéreur (*adprehendendi rem copiam facere*) (Instit., §§ 40-47).

Les anciens commentateurs distinguaient plusieurs espèces de traditions, *feinte*, de *longue main*, de *brève main*, *symbolique*. Il n'y a là rien de bien rigoureusement exact : car toutes ces traditions aboutissaient au même résultat, la réalisation du *corpus*, de la disposition matérielle de la chose (3).

Les choses incorporelles, n'étant pas susceptibles d'une possession proprement dite, ne peuvent être acquises par la tradition. Cependant on a fini par reconnaître, à l'égard des choses incorporelles, une *quasi*-possession; dès lors, on a pu les acquérir par une *quasi*-tradition (*usus unius, et potentia alterius*).

La tradition ne s'applique pas non plus aux *res mancipi*; ce n'est point à dire cependant que l'emploi de ce mode d'acquérir à cette espèce de choses demeure tout à fait dépourvu d'effets (4).

B. MODES D'ACQUISITION DU DROIT CIVIL.

Ces modes sont au nombre de six : la mancipation, la cession en justice, la tradition, l'usucapion, l'adjudication, la loi (Ulprien, *Règl.*, tit. XIX, § 2).

(1) Par exemple, le créancier gagiste (Instit., § 1, liv. II, tit. VIII).

(2) Le pupille, notamment, sans l'*auctoritas tutoris* est incapable d'aliéner.

(3) Comp. Code civ., art. 1606, 1919.

(4) La tradition appliquée à une *res mancipi* met la chose *in bonis* de l'*accipiens*; elle lui assure, à défaut du *dominium ex jure Quiritium*, tous les avantages utiles de la propriété (Ulprien, *Règl.*, § 16, tit. 1). — V. *sup.*, p. 143, note 1.

I. De la mancipation. — La mancipation est une vente fictive (*imaginaria venditio*), accompagnée de gestes et de paroles sacramentelles ; elle exige la présence de l'aliénateur (*mancipans*), de l'acquéreur (*accipiens*), d'un porte-balance (*libripens*), et de cinq témoins (1), tous citoyens romains et pubères. Ce mode ne s'applique qu'aux choses *mancipi* et aux personnes libres (2) (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 7). — Il a cessé d'exister sous Justinien en même temps que la division des choses en *res Mancipi* et *nec Mancipi*.

II. De la cession in jure. — La cession *in jure* est un procès fictif. L'acquéreur revendique comme siennes les choses qu'il veut avoir. L'aliénateur garde le silence et ne contredit pas la prétention du demandeur. Le magistrat constate cet accord, en adjugeant l'objet du litige à celui qui le réclame. La présence du magistrat équivaut pour celui-ci à l'*auctoritas* du peuple romain. *Cedere in jure* signifie donc se désister devant le magistrat. Ce mode d'acquisition de la propriété est le plus large, puisqu'il peut également porter sur les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*, sur les choses corporelles et les choses incorporelles (Gaius, C. II, §§ 24 et 25 ; Ulpien, tit. XIX, §§ 9 et 10). — L'*in jure cessio* a disparu sous Justinien.

III. De la tradition. — Mode de transmission de la propriété dans le droit des gens, la tradition a été appliquée à la transmission de la propriété quiritaire des choses *nec Mancipi* (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 7).

IV. De l'usucapion. — L'usucapion est l'acquisition de la propriété par la possession prolongée pendant un certain temps. Ce mode de transmission s'applique aux choses *mancipi* et *nec Mancipi*. Les Institutes traitent

(1) Les témoins et le *libripens* représentent les six classes du peuple ; leur présence remplace la *lex*, nécessaire à l'origine pour l'aliénation des *res Mancipi*. Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 40.

(2) Pellat, *Prop. et usufr.*, p. 13 et suiv.

cette matière avec de grands développements dans un titre spécial (V. ci-dessous, tit. vi).

V. De l'adjudication. — L'adjudication est l'attribution de la propriété faite par le juge (*judex*), dans une action en partage d'une hérédité (*familiæ exercundæ*), ou dans une action en partage d'une chose commune (1) (*communi dividundo*), ou dans un procès ayant pour objet la fixation des limites entre propriétaires contigus (*finium regundorum*) (2). L'instance dans laquelle l'adjudication est prononcée doit être un *judicium legitimum* (3) (Frag. Vatic., § 47). Ce mode transfère indistinctement la propriété des choses *mancipi et nec mancipi* (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 16).

VI. De la loi. — La loi est considérée comme une cause d'acquisition de la propriété dans plusieurs cas ; ainsi dans le cas d'un legs *per vindicationem* (4) ; et, en vertu des lois Julia et Papia Poppæa, à l'égard des parts caduques (Ulpien, *Règl.*, tit. XIX, § 17).

TITRE II

Des choses corporelles ou incorporelles.

Les choses dont se compose le patrimoine des particuliers se divisent en choses corporelles et choses incorporelles (Institut., *pr.*, liv. II, tit. II).

Définition. — Les choses *corporelles* sont celles qui peuvent être touchées (*quæ tangi possunt*), qui tombent sous les sens. Exemple, un cheval, une maison, etc.

Les choses *incorporelles* sont celles qui ne tombent

(1) Dans notre législation française l'effet du partage est déclaratif et non acquisitif de la propriété (Code civ., art. 883).

(2) V., sur ces trois actions, *infra*, liv. IV, tit. vi.

(3) Le préteur reconnaît et protège l'adjudication prononcée dans un *judicium imperio continens (in bonis)* (L. 44, § 1, *Famil. exercisc.*, D., liv. X, tit. II). — V. *infra*, liv. IV, tit. vi.

(4) V. *infra*, liv. II, tit. xx.

pas sous les sens, qui n'ont rien de physique (*quæ tangi non possunt*). Ce sont des conceptions juridiques qui n'ont qu'une existence abstraite. Exemple, un droit d'hérédité, d'usufruit, d'usage, etc. (Gaius, C. II, §§ 12 et 13; Instit., § 1, *eod.*). Peu importe que dans l'obligation se trouve comprise une chose corporelle qui forme l'objet de l'obligation, le droit qui nous donne une chose corporelle n'en est pas moins une chose incorporelle. Exemple, l'hérédité contient des choses corporelles; les fruits que l'usufruitier retire du fonds sont des choses corporelles; néanmoins le droit d'hérédité, le droit d'usufruit sont incorporels.

Parmi les choses incorporelles qui sont dans notre patrimoine, nous comptons tous les droits *réels*, à l'exception du droit de propriété, et les droits *personnels*.

Droits réels, droits personnels. — La lutte de l'homme contre la nature a donné naissance aux droits *réels*. Les rapports des hommes entre eux ont produit les droits *personnels* ou de créance.

On entend donc par *droit réel* (*jus in re*) tout rapport juridique qui soumet directement et immédiatement une chose à l'action d'une personne; et par *droit personnel* ou *de créance* (*jus ad rem*) un rapport juridique qui soumet directement une personne à une autre en vue de l'appropriation d'une chose (1).

Parmi les droits réels, on range les droits de propriété quiritaire, de servitude (droits réels civils), d'emphytéose, de superficie, de gage, d'hypothèque, et l'*in bonis* (droits réels prétoriens) (2). — Parmi les droits personnels, on cite les rapports d'obligation, les droits de créance.

(1) Sic, Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 28; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 33.

(2) Consult. Pellat, *Exposé des principes génér. du dr. rom. sur la propriété et ses principaux démembrements, suivi d'une traduction et d'un comment. du liv. VI des Pand.* (2^e édit.).

Ressemblance entre le droit réel et le droit personnel. — Le droit réel et le droit personnel constituent le patrimoine : ils ont un caractère essentiellement pécuniaire. Ainsi, je puis vendre mon champ, et en retirer une somme d'argent. D'un autre côté, la personne qui s'est engagée envers moi à faire une certaine chose, pourra être condamnée à des dommages-intérêts en cas d'inexécution de son obligation.

Différences entre le droit réel et le droit personnel. — Ces différences sont nombreuses :

1° *Au double point de vue de l'acquisition et de la transmission.* — Le droit réel, à raison de son origine, s'acquiert par une prise de possession. Cette prise de possession peut être solennelle ou fictive. Il importe peu que les besoins de simplicité et de rapidité l'aient modifiée : il faut toujours qu'elle ait lieu. — Le droit personnel, au contraire, n'a besoin que de paroles échangées, d'un serrement de main, etc.

2° *Au point de vue du mode d'exercice.* — Le droit réel se manifeste par des actes de possession. — Au contraire, lorsqu'un débiteur s'engage envers vous, le rapport créé entre vous et lui ne se manifeste par aucun signe extérieur. Rien n'apparaît ; la possession est impossible.

3° *Au point de vue des actions servant à protéger le droit.* — Le droit réel est garanti par une action *in rem* qui est dirigée directement sur la chose, objet de ma propriété, et indirectement contre la personne qui vient s'interposer entre cette chose et moi. — Le droit personnel est garanti par une action *in personam*, qui a pour objet une prestation que l'on ne peut concevoir indépendamment de la personne du débiteur.

4° *Au point de vue du caractère même du droit.* — Le droit réel a un caractère exclusif. Par cela seul qu'une chose est dans mon patrimoine, tout autre se trouve exclu de la propriété de cette chose. — Rien n'empêche,

au contraire, si je suis créancier d'une personne, que vous ne soyez créancier de la même personne (1).

D'où il résulte que, dans le conflit entre plusieurs droits réels portant sur une même chose, le plus ancien prime le plus récent par application de la règle : *Prior tempore, potior jure*. — Au contraire, entre plusieurs créanciers d'un même débiteur, c'est la loi du concours qui est le principe, sans privilège ni préférence (2).

TITRE III

Des servitudes.

Division. — Les servitudes se divisent en deux classes : les servitudes réelles ou prédiales (*prædiorum jura*) ; les servitudes personnelles (*personarum servitudes*).

I. DES SERVITUDES RÉELLES OU PRÉDIALES.

Définition. — La servitude est réelle ou prédiale lorsqu'elle existe sur un immeuble au profit d'un autre immeuble. Elle établit un rapport de droit entre deux héritages n'appartenant pas au même propriétaire (3). L'héritage débiteur du service s'appelle *fonds servant* ; l'héritage auquel le service est dû s'appelle *fonds dominant*.

Division des servitudes prédiales. — Les servitudes

(1) M. Accarias, 3^e édit., t. I, n. 189, p. 448, note 4, fait observer avec raison que les avantages attachés au droit de créance ne se conçoivent pas en dehors de l'état social, tandis que les avantages contenus dans le droit de propriété se comprennent même au profit d'un homme qui vivrait absolument isolé. Seulement ils ne constitueraient plus un droit proprement dit, car tout droit suppose un objet passif.

(2) Conf. Code civ., art. 2092, 2093.

(3) Conf. même Code, art. 637, 686.

prédales se divisent en servitudes prédales *rurales* et servitudes prédales *urbaines*.

Définition des servitudes prédales rurales. — On entend par servitudes prédales *rurales* (*jura prædiorum rusticorum*), celles qui existent, qui se conçoivent indépendamment de toute idée de construction, de bâtiment (*quæ in solo consistunt*). Elles affectent le sol; elles n'ont pour but que de favoriser l'intérêt de l'agriculture, et de rendre les fonds de terre plus productifs (1). Telles sont, par exemple, les servitudes de passage, d'aqueduc, de pacage, etc. (Instit., § 1, liv. II, tit. III).

Définition des servitudes prédales urbaines. — On entend par servitudes prédales *urbaines* (*jura prædiorum urbanorum*), celles qui éveillent nécessairement dans l'esprit l'idée d'un édifice, d'un bâtiment (*quæ in superficie consistunt*). Elles affectent la superficie; elles n'ont pour but que de donner plus de commodité aux habitations (2). Telles sont, par exemple, les servitudes de gouttière, de jour, de vue, etc. (L. 1, *pr.*, D., *Comm. præd.*..., liv. VIII, tit. IV; Instit., § 1, *ead.*).

Intérêt de cette distinction. — Cet intérêt existe à un triple point de vue : — 1° Les servitudes prédales rurales constituaient des *res mancipi* (Gaius, C. II, § 17); tandis que les servitudes prédales urbaines étaient reléguées parmi les *res nec mancipi*. — 2° Il fallait rechercher à quelle classe appartenait une servitude pour décider, soit de quelle manière elle pourrait se constituer, soit d'après quelles règles elle pourrait

(1-2) Pour déterminer la nature de la servitude, il ne faut donc point s'attacher au caractère du fonds dominant. *Sic*, Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 512; Maynz, 3^e édit., t. I, § 218, p. 701 et suiv.; Didier-Pailhé et Tartari, p. 204. — *Contra*, Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 223, p. 318; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 269, p. 642 et suiv.; Machelard, *Servitudes* (*Rev. crit. de législ.*, t. XXIX, p. 251 et suiv., t. XXX, p. 262 et suiv., 410 et suiv.). — Quant à la nature du fonds servant, on s'accorde généralement à reconnaître qu'elle est indifférente. — *Comp.* Code civ., art. 687.

s'éteindre (L. 6, D., *De servit. præd. urb.*, liv. VIII, tit. II). — 3° L'impossibilité de faire d'une servitude l'objet d'un *pignus* ou d'une *hypotheca* est positivement établie à l'égard des servitudes urbaines (L. 11, § 3, D., *De pignor. et hypoth.*, liv. XX, tit. 1). Au contraire, l'hypothèque était considérée comme licite, lorsqu'elle s'appliquait à des servitudes rurales, notamment à des droits de passage ou d'aqueduc (1) (L. 12, D., *ead.*).

Quelles sont les principales servitudes rurales ? — Il y a quatre servitudes rurales principales et anciennes : — 1° l'*iter*, c'est-à-dire le droit de passer (*eundi gratia*) soit à pied, soit à cheval, soit en litière, mais non de conduire des bestiaux et des voitures (*non etiam jumentum agendi vel vehiculum*). — 2° L'*actus*, c'est-à-dire le droit de conduire des troupeaux, de faire passer une voiture, un chariot. L'*actus* embrasse, en général, l'*iter* (*qui actum habet, et iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento*). L'*actus* existe quelquefois *sine itinere*. — 3° La *via*, c'est-à-dire le droit de passer et de se servir du chemin pour toute espèce d'usage. La *via* doit avoir une largeur déterminée de huit pieds *in porrectum*, de seize pieds dans les tournants (*in anfractum*). M. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, p. 515) a parfaitement déterminé le caractère distinctif de la *via*, en disant « que la *via* suppose sur le fonds servant un chemin par où elle s'exerce, tandis que celui qui a seulement l'*iter* ou l'*actus* passe comme il peut à travers le fonds servant, en ayant toujours soin de ne pas endommager les récoltes. » — 4° L'*aquæductus*, c'est-à-dire le droit de faire passer de l'eau par le fonds d'autrui.

A cette énumération, les Institutes ajoutent une autre série de servitudes qui n'ont été vraisemblablement

(1) Voy., sur la critique de ce droit d'hypothèque, Machelard, *loc. cit.*, p. 520 et suiv. — Voy. cependant Demangeat, p. 513 ; Accarias, n. 286, p. 699.

mises en pratique qu'à une époque plus récente (1), et qui ont été assimilées aux anciennes servitudes. Ce sont : — 1° l'*aquæ haustus*, c'est-à-dire le droit de puiser de l'eau (2). — 2° Le *pecoris ad aquam adpulsus*, c'est-à-dire le droit d'abreuver des bestiaux. — 3° Le *jus pas-cendi*, c'est-à-dire le droit de pacage. — 4° Le *jus calcis coquendæ*, c'est-à-dire le droit de faire cuire de la chaux. — 5° Le *jus arenæ fodiendæ*, c'est-à-dire le droit d'extraire du sable (Instit., § 2, *eod.*). — Enfin les Institutes oublient le *jus cretæ eximendæ* ou *lapidis eximendi*, c'est-à-dire le droit d'extraire de la craie ou de la pierre (L. 5, § 1; L. 6, § 1, D., *De serv. præd. rust.*, liv. VIII, tit. III).

Quelles sont les principales servitudes urbaines? —

Les Institutes nous citent comme exemples : — 1° la servitude *oneris ferendi*, c'est-à-dire le droit d'appuyer un bâtiment sur les constructions de son voisin. — Cette servitude offre une particularité remarquable. Un caractère général de la servitude est d'astreindre le propriétaire du fonds assujetti à laisser faire, ou à s'abstenir de certains actes, mais non de le contraindre à faire quoi que ce soit, à agir, à rendre un service (3). Cependant, par exception, dans la servitude *oneris ferendi*, le propriétaire de la chose assujettie est obligé de l'entretenir en bon état; il est obligé à faire, à réparer ses constructions si elles se dégradent (4) (L. 6, §§ 2, 5; L. 8, *pr.*, et § 2, D., *Si servit. vind.*, liv. VIII, tit. v). Au reste le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de cette obligation en abandonnant le fonds (5) (L. 6, § 2, D., *eod.*). — 2° La servitude *tigni immittendi*, c'est-à-dire le droit de faire reposer des p ou

(1) Sic, Machelard, *loc. cit.*, p. 526.

(2) Conf. Code civ., art. 696.

(3) Même Code, art. 697, 698.

(4) Cette particularité n'existe pas dans notre législation qui, dans aucun cas, n'astreint, de plein droit, le propriétaire du fonds servant *ad faciendum*. Code civ., art. 686.

(5) Comp. Code civ., art. 656, 699.

tres ou d'autres matériaux de construction dans le mur du voisin. — 3° La servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi* ou *avertendi*, c'est-à-dire le droit de laisser couler ou d'envoyer sur la propriété du voisin les eaux de son toit, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière. — 4° La servitude *stillicidii vel fluminis NON recipiendi*, c'est-à-dire le droit de ne pas recevoir les eaux et l'égout du voisin. Comment expliquer que ces deux facultés inverses *stillicidii vel fluminis recipiendi vel NON recipiendi* constituent à la fois une servitude? en effet, le contraire d'une servitude doit être le droit commun. Il y a grande controverse sur ce point. Plusieurs explications ont été proposées : Suivant Pothier (*Pand. Justinian.*, lit. *De servit. præd. urb.*, n. 11), il y avait servitude *stillicidii NON recipiendi* dans les lieux où les statuts locaux établissant, comme droit commun, l'obligation de recevoir l'égout des toits voisins, on acquérait du voisin le droit de ne pas recevoir ses eaux pluviales (1). Suivant d'autres interprètes, il ne s'agirait ici que du cas où un fonds étant grevé de la servitude *stillicidii vel fluminis recipiendi*, le propriétaire de ce fonds libérerait sa propriété de cette charge en acquérant du propriétaire dominant la servitude contraire *stillicidii vel fluminis NON recipiendi* (2). — 5° La servi-

(1) Voy., en ce sens, Ducaurroy, *Instit. de Just.* (5^e édit.), t. I, n. 421 ; Ortolan, t. II, n. 455 (7^e édit.) ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 292 et suiv. ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 207 ; Maynz, t. I, § 219, p. 706, texte et note 8 (3^e édit.) ; Schilling, *Bemerkungen uber Romische Rechtsgeschichte*, p. 147, et *Lehrbuch*, §§ 149, 190.

(2) *Sic*, Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 518 et suiv. ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 268, p. 640 et 641, texte et note 1 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 338 ; Van Wetter, t. I, § 139, p. 485. Telle est aussi l'explication donnée par M. Labbé à son cours. — M. le sénateur Humbert, ancien professeur à la Faculté de droit de Toulouse, a proposé, à son cours, une explication nouvelle ; elle consisterait à dire qu'en obtenant de son voisin la concession de la servitude *stillicidii non recipiendi*, le propriétaire du fonds servant libère son immeuble d'une charge qui, existant depuis un temps immémorial, avait fini par constituer un certain état de choses qui formait pour ainsi dire le droit commun de la propriété.

tude *altius vel non altius tollendi*, c'est-à-dire le droit d'élever ou de ne pas élever un bâtiment jusqu'à telle hauteur. Ce cas est sujet aux mêmes interprétations que le précédent.

Modes de constitution des servitudes.

Mode spécial aux servitudes prédiales rurales.

C'est la mancipation (Gaius, C. II, § 29). M. Machelard enseigne toutefois (*Rev. crit. de légis.*, t. XXX, p. 267), qu'un droit de passage ou d'aqueduc, constitué en vue de doter un *prædium urbanum* d'une qualité avantageuse ne pouvait être acquis par la mancipation. — Il est bon de se rappeler que la mancipation, comme mode d'acquérir, avait déjà disparu à l'époque classique avec la distinction des *res Mancipi et nec Mancipi*.

Modes communs aux servitudes rurales et urbaines.

Ancien droit civil : — 1° La *cessio in jure* était le mode le plus ordinairement employé dans les actes entre-vifs (Gaius, C. II, § 29). — 2° L'*adjudicatio* servait à constituer une servitude dans les actions en partage, soit d'une chose indivise, soit d'une succession. Mais remarquons que, dans ce cas, la servitude ne pouvait exister qu'autant que l'instance était une instance légitime, régie par le droit civil (L. 18, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III; L. 16, §§ 1, 2, D., *Famil. erciscund.*, liv. X, tit. II). — 3° Le *testament*, plus usité à l'égard des servitudes personnelles, était également employé pour la constitution des servitudes prédiales. Ainsi un testateur me lègue le droit d'appuyer ma poutre sur son mur, ou bien il me lègue la propriété de tel fonds en le grevant d'une servitude au profit de tel autre fonds laissé à ses héritiers. Dans le premier cas, il y a *translatio* de la servitude et dans le second *deductio* (1) (L. 19, *pr.*, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. I).

(1) La *deductio* était également possible en cas de mancipation et de *cessio in jure*; elle devait être expresse, d'où il suit que les Romains n'admettaient pas l'établissement des servitudes par destination

L'*usucopion* qui suppose la possession ne pouvait s'appliquer aux servitudes qui sont toutes des *res incorporales* non susceptibles de possession. Ainsi le décidait une loi *Scribonia* dont la date ne nous est pas connue (L. 4, § 29, D., *De usurp.*, liv. XLI, tit. III).

Droit prétorien. — Les servitudes s'établissaient : — 1° Par une quasi-tradition (1) (L. 4, *pr.*, D., *De servit.*, liv. VIII, tit. I); — 2° par une rétention ou une réserve dans la tradition de la propriété (L. 6, *pr.*, D., *Comm. præd.*, liv. VIII, tit. IV); — 3° Par une *quasi-possessio longi temporis*, soumise sans doute aux mêmes conditions de temps et de bonne foi que la prescription de droit commun (2) (L. 2, C., *De serv. et aqu.*, liv. III, tit. XXXIV); — 4° Par l'adjudication du juge dans les instances qui n'étaient pas légitimes, mais qui étaient régies par le droit prétorien (L. 44, § 1, D., *Famil. erisc.*, liv. X, tit. II).

Remarquons qu'à l'origine aucune servitude ne pouvait être constituée sur les fonds provinciaux qui n'étaient pas susceptibles d'une propriété *juris civilis* (3). Cependant, au moyen des *pactes* et des *stipulations*, les

du père de famille. Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 56. — *Contra*, Code civ., art. 692, 693.

(1) La tradition et l'occupation devaient être exclues en notre matière, comme exclusivement propres aux choses corporelles. Accarias, t. I, n. 270, p. 645.

(2) Dans la troisième édition de son *Précis de dr. rom.*, n. 271, p. 649, M. Accarias émet une opinion contraire. Suivant ce savant romaniste, c'était le juge qui, d'après les principes du droit prétorien, décidait, à son gré, si le temps pendant lequel la servitude avait été exercée était suffisant pour qu'elle fût considérée comme acquise par la *longa possessio*; la durée de dix ou vingt ans n'était donc pas toujours nécessaire. M. Accarias ne donne à l'appui de sa doctrine qu'un argument de mots; il fait remarquer que les textes, au lieu d'employer l'expression *quasi longi temporis possessio*, se servent plutôt des expressions *quasi possessio*, *longa consuetudo*, *longi temporis consuetudo*, *longum tempus*. Nous ne saurions admettre qu'un tel pouvoir d'appréciation ait été laissé au juge et nous voudrions tout au moins des arguments plus convaincants que ceux que propose M. Accarias. Telle est aussi l'opinion de M. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 391 et 395.

(3) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 55.

particuliers pouvaient créer entre eux des rapports à peu près analogues (1) (Gaius, C. II, § 31). — L'innovation prétorienne de la *quasi-possessio*, et par suite de la *quasi-traditio*, rendit les fonds provinciaux susceptibles de servitude (L. 1, § 2, D., *De serv. præd.*, liv. VIII, tit. III).

Droit de Justinien. — La mancipation et la cession en justice ont disparu. Les principes du droit prétorien sont sanctionnés par le droit civil. Désormais les servitudes s'acquièrent *jure civili* : — 1° Par la quasi-tradition. C'est une question vivement controversée parmi les interprètes modernes, que celle de savoir si la simple convention suffit, sous Justinien, pour constituer une servitude, ou s'il faut de plus une quasi-tradition du droit de la part de celui qui accorde la servitude (2). — 2° Par la rétention ou réserve dans la tradition de la propriété (3). — 3° Par l'adjudication, sans qu'il y ait à distinguer entre le *judicium legitimum* ou non. — 4° Par un legs quelconque dans un testament. — 5° Par le long usage ou *præscriptio longi temporis* (4), sous la réunion des trois conditions suivantes : — qu'il y ait quasi-possessio de la servitude ; — que cette possession ait une juste cause, qu'elle ait été commencée d'une manière légitime, sans violence, sans clandestinité ni précarité (5), et qu'elle soit exercée de

(1) Voy., sur la portée de ces pactes et stipulations, *infra*, liv. II, tit. IV, p. 175, texte et note 1.

(2) Voy., sur les détails de cette controverse, Blondeau, *Chrestomathie*, p. 413 ; Pellat, *Propri. et usufr.*, p. 70 ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 296 ; Demangeat, t. I, p. 518 et suiv. ; Ortolan, t. II, n. 466 et 484 ; Maynz, t. I, § 226, p. 725 (3^e édit.) ; de Savigny, *System*, t. II, § 91, n. 2 ; Elvers, *Die rom. servit.*, § 64 ; Puchta, *Pand.*, § 187, 2^o, b, et *Vorles*, t. I, § 187, ad. 2 ; Namur, *Cours d'Institut.* (2^e édit.), t. I, § 180, p. 247 et suiv. ; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 350 ; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, 2^e édit., t. I, § 227, p. 321 et suiv. ; Krans, *Tr. des dr. d'usufr.*, p. 27 et suiv.

(3) Comp. Code civ., art. 690.

(4) Conf. Code civ., art. 690.

(5) En ce sens, Unterholzner, *Gesam. Verjäh.*, t. II, § 211, 1^o ; Puchta, *Pand.*, § 188, note m, 5^o ; Molitor, *Possess.*, n. 95 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 351, anm., n. 2 ; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 232, texte et note 5 ; Accarias, t. I, n. 271, p. 619.

bonne foi (1); — qu'elle ait été continuée d'une manière non vicieuse, *nec vi, nec clam, nec precario*, et sans interruption, pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents (L. 12, C., *De præscript. longi temp.*, liv. VII, tit. xxxiii).

Mode d'extinction des servitudes. — Les servitudes s'éteignent :

1° *Par le non-usage* dont la durée, d'abord de deux années (*biennium*), a été fixée par Justinien à dix ans entre présents et vingt ans entre absents (2) (L. 13, C., *De servit.*, liv. III, tit. xxxiv). — Relativement aux servitudes prédiales *rurales*, le point de départ du délai est le moment même où l'ayant droit a cessé d'exercer la servitude. Relativement aux servitudes *urbaines*, le délai ne commence à courir que lorsqu'un acte contraire à l'existence de la servitude a été accompli par le propriétaire du fonds servant (*aliquid novi*) (3). C'est ce qu'on appelle *usucapio libertatis*. Au surplus, la libération n'est acquise qu'autant que le nouvel état de choses, résultant de cette entreprise, s'est maintenu jusqu'au moment où expire le délai de l'usucapion (L. 6, *pr.*, D., *eod.*). — Il est bon de remarquer que l'usage doit être conforme au titre constitutif de la servitude (*per modum*). Un usage irrégulier de la servitude équivaut à un non-usage (4).

(1) Sic, Glück, *Pand.*, t. IX, p. 132 et suiv.; Mühlenbruch, t. II, § 289, 3°; Molitor, n. 95; Muther, *Die Ersitzung der Servit.*, p. 16 et suiv.; Didier-Paillhé et Tartari, p. 209; Van Wetter et Accarias, *loc. cit.*

(2) Comp. Code civ., art. 706.

(3) Cette différence entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines existe encore sous Justinien. Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 252, p. 348 et 349, texte et notes 13 et 15; Maynz, t. 1, § 231, texte et note 7; Molitor, *Possess. et servit.*, n. 118 et 129; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 357, anm. — Toutefois ce point est vivement controversé. V. Elvers, *Die rom. servit.*, §§ 40 et 73; Mackeldey, t. II, § 292, 6°; Mühlenbruch, t. II, § 296, 5°; Glusson, *Extinction des charges réelles par la prescription (Rev. prat. de dr. franç., 1872, t. II, p. 339 et suiv.)*. — Comp. Code civ., art. 707. V. aussi *infra*, p. 180, note 5.

(4) Justinien n'exige pas que le propriétaire du fonds servant ait juste titre et bonne foi. Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 56.

2° *Par la perte, la destruction ou la transformation radicale* de l'un des fonds, dominant ou servant (1). Ainsi l'édifice servant ou dominant est renversé. — Mais si les choses sont remises plus tard dans l'état où elles se trouvaient avant la destruction, la servitude revit, pourvu qu'elle ne se soit pas dans l'intervalle éteinte par non-usage (*utiliter exigit ut idem intelligatur*) (2) (LL. 20, 22, 23, D., *Quemad. servit. amitt.*, liv VIII, tit. vi).

3° *Par la confusion*, lorsque le droit de servitude et le droit de propriété se réunissent sur une seule et même tête (*nemini res sua servit*) (3) (L. 1, D., *eod.*).

4° *Par la renonciation* du propriétaire de l'héritage dominant. — Toutefois, si une servitude indivisible appartient à plusieurs en commun, la renonciation ne produit d'effet absolu que lorsqu'elle a été faite par tous (L. 32, *pr. in fine*, D., *De servit. præd. urb.*, liv. VIII, tit. II; L. 34, *pr.*, D., *De serv. præd. rustic.*, liv. VIII, tit. III).

5° *Par la résolution* du droit du constituant en vertu de la règle : *Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum* ; il en serait autrement de la résolution du droit du titulaire, et la servitude y résisterait (L. 11, §§ 1, 2, D., *Quemad. servit. amitt.*, liv. VIII, tit. vi).

II. DES SERVITUDES PERSONNELLES.

Définition. — Les servitudes personnelles sont celles qui sont établies en faveur d'une personne physique ou morale sur des choses mobilières ou immobilières, et qui s'éteignent de plein droit par la mort ou après un laps de temps déterminé (Instit., § 3, liv. II, tit. iv ; L. 8, D., *De usufr. leg.*, liv. XXXIII, tit. II).

Il y a trois servitudes personnelles : l'usufruit, l'usage et l'habitation.

(1) Conf. Code civ., art. 703.

(2) Conf. même Code, art. 704.

(3) Même Code, art. 705. — V. toutefois, art. 694.

TITRE IV

De l'usufruit.

Définition. — L'usufruit est le droit d'*user* des choses d'autrui (*jus alienis rebus utendi*) et d'en recueillir les fruits (*fruendi*), *salva rerum substantia* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. iv ; L. 1, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. 1).

Les derniers mots de cette définition, *salva rerum substantia*, ont donné lieu à plusieurs interprétations différentes : — 1° Certains jurisconsultes (1) les traduisent ainsi : *Le droit d'user et de jouir.... à la charge d'en conserver la substance*. Cette première opinion, presque unanimement repoussée par les romanistes de la Faculté de Paris, a été cependant développée avec talent par M. Ortolan (2). — 2° D'autres jurisconsultes, se fondant sur la définition de Théophile, dans sa paraphrase des Institutes (t. I, liv. II, tit. iv, p. 271), pensent que ces mots *salva rerum substantia* sont relatifs à la durée de l'usufruit, et veulent dire : *tant que dure la substance de la chose*. Cette opinion semble confirmée par la petite phrase que les Institutes ajoutent à la définition de l'usufruit : *est enim jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est*. Développée par M. Ducaurroy, elle est presque généralement adoptée par la Faculté de Paris (3). — 3° Une autre interprétation consiste à traduire ainsi les mots *salva rerum substantia* : « Tant que la chose conserve sa destination primitive. » — La substance, disent les partisans de cette

(1) Voy. Gluck, *Erläuter der Pand.*, IX, § 631 ; Maynz, t. I, § 212, p. 691, note 1 (3^e édit.) ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 295 ; Gavouyère, *Prog. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 51.

(2) *Explicat. histor. des Instit.*, t. II, n. 473 (7^e édit.).

(3) *Sic*, Ducaurroy, *Instit. de Justinien*, t. I, n. 430 ; Accarias (5^e édit.), t. I, n. 274.

opinion, n'est pas seulement ce qui fait qu'une chose existe ; c'est, au point de vue juridique, ce qui fait qu'une chose a une utilité, une destination. Or un objet, soumis à l'usufruit, peut perdre sa destination primitive, cesser de remplir la même utilité, sans être complètement anéanti. Ainsi, celui qui a l'usufruit d'une maison n'aura pas le droit d'exploiter le sol, si cette maison vient à être détruite par un incendie. L'usufruit est alors éteint parce que la chose a perdu sa destination première (1). — 4° Enfin, d'après d'autres auteurs, ces mots seraient relatifs à la seule qualité de la chose ; ils signifieraient que l'usufruit n'est possible que sur les choses dont on peut user et jouir, *sans les consommer, sans les détruire* (2).

De la constitution de l'usufruit. — L'usufruit peut être constitué de trois manières différentes : — par un acte du propriétaire, — par un acte judiciaire, — et par la loi. — Nous ne nous occuperons que de la constitution de l'usufruit par un acte du propriétaire, parce qu'elle est la manière la plus usuelle.

Modes de constitution de l'usufruit par un acte du propriétaire. — Ces modes de constitution de l'usufruit varient suivant qu'on se place avant ou après Justinien.

Avant Justinien il y en avait deux espèces :

1° *L'in jure cessio* était le mode propre à l'établissement entre-vifs de l'usufruit (3) (Gaius, C. II, § 30). — L'usufruit ne pouvait s'établir *directement* par la man-

(1) M. Labbé à son cours a, dans ces derniers temps, prêté à cette opinion tout le poids de son autorité. V. aussi Didier-Pailhé et Tartari, p. 212. — C'est aussi l'interprétation que nous donnons à l'article 578 rapproché de l'art. 624 de notre Code civil.

(2) Voy., en ce sens, Galvanus, *Dissert. var. de usuf.*, ch. iv, p. 27 et 28 ; Demangeat, t. I, p. 534 (3^e édit.) ; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 169, p. 229.

(3) Mais *l'in jure cessio* était évidemment impuissante lorsqu'il s'agissait d'un fonds provincial. Les parties avaient, en pareil cas, recours aux pactes et stipulations (Gaius, C. II, §§ 30, 31). Bodin, *op. cit.*, p. 50.

ipation, parce qu'il ne comptait pas au nombre des choses *mancipi*. Mais celui qui mancipait la propriété de son fonds à un tiers pouvait en déduire l'usufruit, de telle sorte que la nue propriété appartînt à l'un et que l'usufruit fût réservé à l'autre. On arrivait ainsi *indirectement* à constituer par la mancipation un droit d'usufruit (Gaius, C. II, §§ 25, 33).

2° L'usufruit s'établit par *legs*, c'est même le mode le plus usité, parce que d'ordinaire la constitution de l'usufruit est un acte de dernière volonté. Mais il y a trois manières de léguer l'usufruit : — Le testateur a légué *directement* l'usufruit au légataire (*usufructum legaverit*). Exemple : Je lègue à *Titius* l'usufruit du fonds Cornélien. L'héritier aura la nue propriété, le légataire l'usufruit. — Le testateur lègue à *Titius* la propriété du fonds Cornélien, déduction faite de l'usufruit (*deducto usufructu*). Le légataire aura la nue propriété, l'héritier l'usufruit. — Le testateur fait deux legs : à *Primus* il lègue l'usufruit, à *Secundus* il lègue la propriété, *moins l'usufruit (deducto usufructu)*, du fonds Cornélien. *Primus* aura l'usufruit, *Secundus* la nue propriété. Remarquons que, dans ce dernier cas, la mention de ces deux mots, *deducto usufructu*, est d'une importance capitale. En effet, si le testateur avait légué purement et simplement à *Secundus* le fonds Cornélien, ce legs comprendrait dans ses termes généraux la propriété et l'usufruit. *Secundus* se trouverait donc investi de la nue propriété du fonds entier, plus de la moitié de l'usufruit. *Primus* aurait seulement l'autre moitié de l'usufruit.

La tradition ne pouvait, dans le droit civil, servir à constituer l'usufruit, parce qu'elle était un mode d'aliénation des choses corporelles. — Mais le préteur apporta des adoucissements à la rigueur du droit civil ; il admit qu'on pût conférer l'usufruit par *quasi-tradition*, et sanctionna cette innovation par l'action Publicienne

et par des interdits (1) (L. 11, § 1, D., *De Publ. act.*, liv. VI, tit. II).

Sous Justinien, il y a cinq modes principaux de constituer l'usufruit : la tradition, le legs, la loi, le fidéicommiss, les pactes et stipulations.

1° La tradition a été consacrée par Justinien comme moyen d'établir l'usufruit même *jure civili* (L. 3, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. I; L. 11, D., *De Publ. act.*, liv. VI, tit. II; L. 11, D., *Quib. mod. us.*, liv. VII, tit. IV).

2° Le legs, ancien mode de constitution de l'usufruit, a, depuis Justinien, conféré au légataire non seulement des actions personnelles, mais encore des actions réelles et hypothécaires (2) (Instit., § 2, liv. II, tit. XX).

3° La loi donne au père de famille l'usufruit du pécule adventice de son enfant (3) (Instit., § 1, liv. II, tit. IX).

4° Le fidéicommiss a été reconnu par Justinien comme mode constitutif de l'usufruit (L. 9, D., *De usuf. leg.*, liv. XXXIII, tit. II).

5° Enfin les pactes et stipulations peuvent servir à établir l'usufruit (L. 2, C., *De fals. caus.*, liv. VI, tit. XLIII).

Mais les pactes et les stipulations donnent-ils immédiatement naissance au droit réel d'usufruit (4), ou seulement à une action personnelle pour le faire établir ? — Il n'y a pas à en douter : le principe fondamental de la loi romaine, c'est que ni les contrats ni les pactes ne sont translatifs de droits réels ; qu'un tel effet n'appartient qu'aux modes d'acquérir. Justinien n'a rien innové à cet égard. Les Institutes, en repro-

(1) Il en était ainsi même lorsqu'il s'agissait d'un fonds provincial (Frag. Vatic., § 61). Bodin, *loc. cit.*

(2) Comp. Code civ., art. 579.

(3) Même Code, art. 384, 579.

(4) Sic, Mackeldey, t. II, § 291, d, 1°; de Savigny, *System*, t. II, § 91; Hoffmann, *Die Lehre von den servit.*, t. II, § 89; Puchta, *Pand.*, § 187, 2°, b, et *Vorles*, t. I, § 187, ad. 2; Elvers, *Die röm. Servit.*, § 64; Maynz, t. I, § 225, p. 722.

duisant maladroitement un texte de Gaius (C. II, § 31), n'en ont pas modifié le sens original (1).

Remarque. — Une des questions les plus controversées par les commentateurs modernes est celle de savoir si l'usufruit peut être acquis, sous Justinien, par la prescription de dix ou vingt ans (2).

Sur quelles choses peut être constitué l'usufruit ? — L'usufruit véritable s'établit sur toutes choses corporelles, meubles ou immeubles (3), et qui sont dans le commerce. C'est un *jus in corpore*, dit Justinien (Instit., *pr.*, liv. II, tit. iv). Ainsi, un fonds de terre, une maison, un esclave peuvent former l'objet de ce droit (Instit., § 2, *eod.*).

Du quasi-usufruit. — Toutes les choses corporelles ne peuvent donner naissance à un droit d'usufruit véritable ; telles sont les choses corporelles qui se consomment par le premier usage (*quæ ipso usu consumuntur*). On range dans cette dernière classe les denrées alimentaires, le vin, l'huile, le blé, l'argent monnayé. Relativement à ces choses, en effet, la séparation du *jus utendi et fruendi* ne peut se faire d'avec le *jus abutendi*. Tout usage est un usage définitif, qui anéantit la chose dont on se sert. Si donc un testateur a légué à un tiers l'usufruit d'une somme d'argent, ce legs à l'origine était nul. Cependant, comme ce genre de legs se renouvelait

(1) La même difficulté s'élève relativement aux servitudes prédiales. Sic, Pellat, *Propri. et usufr.*, p. 70 et suiv. ; Vangerow, t. I, § 350, *ann.* 1 et 2 ; Demangeat, t. I, p. 518 et suiv. ; Ortolan, t. II, n. 466 et 484 ; Namur, t. I, § 180 ; Van Wetter, t. I, § 227, p. 325 ; Accarias, t. I, n. 278, p. 669 ; Didier-Paillié et Tartari, p. 216. — V. *suprà*, liv. II, tit. III, p. 168, texte et note 1.

(2) Voy., pour l'affirmative, Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, § 351, p. 762 (1^{re} édit.) ; Puchta, *Pand.*, t. I, § 183, litt. M : de Savigny, *System. des heut. röm. Rechts*, t. IV, p. 493 et suiv. ; Unterholzner, *Verjährung*, p. 150 ; Maynz, t. I, § 228, p. 552 (3^e édit.) ; Machelard, *Text. sur la possess.*, 1^{re} part., § 2, p. 35, note 1 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, n. 277, p. 669, note 1 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 50. — Pour la négative, Zimmern, *Römischesrechtl.-Untersuch.*, p. 112 ; Krans, *op. cit.*, p. 36.

(3) Conf. Code civ., art. 581.

fréquemment dans les dispositions testamentaires, on a cherché un moyen de donner à la volonté du testateur quelque effet. Un sénatus-consulte dont il est difficile de préciser la date (1) a décidé que l'usufruit pourrait être établi (*utilitatis causa*) même sur ces objets.

On transférait à l'usufruitier la propriété de la chose léguée. L'usufruitier s'engageait à restituer à sa mort, ou lors de l'extinction de l'usufruit par la diminution de tête, soit une chose de même espèce et de même qualité, quand le legs lui avait été délivré sans estimation, soit, en cas d'estimation, le prix fixé à l'avance (2). Cette obligation était garantie par des débiteurs accessoires ou fidéjusseurs (*satisdatur, ut... tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ*). Par ce procédé on a obtenu cet équivalent du droit d'usufruit que les commentateurs ont nommé *quasi-usufruit*.

Différences entre l'usufruit et le quasi-usufruit.

1° *Au point de vue de la constitution du droit.* — L'usufruit s'établit par des modes d'acquisition entre vifs et testamentaires. — Le *quasi-usufruit* ne se constitue que par testament.

2° *Au point de vue de l'étendue du droit.* — L'usufruit proprement dit ne confère à l'usufruitier qu'un simple démembrement du droit de propriété, le *jus utendi-fruendi*, sans le *jus abutendi*. — Le *quasi-usufruit*, au contraire, transfère au *quasi-usufruitier* non pas seulement un démembrement du droit de propriété, mais la pleine propriété.

3° *Au point de vue des risques.* — L'usufruitier doit rendre non pas une chose semblable à celle dont on a eu la jouissance, mais cette chose même. D'où il résulte

(1) En Allemagne, Gluck, Noodt, Schulting, placent ce sénatus-consulte sous le règne de Tibère. Telle est aussi, en France, l'opinion généralement adoptée. Cependant d'autres romanistes d'une grande autorité, et notamment Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts* (8^e édit.), p. 560 le rattachent au règne d'Auguste.

(2) Conf. Code civ., art. 587, 1532.

qu'il n'a rien à rendre, lorsque la chose a péri par cas fortuit : c'est l'application du principe *Res perit domino* (Instit., § 2, liv. II, tit. IV). — Le *quasi-usufruitier*, au contraire, est tenu de rendre, non pas les choses mêmes qui lui ont été livrées, mais des choses de même espèce, quantité et qualité, ou une somme représentative de leur valeur. Peu importe que les choses par lui reçues périssent ou non, son obligation subsiste et ne change pas.

4^o *Au point de vue de l'extinction du droit.* — L'usufruit s'éteint par la perte ou l'altération de la chose. — Le *quasi-usufruit* ne s'éteint que par la mort ou la diminution de tête du *quasi-usufruitier* (*si morietur aut capite minuetur*).

De l'usufruit des choses incorporelles. — A l'origine, les choses incorporelles, telles que les créances, n'étaient pas susceptibles d'un droit d'usufruit. Mais depuis l'introduction du *quasi-usufruit* on a validé le legs d'usufruit des choses incorporelles (1).

Droits de l'usufruitier. — L'usufruitier a droit à tous les fruits de la chose.

Définition du mot fruits. — Les *fruits* sont les revenus qu'une chose produit périodiquement d'après sa destination. Ainsi, le trésor qu'on a découvert dans le sol n'est pas un fruit, parce qu'il est impossible de le ranger dans la classe des produits *périodiques*, et qu'aucune

(1) C'est un point vivement controversé que celui de savoir si l'usufruit des créances constitue un usufruit véritable ou un *quasi-usufruit*. L'importance de la question consiste en ce que, s'il y a usufruit véritable, le légataire ne peut pas disposer du capital de la créance, tandis qu'il le peut dans le *quasi-usufruit*. — Lauterbach (*Colleg. Théor. prat. Pand.*, h. t., § 6, p. 620) et Thibaut (*Syst. des Pand.*, R. 2^o vol., § 610) prétendent que c'est un véritable usufruit. — Gluck (*Pand.*, IX, p. 172 et 406), Pellat (*Text. chois. des Pand.*, p. 30 et suiv.) et Krans (*Des droits d'usufr.*) y voient la matière d'un *quasi-usufruit*. V. aussi Accarias, t. I, n. 280, p. 681 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 219. — Enfin d'autres auteurs ont adopté une opinion mixte et y voient tantôt un véritable usufruit, tantôt un *quasi-usufruit*. V. notamment, Held, *Die Lehre vom Usufruct. ear. rer.*, § 12, p. 49.

terre n'est destinée à produire des trésors (1). — Au contraire, la récolte que fournit un champ est un fruit, parce qu'elle est destinée à se reproduire à certains intervalles plus ou moins rapprochés, sans allérer la valeur du sol.

D'où cette conséquence que si les fruits sont tous nécessairement des produits, tous les *produits* ne sont pas des fruits. Les produits restent au nu propriétaire.

Division des fruits. — Les fruits sont *naturels* ou *civils* (2). — On entend par fruits *naturels* les fruits que la terre produit d'elle-même (*ex ipso corpore*), spontanément, ou avec le travail de l'homme (3). Exemple : les bois, le foin, le blé, les légumes, etc. — On appelle fruits *civils*, les revenus que la chose ne produit pas, mais que l'on gagne à son occasion (4). Ex. : les loyers des maisons, etc.

Différence entre l'acquisition des fruits naturels et celle des fruits civils.

Les fruits *naturels* s'acquièrent *par la perception*. Il y a *perception* lorsque les fruits sont détachés ou séparés de la chose qui les a produits. Trois hypothèses peuvent se présenter : — 1° l'usufruitier meurt *avant* la perception des fruits, il n'a aucun droit sur les fruits non perçus qui appartiennent au nu propriétaire ; — 2° l'usufruitier meurt *après* la perception des fruits, la récolte entière lui appartient ; — 3° l'usufruitier meurt *pendant* la perception des fruits, toute la portion de fruits que l'usufruitier a récoltée appartient à ses héritiers, tout ce qui reste appartient au nu propriétaire (5) (L. 12, § 5, D., *De usuf.*, liv. VIII, tit. 1).

Les fruits *civils* s'acquièrent *jour par jour*, en propor-

(1) Comp. Code civ., art. 716.

(2) Même Code, art. 582.

(3) Ce qui comprend les fruits industriels de notre Code civil (art. 583).

(4) Conf. Code civ., art. 584.

(5) Même Code, art. 585.

tion du temps pendant lequel a duré l'usufruit. Ex. : une maison louée à 365 francs par an. Le prix du loyer étant divisé en trois cent soixante-cinq parties, l'usufruitier acquiert autant de parties que son droit d'usufruit a duré de jours dans l'année. Si donc l'usufruitier meurt après six mois de jouissance, il aura fait la moitié de l'année, il recueillera la moitié des fruits (1) (LL. 58, 59, § 1, D., *eod.*).

Obligations de l'usufruitier. — L'usufruitier doit jouir en bon père de famille (*quasi bonus pater familias*), c'est-à-dire comme un administrateur sage et vigilant (2). Obligé de jouir en bon père de famille, l'usufruitier est tenu de veiller à la garde et à la conservation des biens dont il a la jouissance.

Ainsi l'usufruitier doit :

1° Dénoncer au propriétaire toute usurpation commise par un tiers sur le fonds (3) ;

2° Exercer les servitudes qui appartiennent à l'immeuble pour ne pas les laisser se perdre par le non-usage (*non utendo*) (4) ;

3° Prendre sur les fruits qu'il perçoit ce qui est nécessaire pour l'entretien du fonds (*modica refectio*) (L. 7, § 2, *cod.*) (5). — Que décider dans l'hypothèse spéciale de l'usufruit d'un troupeau? L'usufruitier est tenu de combler avec le croît les vides que la mort fait dans le troupeau. Il n'y a de profit pour l'usufruitier que l'excédant du croît sur la mortalité (6) (L. 68, § 2, D., *eod.*) ;

4° Payer les frais des procès qui ne regardent que l'usufruit (7) ;

5° Acquitter les impôts qui, selon l'usage, sont con-

(1) Conf. Code civ., art. 586.

(2) Même Code, art. 601 et suiv.

(3) *Ibid.*, art. 614.

(4) *Ibid.*, art. 597.

(5) *Ibid.*, art. 605, 606, 607.

(6) *Ibid.*, art. 615, 616.

(7) *Ibid.*, art. 613.

sidérés comme une charge des fruits (1) (L. 52, D., *eod.*);

6° Donner caution (2). — Cette dernière prescription n'est pas une règle de droit civil, mais du droit prétorien (L. 13, *pr.*, D., *eod.*). Elle consiste à présenter une personne solvable qui s'oblige à payer, au cas où l'usufruitier en serait empêché, toutes les sommes ou indemnités pécuniaires dont il pourra se trouver, en cette qualité, constitué débiteur envers le propriétaire. Le testateur ne pourrait pas même dispenser le légataire de cette obligation (L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, liv. VI, tit. LIV). Mais le nu propriétaire est libre de renoncer à la garantie que le prêteur a établie en sa faveur (L. 13, *pr.*, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. 1).

Modes d'extinction de l'usufruit. — L'usufruit s'éteint : — 1° par la mort de l'usufruitier (3), et s'il est conféré à une corporation, par l'anéantissement de la personne morale ainsi que par un laps de cent ans (L. 8, D., *eod.*); — 2° par son changement d'état : dans l'ancien droit par les trois *capitis deminutiones*, sous Justinien par la grande et la moyenne seulement (L. 16, § 2, C., *De usuf.*, liv. III, tit. XXXIII); — 3° par la perte ou la transformation de la chose (4); — 4° par le non-usage (*non utendo*) (5); — 5° par la consolidation ou réunion sur

(1) Conf. Code civ., art. 608, 609.

(2) Même Code, art. 601 et suiv.

(3) *Ibid.*, art. 617.

(4) *Ibid.*, art. 617, 623, 624.

(5) *Ibid.*, art. 617. — Le seul non-usage de l'usufruitier suffisait-il, sous Justinien, pour éteindre l'usufruit, ou fallait-il de la part du nu propriétaire une *usucapio libertatis*, c'est-à-dire une quasi-possession de l'usufruit pendant le délai voulu? — Le seul non-usage suffisait d'après Vangerow, *Pand.*, t. I, § 357, p. 786; Ortolan, t. II, n. 486; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 300; Pellat, *De la propr. et de l'usufr.*, p. 95, rem. 4; Namur (2^e édit.), t. I, § 182, p. 254; Demangeat (3^e édit.), t. I, p. 550; Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, § 153, p. 532; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 279, p. 675 et 676, note 1; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 51. Comp. Glasson, *Extinction des charges réelles par la prescription* (*Rev. prat. de dr. franç.*, 1872, t. II, p. 369 et suiv.). — Au contraire, d'autres jurisconsultes prétendent que Justinien a exigé une *usucapio libertatis* de la part du nu proprié-

une même tête des qualités d'usufruitier et de nu-propiétaire (1) (Instit., § 3, liv. II, tit. iv); — 6° par la cession de l'usufruit au nu-propiétaire (Instit., § 3, *eod.*); — 7° par l'arrivée du terme et l'accomplissement de la condition, lorsque l'usufruit est établi pour un terme ou sous une condition (2); — 8° par la résolution du droit du constituant en vertu de la règle générale : *Resoluto jure*, etc.

+

TITRE V

De l'usage, de l'habitation, des operæ servi aut animalis.

De l'usage. — L'usage (*nudus usus*) est le droit de se servir d'une chose sans en percevoir les fruits (*uti potest, non frui potest*). Exemple : celui qui a l'usage d'un esclave n'a que le droit de le faire travailler à son profit personnel; mais il ne lui est pas permis de transférer son droit à autrui, ni même l'exercice de son droit (3). — Mais comme, relativement à certaines choses, l'usage sans aucun droit aux fruits serait en réalité insignifiant, les Prudents ont apporté quelque tempérament à la rigueur du droit primitif : ils ont accordé à l'usager un peu plus que l'usage. Ainsi, rigoureusement, l'usager d'un fonds n'aurait que le droit de s'y promener, l'usager d'un troupeau de moutons ne pourrait se servir du troupeau que pour fumer son champ, l'usager d'une maison devrait l'habiter seul, sans famille. — Dans le

taire. V. notamment Gluck, *Pand.*, IV, § 641, p. 370; Pufendorf, *Observ. juris univ.*, t. III, obs. 188; Mackeldey, *Lehrbuch*, § 292, note M; Mühlenbruch, *Doctr. Pand.*, § 294, p. 283. — V. *supra*, p. 169, note 3.

(1) Conf. Code civ., art. 617.

(2) Même Code, art. 580, 620.

(3) *Ibid.*, art. 631.

dernier état du droit, celui qui a l'usage d'un fonds peut y prendre des légumes, des fruits, des fleurs, du fourrage, des pailles, du bois pour son usage quotidien (1) (*ad usum quotidianum*) (L. 12, § 2, D., *De usu et habit.*, liv. VII, tit. VIII) ; il peut même y demeurer, à condition de ne pas gêner les travaux de culture. Celui qui a l'usage d'un troupeau de moutons a le droit de prendre chaque jour un peu de lait (*modico lacte*) (L. 12, § 2, D., *eod.*). Enfin, celui qui a l'usage d'une maison peut l'habiter avec sa famille (2) et y recevoir un hôte. Un texte du Digeste nous autorise même à croire qu'il fut permis à l'usager d'avoir un locataire (3) (*et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum*. L. 2, § 1, L. 4, *pr.*, D., *eod.*).

Modes de constitution et d'extinction de l'usage. — L'usage se constitue et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit (4). Il y a cependant, au point de vue de la constitution du droit, une différence entre l'usage et l'usufruit. L'usufruit peut être établi *par la loi*. Exemple : l'usufruit du père de famille sur le pécule adventice de son enfant. L'usage, au contraire, ne résulte jamais de la seule volonté du législateur (*Instit.*, *pr.*, liv. II, tit. v).

De l'habitation. — L'habitation est une servitude personnelle qui ne se confond ni avec l'usufruit ni avec l'usage. Ce droit offre une particularité assez remarquable. Il ne constitue pas un droit unique, mais autant de droits particuliers qu'il y a d'années, de mois, de jours dans la vie du légataire (*in singulos dies*). C'est un avantage quotidien ouvert et acquis jour par jour.

(1) Conf. Code civ., art. 630.

(2) Même Code, art. 632, 633.

(3) Cette théorie, qui ne restreint pas le droit d'usage aux seuls besoins de l'usager, est généralement enseignée de nos jours (Voy. notamment Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 52), bien qu'elle ait été encore combattue par Puchta, *Institut.*, t. II, § 255, et tout récemment par Krans, *Droits d'usufr.*, p. 260. — V. notre Code civil, art. 630 et 633.

(4) Voy. *suprà*, p. 172 et suiv., 180 et 181.

Par conséquent, la *minima capitis deminutio*, qui, avant Justinien, faisait perdre l'usufruit et l'usage, ne touchait pas au droit d'habitation qui renaissait, après cette *minima capitis deminutio*, au commencement du jour suivant; car un droit ne peut être perdu avant d'être acquis (L. 10, D., *De cap. minut.*, liv. IV, tit. v). De même, le *non-usage* n'entraînait pas la perte du droit d'habitation (L. 10, D., *eod.*).

Étendue du droit d'habitation. — Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'étendue qu'il fallait donner au legs de l'habitation. Justinien a supprimé toutes les controverses en décidant, suivant l'opinion de Marcellus, que le légataire de l'habitation aurait la faculté d'habiter avec sa famille la maison (1) ou de la louer à des étrangers (2). L'habitation se rapproche alors par ses effets de l'usufruit, et s'écarte de l'usage (Instit., § 5, *eod.*; L. 13, C., *De usufr.*, liv. III, tit. XXXIII).

Des operæ servi aut animalis. — Comme l'habitation, le droit aux *operæ* d'un esclave ou d'un animal ne s'éteint, ni par le non-usage, ni par la mort du légataire, ni par sa *capitis deminutio*; mais il disparaît par l'usucapion et il se transmet aux héritiers (3) (L. 2, D., *De us. et usufr.*, liv. XXXIII, tit. II). D'où le caractère original de ce droit.

TITRE VI

De l'usucapion et des prescriptions de long temps.

DE L'USUCAPION

Définition. — L'usucapion est un mode civil d'acquisition de la propriété par la possession prolongée pen-

(1) Conf. Code civ., art. 632, 633.

(2) *Contra*, même Code, art. 634.

(3) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 53.

dant un certain temps fixé par la loi (*capio usu*) (Ulpien, *Reg.*, tit. XIX, § 8).

Cas d'application de l'usucapion. — Deux cas différens :

Premier cas. — Le propriétaire d'une chose *mancipi* la livre à un tiers par une tradition faite dans l'intention de lui transférer la propriété, mais sans employer l'un des modes de transmission de la propriété quiritaire. *L'accipiens* acquiert sur cette chose la propriété du droit des gens, il a la chose *in bonis*. S'il la possède pendant un certain temps, il pourra acquérir la propriété civile qui lui manque (Gaius, C. II, §§ 41, 42).

Deuxième cas. — Une personne reçoit une chose *mancipi* ou *nec mancipi* de quelqu'un qui n'en est pas le véritable propriétaire (*a non domino*), et elle la reçoit de telle sorte que si l'aliénateur eût été le véritable propriétaire, la propriété quiritaire eût été transférée. — Si *l'accipiens* possède pendant les délais de l'usucapion, il acquerra la propriété de la chose, bien qu'elle ne lui ait pas été transmise par le véritable propriétaire. — Remarquons que ce second cas d'application de l'usucapion est de beaucoup plus important que le premier. On l'a admis dans un intérêt d'ordre social, qui commandait impérieusement que le législateur fixât un terme après lequel il ne fût plus permis d'inquiéter les possesseurs, de rechercher des droits trop longtemps négligés. Autrement on eût, sous prétexte d'équité, donné ouverture à une infinité de contestations ; on eût rendu la propriété incertaine ; tout eût été mis en question, et les droits les plus légitimes eussent été compromis (Gaius, C. II, §§ 43, 44).

Caractère de l'usucapion. — L'usucapion est une institution du droit civil ; elle ne profite qu'aux seuls citoyens romains ; — elle ne s'applique qu'aux choses susceptibles de propriété quiritaire, d'où il suit qu'elle ne s'applique pas aux fonds provinciaux (Gaius, C. II,

§§ 46, 48); — elle suppose la possession, par conséquent, elle est impuissante à faire acquérir des droits incorporels qui ne sont pas susceptibles de possession.

Conditions de l'usucapion. — Plusieurs conditions sont nécessaires pour usucaper : le juste titre, la bonne foi (1), la possession corpore et animo, le délai légal, l'absence de tout vice.

I. Du juste titre.

Le juste titre (*justa causa*) est un fait juridique, conforme au droit, qui eût transféré la propriété, s'il fût émané du véritable propriétaire de la chose (2). Ainsi, il y a juste cause de possession quand on possède *pro emptore*, *pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, etc. Le juste titre doit exister réellement; une personne qui croirait à tort avoir un juste titre ne pourrait pas usucaper. Exemples : si une personne possède dans la croyance qu'elle a acheté, qu'elle a reçu en don, tandis qu'il n'y a réellement eu aucun achat, aucune donation (*error autem falsæ causæ usucapionem non parit*. Instit., § 11, liv. II, tit. vi). Cependant, cette règle souffre une exception, toutes les fois que l'erreur du possesseur est excusable et porte sur un fait qui lui est étranger. Exemples : 1° Je charge une personne de m'acheter une chose; cette personne me dit qu'elle a exécuté mes ordres, et me livre la possession de la chose. Bien qu'en réalité il n'y ait pas eu d'achat, je pourrai cependant usucaper, puisqu'il ne s'agit que d'un fait auquel je suis resté étranger (L. 11, D., *Pro emptore*, liv. XLI,

(1) Comp. Code civ., art. 2265.

(2) Cette définition du juste titre a été donnée par de Savigny, *le Droit des obligations* (2^e édit.), t. II, § 67, p. 300 (traduct. de Gérardin et Jozou); elle est également adoptée par Ortolan, t. II, n. 531; Thézard, p. 115, n. 3; Van Wetter, t. I, § 184, p. 269; Labbé, à son cours. — Suivant Demangeat, t. I, p. 577; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 233, p. 555, posséder *ex justa causa*, c'est posséder en vertu d'un acte qui révèle chez le précédent possesseur l'intention d'aliéner, d'abdiquer la qualité de propriétaire. — Comp. Maynz, *Cours de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, § 196, p. 624.

lit. iv). 2° J'acquiers d'un fou ou d'un impubère par un mode translatif de propriété alors que je suis dans la plus complète ignorance de la folie ou de l'impuberté de cette personne : le juste titre putatif équivaut à la *justa causa* et me permet d'usucaper (L. 2, §§ 15, 16, D., *eod.*). — Ces exemples nous suffisent pour faire ressortir les caractères du titre putatif qui peut servir de base à une usucapion (1).

La preuve de la *justa causa* ou du titre putatif qui en tient lieu, incombe au possesseur qui prétend avoir usucapé.

II. De la bonne foi.

La bonne foi (*bona fides*) est la croyance que celui de qui on tient la chose en était le véritable propriétaire.

Il y a deux sortes d'erreurs : 1° l'erreur de *fait* ; 2° l'erreur de *droit*. — L'erreur de fait seule autorise l'usucapion (L. 4, D., *De jur. et fact. ignor.*, liv. XXII, tit. vi). Exemple : je reçois une chose d'un fou dont j'ignore la folie ; je puis usucaper. — L'erreur de droit s'oppose à l'usucapion. Exemple : je reçois une chose d'un fou dont je connais l'état de folie ; mais je crois qu'il est permis à un fou d'aliéner sans l'autorisation de son curateur. Je commets une erreur de droit ; l'usucapion n'est pas possible (L. 2, § 15, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. iv).

A quel moment doit exister la bonne foi? — La bonne foi suffit au début de l'usucapion, au moment où commence la possession (2). La mauvaise foi survenue après coup n'empêche pas d'accomplir l'usucapion (*mala fides superveniens non nocet*). Ce principe comporte une exception : quand la chose est acquise en vertu d'un contrat de vente (*pro emptore*), la bonne foi doit exister non seulement au moment de la tradition qui marque le point de départ de la possession, mais même au moment où le

(1) Voy. d'ailleurs au Digeste deux autres cas : — L. 4, *Pro legat.*, liv. XLI, tit. viii ; — L. 3, *Pro hered.*, liv. XLI, tit. v.

(2) Conf. Code civ., art. 2269.

contrat de vente s'est formé (L. 2, *pr.*, D., *Pro. empt.*, liv. XLI, tit. IV).

Cas exceptionnels dans lesquels on peut usucaper sans bonne foi.

Premier cas. — L'*usucapio lucrativa pro herede* a été établie à l'origine dans le but de stimuler le zèle des héritiers à accepter la succession ouverte à leur profit (1). De graves inconvénients résultaient, en effet, de la négligence des héritiers au double point de vue : — *de la religion*, car les sacrifices privés de la famille étaient interrompus pendant tout le temps que l'hérédité restait jacente ; — *des droits des créanciers*, qui ne savaient à qui s'adresser pour obtenir le paiement de leurs créances. Dans ce cas, il était permis au premier venu de prendre possession des biens héréditaires (Gaius, C. II, § 55).

Caractères de cette usucapion pro herede. — Il y avait deux particularités remarquables : 1° cette usucapion pouvait avoir lieu même en faveur d'une personne de *mauvaise foi* ; 2° elle permettait d'acquérir les immeubles de la succession par un délai plus court que celui de l'usucapion ordinaire (un an). Aussi cette usucapion était-elle appelée *lucrativa* (Gaius, C. II, §§ 53, 54, 56).

Fin de l'usucapion pro herede. — Un sénatus-consulte rendu sous le règne d'Adrien, et connu sous le nom de sénatus-consulte Jouvientien, a décidé que l'usucapion *pro herede* serait révoquée à la demande de l'héritier qui réclamerait la restitution des biens héréditaires

(1) Sic, Namur, t. I, § 146, 1° ; Sell, *Röm. Lehre des Eigenth.*, § 44 ; Accarias, t. I, n. 243 a ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 176 ; Labbé, à son cours. — Suivant d'autres romanistes, l'introduction de l'*usucapio pro herede* aurait été faite en vue des cognats qui n'étaient pas appelés à l'hérédité *ab intestat*, même à défaut d'agnats ; l'*usucapio pro herede* comblait cette lacune ; elle fournissait aux cognats un moyen facile d'acquérir la succession, s'il n'y avait pas d'agnats. Ainsi entendue, l'institution perd son caractère anormal. Van Wetter, t. I, § 179, p. 265, texte et note 8 ; Maynz, t. I, § 196, et t. III, § 443, note 6 ; Huschke, *Zeitschrift für gesch. Recht.*, p. 157 et 158, 176 et 177.

(Gaius, C. II, § 57). — Enfin, Marc-Aurèle punit criminellement le fait de s'emparer des choses héréditaires, avant l'adition ou la prise de possession de l'héritier, en établissant les *judicia criminis expilatæ hereditatis* (1) (D., *Expil. hered.*, liv. XLVII, tit. XIX; C., *eod.*, liv. IX, tit. XXXII).

Deuxième cas. — L'*usureceptio* s'accomplissait aussi sans juste titre ni bonne foi. Prenons pour exemple l'hypothèse de la constitution d'un gage par un débiteur à son créancier. Le débiteur transférait la propriété de la chose à son créancier qui, par un *contrat de fiducie*, s'engageait à lui rendre la chose, s'il venait à être payé à l'échéance de la dette (2). Le créancier était donc véritable propriétaire de l'objet mis en gage. Cependant on a décidé que le débiteur, rentré en possession de cette chose, pourrait, sans juste titre ni bonne foi, après un an de possession, reconquérir par l'usucapion la propriété qu'il avait aliénée (3). Cette usucapion s'appelait *usureceptio* (Gaius, C. II, §§ 59, 60).

(1) Voy., pour plus de détails, sur cette intéressante matière, la remarquable étude de M. Ern. Dubois, *De la saisine et de l'usucapion pro herede* (*Nouv. Rev. hist. de dr. franç. et étrang.*, année 1880, p. 102 et suiv., 427 et suiv.).

(2) En 1867, on a trouvé, à l'embouchure du Guadalquivir, près de San Lucar de Barrameda, une plaque de bronze paraissant remonter à l'époque d'Auguste, et portant une inscription qui n'est autre chose qu'une mancipation accompagnée d'un pacte de fiducie. M. P. Gide a donné une analyse raisonnée de ce document dans la *Revue de législation*, 1870, p. 74 et suiv.; M. Giraud l'a reproduit avec une note explicative dans ses *Juris romani antiqui vestigia*, p. 208.

(3) Si la chose livrée au créancier était mobilière, le débiteur qui s'en emparait de son autorité privée, ne commettait pas un vol, à la différence de ce qui avait lieu lorsqu'il s'agissait d'une *res pignori data* (Gaius, C. III, §§ 200 et 201). — Le motif de cette différence est fort bien expliqué par Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 49 : « Le vol est une *contractatio rei* contraire à la volonté présumée de telle ou telle personne qui a intérêt à ce qu'on ne fasse pas tel ou tel usage de la chose. Or, dans le *pignus* proprement dit, l'objet même du contrat étant de faire acquérir la possession, le créancier ayant mis dans la détention matérielle toute sa sûreté, la lui enlever, c'est commettre un vol. Dans la *fiducia*, la possession est secondaire, c'est dans l'acquisition de la propriété que le créancier voit la garantie; il ne tient que peu ou point à la détention matérielle. »

Troisième cas. — L'*usureceptio ex prædiatura* avait lieu sans juste titre ni bonne foi, lorsque l'ancien propriétaire d'une chose aliénée par le Trésor public pour défaut de paiement de l'impôt, rentrait en possession de cette chose (1). — Remarquons que cette usucapion ne s'accomplissait que par deux ans de possession (Gaius, C. II, § 61). — On ignore absolument quand et comment disparut l'*usureceptio ex prædiatura*.

Distinction entre le juste titre et la bonne foi.

Le *juste titre* et la *bonne foi* ne se confondent pas ; ils forment deux conditions distinctes de l'usucapion. L'intérêt de cette question se manifeste au point de vue de la preuve. En effet, c'est à celui qui invoque un juste titre à établir la réalité de ce titre, ou à prouver la légitimité de son erreur. Au contraire, la bonne foi est toujours présumée. C'est à l'adversaire à prouver la mauvaise foi (2).

III. *De la possession civile.*

Elle comprend deux éléments : un élément matériel (*corpus*), c'est-à-dire le fait de la détention, un élément intentionnel (*animus*), c'est-à-dire la volonté de devenir propriétaire (3).

(1) Puchta, *Instit.*, t. II, § 239, p. 661 ; Jourdan, *op. cit.*, p. 60 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 2268. — Sic, de Savigny, *op. cit.*, t. II, § 67, p. 303 et suiv. ; Pellat, *Propri. et usufr.*, p. 18, texte et note 2 ; Thézard, p. 116 et 117 ; Demangeat, t. I, p. 519 ; Maynz, t. I, § 196, p. 624, et § 199, p. 634 ; Accarias, t. I, n. 236, p. 564 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 174 ; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 43 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 46 ; Dubois, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 26. Telle est aussi la doctrine enseignée par M. Labbé, à son cours. Comp. Ortolan, t. II, n. 533. — Cependant l'opinion contraire, d'après laquelle le juste titre et la bonne foi ne formeraient qu'une seule et même condition, a été défendue avec autorité par Ducaurroy, t. I, n. 473 et suiv. ; Blondeau, *Chrestomathie*, p. 315 ; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 153, p. 209.

(3) La question de savoir ce qu'il faut entendre par *possessio civilis* a donné lieu à de nombreuses controverses. V. notamment Thibaut, *System*, t. I, § 217 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 199, anm. ; de Savigny, *Das Recht des Besitzes.*, § 7 ; Bruns, *id.*, § 4, p. 20 et suiv. ; Van Wetter, *Tr. de la possess.*, n. 35 et suiv. Comp. Code civ., art. 2228 et suiv., 2236 et suiv.

IV. *Du délai légal.*

La possession doit durer *un an*, s'il s'agit d'un meuble; *deux ans*, s'il s'agit d'un immeuble (1). Dans le calcul du délai, on compte de jour à jour et non d'heure à heure (*a die ad diem, non a momento ad momentum*) (2), de plus, on néglige le jour de l'entrée en possession, mais on tient le dernier jour pour accompli dès qu'il est commencé (*dies inceptus pro impleto habetur*) (3) (L. 15, *pr.*, D., *De div. temp. præscript.*, liv. XLIV, tit. III). — La possession doit, en outre, être continue, sans interruption, pendant le temps nécessaire à l'accomplissement de l'usucapion. Cependant on n'exige pas que celui qui veut se prévaloir de l'usucapion ait possédé lui-même pendant tout le temps requis. Quelquefois il *continue* une possession déjà commencée, d'autres fois il *joint* à sa possession la possession de celui qui l'a précédé.

Continuation de la possession du défunt par son héritier ou successeur à titre universel. — A la mort d'une personne, la possession qu'elle a commencée est continuée par son héritier ou successeur à titre universel (4). L'héritier, en effet, ne forme qu'une seule et même personne avec le défunt (*heres defuncti personam sustinet*). D'où il résulte que la bonne ou la mauvaise foi de l'héritier n'exercera aucune influence sur l'accomplissement ou l'inaccomplissement de l'usucapion. Ainsi, supposons les deux hypothèses suivantes : 1° l'héritier est de *mauvaise foi*. L'usucapion sera-t-elle empêchée? Non, car la mauvaise foi qui survient lorsqu'une usucapion est déjà commencée n'en arrête pas le cours; 2° l'héritier est de *bonne foi*, mais le défunt au début était de mauvaise foi. L'héritier ne pourrait pas usu-

(1) Des délais différents ont été adoptés par le Code civil dans les art. 2262 et suiv.

(2) Conf. même Code, art. 2260.

(3) Comp., *ibid.*, art. 2261.

(4) Conf. *ibid.*, art. 2235.

caper, car il ne peut avoir que la possession du défunt (D., *De divers. tempor. præscript. et de access. possess.*, liv. XLIV, tit. III; Inst., § 12, liv. II, tit IV).

Jonction de la possession du successeur à titre particulier avec la possession du défunt. — Ainsi un légataire ne continue pas la personne du défunt : il commence une possession nouvelle. Mais il lui a été accordé par un rescrit de Sévère et d'Antonin la faculté de joindre sa possession à celle de son auteur (*conjungi tempora*). — Ou bien le légataire est de *mauvaise foi* ; il ne pourra pas usucaper, parce qu'il commence une possession nouvelle qui exige que le possesseur soit de bonne foi. On ne prend donc en aucune considération la bonne foi du défunt. — Ou bien le légataire est de *bonne foi* ; il peut alors usucaper malgré la mauvaise foi du défunt, car il commence une possession nouvelle, et il a la bonne foi *ab initio usucapionis*. — Mais si le légataire est de bonne foi et que le défunt l'ait été, le légataire aura tout intérêt à joindre sa possession à celle du défunt pour arriver plus vite à l'usucapion. C'est ce que l'on nomme *accessio possessionum* (1) (Instit., § 13, *eod.*).

Cause d'interruption dans la possession. — La possession pour faire acquérir l'usucapion doit être non interrompue. L'interruption de la possession (*usurpatio*), dans le droit civil, résulte uniquement de la dépossession de celui qui a commencé d'usucaper (2). La possession, en effet, est un état de fait (*res facti*) ; tout ce qui fait cesser cet état de fait met fin à la possession. L'action en revendication intentée par le véritable propriétaire contre le possesseur en train d'usucaper n'interrompt pas le cours de l'usucapion qui peut s'accomplir

(1) Conf. Code civ., art. 2235. — V. toutefois même Code, art. 2237, 2239.

(2) Dans notre Code cette interruption est appelée *interruption naturelle* (art. 2242, 2243).

pendente lite (1) (L. 2, D., *De usurpat.*, liv. XLI, tit. III).

V. *De l'absence de tout vice formant obstacle à l'accomplissement de l'usucapion (ut in se non habeat vitium).*

Ne sont pas susceptibles d'être usucapées les choses hors du commerce (2). Exemple : un homme libre, une chose sacrée ou religieuse (Inst., § 1, liv. II, tit. VI), une chose publique, les biens appartenant au peuple (*ærarium*), et parmi ces biens ceux mêmes qui sont *in patrimonio populi*, les biens appartenant à l'empereur (*fiscus*), ou à l'impératrice (Inst., § 9, *eod.*), les choses volées (3), en vertu de la loi des *Douze Tables* et de la loi *Atinia*, l'esclave fugitif qui s'est en quelque sorte volé à son maître, les immeubles occupés par la violence (4), en vertu de la loi *Plautia et Julia* (Gaius, C. II, § 45). — *Remarquons* qu'à l'égard du voleur ou de l'usurpateur, il n'y a rien dans cette interdiction qui ne soit conforme aux principes généraux en matière d'usucapion ; car, tant que la chose volée (*res furtiva*), ou l'immeuble occupé par la violence (*res possessa*) est entre leurs mains, l'obstacle à l'usucapion vient de leur mauvaise foi. L'exception que nous étudions n'a donc trait qu'au cas où la chose volée ou occupée par la violence est passée entre les mains d'un tiers qui l'a reçue à titre particulier et de bonne foi, par exemple entre les mains d'un acheteur. Bien qu'il soit de bonne foi, que sa possession réunisse les conditions ordinaires d'une possession conduisant à l'usucapion, la circonstance que la chose qu'il détient a été volée ou occupée par la violence constitue un vice particulier qui à lui seul fait obstacle à l'usucapion (Instit., § 3, liv. II, tit. IV.) — Ne sont pas non plus susceptibles d'être usucapées les *res Mancipi* qui appartiennent à la femme *in tutela agna-*

(1) Le droit classique n'admettait donc pas ce que nous appelons aujourd'hui interruption civile. V. Code civ., art. 2244 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 2226.

(3) Comp. même Code, art. 2229, 2279, 2280.

(4) *Ibid.*, art. 2233. Consult. Desjardins, *Du vol*, n. 251 et suiv.

torum (1) (Gaius, C. II, § 47), les biens des pupilles, depuis une constitution de Théodose le Jeune en l'année 424 (2) (L. 3, C., *De præscr.*, liv. VI, tit. XXXIX), le fonds dotal, à moins que l'usucapion n'ait commencé avant la constitution de la dot (3) (L. 15, D., *De fundo dot.*, liv. XXIII, tit. v).

Des effets de l'usucapion. — L'usucapion fait acquérir la propriété quiritaire telle qu'elle se trouvait dans le patrimoine du précédent propriétaire, c'est-à-dire grevée des mêmes droits de servitude, de gage, d'hypothèque, d'usufruit et d'usage (L. 44, § 5, D., *De usurpat.* liv. XLI, tit. III ; L. 17, § 2, D., *De usufr.*, liv. VII, tit. 1).

DES PRESCRIPTIONS DE LONG TEMPS.

De la prescription de long temps (4). — La prescription ou possession de long temps est une institution du droit prétorien introduite dans le but de compléter les lacunes de l'usucapion civile.

Ressemblances entre la prescription de long temps et l'usucapion. — La *præscriptio longi temporis* ressemblait à l'usucapion en ce que son accomplissement exigeait la réunion des trois conditions suivantes :

1° La possession *continué sans interruption* pendant un certain temps ;

2° La transmission en vertu d'une *juste cause* ;

3° La *bonne foi* chez le possesseur.

Différences entre la prescription de long temps et l'usucapion.

(1) Comp., Code civ., art. 1561, 2254 et suiv.

(2) *Ibid.*, art. 2252.

(3) *Ibid.*, art. 1561, 2255.

(4) Voy., sur l'origine et les développements de la *præscriptio longi temporis*, sur les différences qui la distinguent de l'usucapion, de Folleville, *De l'acquisition ou libération par l'effet du temps*, n. 6 et suiv. ; Barruel Saint-Pons, *Étude théor. de la prescription* (*Nouv. Rev. hist. de dr. franç. et étrang.*, année 1878, p. 145 et suiv.).

1° *Relativement aux personnes.* — L'usucapion protège les seuls citoyens romains (Gaius, C. II, § 65). — La prescription est commune aux pérégrins et aux citoyens.

2° *Relativement aux biens.* — L'usucapion ne s'applique qu'aux immeubles situés en Italie (Gaius, C. II, § 46). — La prescription s'étend aux fonds provinciaux.

3° *Relativement à la durée.* — L'usucapion est d'un an s'il s'agit de meubles, et de deux ans s'il s'agit d'immeubles. — La prescription est, sans distinction de meubles ou d'immeubles, de dix ans entre *présents*, c'est-à-dire entre personnes domiciliées dans la même province, et de vingt ans entre *absents*, c'est-à-dire entre personnes domiciliées dans des provinces différentes (1) (L. 8, *pr.*, C., *De præscript. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX).

4° *Relativement à l'interruption.* — L'usucapion n'est pas interrompue par l'action en revendication du véritable propriétaire, en sorte qu'elle peut s'accomplir *inter moras litis* (L. 2, § 21, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. IV). — La prescription, au contraire, est interrompue dès que se manifeste en justice la revendication du propriétaire par la simple citation en justice suivant certains auteurs (2), ou tout au moins à partir de la *litis contestatio*, suivant d'autres (3) (L. 10, C., *De præscript. longi temp.*, liv. VII, tit. XXXIII).

5° *Relativement à l'étendue des effets.* — L'usucapion transfère le domaine de la chose avec les charges de gage, de servitude ou d'hypothèque dont elle était grevée entre les mains du précédent propriétaire (*salvo jure servitutis vel hypothecæ*). — La prescription, par cela seul

(1) Conf. Code civ., art. 2265, 2266.

(2) *Sic*, de Savigny, *System.*, t. V, § 242; Windscheid, t. I, § 108, texte et note 4; Maynz, t. 1, § 146. — Conf. Code civ., art. 2244 et suiv.

(3) Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 152, ann. I, n. 2; Van Welter, t. I, § 94, p. 162.

qu'elle peut être opposée au propriétaire, éteint, de plein droit, les servitudes, hypothèques, etc. D'où l'intérêt qu'un citoyen romain peut avoir à invoquer la prescription au lieu de l'usucapion, même lorsqu'il s'agit d'un immeuble situé en Italie (1).

6° *Relativement aux moyens de défense.* — L'usucapion donne à celui qui a usucapé une action en revendication, soit contre les tiers, soit contre l'ancien propriétaire, s'il vient plus tard à être dépossédé. — La prescription n'accorde, à l'origine, qu'une exception au possesseur, et, s'il est dépossédé, des interdits pour rentrer en possession ; mais avec les progrès du droit elle finit par lui accorder une action utile (action Publienne), qui donne tous les avantages de la revendication, si bien que la *longi temporis præscriptio* put être désormais considérée comme un mode prétorien d'acquérir qui procurait l'*in bonis* (2) (L. 8, *pr.*, C., *De præscript. XXX vel XL annor.*, liv. VII, tit. xxxix).

De la *præscriptio longissimi temporis.* — Le terme *longissimi temporis præscriptio* ne se rencontre pas dans

(1) Telle est du moins l'opinion encore généralement admise, et que M. Accarias avait lui-même adoptée dans la 1^{re} édition de son *Préc. de dr. rom.*, n. 245, p. 534. Toutefois, ce savant professeur, dans la nouvelle édition de son excellent ouvrage, abandonne cette doctrine (V. n. 245, p. 584 et suiv.), et s'arrête aux conclusions suivantes : Il y a, en réalité, deux prescriptions de long temps, indépendantes l'une de l'autre, la première, opposable au propriétaire, la seconde pouvant être invoquée contre les personnes ayant des droits réels sur la chose ; celle-ci, alors même qu'elle coïncide avec celle-là, n'en étant jamais une conséquence. Aussi pour que la *præscriptio longi temporis* fût opposable à un créancier hypothécaire ou à un titulaire d'un droit de servitude, il fallait que les conditions de temps et de bonne foi existassent spécialement à leur égard. Ainsi le possesseur savait qu'il acquerrait *a non domino*, mais il ignorait que la chose fût hypothéquée ; il ne prescrira pas contre le propriétaire, parce qu'à son égard il est de mauvaise foi, mais il prescrira contre le créancier hypothécaire (L. 2, C., *Si adversus creditorem*, liv. VII, tit. xxxvi). Cette doctrine, plus conforme que l'ancienne à la logique et aux textes, a déjà obtenu l'adhésion de quelques romanistes de la Faculté de Paris (V. Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 392 et suiv.).

(2) *Sic*, Accarias, t. I, n. 245, p. 584 ; Van Wetter, t. I, § 180, p. 267.

les textes comme terme technique, et n'a été adopté que par les commentateurs pour désigner la *prescription de trente ans*. Cette prescription, établie par l'empereur Théodose II, dans un intérêt encore plus marqué de sécurité sociale, paralyse par une exception, une fois ce terme expiré, toute recherche des propriétés, ainsi que l'exercice des actions dites perpétuelles, sans qu'il y ait à se préoccuper ni de l'existence d'un juste titre, ni de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, ni de la distinction entre meubles et immeubles, ni du point de savoir si le possesseur et le propriétaire habitent ou non la même province (1) (L. 3, C., *De præscript. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX). Ce n'est là, à son origine, qu'une prescription extinctive de l'action revendicatoire qui ne fait point acquérir la propriété au possesseur, mais ne lui fournit qu'un simple moyen de défense.

DES MODIFICATIONS DE JUSTINIEN.

Justinien opère une fusion entre l'usucapion et la prescription de long temps. A cette époque, en effet, a disparu l'ancienne distinction des choses *mancipi* et *non mancipi*. Par conséquent, la première application de l'usucapion ne se présente plus dans les faits. Il ne reste plus que la seconde application de l'usucapion, c'est-à-dire celle relative au possesseur qui reçoit une chose *a non domino, ex justa causa et bona fide*. — D'un autre côté, par l'extension du droit de cité à tous les sujets de l'Empire, toute distinction s'efface entre les citoyens et les pérégrins, entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire (*in bonis*), les fonds italiques et les fonds provinciaux (2). — Justinien maintient les conditions

(1) Conf. Code civ., art. 2262.

(2) Quatre constitutions célèbres servent à réaliser ces réformes : L. 8, C., *De præscript. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX ; L. 1,

communes à l'usucapion et à la prescription, à savoir : 1° le juste titre ; 2° la bonne foi ; 3° la continuité.

Relativement au délai, il conserve le délai de dix ans ou de vingt ans fixé par le droit prétorien, pour la prescription des immeubles ; mais il fixe à trois ans le délai de l'usucapion quant aux meubles (Instit., *pr.*, liv. II, tit. VI).

Relativement aux effets, il attribue à cette prescription nouvelle la puissance de transférer au possesseur la propriété telle qu'elle appartenait à l'ancien maître de la chose avec les droits réels, actifs ou passifs qui l'accompagnaient. Ces droits doivent se prescrire séparément d'après les règles qui leur sont propres. La raison en est que la prescription de la chose a lieu contre le propriétaire ; elle forme à l'égard des autres personnes une *res inter alios acta* (1).

Mais faut-il dans cette organisation nouvelle de la prescription par Justinien, faire prédominer les règles de l'ancienne usucapion ou celles de la *præscriptio longi temporis*? La majorité des interprètes se prononcent pour l'application des principes de l'ancienne usucapion (2).

Quant à la prescription extinctive de trente ans, introduite par Théodose le Jeune, elle est maintenue par Justinien lorsque la bonne foi fait défaut ; mais elle est érigée en prescription *acquisitive* pour le cas où le possesseur est de bonne foi ; c'est l'*usucapion extraordinaire* du droit nouveau. Le juste titre n'est pas nécessaire

C., *De usuc. transform.*, liv. VII, tit. xxxi ; L. 1, C., *De jur. nul. quirit. toll.*, liv. VII, tit. xxv ; L. 12, C., *De præscrip. longi temp.*, liv. VII, tit. xxxiii.

(1) Sic, Accarias, 3^e édit., n. 246, p. 588 ; Van Wetter, 2^e édit., t. I, § 188, p. 274, texte et note 2 ; Unterholzner, *Gesam-Verjäh.*, t. II, § 217, et § 249 ; Maynz, t. I, § 201 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 324 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 181.

(2) Voy., en ce sens, Puchta, *Pand.*, § 155 ; de Savigny, *System.*, t. VI, p. 59 ; Unterholzner, *Gesam.-Verjäh.*, t. II, § 178 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 316, *Anm.* ; Demangeat, t. I, p. 570 ; de Folleville, *De l'acquisition ou libération par l'effet du temps*, n. 17 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 246, p. 587 et suiv. ; Van Wetter, t. I, § 181, p. 267, texte et note 2. Telle est aussi l'opinion enseignée par

pour l'usucapion extraordinaire ; la bonne foi suffit (1) (L. 8, § 1, C., *De præscript. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX).

Enfin, rappelons pour mémoire une prescription de quarante ans, œuvre de l'empereur Anastase, établie dans le but d'atteindre, d'une manière générale, tous les droits et toutes les actions qui n'étaient pas soumis à la prescription de trente ans. Cette prescription de quarante ans s'applique : — à l'action hypothécaire (LL. 3, 7, *pr.* et § 1, C., *De præscr. XXX vel XL ann.*, liv. VII, tit. XXXIX) ; — aux biens patrimoniaux de l'Empereur (L. 14, C., *De fund. patrim.*, liv. XI, tit. LXI) ; — aux biens des églises et des établissements de bienfaisance (Nov. CXI, et CXXXI, ch. vi).

En principe, toutes choses sont susceptibles d'être usucapées extraordinairement, même celles soustraites à l'usucapion ordinaire, sauf trois exceptions : 1° relativement aux choses hors du commerce qui ne sauraient faire l'objet d'une propriété privée (2) ; 2° relativement aux immeubles dotaux de la femme mariée (3) ; 3° relativement aux biens adventices des enfants sous puissance (4).

TITRE VII

Des donations.

Définition. — La donation peut être définie un avantage procuré *gratuitement*, dans une intention libé-

M. Labbé, à son cours. — *Contra*, Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), t. I, § 149, p. 204 ; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 175, note a ; Maynz, t. I, § 198 (3^e édit.) ; Reinhardt, *Die usuc.*, § 106 ; Hameaux, *Die usucap.*, §§ 9-16.

(1) *Sic*, Namur (2^e édit.), t. I, § 157, p. 214 ; Van Welter, t. I, § 188, p. 275, texte et note 6 ; Maynz (3^e édit.), t. I, § 200, p. 647 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 247, p. 589 ; Labbé, à son cours.

(2) *Conf.* Code civ., art. 2226.

(3) *Même* Code, art. 1561, 2255, 2256.

(4) *Comp. ibid.*, art. 2252.

rale, par une personne à une autre qui l'accepte (1).

Caractère de la donation. — Les Institutes nous disent que la donation est un *genre d'acquisition* (*genus adquisitionis*), et non pas un *mode d'acquisition* (*pr.*, liv. II, tit. VII).

Un *mode d'acquisition* est un ensemble de moyens, de conditions qui opèrent une translation de propriété. Exemples : la cession en justice, la mancipation.

Un *genre d'acquisition* est une *cause* légitime d'acquisition qui ne transfère pas la propriété par elle-même, mais qui est le motif déterminant de la translation qui doit en être opérée au moyen des modes ordinaires d'acquisition (2).

Division des donations. — Il y a deux principales espèces de donations, la donation *entre-vifs* et la donation *à cause de mort* (*Instit.*, *pr.*, *eod.*).

I. DONATION ENTRE-VIFS.

Définition. — La donation entre-vifs est celle qui n'est pas faite en vue de la mort du donateur (*sine ulla mortis cogitatione*); elle produit un effet *actuel* et *irrévocable* (3) (*Instit.*, § 2, *eod.*).

Actuel, en ce sens que le donateur doit *hic et nunc* transférer, non pas une espérance, mais un droit. — La donation peut être *conditionnelle* ou *à terme*. Ainsi rien n'empêche de donner un immeuble sous la condition : *Si navis ex Asia venerit*; ou bien de stipuler dans la donation que l'immeuble ne sera livré qu'*après un certain délai* : Exemple dix ans. Dans ces deux hypothèses,

(1) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, à la nécessité d'une acceptation de la part du donataire. V. Goudsmit, *op. cit.*, § 68, p. 188, note 1. V. aussi Code civ., art. 932 et suiv. — *Contra*, Savigny, *Syst.*, t. IV, § 160.

(2) *Sic*, Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 89; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 74.

(3) *Conf.* Code civ., art. 894.

le donataire acquiert *hic et nunc* un certain droit qui, quoique imparfait, compte actuellement dans son patrimoine, droit indépendant de la volonté du testateur, droit qu'il peut défendre par des actes conservatoires, vendre à des tiers, transmettre à ses héritiers (C., *De donat. quæ sub mod.*, liv. VIII, tit. LV).

Irrévocable, en ce sens qu'il n'est pas permis au donateur d'y insérer des clauses par lesquelles ils se réserverait un moyen, direct ou indirect, de retirer la libéralité dont il gratifie le donataire (Instit., § 2, *eod.*).

Formation de la donation. — Antérieurement à la loi Cincia, les actes de libéralité n'étaient assujettis à aucune règle particulière. Ils se faisaient, suivant le but du donateur, par un acte juridique translatif de propriété ; — par un acte constitutif de droit réel ; — par stipulation ou expensilation pour l'établissement d'une créance ; — par acceptilation, lorsque le donateur voulait éteindre une créance ; — par délégation ou *procuratio in rem suam*, pour une cession de créance ; — par la *cessio in jure*, pour la remise d'un droit réel (1).

Dans le droit classique romain, la convention de donner n'étant pas obligatoire, n'était pas munie d'une action : la donation ne devenait parfaite qu'au moment où le donataire était investi d'un moyen de droit quelconque, civil ou prétorien, pour obtenir ou conserver le bénéfice de la libéralité. — Sous Antonin le Pieux, une première exception a été apportée à ce principe. Il a été décidé qu'entre *ascendants* et *descendants* une simple convention de donner faite avec une intention libérale serait obligatoire et munie d'une action (*Frag. Vatic.*, § 314). Cette disposition a été confirmée par Constantin (L. 4, C. Théod., *De donat.*, liv. VIII, tit. XII). — Justinien est allé plus loin ; il a établi qu'entre toutes personnes une convention de donner serait complètement obligatoire et ferait

(1) Sic, Gavouyère, *loc. cit.*, p. 90 ; Bodin, *ubi supra*.

naître une *action en justice* (*condictio ex lege*). Cette convention se nommait *pacte légitime* (1) (Instit., § 2, *eod.*).

Restrictions apportées à la liberté des donations.

— Il y en a deux, l'une provenant de la loi *Cincia*, l'autre de la formalité de l'insinuation :

1° La loi *Cincia* (2), dans une première disposition, défendait aux avocats de recevoir des honoraires pour les causes qu'ils plaidaient (*pecuniam donumve accipiat*) (Tacite, *Annal.*, XI, § 5).

Dans une seconde disposition, elle fixait un taux (*certum modum*) que les donations ne devaient point dépasser (200 solides peut-être). Certaines personnes (*exceptæ personæ*) étaient exemptées de ces limitations : ainsi les proches parents, les personnes *in potestate*, *in mancipio*, *in manu*, etc. (*Frag. Vatic.*, §§ 298 à 312). La loi *Cincia* était considérée par les jurisconsultes comme une loi *imparfaite*, parce qu'elle ne donnait pas au donateur qui avait fait une libéralité *supra legitimum modum*, le droit de réclamer par voie d'action ce qu'il avait pu remettre en trop au donataire ; il pouvait seulement, tant que la donation n'avait pas été exécutée, repousser au moyen d'une exception l'action du donataire ; cette exception était qualifiée de *quasi-populaire*, parce qu'elle pouvait être invoquée par toute personne intéressée (*Frag. Vatic.*, § 266). Au surplus, cette exception *legis Cincix* perdait toute efficacité, lorsque le donateur mourait sans avoir protesté contre la donation (*morte donatoris Cincia removetur*. — *Frag. Vatic.*, § 259).

Au Bas-Empire, probablement dans la seconde moitié du troisième siècle de notre ère (3), la loi *Cincia* est tombée en désuétude (Nov. CLXII, ch. 1, *pr.*).

(1) Voy., en ce qui touche les pactes, *infra*, liv. III. tit. xxvi, appendice 1.

(2) Plébiscite rendu en l'an de Rome 549 ou 550, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus et les instances de Caton l'Ancien.

(3) Vers Constantin, suivant Bodin, *op. cit.*, p. 74.

2° *L'insinuation*, inspirée par la même idée de restriction contre les donations entre-vifs, a été introduite sous Constantin (*Frag. Vatic.*, § 249). Elle remplissait deux buts : d'abord, elle diminuait le nombre des donations *honteuses* en leur imposant une publicité forcée ; ensuite, elle portait la donation à la connaissance des tiers, et en facilitait la preuve. — Cette formalité consistait dans la rédaction d'un écrit qui était déposé entre les mains du magistrat chargé de la conservation des actes publics (1). — A l'origine, l'insinuation était prescrite pour les donations excédant 200 solides ; Justinien a reculé la limite à 500 solides (*Instit.*, § 2, liv. II, tit. VII).

Différences entre l'insinuation et la loi Cincia. —

1° *L'insinuation* était principalement dirigée contre les proches parents ; au contraire, les limitations de la loi *Cincia* n'atteignaient pas les donations entre parents. — 2° Le défaut d'*insinuation* entraînait une nullité absolue de la donation pour tout ce qui excédait le taux légal de 500 solides. D'où il résultait que le donateur pouvait réclamer par *voie d'action* ce qu'il avait remis en trop au donataire (L. 2, C. Théod., liv. VIII, tit. XII). Au contraire, la loi *Cincia* ne donnait au donateur qu'une *exception*, sans utilité lorsque la donation avait été exécutée. — 3° *L'insinuation* répondait à un besoin de publicité, étranger à la loi *Cincia*.

Donations dispensées de l'insinuation. — Certaines donations, telles que les donations *dotis causa*, celles faites ou reçues par l'empereur, celles faites pour le rachat des captifs, pour la reconstruction des édifices incendiés, étaient dispensées de la formalité de l'insinuation, et étaient entièrement valables par elles-mêmes (*in se plenissimam habent firmitatem*. *Instit.*, § 2, *eod.*).

Révocation des donations entre-vifs. — Il y a trois causes de révocation des donations entre-vifs : l'inexé-

(1) Comp. Code civ., art. 939 et suiv.

cution des conditions, l'ingratitude, la survenance d'enfants (1).

1° *Révocation pour cause d'inexécution des conditions.* — Lorsque le donataire n'exécute pas les charges de la donation, le donateur peut, à son choix, prendre l'un ou l'autre de ces deux partis : — Demander la révocation de la donation, et reprendre la chose donnée, soit originairement au moyen d'une action personnelle appelée *condictio ob rem dati*, ou plus tard d'une *vindicatio utilis* (L. 1, C., *De don. quæ sub. mod.*, liv. VIII, tit. LV); — maintenir la donation et poursuivre l'exécution des charges, soit par l'action *præscriptis verbis*, si la charge est dans l'intérêt du donateur, soit par une action *ex stipulatu utilis*, si elle est dans l'intérêt d'un tiers (2) (LL. 9, 22, C., *De donat.*, liv. VIII, tit. LIV; L. 3, C., *De donat. quæ sub. mod.*, liv. VIII, tit. LV).

2° *Révocation pour cause d'ingratitude.* — A l'origine cette cause de révocation ne s'appliquait que dans les rapports de patrons à affranchis (*Frag. Vatic.*, § 272). Étendue successivement par Constantin aux donations faites par des ascendants à leurs descendants, elle régit sous Justinien les donations *entre toutes personnes* indifféremment (L. 10, C., *De revocat. donat.*, liv. VIII, tit. LVI).

Des faits qui constituent l'ingratitude. — Ces faits sont déterminés *limitativement* (*certis ex causis*) dans une constitution de Justinien. Ce sont les injures graves, les violences contre la personne du donateur, le préjudice considérable contre ses biens, l'attentat contre sa vie (3) (*Instit.*, § 2, *eod.*).

Différences entre la révocation pour cause d'inexécution des charges et pour cause d'ingratitude. — 1° Par la révocation pour inexécution des charges, la donation est anéantie dans le passé, elle est considérée comme

(1) Conf. Code civ., art. 953.

(2) Comp. même Code, art. 954, 956.

(3) Conf. même Code, art. 955.

n'ayant jamais existé. Aussi est-elle opposable aux tiers qui ont traité avec le donataire, comme au donataire lui-même (1). Au contraire, par la révocation pour ingratitude, la donation n'est pas anéantie dans le passé. Le donataire a été réellement propriétaire des biens donnés jusqu'au moment de la révocation, il ne cesse de l'être que pour l'avenir. Donc les droits constitués par le donataire restent valables dans les mains des tiers qui les ont acquis (2). — 2° L'action révocatoire pour inexécution des charges appartient aux héritiers du donateur, comme au donateur lui-même; d'un autre côté, elle peut être exercée contre les héritiers du donataire aussi bien que contre le donataire (3). Au contraire, l'action révocatoire pour ingratitude est une action personnelle au donateur; elle ne passe aux héritiers du donateur que lorsque ce dernier est mort après avoir manifesté par un commencement de poursuite son intention d'agir contre le donataire. D'un autre côté, elle ne peut être exercée que contre le donataire lui-même, et non contre ses héritiers (4) (L. 7, C., *De revoc. donat.*, liv. VIII, tit. LVI).

3° *Révocation pour cause de survenance d'enfants.* — Cette cause de révocation est toute spéciale aux rapports de patron et d'affranchis, et sans application dans les autres cas (5) (L. 8, C., *eod.*).

II. DONATION A CAUSE DE MORT (6).

Définition. — La donation à cause de mort est une libéralité faite par une personne, en vue de la mort (que

(1) Conf. Code civ., art. 954.

(2) *Ibid.*, art. 958.

(3) *Sic*, de Savigny, *System.*, t. IV, p. 234; Goudsmit, *Cours des pand.*, traduit du néerlandais par Vuylsteke, § 71, p. 196, note 2 *in fine*.

(4) Conf. Code civ., art. 957.

(5) Ce point, qui n'est plus contesté aujourd'hui, était autrefois controversé. V. Van Wetter, t. II, § 249, p. 61, note 14. — Comp. Code civ., art. 960 et suiv.

(6) Le Code civil ne reconnaît pas cette manière de disposer. L'art.

cette personne soit ou non sur le point de courir un danger déterminé), ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire. C'est la condition du prédécès du donateur qui constitue le caractère principal et essentiel de cette libéralité. On ne pourrait pas établir que la donation resterait valable malgré la survie du donateur ; en pareil cas, la donation à cause de mort serait nulle comme telle, mais vaudrait comme donation entre-vifs (1).

Différentes modalités dont est susceptible la donation à cause de mort. — La donation à cause de mort peut être faite : 1° en prévoyance de la mort du donateur, de quelque manière et à quelque époque qu'elle arrive ; 2° en vue d'une circonstance déterminée à l'avance, d'un péril particulier ; 3° sous condition suspensive ; 4° sous condition résolutoire.

Ressemblances entre la donation à cause de mort et le legs. — Les anciens Prudents discutaient la question de savoir s'il fallait assimiler la donation à cause de mort, quant à ses effets, aux legs ou aux donations entre-vifs. Justinien a adopté le premier système. Les Institutes nous disent, en effet, que la donation à cause de mort offre *presque* en tous points de grandes analogies avec le legs (*constitutum est ut per omnia fere legatis*

893, en effet, dit qu'on ne peut disposer à titre gratuit que par *donation entre-vifs* ou par *testament*. Ainsi les règles que nous allons exposer ne peuvent aujourd'hui recevoir aucune application.

(1) La donation à cause de mort diffère encore de la donation entre-vifs sous d'autres rapports : ainsi, sous Justinien, la donation à cause de mort n'est pas assujettie à la formalité de l'insinuation requise pour les donations entre-vifs au delà de cinq cents solides ; elle doit seulement être faite en présence de cinq témoins (L. 4, C., *De mort. caus. donat.*, liv. VIII, tit. LVII) ; — Dans le droit classique, la donation à cause de mort ne tombe pas sous l'application de la loi *Cincia*. Toutefois ces deux premiers points ont donné lieu à de grandes controverses parmi les interprètes modernes du droit romain (V. Maynz, t. III, § 532, p. 680, texte et note 14 ; Accarias, t. I, n. 307, p. 761, texte et note 1) ; — Enfin la donation à cause de mort n'est pas prohibée entre époux (L. 9, § 2, D., *De donat. inter. vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1).

connumeretur). Ainsi : — 1° Les dispositions de la loi *Furia testamentaria* et celles de la loi *Voconia* s'appliquaient aussi bien aux donations à cause de mort qu'aux legs (Gaius, C. II, §§ 225, 226). — 2° La loi Falcidie, qui à l'origine ne concernait que les legs, a été étendue aux donations à cause de mort par une constitution de Septime Sévère (1) (L. 2, C., *De mort. causa donat.*, liv. VIII, tit. LVII). — 3° On exigeait des donataires à cause de mort la *factio testamenti*, et un sénatus-consulte, dont on ignore la date, alla encore plus loin et étendit les dispositions des lois *Julia* et *Papia Poppæa* sur le *jus capiendi* aux donations à cause de mort (LL. 9, 35, 37, D., *De mort. c. donat.*, liv. XXXIX, tit. VI). — 4° Justinien (L. 1, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI) déclare applicables désormais aux donations à cause de mort les principes des legs sur l'accroissement. — 5° Les donations à cause de mort, aussi bien que les legs, ne peuvent être exécutées que s'il reste des biens dans la succession du défunt après le paiement intégral des dettes (L. 73, §§ 5, 17, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). — 6° Le donataire à cause de mort peut être grevé de fidéicommiss comme le légataire (L. 77, § 1, D., *De leg.*, liv. II, tit. XIX). — 7° L'obligation de fournir caution à l'héritier incombe aussi bien au donataire à cause de mort qu'au légataire d'un usufruit (L. 1, § 2, D., *Quemadmod. usuf. cav.*, liv. VII, tit. IX). — 8° Les règles de la caution Mucienne, d'abord particulières aux legs, s'appliquent depuis Justinien aux donations à cause de mort (Nov. XXII, ch. XLIV). — 9° Le *filius familias* peut faire, depuis Justinien, des donations à cause de mort aussi bien que des legs sur son pécule *castrense*, et sur son pécule *quasi castrense* (L. 15, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. VI). — 10° Les donations à

(1) Voy., sur l'application de la quarte Falcidie aux donations à cause de mort, et sur l'explication de la Const. 2, C., *De mort. causa donat.*, Glasson, *Rev. crit. de légis.*, t. XXXVI, p. 61 et suiv.

cause de mort sont, comme les legs, permises entre époux (1) (L. 5, § 16, D., *De donat. inter vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1). — 11° Les donations à cause de mort tombent par les mêmes causes que les legs. — 12° Enfin, la donation à cause de mort et le legs, nuls comme tels, valent comme fidéicommiss (L. 18, § 2, L. 28, D., *De mort. c. donat.*, liv. XXXIX, tit. vi).

Différences entre la donation à cause de mort et le legs. — 1° La donation à cause de mort constitue toujours un acte bilatéral et exige nécessairement le concours de deux volontés, celle du donateur et celle du donataire (2). Le legs, au contraire, est l'œuvre de la seule volonté du testateur. — 2° Même sous Justinien, la donation à cause de mort ne transfère pas la propriété, s'il n'intervient pas une tradition (3). Le legs, au contraire, est classé parmi les modes d'acquérir la propriété. Par lui-même il transfère le *dominium*, dans l'ancien droit, s'il est fait *per vindicationem*; sous Justinien, toutes les fois que cette translation est possible. — 3° La donation à cause de mort ne dépend pas du testament; elle n'en fait pas partie intégrante; elle reste valable, quel que soit le sort du testament, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'héritier (4). Le legs subit les mêmes défaillances que le testament auquel il est étroitement lié; il ne produit aucun effet lorsque le testateur ne laisse pas d'héritier. — 4° Dans le droit classique, il ne pouvait y avoir de legs sans testament, tandis que la donation à cause de mort était valable,

(1) Comp. Code civ., art. 1096.

(2) Voy., en ce sens, Lauterbach, *Collegium theorico-practicum*, h. t., n. 6; Ortolan, t. II, n. 560; Namur, *Cours d'Inst.* (2^e édit.), t. II, § 465, p. 264; Van Wetter, t. II, § 751, p. 511; Maynz, t. III, § 532, p. 683. — *Contra*, Glasson, *Rev. crit. de législat.*, t. XXXIV, p. 53.

(3) *Sic*, Glasson, *op. cit.*, p. 256; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 308, p. 764, texte et note 2; Didier-Pailhé et Tartari, p. 654; Gavouyère, p. 92; Bodin, p. 75. — *Contra*, Ortolan, n. 563; Van Wetter, t. II, § 752, p. 512; Maynz, *loc. cit.*, p. 634.

(4) Conf. Accarias, *op. cit.*, n. 404, p. 1030.

même quand le donateur décédait *intestat* (L. 25, *pr.*, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. vi). Mais sous Justinien cette différence n'existe plus par suite de l'assimilation des legs aux fidéicommiss, puisque de tout temps il avait été admis que l'héritier *ab intestat* pouvait être grevé de fidéicommiss (Gaius, C. II, § 270). — 5° Celui qui intente la *querela inofficiosi testamenti* perd le bénéfice du legs fait en sa faveur ; mais il conserve la donation à cause de mort dans son intégrité (L. 5, § 17, D., *De his quæ ut indign.*, liv. XXXIV, tit. ix). — 6° La donation à cause de mort de rentes annuelles ne forme qu'une seule libéralité, tandis qu'un legs de rentes annuelles se décompose en autant de legs distincts qu'il y a d'années (L. 35, § 7, D., *De mort. causa donat.*, liv. XXXIX, tit. vi). — 7° Le *filius familias* peut, avec le consentement de son *pater familias*, faire une donation à cause de mort, mais non un legs, sur les biens de son pécule profectice. Pas de différence pour les autres pécules (L. 25, D., *eod.*). — 8° Le donateur à cause de mort peut renoncer au droit de révoquer sa libéralité ; car si ce droit est de la *nature*, il n'est pas de l'essence de la donation à cause de mort (1). Au contraire, la renonciation que ferait un testateur au droit de révoquer un legs contenu dans un testament n'aurait aucun effet.

(1) C'est là une question vivement controversée. Voy., conf. à notre opinion, Cujas, sur le tit. LVI, liv. VIII du Code ; Donneau, *Comm. juris civilis*, liv. XIV, cap. xxxiii, n. 9 ; Ant. Faber, dec. 45, err. 1. — Voy. aussi Glasson, *Rev. crit. de légist.*, t. XXXV, p. 452 ; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 330 ; Namur, *Cours d'Instit.* (2^e édit.), § 464, p. 263 ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 532, p. 682 ; Didier-Paillhé et Tartari, p. 237. Telle est encore la doctrine enseignée par Demangeat et Labbé, à leurs cours. — *Contra*, Noël, *ad Pand.*, 36, 6, 1 ; Mackeldoy, *Lehrbuch*, § 541 ; Schweppe, § 843. Suivant ces romanistes, le droit de révocation serait de l'essence de la donation à cause de mort, et dans le cas où ce droit aurait été écarté par une clause formelle, on se trouverait en présence non d'une donation à cause de mort véritable, mais d'une donation entre-vifs soumise à une condition spéciale. Voy., en ce sens, Pellat, *Text. choisis des Paul.*, *Donat. à cause de mort*, p. 155 ; Accarias, *Préc. de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, n. 307, p. 763, texte et note 1.

III. DONATION ENTRE ÉPOUX (1).

Prohibition des donations entre époux. — Les donations entre époux, après avoir été longtemps permises à Rome (2), finirent par être interdites par la coutume (3) (*moribus*) (Fragm. Vat., § 96). — Remarquons qu'il ne pouvait être question que des mariages légitimes dans lesquels le mari n'avait pas la *manus* sur la femme. La femme *in manu* n'ayant rien à elle, une donation de sa part au mari ne pouvait s'imaginer ; elle était tout aussi impraticable pour le mari vis-à-vis de la femme qu'il avait *in manu*, puisque de la sorte il se serait donné à lui-même (4).

Sanction de cette prohibition. — Elle consistait en une nullité radicale et absolue (*ipso jure nihil valet quod actum est*. L. 3, § 10, D., *De donat. int. vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1).

Étendue d'application de cette prohibition. — La prohibition ne s'appliquait qu'aux actes qui constituaient véritablement une donation (L. 5, § 16, LL. 14, 25, D., *eod.*). — Donc n'étaient pas nulles : la donation d'un esclave *ut manumittatur* ; la donation de la chose d'autrui, le refus d'une hérédité.

Mais les donations déguisées tombaient sous le coup de la prohibition (5).

(1) Voy., sur cette matière, Pellat, *Textes sur la dot* ; Machelard, *Textes de dr. rom.*, 3^e part., *sur les donations entre époux*, p. 191 et suiv.

(2) Elles étaient même favorisées, car la loi Cincia ne les atteignait pas. Gavouyère, p. 92.

(3) Cette prohibition était déjà admise à l'époque de Labéon contemporain d'Auguste et de Tibère. Accarias, t. I, n. 309, p. 767, note 1. Elle se fondait sur le danger des entraînements toujours à redouter entre conjoints et sur la crainte des menaces intéressées de divorce (LL. 1, 23, *pr.*, 65, 67, D., *De donat. inter vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1).

(4) Accarias, t. I, n. 309, p. 767 ; Bodin, p. 75.

(5) Gavouyère, *loc. cit.*

Des exceptions à cette prohibition. — Certaines donations restaient en dehors de la règle, et produisaient tout leur effet, même entre époux. Exemple : les donations de revenus. Un époux pouvait donner à son conjoint le revenu de ses biens. Les donations *exilii causa* (L. 33, D., *eod.*), *divortii causa* (L. 11, § 11, D., *eod.*), *honoris causa*, participaient de la même faveur. De même pour les donations *mortis causa* (1) (L. 10, D., *eod.*).

Sous l'Empire, des principes nouveaux s'introduisirent. Un sénatus-consulte (2) décida que toute donation entre époux serait confirmée si le donateur mourait, avant le donataire, sans avoir révoqué la libéralité (3) (L. 32, *pr.*, et § 2, D., *eod.*). — Et il n'y avait pas à distinguer entre les donations qui s'opéraient, d'une part, par tradition ou par aliénation de choses et celles qui avaient lieu, d'autre part, par promesse (ou obligation) et par remise de dette. Toute donation entre époux participait au bénéfice du sénatus-consulte (4). — Justinien a assujetti les donations entre époux à l'insinuation.

(1) Sic, Machelard, *Text. sur les donat. entre époux*, 3^e part., § 1, p. 204 et 205 ; Maynz (3^e édit.), t. III, § 401, p. 55, texte et note 15. — Toutefois cette proposition a été critiquée dans sa généralité par des romanistes allemands. Voy., notamment, de Savigny, *Tr. de dr. rom.*, traduct. Guenoux, t. IV, § 165, note C, p. 200.

(2) Ce sénatus-consulte, quelquefois nommé *Emilien* mais plus ordinairement connu sous le nom d'*oratio Antonini* (L. 32, *pr.*, D., *De donat. int. vir. et ux.*, liv. XXIV, tit. 1), est attribué par les textes tantôt à Septime-Sévère, tantôt à son fils Caracalla, tantôt à tous deux. Aussi a-t-on pu prétendre qu'il y avait deux sénatus-consultes sur le même objet. Cette dualité ne nous semble pas admissible. Il n'a été rendu qu'un seul sénatus-consulte vers l'an 206 de J.-C. (an 959, R. f.), sous le règne de Septime-Sévère, mais alors que Caracalla, son fils, était déjà associé à l'empire. Sic, de Savigny, *System.*, t. IV, § 164, p. 183 et suiv. ; Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 90.

(3) Comp. Code civ., art. 1096, 1097, 1099, 1100.

(4) La question est toutefois vivement controversée. Voy., dans le sens de notre opinion, de Savigny, *loc. cit.* ; Keller, *Pand.*, § 405, g ; Van Wetter, t. II, § 292, p. 169 ; Boissonade, *ubi supra*, p. 92 et suiv. — *Contra*, Thibaut, *System.*, t. I, § 328, n. 1 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 225, anm. 2 ; Namur, *Cours d'Institut.* (2^e édit.), t. II, § 486, p. 288 ; Maynz, t. III, § 401, p. 56, note 23.

IV. DE LA DOT (1).

Définition. — La dot est l'ensemble des biens donnés au mari soit par la femme elle-même, soit par ses parents, soit par toute personne étrangère, pour supporter les charges du mariage (*ad ferenda matrimonii onera*) (2). — Remarquons que la dot suppose un mariage sans *manus* (3).

Diverses espèces de dot. — Il y avait trois espèces de dot : la dot *profectice*, la dot *adventice*, la dot *receptice*. — La dot *profectice* (*dos profectitia*) est celle qui est constituée par le père ou un ascendant paternel à sa fille même émancipée ; — la dot *adventice* (*dos adventitia*) est celle qui émane de la femme ou d'un tiers ; — la dot *receptice* (*dos receptitia*) n'est rien autre que la dot *adventice* dont le retour a été stipulé (Ulpien, *Règl.*, tit. VI, §§ 2, 3, 5).

Modes de constitution. — Le mot *dot* ne désigne jamais qu'une *causa* (4) : la dot peut se constituer : — Par tout acte juridique d'aliénation, d'obligation, de libération, etc. ; — et, dans le droit classique par trois procédés principaux : la *datio dotis*, la *dictio dotis*, et la *promissio dotis* (*dos datur, aut dicitur, aut promittitur*). — La *dotis datio* est tout transport de propriété sans obligation préalable. — La *dotis dictio*, forme ancienne et toute spéciale de contrat verbal, ne pouvait être employée que dans certaines hypothèses déterminées, et par un petit nombre de personnes, par la femme, le dé-

(1) Consult., sur cette matière, Pellat, *Textes sur la dot* ; Demangeat, *De la condition du fonds dotal* ; Gide, *Caractère de la dot* ; Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux surviv.*, p. 38 et suiv. — Les développements du présent chapitre doivent être complétés par ceux relatifs à l'aliénation des immeubles dotaux, *infra*, tit. VIII, p. 215 et 216, et à l'action en restitution de la dot, *infra*, liv. IV, tit. vi.

(2) Conf. Code civ., art. 1540.

(3) Voy., toutefois, Gide, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

(4) *Sic*, Bodin, p. 76 ; Gavouyère, p. 91.

biteur de la femme délégué par elle, le *pater familias* de la femme. Ce mode a disparu de la législation lorsque, sous Théodose II et Valentinien III, la dot est devenue un pacte légitime (1) (L. 6, C., *De dot. promiss. et nud. pollicit.*, liv. V, tit. XI). — La *dotis promissio* constitue l'une des innombrables applications de la stipulation.

La dot peut être constituée soit avant le mariage, soit pendant le mariage (2) (*aut antecedit, aut sequitur matrimonium dos*).

Lorsque la constitution de dot *antecedit matrimonium*, elle est toujours réputée faite sous condition du mariage (*nuptiarum expectat adventum*. Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXI b, § 1).

Différences entre la constitution de dot et la donation. — 1° A l'époque où la donation entre époux était frappée d'interdiction, la constitution de dot était permise même durant le mariage. — 2° Plus tard, dans le dernier état du droit, si la donation entre époux est tolérée, c'est sous la condition de l'accomplissement des formalités de l'*insinuation*. La constitution de dot, au contraire, est dispensée de cette publicité.

Influence de la dissolution du mariage sur la dot. — La dot est la propriété du mari (3) tant que dure le mariage; la femme n'en est que créancière (4). Cependant la dot doit être restituée à la femme toutes les fois qu'elle survit au mariage. Ainsi, le mariage est-il dissous par le divorce ou par le prédécès du mari, la femme rentre dans ses biens dotaux qui lui servent à contracter une nouvelle union. Mais que décider, au cas où le mariage est dissous *par la mort de la femme*? Il faut distinguer deux époques : — *Avant Justinien*, le mari garde la dot

(1) Voy., pour plus de détails, sur la *dictio dotis*, ci-dessous, liv. III, tit. XV.

(2) *Contra*, Code civ., art. 1543.

(3) *Contra*, même Code, art. 1549.

(4) *Sic*, de Savigny, *System.*, t. II, § 72, I, C; Vangerow, t. I, § 218, *Anm.* 1; Windscheid, t. II, § 496, note 3; Maynz, t. III, § 395.

(*lucro mariti cedit dos*), sauf deux exceptions : 1° la dot *profectice* doit être, au cas de mort de la femme durant le mariage, restituée au constituant (*ne filia amissæ et pecuniæ damnnum sentiret*); 2° la dot *receptice* doit aussi être restituée aux héritiers de la femme (1). — Sous *Justinien*, le mari ne gagne plus la dot (2). De quelque manière que cesse le mariage, la dot est restituée soit à la femme en cas de survivance, soit à ses héritiers (3) (L. 1, §§ 6, 13, C., *De rei uxor.*, liv. V, tit. XIII).

Conséquences de l'estimation de la dot. — L'estimation des choses apportées en dot vaut vente : *estimatio facit venditionem*; le mari est traité comme un acheteur (4) (L. 10, § 4, D., *De jur. dot.*, liv. XXIII, tit. III). D'où les conséquences suivantes : — en cas d'éviction, le mari, peut, comme tout acheteur, demander garantie par l'action *ex empto*; en l'absence d'estimation, il n'a, suivant les cas, que l'action *de dolo*, où une action *in factum* subsidiaire de celle de dol (L. 1, C., *de jur. dot.*, liv. V, tit. XII); — en cas d'usucapion, le mari usucape *pro emptore*, ce qui exige sa bonne foi tant au moment de l'estimation qu'au moment de la tradition; en l'absence d'estimation, il usucape *pro dote*; il suffit de la bonne foi au jour de l'entrée en possession (*Frag. Vat.*, § 111); — en cas de plus values ou de pertes fortuites, le mari bénéficie des unes et subit les autres; en l'absence d'estimation, il reste étranger aux améliorations comme aux dommages; il ne répond que de son dol et de sa faute (*Frag. Vatic.*, § 101); — en cas de fruits et autres produits le mari gagne tous les fruits et tous les produits ordinaires ou même extraordinaires de la

(1) Lorsque la dot n'était pas réceptice, le mari pouvait opérer des rétentions *propter liberos, mores, impensas, res donatas, res amotas*. Bodin, p. 77.

(2) Conf. Code civ., art. 1549.

(3) Voy., pour plus de détails, Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 39 et suiv. — Comp. Code civ., art. 1549 et suiv.

(4) Comp. Code civ., art. 1551, 1552, 1564, 1565.

chose, par exemple, les hérédités ou legs que recueille l'esclave dotal; en l'absence d'estimation, le mari n'a droit qu'aux fruits proprement dits, et encore ce bénéfice est-il limité à la durée du mariage (1) (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XXII, § 1); — en cas d'aliénation, le mari ne doit que le prix d'estimation; son droit de disposition est plein et entier; il n'en doit compte à personne; en l'absence d'estimation, il ne peut aliéner que les meubles dotaux, et encore sa responsabilité peut être engagée à l'égard de sa femme, si l'aliénation est inopportune ou faite à des conditions désavantageuses (L. 21, D., *De manumiss.*, liv. XL, tit. 1).

V. DONATION A CAUSE DE NOCES.

Définition. — La donation à cause de noces (*propter nuptias* ou *ante nuptias*) est celle qui est faite à la femme, soit par son futur mari, soit par un tiers dans l'intérêt du mariage.

Cette donation ne s'est introduite dans l'usage que sous les empereurs chrétiens (2) par similitude, et comme par compensation de la dot. Aussi l'a-t-on appelée *contre-dot* (Instit., § 3, liv. II, tit. VIII).

Ressemblances entre la donation à cause de noces et la dot. — 1° La donation à cause de noces est destinée, comme la dot, à subvenir aux charges du mariage. — 2° Si le mari *vergit ad inopiam*, la femme qui obtient la restitution de sa dot (3) est mise en possession des biens qui composent la donation *propter nuptias*. — 3° De même que la femme qui a donné lieu au divorce perd

(1) Comp. Code civ., art. 1571.

(2) Déjà, à l'époque classique, on rencontre une libéralité précédant le mariage ou entre fiancés (*sponsalitia donatio*) qui offre quelque analogie avec la donation à cause de noces des empereurs chrétiens. V. Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 50 et suiv.

(3) Conf. Code civ., art. 1563.

sa dot, de même le mari perd, en pareil cas, la donation *propter nuptias* (L. 8, §§ 4, 7, C., *De repud. et judic. de morib. subl.*, liv. V, tit. xvii). — 4° A la dissolution du mariage, la dot, sous Justinien, est restituée à la femme ou à ses héritiers : aussi la donation *propter nuptias* doit, après la dissolution du mariage, revenir au mari ou à ses héritiers. — 5° Lorsqu'un gain de survie est accordé au mari sur la dot, un autre gain de même valeur est fait à la femme par le mari sur le montant de la donation *propter nuptias*. — 6° De même que la dot peut se constituer ou être augmentée pendant le mariage, de même, à partir de Justinien, la donation *propter nuptias* a pu être constituée et augmentée *post nuptias celebratas* (Instit., § 3, *eod.*).

TITRE VIII

Quelles personnes peuvent aliéner ? Quelles personnes ne le peuvent pas ?

En principe, celui-là seul peut aliéner qui est propriétaire. Cette règle reçoit deux exceptions. Tantôt celui qui est propriétaire ne peut pas aliéner, tantôt celui qui n'est pas propriétaire peut aliéner (Instit., *pr.*, liv. II, tit. viii).

I. De ceux qui sont propriétaires et qui n'ont pas le droit d'aliéner la chose qui leur appartient.

Du mari (1). — Le mari est le propriétaire des immeubles *dotaux* de la femme (2), et cependant, d'après la loi *Julia, De fundo dotali*, rendue sous Auguste, il ne peut aliéner *prædia dotalia* sans le consentement de celle-ci (3)

(1) Voy., touchant les développements relatifs à la dot, *suprà*; tit. vii, p. 211 et suiv.

(2) Bien entendu de la *dos data*, car le mari n'était que créancier de la *dos promissa* ou *dicta*. Gavouyère, p. 94.

(3) A l'époque antérieure à Auguste, le mari propriétaire des biens dotaux pouvait les aliéner ou les hypothéquer comme bon lui semblait. Ce système présentait pour la femme de graves dangers auxquels la loi *Julia De fundo dotali* est venue remédier. Bodin, p. 77.

(*invita uxore*). Toute aliénation consentie par le mari au mépris de cette loi est nulle. La femme conserve le droit de revendiquer contre l'acquéreur (1). La défense d'aliéner embrasse la défense de grever l'immeuble d'une servitude. — *Remarquons* toutefois que si les immeubles dotaux ont été estimés lors de leur apport, le mari peut les aliéner sans le consentement de sa femme à moins de stipulation contraire. De plus, la loi Julia ne s'appliquait pas aux aliénations forcées.

Les Institutes (*pr., eod.*) nous disent que la loi Julia défendait au mari d'hypothéquer les immeubles dotaux même avec le consentement de la femme (*etiam volente*). On crut devoir prohiber l'hypothèque plus rigoureusement que l'aliénation dont la conséquence est la perte actuelle et irrévocable de la propriété. L'hypothèque, au contraire, ne dépouille pas le propriétaire qui la consent, elle ne produit son effet que dans l'avenir, et pour le cas seulement où la somme due ne sera pas payée; la femme n'eût donc pas osé refuser à son mari un moyen de crédit dont elle semble peu souffrir; il fallait en conséquence la protéger contre sa propre faiblesse (2).

La prohibition de la loi Julia ne s'appliquait qu'aux immeubles situés en Italie, et non aux fonds provinciaux (*Instit., pr., eod.*).

Justinien modifie le système de la loi Julia en deux points :

1° Il abolit la différence entre l'aliénation et l'hypothèque, et décide que le mari ne pourrait ni aliéner ni hypothéquer le fonds dotal, même avec le consente-

(1) Comp. Gide, *Du caractère de la dot*, p. 47 et suiv.

(2) Suivant Demangeat, l'assertion des Institutes serait inexacte, et la défense d'hypothéquer le fonds dotal même avec le consentement de la femme ne résulterait pas de la loi Julia, et n'aurait été établie que postérieurement. *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 210 et suiv.; *Cours élém. de dr. rom.*, 3^e édit., t. I, p. 610; voir aussi Didier-Pailhé et Tartari, p. 246; Accarias, t. I, n. 314, p. 780 et suiv.

ment de sa femme (*neque consentientibus mulieribus*) (1).

2° Il applique les règles de la loi *Julia* aux fonds provinciaux comme aux fonds italiques (2) (Instil., *pr., eod.*).

Du pupille. — Le pupille, tout en étant propriétaire, ne peut pas aliéner. Les Institutes nous donnent de cette règle les trois applications suivantes :

Première application. — Le pupille ne peut pas sans l'autorisation de son tuteur faire un prêt, donner en *mutuum*. En effet, il ne peut exister un *mutuum* que là où s'est opérée une translation de propriété. Or le pupille ne peut pas sans l'*auctoritas tutoris* rendre sa condition pire ; et c'est rendre sa condition pire que d'aliéner. D'où il suit que le pupille n'a pas pu transférer la propriété des écus à l'emprunteur. Le *mutuum* ne s'est point formé, faute d'aliénation. Le pupille n'a pas perdu la propriété des écus, il peut par conséquent agir en revendication contre l'emprunteur, mais à une condition : c'est que les écus conservent encore leur individualité distincte (*vindicari possunt sicubi extant*. Instil., § 2, *eod.*).

Si les écus ont été employés par l'emprunteur, et qu'il soit devenu impossible de les reconnaître individuellement, il n'y aura plus lieu à l'action en revendication ; mais le pupille aura, suivant les circonstances, deux autres actions contre l'emprunteur.

1° Si les écus ont été employés *de bonne foi* par l'emprunteur, le pupille agira par la *condictio certi*, c'est-à-dire par une action personnelle à l'effet d'obtenir de l'emprunteur le remboursement d'une somme égale à la valeur des écus qu'il lui a livrés.

2° Si les écus ont été dépensés *de mauvaise foi* par l'emprunteur, le pupille aura l'action *ad exhibendum*, à l'effet

(1) Comp. Code civ., art. 1554, 1560, 1561.

(2) Déjà du temps de Gaius (C. II, § 63), il y avait doute sur le point de savoir si cette prohibition ne devait pas s'appliquer aux fonds provinciaux. Demangeat, *De la condit. du fonds dot.*, p. 210 et 211.

de contraindre l'emprunteur à représenter les écus qui lui ont été livrés. L'action *ad exhibendum* avait un effet plus grave que la *condictio certi*, car elle accordait généralement au pupille des dommages-intérêts pour le tort qu'il a souffert de la privation momentanée de ses écus (Instit., § 2, *ead.*).

Deuxième application. — Le pupille est créancier, et il reçoit un paiement de son débiteur (*si pupillo debitor solvat*). Le pupille n'a pas besoin, pour acquérir, de l'autorisation de son tuteur, il deviendra donc propriétaire des écus. Mais cette appropriation aura-t-elle pour conséquence de libérer le débiteur de sa dette? Non, car le pupille ne peut rien aliéner *sine auctoritate tutoris*, il est donc toujours créancier. Mais le pupille pourra-t-il, dans tous les cas, exiger du débiteur un second paiement? Il faut distinguer :

1° Le débiteur ne sera pas contraint de payer une seconde fois, si le pupille a profité du premier paiement. Exemple : le pupille a employé la somme que lui a comptée son débiteur à désintéresser un de ses créanciers, ou à acquérir un immeuble. Dans ce cas, le débiteur pourra opposer au pupille une *exception de dol*, jusqu'à concurrence de ce dont il aura profité (*nisi locupletior pupillus factus esset*).

2° Le débiteur sera contraint de payer une seconde fois si le pupille n'a pas profité du paiement irrégulier. Exemple : le pupille a dépensé en de folles prodigalités la somme que lui a comptée son débiteur (Gaius, C. II, §§ 83, 84).

Il est bon de remarquer que le débiteur d'un pupille qui a payé au pupille *même autorisé de son tuteur* n'obtient pas une sécurité complète; il n'est libéré que *jure civili*. En effet, si le tuteur devient plus tard insolvable, le prêteur, par une *restitutio in integrum*, peut faire revivre au profit du pupille l'ancienne créance. Le débiteur sera donc forcé de payer une seconde fois. — Justinien a

innové sur ce point : il décide que le débiteur aura une complète sécurité (*plenissima securitas*), lorsqu'il aura payé au pupille assisté de son tuteur avec l'autorisation préalable du magistrat. Le paiement fait sous de telles conditions libère irrévocablement le débiteur (Inst., § 2, *eod.*).

Troisième application. — Le pupille est débiteur, il ne peut pas faire à son créancier un paiement valable, puisqu'il ne peut pas aliéner (*sine tutore auctore solvere non potest*). Il y a lieu d'appliquer ici les mêmes règles que nous venons d'étudier relativement aux choses que le pupille a livrées en *mutuum*.

Du mineur de vingt-cinq ans, du prodigue, du fou. — Le mineur de vingt-cinq ans en curatelle dans le dernier état du droit, le prodigue interdit et le fou dans ses moments non lucides, bien que propriétaires, ne peuvent cependant pas aliéner (1).

II. De ceux qui ne sont pas propriétaires et qui ont le droit d'aliéner la chose qui ne leur appartient pas.

Du créancier nanti d'un gage. — Le gage est l'objet remis par un débiteur à son créancier pour la garantie de sa créance à charge de restitution lors du paiement. Cette matière a subi dans la législation romaine plusieurs modifications.

1° Dans le *droit classique*, le créancier, par l'effet d'une mancipation ou d'une tradition, était rendu plein propriétaire de la chose qui lui était remise en gage. Seulement, le créancier s'engageait par un contrat de fiducie à restituer la propriété au débiteur lors du paiement. Il n'y avait pas alors d'exception à notre règle, car le créancier gagiste puisait dans son droit de propriété le pouvoir d'aliéner (Gaius, C. II, §§ 59, 60).

2° Plus tard, le créancier ne devient plus propriétaire de la chose donnée en gage ; il la détient pour le débi-

(1) Voy. *suprà*, liv. I, tit. XXIII, p. 123 et suiv.

leur, qui en conserve toujours la propriété. Mais les parties peuvent ajouter au contrat de *pignus* une convention aux termes de laquelle le créancier est autorisé à vendre ou à aliéner le gage, si à l'échéance la dette n'est pas payée par le débiteur (Gaius, C. II, § 64). Cette convention passe si bien dans l'usage que bientôt il n'est plus nécessaire de la stipuler expressément; elle est sous-entendue dans tout contrat de gage (L. 4, D., *De pignerat. act.*, liv. XIII, tit. VII). Bien plus, elle finit par devenir de l'essence même du contrat de gage; et malgré la clause qui enlèverait au créancier le *jus distrahendi*, il pourrait encore vendre le gage sous la condition d'annoncer la vente au débiteur par trois dénonciations préalables, afin que celui-ci pût exercer un droit de *préemption* (1). Ainsi (*et c'est là l'exception que nous avons à signaler*), le créancier gagiste peut aliéner ou vendre une chose dont il n'est pas propriétaire; il transfère le *dominium ex jure Quiritium* d'une chose *nec Mancipi*, mais il ne peut transférer que l'*in bonis* d'une chose *Mancipi* (2) (L. 4, D., *eod.*).

Du curateur agnat d'un insensé. — Ce curateur, d'après une disposition de la loi des Douze Tables, peut vendre les biens qui composent le patrimoine de l'insensé et transférer le *dominium ex jure Quiritium* de la chose, qu'elle fût *Mancipi* ou *nec Mancipi* (Gaius, C. II, § 64).

Il n'y a rien de certain relativement à un tuteur ou à un curateur qui ne serait pas agnat de l'incapable (3).

Du mandataire. — Le mandataire peut aliéner lorsqu'il a reçu expressément du mandant un pouvoir à cet effet ou lorsque ce pouvoir résulte clairement des circonstances, par exemple d'une autorisation d'adminis-

(1) Sic, Jourdan, *L'hypothèque*, p. 43.

(2) Voy., sur le contrat de *pignus* et sur l'hypothèque, *infra*, liv. III, tit. XIV, et liv. IV, tit. VI. — Comp. Code civ., art. 2078, 2079.

(3) Dans tous les cas, le tuteur ou le curateur datif ne pouvait jamais transférer que l'*in bonis*, même si la chose était *nec Mancipi*. Bodin, p. 61.

trer en toute liberté (*cum libera potestate*) (1). Mais on ne saurait l'induire de la seule généralité du mandat (2) (Instit., §§ 42, 43, liv. II, tit. I ; L. 63, D., *De procur.*, liv. III, tit. III).

TITRE IX

Par quelles personnes on acquiert.

Il faut distinguer à cet égard entre l'acquisition de la propriété et celle de la possession.

I. Acquisition de la propriété.

Une personne peut acquérir non seulement par elle-même, mais par des tiers qui sont sous sa puissance (*per eos quos in potestate habetis*) ; cette acquisition est nécessaire et forcée ; elle profite à celui qui a la puissance, même à son insu et contre son gré (*vobis ignorantibus et invitis*). C'est une conséquence de ce principe que celui qui est soumis à la puissance d'autrui ne peut rien avoir lui-même en propriété (*qui in potestate nostra est nihil suum habere potest*) (Gaius, C. II, § 86 ; Instit., *pr.*, liv. II, tit. IX).

Ainsi on peut acquérir :

Par les fils de famille, *in potestate patria*, — par la femme *in manu mariti* ; — par les esclaves *in mancipio* ; — par les esclaves *in dominica potestate* ; — par l'homme libre possédé à juste titre et de bonne foi comme esclave, et par l'esclave *in bonis*.

Sous Justinien ont disparu les femmes *in manu mariti* et les personnes libres *in mancipio*.

Par les fils de famille.

Dans l'ancien droit, tous les droits acquis par un en-

(1) Le mandataire, comme le créancier gagiste, pouvait transférer le *dominium ex jure Quiritium* d'une chose *nec mancipi*, mais il ne pouvait transférer que l'*in bonis* d'une chose *mancipi*. Bodin, *loc. cit.*

(2) Conf. Code civ., art. 1988.

fant profitaient au chef de famille qui était maître de les aliéner, de les vendre, de les donner même à un étranger (Instit., § 1, liv. II, tit. ix). Des restrictions successives furent apportées à ce principe par l'établissement des divers pécules (1). Ces pécules étaient au nombre de quatre :

1° Pécule *profectice*. — C'est le pécule constitué par le père de famille qui abandonne à son fils l'administration d'une partie de son patrimoine. Mais la séparation de ce pécule du patrimoine paternel n'est qu'une séparation de fait, que le père peut, à chaque instant, faire cesser par un acte de sa volonté. Les biens qui entrent dans la composition de ce pécule restent toujours, en droit, la propriété du père ; ils seront partagés à son décès entre tous ses enfants, en même temps que les autres biens de la succession paternelle ; ils peuvent être saisis par les créanciers du père. Cependant, en vertu d'une constitution de l'empereur Claude, mentionnée par Ulpien (L. 3, § 4, D., *De minor. vigint. quinq. ann.*, liv. IV, tit. iv), le pécule *profectice* doit être distrait du patrimoine paternel, lorsque ce dernier est saisi par le fisc.

2° Pécule *castrense* (*peculium castrense*). — Ce pécule, qui paraît remonter à Auguste, comprend tout ce qu'un fils de famille acquiert à l'occasion du service militaire. Le fils de famille a la pleine propriété des biens qui composent le pécule *castrense* ; il est considéré, relativement à ces biens, comme un père de famille (*vice patris familias*). Il peut en disposer soit entre-vifs, par des actes à titre onéreux ou gratuit, soit par testament (L. 4, § 1, L. 5, D., *De castr. pec.*, liv. XLIX, tit. xvii).

(1) Les jurisconsultes romains ne sont pas d'accord sur l'étymologie du mot *peculium*. — Ulpion (L. 5, § 3, D., *De pec.*, liv. XV, tit. 1) croit la trouver dans l'adjectif *pusillus*, léger, insignifiant, épithète très souvent applicable au pécule, surtout à son origine. — Varron (*de Ling. lat.*, XV, 95) la fait dériver de *pecus*, troupeau, parce que le pécule consistait à l'origine principalement en taureaux, brebis, etc. Festus reproduit cette dernière étymologie, qui nous paraît aussi la plus vraisemblable.

3° Pécule *quasi-castrense*. — Ce pécule n'apparaît que sous Constantin, en l'année 321 de notre ère (1). Il se compose, à l'origine, de toutes les acquisitions faites par les fils de famille à l'occasion de certaines fonctions à la cour du prince (*palatini principis*) (L. 1, C., *De castr. omn. palat. pec.*, liv. XII, tit. xxxi). Il y a désormais assimilation entre ceux qui servent l'État dans les armées et ceux qui remplissent certains offices dans le palais impérial. Peu à peu cette faveur d'avoir un pécule *quasi-castrense* est concédée aux avocats, par Théodose le Jeune ; aux évêques, aux chefs de presbytère et aux diacres, par Léon et Anthémios ; enfin aux professeurs d'arts libéraux, à tous ceux qui reçoivent des dons de l'empereur ou de l'impératrice ou qui sont rétribués par l'État, en vertu d'une constitution de Justinien (L. 57, C., *De bon. quæ lib.*, liv. LXI, tit. vi). Les droits du fils de famille sur le pécule *quasi-castrense* sont les mêmes que sur le pécule *castrense*. Il y a toutefois cette différence, qu'avant Justinien le droit de disposer par testament du pécule *quasi-castrense* n'appartenait qu'à ceux qui, par exception, en avaient obtenu une concession expresse. Justinien l'accorde à tous de plein droit (L. 37, C., *De inoffic. test.*, liv. III, tit. xxviii).

4° Pécule *adventice*. — C'est encore dans la législation de Constantin qu'il faut en chercher la source. Le pécule *adventice* (2) ne comprend, à l'origine, que les biens recueillis par le fils de famille dans la succession testamentaire ou *ab intestat* de sa mère (L. 1, C., *De bon. matern.*, liv. VI, tit. lx) ; il s'étend ensuite, sous Arcadius

(1) Telle est du moins l'opinion de la majorité des auteurs. — Suivant Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 235 ; Van Wetter, 2^e édit., t. II, § 591, p. 313, l'origine de ce pécule remonterait au règne d'Adrien.

(2) Cette dénomination *pécule adventice*, employée par les commentateurs, n'est pas romaine. Les textes se servent soit de l'expression *bona materna* (L. 1, C., *De bon. matern.*, liv. VI, tit. lx), soit des mots *bona quæ patri non adquiruntur* (LL. 1 et 6, C., *De bon. quæ liber.*, liv. VI, tit. lxi).

et Honorius, à toutes les libéralités, succession testamentaire, succession *ab intestat*, legs, fidéicommiss, donations qui proviennent à l'enfant d'un ascendant maternel (L. 2, C., *eod.*). Théodose et Valentinien y comprennent tout ce qu'un époux reçoit de son conjoint (L. 1, C., *eod.*). Léon et Anthémius y ajoutent les donations faites entre fiancés (L. 5, *eod.*). Enfin Justinien y fait entrer tout ce qui ne vient pas du père, tout ce qui, en dehors des pécules *castrense* et *quasi-castrense*, ne constitue pas un pécule *profectice* (1) (Instit., § 1, liv. II, tit. IX).

Le fils de famille a la nue propriété du pécule *adventice* dont l'usufruit appartient au père de famille. Si le père de famille émancipe son fils, avant Justinien, il peut retenir le tiers du pécule *adventice* en pleine propriété ; Justinien ne lui permet plus que d'en retenir la moitié en usufruit (2) (Instit., § 2, *eod.*)

Par les esclaves.

On peut avoir, sur un esclave, soit une propriété pleine et entière, soit un démembrement du droit de propriété.

Celui qui est seul plein propriétaire d'un esclave profite de toutes les acquisitions faites par cet esclave incapable de rien avoir en propre.

L'esclave qui appartient à plusieurs maîtres acquiert à

(1) Comp. Code civ., art. 384.

(2) Dans certains cas le père peut être privé de l'usufruit des biens de ses enfants ; il y a alors, suivant l'expression des commentateurs modernes, *peculium adventitium irregulare* ou *extraordinarium*. Par exemple : — 1° quand un tiers donne ou laisse quelque chose à l'enfant sous la condition expresse que le père n'en aura pas l'usufruit (conf. Code civ., art. 387) ; — 2° quand l'enfant succède *ab intestat* à un frère ou à une sœur concurremment avec le père (Comp. Code civ., art. 748, 751) ; — 3° quand il acquiert une succession malgré le père (Comp. C. civ., art. 730). — En cas de négligence grave, l'administration des biens de l'enfant peut même être retirée au père et confiée à un curateur, l'usufruit paternel demeurant intact. Mühlenbruch, t. III, § 569, 7° ; Windscheid, t. II, § 517, 1°, texte et note 5 a ; Van Welter, t. II, § 592, p. 316. — *Contra*, Vangerow, t. I, § 237, *Anm.* 1, c.

chacun de ses maîtres proportionnellement au droit qu'ils ont dans la propriété de l'esclave (*pro portione dominica*). Cette règle fait toutefois exception, lorsque l'acquisition est fondée sur un motif spécial à l'un des maîtres. Dans ce cas, l'acquisition ne profite qu'à ce seul maître (Gaius, C. III, § 167; L. 5, D., *De stipul. serv.*, liv. XLV, tit. III).

Celui qui a l'*usage* d'un esclave (*jus utendi*) ne peut acquérir par l'esclave que ce qui provient *ex re suâ* : par exemple, l'esclave a vendu une chose appartenant à l'usager, l'usager profite du prix ; ou bien il a acheté une chose avec les deniers de l'usager, l'usager devient propriétaire de la chose.

Celui qui a l'*usufruit* d'un esclave (*jus fruendi*) acquiert non seulement ce qui provient *ex re suâ*, mais ce qui provient *ex operis servi* : par exemple, l'esclave loue ses services à un tiers, il recueille un salaire pour prix de son travail. Ce salaire est un fruit de l'esclave et profitera à l'usufruitier (Gaius, C. II, § 91 ; Instit., § 4, liv. II, tit. IX).

Celui qui a la *nue propriété* d'un esclave (*jus abutendi*) profite de toutes les acquisitions de l'esclave qui n'ont pas le caractère de fruits : par exemple, des donations, des legs faits à l'esclave (Instit., § 4, *eod.*). Cette règle subit cependant des exceptions : il faut supposer, en effet, qu'un esclave a reçu une donation non pas en considération du maître, mais de l'usufruitier : par exemple, le donateur était un ascendant de l'usufruitier. Dans ce cas, le legs reviendra à l'usufruitier, et non pas au nu propriétaire. On respectera la volonté du testateur (LL. 21, 22, D., *De usuf.*, liv. VII, tit. I).

Par l'homme libre possédé à juste titre et de bonne foi comme esclave et par l'esclave in bonis.

Celui qui possède avec juste titre et de bonne foi, comme étant son esclave, un homme libre, ou l'esclave d'autrui, acquiert, par cet homme libre ou par cet es-

clave d'autrui, tout ce qui provient *ex re sua et ex operis ejus*. Il est donc assimilé à un usufruitier (Instit., § 4, *cod.*).

Cependant il y a une différence importante qui nous est signalée par les Institutes (*ibid.*) entre l'usufruitier d'un esclave et le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui. Le premier ne peut pas usucaper pour deux raisons : d'abord parce qu'il ne possède pas, ensuite parce qu'il sait que l'esclave appartient à autrui. Le second, au contraire, peut devenir propriétaire de l'esclave d'autrui, lorsqu'il l'aura possédé pendant le temps de l'usucapion.

Quid de l'homme libre qui n'est ni en puissance ni possédé de bonne foi comme esclave, et de l'esclave d'autrui possédé de mauvaise foi? — On ne peut acquérir la propriété par une personne libre, *sui juris*, indépendante de sa puissance, ni par l'esclave d'autrui que l'on possède de mauvaise foi. Ce sont là des conséquences de ce principe du droit civil qui ne permet pas à un citoyen romain de se faire représenter par autrui dans un acte juridique quelconque, soit qu'il s'agisse d'une acquisition, d'une aliénation, ou d'une obligation (1).

Observations relatives aux acquisitions par universalité.

Outre les acquisitions à titre particulier, il y a les acquisitions *par universalité*. Ainsi un fils de famille, ou un esclave a été institué héritier. Le père de famille ou le maître pourra recueillir par l'intermédiaire du fils ou de l'esclave le bénéfice de l'institution. Mais il faut remarquer que, dans cette hypothèse, l'acquisition ne se fait plus qu'avec le consentement et par l'ordre du père de famille ou du maître. Il est en effet de principe que les personnes soumises à la puissance d'autrui ne peuvent pas obliger envers des tiers celui sous la puissance duquel elles se trouvent. Or l'acceptation de

(1) Voy. *infra*, liv. IV, tit. vi.

l'hérédité entraîne l'obligation de payer les dettes du défunt (Instit., § 3, *eod.*).

L'esclave institué légataire n'a besoin, pour accepter le legs et le faire acquérir à son maître, ni d'un consentement, ni d'un ordre spécial, puisque cette acquisition n'entraîne aucune charge (Instit., *ibid.*).

II. Acquisition de la possession.

Ce n'est pas seulement la propriété que l'on peut acquérir par les personnes soumises à sa puissance, on peut encore acquérir la *possession* (1) (Instit., § 3 *in fine*). La possession, comme nous l'avons déjà vu (*supra*, p. 144 et 145), se compose de deux éléments : l'élément intentionnel (*animus*), l'élément matériel (*corpus*). L'intention, c'est-à-dire la volonté de posséder comme propriétaire, doit toujours se réaliser dans la personne de celui qui a la *potestas*. Le fait, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose, peut se réaliser à notre profit par l'intermédiaire d'une autre personne (*corpore vel nostro vel alieno*) (2). Ainsi, dire que l'on peut posséder par autrui, c'est dire seulement qu'autrui peut accomplir en notre lieu et place le fait de la détention matérielle de la chose (3) (L. 3, § 12, D., *De adq. vel am. poss.*, liv. XLI, tit. II).

De ces principes découlent les conséquences suivantes :

1° La possession ne peut être acquise, comme la propriété, *contre le gré* du père de famille ou du maître.

2° Elle ne peut être acquise même à *son insu* (*alieno animo*). Cependant on a admis de bonne heure une exception à cette dernière règle. Celui qui constitue

(1) Gaius (C. II, § 90) élève cependant quelque doute sur le point de savoir si la possession pouvait être acquise par une personne *in manu* ou *in mancipio*. Consult. Dubois, d'après Studniund, *Instit. de Gaius*, p. 165, note 251 *in fine*; Bodin, p. 61.

(2) Comp. Code civ., art. 2228 et suiv.

(3) Consult. Machelard, *Texte de dr. rom.*, 1^{re} part., *sur la possession*, p. 22 et suiv.; Maynz, t. I, § 167, p. 517, 3^e édit.; Van Wetter, t. I, § 150, p. 235 et suiv.

un pécule à son fils ou à son esclave devient à son *insu* possesseur de toutes les choses dont son fils ou son esclave acquiert la possession pendant la durée de l'administration de ce pécule (L. 1, § 5, D., *eod.*). On n'a pas voulu que le père de famille ou le maître fût obligé de s'inquiéter à chaque instant des opérations que pourraient faire le fils ou l'esclave mis à la tête du pécule (*ne cogarentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere*). Mais c'est là une exception plus apparente que réelle; car le père de famille ou le maître, en constituant le pécule, a donné dès le début une approbation générale à tous les actes que feraient dans la suite le fils ou l'esclave pour augmenter ce pécule (1).

Le principe que la possession ne peut être acquise à l'*insu* du possesseur et *alieno animo* a reçu une autre exception plus remarquable, le jour où il fut admis que le pupille *infans* pourrait acquérir la possession avec l'autorisation de son tuteur, *infans possidere recte potest* (L. 32, § 2, *eod.*). Or l'*infans* est incapable de vouloir (*affectionem tenendi non habet*); il devient donc possesseur sans avoir l'*animus domini*. C'est l'*auctoritas* qui, contrairement à tous les principes, remplace ici le *judicium infantis* qui fait entièrement défaut. Cette violation des principes qui gouvernent l'*animus possidendi* et l'*auctoritas tutoris* se justifie par la nécessité d'accorder à l'*infans* l'acquisition de la possession (2).

Observons que les corporations peuvent aussi acquérir la possession par leurs administrateurs, bien qu'elles n'aient pas l'*animus sibi habendi*.

Par qui peut-on acquérir la possession? — On peut acquérir la possession par son fils de famille, par son esclave à condition de le posséder (3), par l'esclave d'au-

(1) Comp. Machelard, *loc. cit.*, p. 50 et suiv.

(2) Machelard, p. 54 et suiv.

(3) Le *servus hereditarius* ne peut acquérir la possession, à moins

trui que l'on possède de bonne foi, par l'esclave sur lequel on a un droit d'usufruit. Toutefois, dans ce dernier cas, la possession n'est acquise que si elle provient *ex duabus causis* : — *ex re sua*, — *et ex operis servi* (1) (Instit., § 4, liv. II, tit. IX).

A la différence de la propriété, la possession s'acquiert par une personne libre, *sui juris*. Cette possession peut même entraîner par voie de conséquence la propriété (Instit., § 5, *eod.*). Remarquons que l'on peut, même à *son insu*, acquérir la possession par une personne libre. Ainsi celui qui charge une personne de recevoir une certaine chose devient possesseur du moment que le mandataire a reçu la chose à sa disposition, alors même qu'il ignore l'instant précis de la prise de possession (L. 1, C., *Pro empt.*, liv. VII, tit. XXXII). Toutefois, si la propriété ne résulte pas de la possession, si l'usucapion est nécessaire, celle-ci ne commence à courir que du moment où il y a connaissance acquise de la possession (L. 47, D., *De usurp.*, liv. XLI, tit. III).

Il se peut même que le tiers ait agi *sponte sua*, et non par suite d'un mandat ; la tradition qui lui a été faite ne conférera la possession au représenté qu'autant qu'il y aura de la part de celui-ci ratification (L. 42, § 1, D., *De negot. gest.*, liv. III, tit. v).

que ce ne soit *ex causa peculiari*, au cas où le défunt lui aurait confié un pécule. Il est évident, en effet, que l'*animus domini* ne saurait exister dans une *hereditas* ; la fiction qui permet au *servus hereditarius* d'acquérir pour le compte de l'hérédité toute espèce de droits réels, sauf cependant des servitudes personnelles, n'a plus d'application dans le domaine des faits positifs.

(1) Ces solutions faisaient difficulté du temps de Gaïus (C. II, § 94), et la difficulté provenait de ce que l'usufruitier ne possède pas l'esclave. Mais on fit remarquer que le fils de famille, qui n'est jamais possédé par son père, lui acquiert pourtant très régulièrement la possession. Aussi Justinien tranche la question sans hésitation. Accarias, t. I, n. 299, p. 735.

TITRE X

Des testaments.

Après les modes d'acquérir à *titre particulier*, viennent les modes d'acquérir à *titre universel* (*per universitatem*). L'acquisition à titre universel la plus importante est celle qui résulte de la succession à l'hérédité d'une personne (Instit., § 6, liv. II, tit. IX).

On entend, par hérédité, le patrimoine du défunt, cet ensemble de biens et de dettes que la loi des Douze Tables nommait *familia* (1).

L'hérédité est déferée : 1° par la volonté du testateur ; 2° par la loi (2). Dans le premier cas, elle est dite *testamentaire* ; dans le second, *ab intestat* (Instit., § 6, *ibid.*).

Définition du mot testament. — Le testament est un acte *solennel* et de *dernière volonté*, par lequel une personne *dispose de son hérédité* (3) (Ulpian, *Reg.*, tit. XX, § 1 ; L. 1, D., *Qui test. fac. pot.*, liv. XXVIII, tit. 1).

Un acte solennel (*solemniter facta, justa sententia*), car certaines formalités étaient nécessaires à la validité du testament.

De dernière volonté, car les dispositions testamentaires ne devaient jamais être exécutées qu'après la mort du testateur (*ut post mortem nostram valeat*).

(1) Plus spécialement le mot *familia* désignait l'ensemble des esclaves compris dans un patrimoine. Appliquée aux personnes, cette expression embrassait soit tous les descendants d'un auteur commun (cognats), soit toutes les personnes rattachées entre elles par le lien d'agnation (agnats). Comp. Jhering, trad. de Meulenaere, t. II, p. 151, note 209, et p. 155, note 221.

(2) Conf. Code civ., art. 718 à 892, — 967 à 1047.

(3) Comp. Code civ., art. 895. Le testament français ressemble au testament romain, en ce qu'il est, comme lui, solennel et révocable jusqu'au décès ; mais il en diffère, en ce qu'il peut ne pas contenir une institution d'héritier, ni porter sur l'hérédité toute entière.

Par lequel une personne *dispose de son hérédité* ; la désignation d'un héritier, d'une personne qui sera successeur *in universum ejus*, et continuera la personne du défunt, est, comme le dit Gaius, *caput et fundamentum totius testamenti*. Sans institution d'héritier, le testament ne vaut rien. D'un autre côté, est nulle toute institution d'héritier qui ne se trouve pas renfermée dans le testament.

Etymologie du mot TESTAMENTUM. — Celle des Institutes (*testatio mentis*, attestation de la volonté) est généralement repoussée (*pr.*, liv. II, tit. x) (1).

FORME DU TESTAMENT.

La forme du testament a changé avec le temps.

I. Testament Calatis comitiis. — **Testament in procinctu.** — Dans le très ancien droit romain, le testament se faisait sous la forme d'une loi (*uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*). Le citoyen romain exprimait sa volonté devant le peuple (*teste populo*) assemblé dans les comices par curies (*calatis comitiis*). Le peuple approuvait.

Inconvénients de ce mode de tester.

1° Le testament *calatis comitiis* ne pouvait se faire qu'à Rome ; car, à Rome seulement, se réunissaient les comices.

2° Ce testament, du moins à l'origine, était le privilège des patriciens ; car les patriciens avaient seuls, à l'exclusion des plébéiens, le droit de figurer dans les comices par curies.

3° Ce testament ne pouvait se faire que deux fois par

(1) Suivant Demangeat, 3^e édit., t. I, p. 638, le mot *testamentum* viendrait de *testatio, testari*, mais la désinence *mentum* n'aurait aucun rapport avec le substantif *mens*. Notre savant maître cite à l'appui de son opinion un texte d'Aulu-Gelle (*Nuits att.*, VI, 12). — Telle est aussi l'opinion d'Accarias, *Préc. de dr. rom.* (3^e édit.), t. I, p. 795, note 1.

an ; car les comices n'étaient convoqués pour cet objet que deux fois dans l'année.

A la même époque, à côté du testament *calatis comitiis*, existait le testament *in procinctu*. C'était le testament des temps de guerre. Le citoyen romain exprimait sa volonté devant l'armée près d'engager le combat (*in prælium exituri*). L'armée remplissait ici l'office du peuple (Gaius, C. II, § 101 ; Instit., § 1, liv. II, tit. x).

III. Testament per æs et libram. — Les inconvénients de ces deux modes de faire un testament annulaient presque le droit de tester. Pour y remédier, les Prudents imaginèrent le testament *per æs et libram*, qui ne tarda pas à remplacer le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu*. Le citoyen romain vendait, avec les formalités ordinaires de la mancipation, son hérédité (*familiam suam*) à celui qu'il avait choisi pour son héritier ; et cette mancipation devait être faite à l'héritier lui-même *directement* et sans *intermédiaire* (Gaius, C. II, § 102 ; Instit., § 1, *eod.*).

Avantage qui résultait de cette forme. — Elle pouvait être employée à toute époque.

Double inconvénient. — 1° L'acheteur (*familie emptor*) acquérait par la mancipation un droit définitif sur l'hérédité, car le testateur ne pouvait plus changer de volonté.

2° Les dispositions du testament n'étaient pas secrètes, et on avait sujet de craindre que l'héritier, pour jouir plus vite des biens, n'attentât à la vie du testateur.

Une modification était donc nécessaire. Bientôt il s'établit dans l'usage de ne plus manciper l'hérédité à celui qu'on voulait instituer, mais à un acheteur fictif. Par un contrat de fiducie, ce tiers s'engageait à restituer l'hérédité à celui dont le nom était désigné dans un écrit que le testateur présentait comme son testament. Ainsi, il y avait deux formalités distinctes : 1° la *mancipation* de l'hérédité à un acheteur fictif (*fa-*

miliae mancipatio) ; 2° la *nuncupation*, c'est-à-dire la déclaration solennelle par laquelle le testateur confirmait toutes les dispositions écrites dans les *tabulae testamenti* (Gaius, C. II, §§ 103, 104 ; Ulpien, *Reg.*, tit. xx, § 9).

III. Testament nuncupatif. — Ce testament consistait dans une simple déclaration orale que le testateur faisait de sa volonté en présence de sept témoins. Ce testament était valable d'après le droit civil (Instit., § 14, liv. II, tit. x).

Avantage résultant de cette forme. — Elle offrait à ceux qui ne savaient pas écrire la facilité de tester.

Double inconvénient. — 1° Ce testament confié à la mémoire des témoins n'avait qu'une existence précaire, incertaine, comme la mémoire elle-même ou la vie des témoins ; 2° de plus il obligeait le testateur à déclarer publiquement le nom de l'héritier, qui était alors intéressé au décès du disposant.

IV. Testament du droit prétorien. — Le préteur n'exigeait aucune mancipation. Le testateur écrivait ses dispositions testamentaires sur des tablettes qu'il présentait à sept témoins ; il leur déclarait que ces tablettes renfermaient la désignation d'un héritier et des charges qu'il lui imposait. Les sept témoins se bornaient à apposer sur les *tabulae testamenti* leur cachet (*signaculum, annulum*) (Gaius, C. II, § 119 ; Instit., § 2, *eod.*). Tous les témoins pouvaient employer le même cachet et à plus forte raison des cachets distincts et particuliers (Instit., § 5, *eod.*). Ce testament prétorien désérait non pas l'hérédité proprement dite, mais la *bonorum possessio* qui, en réalité, conférait tous les avantages de l'hérédité civile, lorsqu'il n'y avait pas de testament civil ; mais il cédait toujours devant ce dernier testament, qu'il lui fût antérieur ou postérieur (1) (Ulpien, *Reg.*, tit. xxii, § 6, tit. xxviii, § 6).

(1) Sic, Puchta, *Instit.*, t. III, § 318 ; Van Wetter, t. II, § 657, p. 390. Comp. Maynz, t. III, § 449.

Au Bas-Empire, les constitutions impériales ont ajouté au testament de droit prétorien une formalité nouvelle qui consistait dans la nécessité imposée aux témoins de mettre leur signature sur le testament (*subscriptionem*).

V. Testament tripartite (*tripertitum*). — Cette dernière forme du testament, introduite par Théodose le Jeune et Valentinien III, provient de la fusion du droit civil avec le droit prétorien et les constitutions impériales. De là le nom de testament tripartite.

1° *Du droit civil* dérive la présence de témoins *uno contextu*. Ce qui veut dire qu'une fois le testament présenté aux témoins, toutes les formalités nécessaires à la solennité de cet acte doivent être accomplies d'un trait, sans interruption (*nullum actum alienum testamento intermiscere*).

2° *Du droit prétorien* dérivent l'apposition des cachets sur l'enveloppe extérieure (*superscriptio*) et le nombre des témoins (*septem testibus*).

3° *Des constitutions impériales* dérive la signature du testateur et des témoins au bas du testament, sous l'enveloppe (*subscriptio*). — Si le testateur ne peut ou ne sait pas signer, on appelle un huitième témoin (Instit., § 3, *eod.*).

A toutes ces formalités Justinien en ajoute une nouvelle. D'après une constitution au Code (L. 29, *De testam.*, liv. VI, tit. xxiii), le nom de l'héritier doit être écrit de la main du testateur lui-même dans le testament. Si le testateur ne sait pas écrire, il est obligé de déclarer le nom de l'héritier aux témoins qui le mentionnent dans leurs *subscriptiones*. Cette disposition dangereuse est supprimée bientôt par une nouvelle du même empereur (Nov. CXIX, chap. xi).

Observation. — Au Bas-Empire, à côté du testament tripartite a subsisté le testament *verbal* ou *nuncupatif*, qui, comme nous l'avons vu, offre à ceux qui ne savent

pas écrire l'avantage de faire un testament valable d'après le droit civil (1) (Instit., § 14, *eod.*).

DES PERSONNES QUI PEUVENT SERVIR DE TÉMOINS DANS UN TESTAMENT

Deux espèces de conditions sont exigées : des conditions *absolues* de capacité et des conditions *relatives*.

I. Conditions absolues de capacité. — Le principe est que l'on peut employer comme témoins tous ceux avec qui on a *faction de testament*.

Faction de testament : cette expression désigne la capacité de concourir à la confection d'un testament : or, on concourt à un testament soit comme *testateur*, lorsqu'on dispose de son hérédité, soit comme *institué*, lorsqu'on est appelé à recueillir l'hérédité d'autrui, soit comme *témoin*. Ces trois actes exigent trois capacités : 1° celle nécessaire pour faire un testament ; 2° celle nécessaire pour être institué héritier ; 3° celle nécessaire pour servir de témoin.

Ces trois capacités existent quelquefois dans la même personne. On dit alors que cette personne a une *testamenti factio complète*. Mais souvent elles sont séparées, et tel individu qui a la *testamenti factio* à un point de vue ne l'a pas à un autre. La *testamenti factio* est dans ce cas *restreinte*.

En général, celui-là peut être témoin qui serait valablement institué par le testateur.

Cette règle souffre des exceptions.

1° Une *femme* a la *testamenti factio* pour acquérir une hérédité, même pour disposer par testament, mais après avoir subi une *capitis deminutio* (2) (Gaius, C. II,

(1) Le législateur français ne reconnaît que trois testaments ordinaires : le testament olographe, le testament public et le testament mystique (C. civ., art. 969).

(2) V. *infra*, liv. II, tit. XII, p. 244.

§ 112 ; Ulpien, *Reg.*, lit. xx, § 15). — Cependant elle ne peut pas être appelée pour servir de *témoin* dans un testament (1) (Instit., § 6, *cod.*).

2° Un *impubère* peut être institué héritier avant d'avoir atteint l'âge de quatorze ans ; — cependant il ne peut jamais tester, pas même avec l'autorisation de son tuteur (Gaius, C. II, § 113), ni figurer comme *témoin* dans un testament (2) (Instit., § 6, *cod.*).

3° Un *esclave* a la *testamenti factio* à l'effet d'être institué héritier (Gaius, C. II, § 87) ; — cependant de même que l'impubère, il n'a ni la capacité de tester ni celle de figurer comme témoin dans un testament (Instit., *ibid.*).

4° Un *fou* (*furiosus*), si ce n'est dans les intervalles lucides, un *sourd* (*surdus*), un *muet* (*mutus*), n'ont à l'origine la *factio* de testament en aucune qualité. Après la modification du testament *per as et libram* ils deviennent capables d'être institués héritiers ; — cependant ils restent toujours frappés de l'incapacité de tester et de figurer comme témoins dans un testament (3).

5° Les *prodigues* sont régis par les mêmes principes (4).

6° Les personnes *infâmes* (*improbum intestabilemque*) sont également incapables, parce qu'on ne peut prendre pour témoins d'un testament que des hommes de bonne réputation (5) (*bonæ opinionis*) (Instit., *ibid.*). — La même prohibition s'applique aux hérétiques.

A quel moment est requise la capacité des témoins. — Au moment même de la confection du testament (*testamenti quidem faciendi tempore*). Peu importe que les témoins perdent ensuite cette capacité. Cependant, d'après des rescrits d'Adrien et de Sévère, la présence d'un esclave qui aurait figuré comme témoin dans un testament ne vicie pas le testament alors que l'incapacité de l'esclave était inconnue, et que les investigations les plus minu-

(1-2-3-4-5) Conf. Code civ., art. 980.

tieuses n'auraient pas fait découvrir l'erreur (Instit., § 7, *eod.*).

II. Conditions relatives de capacité. — Sont frappés d'une incapacité relative ceux qui, capables en général de servir de témoins dans un testament, ne peuvent pas figurer comme témoins dans le testament de telle personne déterminée. Ainsi, le testateur ne peut employer comme témoins dans son testament les enfants qu'il a sous sa puissance. — Mais que décider, lorsqu'un fils de famille qui a un pécule *castrense* dispose par testament de ce pécule? L'intervention du père de famille comme témoin est-elle valable? Justinien déclare, d'après Gaius et à l'encontre de Marcellus et d'Ulprien, que ni le père, ni les frères du testateur soumis avec lui à la puissance du même chef, ne pourront servir de témoins dans le testament relatif à ce pécule (*reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium*) (Instit., § 9, *eod.*). — D'ailleurs, rien n'empêche de prendre dans une même maison plusieurs témoins pour un acte étranger à cette maison. Exemple : le père de famille et le fils qu'il a sous sa puissance, des frères soumis à la même puissance, peuvent servir de témoins du même testament (Instit., § 8, *eod.*).

Sont également incapables d'être témoins l'héritier institué ; — s'il est père de famille, ceux qui se trouvent sous sa puissance ; — s'il est fils de famille, le père sous la puissance duquel il se trouve, et ceux qui s'y trouvent avec lui (Instit., § 10, *eod.*).

Quant aux légataires et aux fidéicommissaires, ils peuvent être témoins dans un testament, parce qu'ils ne jouent pas un rôle principal dans l'acte (*quia non juris successores sunt*). — A plus forte raison en est-il de même des personnes qui sont unies aux légataires et aux fidéicommissaires (*aliis personis eis conjunctis*) (1) (Instit., § 11, *eod.*).

(1) *Contrà*, Code civ., art. 975.

TITRE XI

Du testament militaire.

Les militaires ont obtenu des Constitutions impériales plusieurs privilèges importants :

I. Privilèges relatifs à la forme du testament. — Les militaires ne sont pas tenus d'observer les règles positives du droit civil qui gênaient la liberté du testateur (1). Pas de solennité nécessaire. De quelque manière qu'un militaire manifeste sa volonté, pourvu que cette volonté ne soit pas douteuse, elle suffit pour constituer un testament valable (*sufficiat nuda voluntas testatoris*) (2). Il en résulte que le testament fait par un individu non militaire, sans les formalités du droit civil, peut être validé, si, devenu militaire, l'individu manifeste d'une façon quelconque l'intention de donner effet à ce testament, par exemple en y ajoutant ou modifiant quelque chose. Le testament prend dès lors la valeur d'un testament militaire (*quasi ex nova militis voluntate*) (Instit., *pr.* et §§ 1, 4, liv. II, tit. XI).

Pendant combien de temps les militaires jouissent-ils de ces privilèges ? — Avant Justinien, le privilège de tester dans la forme militaire était accordé aux militaires aussi longtemps qu'ils étaient au service. Ainsi un testament fait par un militaire (*extra expeditionem*), c'est-à-dire en temps de paix dans une garnison, était dispensé des formalités du droit civil. Cette dispense s'étendait même au testament fait par un vétéran (*post missionem*). — Justinien décide que les militaires ne pourront désormais tester sans aucune forma-

(1) Comp. Code civ., art. 981, 982.

(2) Les dispositions testamentaires d'un soldat seraient encore valables, alors même qu'elles auraient été écrites avec son sang sur son bouclier, ou bien qu'elles auraient été tracées avec son épée sur le sable (L. 15, C., *De test. milit.*, liv. VI, tit. XXI).

lité que pendant la durée d'une expédition (*in expeditione*) (1) (Inst., § 3, *eod.*).

Quelle est la durée d'un testament militaire ? — Avant Justinien, le testament militaire valait pendant tout le temps du service, et même pendant un an après la rentrée du militaire dans ses foyers. — Sous Justinien, le testament militaire conservera sa validité pendant le délai d'un an après la fin de l'expédition. Si donc le militaire meurt *intra annum post missionem*, son testament, fait *in expeditione*, sera valable. S'il meurt après ce délai, son testament sera nul (2) (§ 3, *eod.*).

II. Privilèges relatifs à l'exercice du droit de tester.

— Certaines personnes incapables de faire un testament d'après le droit commun sont capables de tester en leur qualité de militaire. Exemple : un fils de famille n'a pas le droit de tester, même avec l'autorisation de son père. S'il est militaire, il devient capable de disposer de son pécule *castrense*, même sans autorisation du chef de famille (Instit., § 6, *eod.*). — Un sourd, un muet, dans le droit classique, ne peut pas valablement tester. Au contraire, le militaire sourd ou muet a par privilège l'exercice du droit de tester (Instit., § 2, *eod.*).

III. Privilèges relatifs à la capacité de ceux en faveur de qui on peut tester. — Les militaires pouvaient instituer utilement héritières des personnes qui, dans le droit commun, étaient incapables de recevoir par testament. Exemple : les pérégrins, les déportés, etc. (Gaius, C. II, § 110 et 111). Toutefois le *servus pœnæ* ne pouvait être institué par un militaire (3) (L. 13, § 2, D., *De test. milit.*, liv. XXIX, tit. 1).

IV. Privilèges relatifs à la liberté et à l'étendue des

(1) Conf. Code civ., art. 983.

(2) Comp. même Code, art. 984.

(3) Rappelons que, sous Justinien, les hérétiques ne pouvaient, non plus, rien recevoir *ex testamento militis* (L. 22, C., *De heret.*, liv. I, tit. v).

dispositions testamentaires. — Les militaires étaient dispensés de la nécessité d'instituer ou d'exhérer leurs héritiers siens. Le silence des militaires sur leurs héritiers siens équivalait à une exhéredation nominative. — Il est bon de remarquer que Justinien a restreint cette faculté aux seuls soldats en expédition (Instit., § 6, liv. II, tit. XIII). — Les militaires pouvaient mourir partie *testat* et partie *intestat*, avoir en même temps un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat* (1) (*nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest.* Instit., § 5, liv. II, tit. XIV). Ils pouvaient instituer un héritier *ex certo die*, c'est-à-dire à partir d'une certaine époque, ou *ad certum diem*, c'est-à-dire jusqu'à une certaine époque. — S'ils laissaient plusieurs testaments, ils étaient tous exécutés; ils disposaient valablement de leur hérédité même par codicilles (L. 19, *pr.*, L. 36, *pr.*, D., *De testam. mil.*, liv. XXIX, tit. 1).

De quelques autres testaments privilégiés. — D'autres testaments étaient encore soustraits à l'application des formes ordinaires. Tels étaient par exemple : — le testament fait en temps de peste (2) (L. 8, C., *De test.*, liv. VI, tit. XXIII); — le testament fait à la campagne (3) (L. 31, C., *ibid.*; Nov. Leonis, XLIII); — le testament fait *inter liberos* (4) (L. 21, C., *ibid.*; Nov. CVII, ch. 1, II).

TITRE XII

Des personnes à qui il n'a pas été permis de tester.

Il faut distinguer deux choses : le droit de tester, l'exercice du droit de tester.

(1) Voy., sur la portée de la règle : *nemo paganus*, etc., une savante dissertation publiée, en 1867, par M. Massol, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

(2) Comp. Code civ., art. 985, 986, 987.

(3) *Ibid.*, art. 974.

(4) *Ibid.*, art. 1076.

I. Du droit de tester, pria en dehors de l'exercice de ce droit.

Pour avoir le droit de tester, il faut avoir le *jus commercii*; mais cela ne suffit pas, il faut être *pater familias*, c'est-à-dire *sui juris*, ne dépendant de personne; cela ne suffit pas encore, il faut de plus avoir reçu du législateur la faculté de tester; car cette faculté n'est pas toujours une conséquence du droit de propriété (1).

Ne peuvent pas faire de testament :

1° Le *Latin-Junien*. La loi Junia leur refuse en effet ce droit (Ulpien, *Reg.*, tit. xx, § 14);

2° Le *pérégrin deditice*; car il n'a pas le *jus commercii* (Ulpien, *ibid.*);

3° Le citoyen romain qui, par suite d'une condamnation (exemple, la déportation), aurait perdu la cité romaine (2);

4° L'esclave, puisqu'il n'a pas de biens en propre; il y a toutefois une exception en faveur de l'esclave public du peuple romain (*servus publicus populi romani*), qui peut disposer par testament de la moitié de son avoir (Ulpien, tit. xx, § 16);

5° Les apostats, ainsi que plusieurs sectes d'hérétiques, notamment les Manichéens (L. 3, C., *De apost.*, liv. I, tit. vii).

6° Le fils de famille. Même avec l'autorisation de son père, le fils de famille ne pouvait légalement tester, *quoniam nihil suum habet* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xii).

Lorsque les fils de famille eurent obtenu la constitution du pécule *castrense* sur lequel ils avaient tous les droits d'un propriétaire *sui juris*, d'un père de famille, il leur fut accordé assez promptement le droit de disposer par testament de ce pécule *castrense*. D'abord cette concession fut limitée à la durée du service militaire.

(1) Comp. Code civ., art. 902.

(2) V. loi 31 mai 1854, art. 3.

Adrien l'étendit aux vétérans, c'est-à-dire à ceux qui avaient quitté le service militaire (Instit., *ibid.*).

De même, à partir de Constantin, les fils de famille, fonctionnaires publics, ont pu posséder en propre, à titre de pécule *quasi-castrense*, ce qu'ils acquéraient dans l'exercice de leurs charges. Cependant ils n'ont pas reçu, dès cette époque, la permission de tester sur ce pécule. Ce n'est que sous Justinien que ce droit leur fut accordé. Quant au pécule *adventice*, bien qu'il fût réputé la propriété des fils de famille, ceux-ci n'en pouvaient disposer par testament. Ce droit, en effet, ne leur avait été accordé par aucune loi. Cependant il leur était permis de faire des donations à cause de mort des biens constituant ce pécule, mais avec le consentement de leur père de famille. La raison de cette distinction est que la donation à cause de mort était considérée comme du droit des gens (Instit., *pr.*, *cod.*).

Que décider dans le cas où le fils de famille, ayant un pécule *castrense*, était mort sans en avoir disposé par testament? Le pécule revenait au père de famille qui était considéré non comme un successeur, mais comme ayant toujours été propriétaire de ces biens. Tel était du moins le droit à l'origine (LL. 9, 19, §§ 3 et 5, D., *De castr. pec.*, liv. XLIX, lit. XVII). Justinien a-t-il apporté quelque modification à cet état de choses? Les commentateurs ne s'accordent pas sur le sens de cette phrase des Institutes (*pr.*) : « *Si intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstilibus ad parentes eorum jure communi pertinebit.* » — Les uns, notamment Cujas, prétendent que ces mots *jure communi* veulent dire *jure communi peculii*, *jure pristino*. D'après cette opinion, le pécule *castrense* ferait retour au père comme un pécule ordinaire, par droit de puissance paternelle. D'où les conséquences suivantes : 1° le père de famille, n'étant pas héritier, ne sera point obligé de payer les dettes de son fils *ultra vires*, il n'en sera tenu que dans la limite du

pécule (*de peculio*) ; 2° il n'en sera tenu que par l'action *de peculio*, c'est-à-dire pendant un an à partir du décès du fils, quelle que fût la durée des actions contre ce dernier ; 3° si les choses du pécule sont entre les mains d'un tiers, le père ne pourra point exercer la *petitio hereditatis*. Il devra intenter la revendication ; et comme cette action ne peut avoir pour objet une *universitas juris* telle que le pécule, il devra revendiquer en particulier chacune des choses qui composent le pécule. 4° Enfin, le père de famille ne venant point comme héritier, ne sera pas, dans le dernier état du droit, primé par les enfants du défunt, par ses frères et sœurs, etc. Cette opinion est enseignée par Théophile, le contemporain de Justinien, dans sa paraphrase des Institutes (1). — D'autres jurisconsultes parmi lesquels on cite Vinnius, Fernandez de Retez, soutiennent qu'il faut donner à ces mots *jure communi* le sens de *jure communi successionis*. D'après cette opinion, le pécule *castrense* reviendrait au père par droit de succession. D'où il résulte que le père de famille pourra être tenu au delà des biens du pécule, s'il n'a pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. L'action des créanciers durera le temps ordinaire de la durée des actions, trente ans. La revendication des biens du pécule aura lieu en masse par une action unique, la *petitio hereditatis* (2).

II. De l'exercice du droit de tester.

Ne peuvent exercer le droit de tester :

(1-2) Ortolan, t. II, n. 688, et t. III, n. 1030 ; Thézard, *Rép. écr. de dr. rom.*, p. 138 ; Brocher, *Étude hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 38, se prononcent dans le premier sens. Telle est aussi la doctrine professée par M. Gide à son cours. — Mais l'opinion contraire est aujourd'hui plus généralement adoptée. Voy. Ducaurroy, *Instit. expl.*, t. II, n. 857 ; Demangeat t. I, p. 655 ; Accarias (3^e édit.), t. I, n. 297, p. 729 et 730, texte et note 1 ; Namur (2^e édit.), t. I, § 57, p. 76 ; Van Wetter, t. II, § 591, p. 314 ; Maynz, t. III, § 415, p. 97 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 559, note 1 ; Labbé et Machelard, à leurs cours.

1° Les impubères (1), parce qu'ils n'ont pas de jugement (Instit., § 1, liv. II, tit. XII);

2° Les fous, parce qu'ils manquent de raison (2). Toutefois le testament fait par un fou dans un intervalle lucide est réputé valable (Instit., *ibid.*);

3° Les prodigues, à cause de l'interdiction prononcée contre eux par le préteur (3) (Instit., § 2, *eod.*);

4° Les sourds et les muets dans l'ancien droit (Ulpien, *Reg.*, tit. XX, § 13). Justinien a accordé aux muets la faculté de tester par écrit; et aux sourds celle de tester dans la forme ordinaire. Il n'y a plus que les sourds et muets de naissance qui restent frappés de l'incapacité de faire un testament (Instit., § 3, *eod.*).

Remarquons que la folie, l'interdiction, la surdité, la perte de la parole, survenant après la confection d'un testament, ne l'annulent en rien. D'un autre côté, le testament fait par un impubère, un fou, un prodigue, un sourd, un muet, en état d'impuberté, de folie, d'interdiction, de surdité, de mutisme, ne devient pas valable parce que le testateur meurt étant pubère, sain d'esprit, relevé de l'interdiction, ou après avoir recouvré l'ouïe et la parole (Instit., §§ 1, 2, 3, *eod.*).

5° Les aveugles. Dans l'ancien droit, aucune règle n'empêchait les aveugles de tester (4) (Paul, *Sent.*, § 4, liv. III, tit. IV, a). Mais une constitution de l'empereur Justin, maintenue par Justinien, exige, outre les sept témoins, la présence d'un tabellion (*tabularius*) dans la confection de leur testament (Instit., § 4, *eod.*; L. 8, C., *Qui test. fac. poss.*, liv. VI, tit. XXII).

6° Les femmes. Longtemps les femmes n'ont pu tester qu'après avoir subi une *capitis deminutio*, c'est-à-dire après avoir fait la *coemptio* avec un tiers. Depuis un

(1) Comp. Code civ., art. 903, 904.

(2) Même Code, art. 901.

(3) *Ibid.*, art. 502 et suiv., 902.

(4) *Contra*, Accarias, t. I, n. 326, p. 818.

sénatus-consulte du règne d'Adrien, elles ont obtenu ce droit sous le contrôle de leur tuteur (1) (Gaius, C. I, § 115 a).

A quel moment faut-il que la capacité de tester ait existé chez le testateur?

D'après le droit civil, la capacité de tester et de transmettre par testament doit exister ; 1° au moment de la confection du testament ; 2° au moment de la mort ; 3° pendant le temps intermédiaire entre la confection du testament et la mort du testateur.

D'après le droit prétorien, il suffit que le testateur soit capable de tester et de transmettre par testament : 1° à l'époque de la confection de l'acte ; 2° à l'époque de sa mort. Il importe peu que la capacité ait duré sans intermittence depuis le jour de la confection du testament jusqu'à la mort du testateur.

Les *constitutions impériales* ont suivi les règles du droit prétorien.

Influence particulière de la captivité sur le droit et l'exercice du droit de tester.

Il y a deux hypothèses distinctes :

1° Un citoyen romain, après avoir fait son testament, tombe au pouvoir des ennemis. Quel sera le sort de ce testament? Strictement il devrait être nul à cause de la *maxima capitis deminutio* qui s'est opérée. A l'aide de deux fictions on est arrivé à maintenir à ce testament sa valeur primitive, soit que le testateur revienne à Rome, soit qu'il meure chez l'ennemi. — Au cas de retour, le *jus postliminii* efface toutes les traces de captivité. Les droits du prisonnier, suspendus, mais non détruits par la captivité, revivent dans toute leur étendue. Le testament fait *ante captivitatem* se trouve être resté valable. — Au cas de mort chez l'ennemi, une loi Cornelia *de falsis*, proposée par Sylla (an de Rome 673), établit cette

(1) Comp. Code civ., art. 905.

règle que le captif est censé mort au moment même où il a été fait prisonnier. Par conséquent, il est mort dans la plénitude de ses droits; il a donc pu laisser un testament valable (Instit., § 5, liv. II. tit. XII).

2° Un citoyen romain, prisonnier chez l'ennemi (*in captivitate*) fait son testament. Ce testament est toujours nul, soit que le testateur revienne, soit qu'il meure en captivité; car le testateur manquait de l'exercice du droit de tester, au moment où il a voulu faire son testament. (L. 8, D., *Qui test. fac. pos.*, liv. XXVIII, tit. 1; L. 18, D., *De captivis*, liv. XLIX, tit. xv).

Il n'y a point lieu ici à l'application du *jus postliminii*.

TITRE XIII

De l'exhérédation des enfants.

I. Loi des Douze Tables.

Dans le droit primitif, le père de famille pouvait disposer de son hérédité sans aucune restriction. *Uti legassit... suæ rei, ita jus esto*, disait la loi des Douze Tables. Cette liberté engendra des abus. Il n'était pas juste, en effet, que les enfants qui par leur travail avaient contribué à la formation et à la prospérité du patrimoine, fussent exclus par un étranger de toute espèce de part à l'hérédité de leur père.

Des modifications furent apportées à cette matière : — par le droit *civil* — par le droit *prétorien* — par les *constitutions de Justinien*.

II. Droit civil.

Les jurisconsultes ont considéré les enfants placés sous la puissance d'un chef de famille comme des copropriétaires du patrimoine paternel. A la mort du père, ils conservaient sur ce patrimoine une propriété qu'ils avaient eue antérieurement plutôt qu'ils n'acquéraient

un droit nouveau. Ils se succédaient pour ainsi dire à eux-mêmes (*heredes sui*). Cette idée admise, il ne suffisait plus, pour dépouiller les enfants de leurs droits, d'instituer simplement un étranger; il fallait de plus une déclaration formelle du testateur qui les exhérédât (1).

L'institution faite sous une condition casuelle devait être suivie d'exhérédation pour le cas où la condition ferait défaut. La condition potestative pouvait au contraire suffire : l'héritier institué de la sorte était considéré comme manifestant sa volonté d'accepter ou de refuser la succession en accomplissant ou en n'accomplissant pas la condition (L. 4, *pr.*, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

La nécessité de l'exhérédation s'appliquait aux héritiers siens, c'est-à-dire à ceux qui étaient appelés par le droit civil à la succession *ab intestat* du testateur. C'étaient les fils de famille, les petits-fils ou petites-filles *per masculos*, lorsque le père était sorti de la famille, la femme *in manu (loco filiarum)*, la bru *in manu filii (loco neptis)* (Ulpien, *Reg.*, tit. xxii, § 14).

A quelle époque fut introduit ce droit? — A une époque antérieure au temps de Cicéron (2).

De quelle manière se faisait l'exhérédation? — Elle était différente suivant qu'il s'agissait d'un fils de famille ou de tout autre enfant soumis à la puissance du testateur. Le *fils de famille* devait être exhérédé *nominativement (nominatim)*, c'est-à-dire par une désignation indivi-

(1) Cette idée de copropriété existant entre les membres de la famille, bien qu'elle paraisse s'appuyer sur certains textes, et qu'elle soit généralement admise en France (Voy. notamment Ducaurroy, t. II, n. 567; Ortolan, t. II, n. 692; Demangeat, t. I, p. 663; Boissonade, *Hist. de la réserve hérédit.*, n. 70 et suiv.), semble à quelques auteurs diamétralement opposée à l'esprit général du droit romain. Tel est notamment le sentiment de M. Brocher, *Etud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 68.

(2) Accarias, t. I, n. 333, p. 834, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 570; Demangeat, Ortolan, Brocher, *ubi supr.*

duelle. Exemple : *Titius filius meus exheres esto*. La fille de famille ou le *petit-fils* pouvait être exhéredé en termes généraux, *collectivement* (*inter ceteros*). Ex. : *Ceteri exheredes sunt* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIII).

Quelle était la sanction de cette règle? — La sanction était différente suivant qu'il s'agissait de l'omission d'un fils de famille ou de tout autre enfant.

Le *fils de famille* était-il omis, le testament était *injustum*, frappé dès le principe d'une nullité absolue et radicale. Tel était du moins l'avis des Sabinien. Cette opinion a prévalu (Gaius, C. II, § 123; Instit., *ibid.*).

Une *fille de famille* ou un *petit-fils* était-il omis, le testament n'était pas nul; seulement la fille ou le petit-fils omis venait accroître le nombre des héritiers institués. Il y avait, nous dit Gaius, un *jus accrescendi* (C. II, § 124). — La part accordée à la fille et au petit-fils omis variait selon que les héritiers institués étaient des étrangers ou des enfants héritiers siens du testateur. Dans le premier cas, la fille ou le petit-fils avait la *moitié* de l'hérédité (*extraneis autem partem in dimidiam*). Dans le second, il prenait une part *virile* (*suis quidem heredibus in partem virilem*). — *Quid* du cas où l'institution comprenait à la fois des étrangers et des héritiers siens? Il y avait lieu à cumuler les deux modes de partage; et chacun prenait sa part suivant la règle qui le concernait (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 17; Paul, *Sent.*, liv. III, tit. IV, b, § 8).

De l'exhéredation des enfants émancipés. — Le droit civil n'imposait aucune nécessité de les instituer ni de les exhéredé, parce qu'ils n'étaient pas héritiers siens (*quia non sunt sui heredes*) (Instit., § 3, *eod.*).

De l'exhéredation des enfants adoptifs. — Par l'effet de l'adoption, l'adoptant était, d'après le droit civil, obligé d'instituer ou d'exhéredé l'adopté, s'il ne l'avait pas émancipé avant d'avoir fait son testament. Car l'adopté était alors héritier sien de l'adoptant. Quant au père

naturel qui faisait un testament après avoir donné son fils en adoption, il pouvait omettre l'enfant donné en adoption qui était sorti de sa puissance et n'était plus son héritier sien (1) (Instit., § 4, *eod.*).

De l'exhérédation des enfants posthumes.

Il y avait plusieurs classes de posthumes : 1° les posthumes *siens* ; 2° les posthumes *Aquiliens* ; 3° les posthumes *Velléiens* ; 4° les *quasi-posthumes Velléiens*.

1° Posthumes *siens*. — On entend par posthumes siens des enfants qui naissent *sui juris* après la mort du testateur, mais qui, nés au moment de la confection du testament, eussent été les héritiers siens du testateur (2). Tel est, par exemple, l'enfant que met au jour la veuve du testateur, dans les dix mois de son décès.

A l'origine, les posthumes ne pouvaient être ni institués ni exhérédés, en vertu de ce principe que la personne qui *n'est pas née* est une personne *incertaine*. Or, aucune disposition testamentaire n'était permise à l'égard des personnes incertaines (*incerta persona heres institui non potest*. Ulpien, *Reg.*, tit. xxii, § 4). Le testateur n'avait donc aucun moyen de remédier à la rupture de son testament produite par la survenance d'un héritier sien. — Faisons ici une remarque : si l'enfant ne naissait pas vivant, le testament produisait tous ses effets (3) (Instit., § 1, *eod.*).

Les Prudents ont fait admettre comme tempérament à cette règle que le père de famille pourrait, contrairement aux principes communs, instituer ou exhéréder à l'avance les posthumes héritiers siens. On a désormais considéré comme né (*pro jam nato*) l'enfant simplement conçu (Ulpien, tit. xxii, § 19).

(1) Voy. ci-dessus, liv. I, tit. xi, p. 81.

(2) M. Dubois, *Instit. de Gaius* d'après Studmund (C. II, § 130, note 377), n'adopte pas cette orthographe du mot *posthumus* (posthume). — Voy. ci-dessus, liv. I, tit. xiv, p. 94, texte et note 2-3.

(3) Sur toute cette période du droit civil, voyez les détails que donne M. Vernet, *Tr. de la quot. dispon.*, p. 11 à 90.

Ce progrès était encore bien insuffisant. En effet, il pouvait arriver que le testateur fût encore vivant au moment de la naissance de l'enfant. Dans ce cas, le testament était rompu. Il pouvait encore arriver qu'au moment de la confection de son testament le testateur eût eu un fils et l'*uxor* de son fils enceinte. Dans cette situation, il n'y avait d'héritier sien que le fils qui seul pouvait être institué ou exhéredé. Plus tard, le fils mourait du vivant même du testateur. Quant au petit-fils déjà conçu, il ne naissait qu'après la mort du testateur, mais au moment de sa naissance il était héritier sien. Alors sa survenance rompait le testament où il n'avait été ni institué ni exhéredé. — Dans le premier de ces deux cas, le testateur pouvait à la rigueur refaire son testament, quoiqu'il existât souvent des empêchements de fait. Dans le second cas, la difficulté était encore plus grave, car la mort du testateur avait pu suivre celle du fils d'un laps de temps même matériellement insuffisant pour permettre au testateur de refaire un testament dans lequel il eût exhéredé le posthume, son héritier sien.

2° Posthumes *Aquiliens*. — Un nouveau progrès introduit par les Prudents fut de permettre au testateur d'instituer ou d'exhéredé les posthumes qui, au moment même de la confection du testament, étaient précédés dans la famille par leur père, mais qui, par la mort de leur auteur, pouvaient devenir plus tard, après le décès du testateur, héritiers siens, et entraîner la rupture du testament. Cette classe de posthumes fut appelée posthumes *Aquiliens*, du nom d'Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron, et l'un de ceux qui avaient le plus contribué à l'introduction de ce nouveau droit (L. 29, *pr.*, D., *De lib. et post.*, liv. XXVIII, tit. II).

Il y avait donc les anciens posthumes ou posthumes *légitimes*, et les posthumes *Aquiliens*.

Une loi *Junia Velleia* (1) dont la date paraît remonter à la fin du règne d'Auguste (an 763, R. f.), est venue créer deux nouvelles classes de posthumes siens, les posthumes *Velléiens* et les *quasi-posthumes Velléiens*.

3° Posthumes *Velléiens*. — Les posthumes *Velléiens* comprenaient les enfants qui, conçus lors de la confection du testament, naissaient héritiers siens du vivant même du testateur (*vivente adhuc testatore*). Il y avait donc d'après Ulpien cette différence entre les posthumes *Velléiens* et les posthumes *Aquiliens* : que les premiers naissaient héritiers siens *du vivant même du testateur*, tandis que les seconds ne naissaient et ne devenaient héritiers siens *qu'après la mort du testateur* (Ulpien, tit. xxii, § 19).

4° *Quasi-posthumes Velléiens*. — Cette classe comprenait les petits-enfants que le père de famille avait sous sa puissance du vivant même de son fils. Exemple : *Primus* a un fils et de ce fils a un petit-fils ou une petite-fille. Le petit-enfant, précédé par son père, n'est pas *suus heres* vis-à-vis du testateur. Mais si, du vivant du testateur, le fils meurt ou sort de la famille de toute autre manière, alors le petit-enfant prend sa place et acquiert ainsi par *quasi-agnation* les droits d'héritier sien (Instit., § 2, liv. II, tit. xiii).

Pour que le testament ne fût pas rompu par l'agnation des posthumes *Velléiens*, ou la quasi-agnation des quasi-posthumes *Velléiens*, il fallait user de la faculté accordée par la loi *Junia Velleia* et instituer ou exhériter ces posthumes (Instit., *ibid.*).

De quelle manière se faisait l'exhérédation des posthumes. — Les posthumes du sexe masculin, fils ou petit-fils, devaient être exhérodés *nominativement* (*nominatim*). On se servait de la formule suivante : *quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto* (Instit., § 1 *in fine*).

(1) Quelques romanistes écrivent *Vellæa*. Voy. la note 388, p. 191 de Dubois, *Instit. de Gaius* d'après Studmund.

Les posthumes du sexe féminin pouvaient être exhérédés collectivement (*inter cæteros*), pourvu qu'il leur fût légué quelque chose, *ne videantur præteritæ esse per oblivionem* (Instit., *ibid.*).

Quelle était la sanction du défaut d'exhérédation des posthumes. — L'omission d'un posthume de quelque sexe qu'il fût (*posthumi vel posthumæ*) entraînait la rupture du testament. Il n'y avait jamais lieu au *jus accrescendi* (Instit., § 1, *eod.*).

III. Droit prétorien.

Le droit prétorien a introduit en cette matière plusieurs innovations :

1° *Relativement à la forme de l'exhérédation.* — Le droit civil avait établi des différences choquantes entre les fils et les autres descendants. — *En droit prétorien*, les petits-fils doivent être exhérédés comme les fils par une désignation individuelle (*nominatim*) ; les filles seules continuent à pouvoir être exhérédées *inter cæteros* (Gaius, C. II, § 129 ; Instit., § 3, *eod.*).

2° *Relativement à la sanction de l'obligation d'exhérer.* — Le droit civil annulait souvent, sans nécessité, le testament qui avait été fait d'une façon parfaitement régulière dans l'origine ; ce qui se présentait dans les deux cas suivants : ou l'enfant omis dans le testament mourait avant le testateur, ou bien il lui survivait et aurait voulu exécuter à la lettre les dernières volontés de son auteur. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, le testament était frappé d'une nullité radicale d'après le droit civil. — Le droit prétorien, par une possession de biens qu'on appelait *secundum tabulas* (conforme aux tables du testament) (1), a fait produire à ce testament nul d'après le droit civil tous les effets d'un testament valable (LL. 12, 17, D., *De inf. rup.*, liv. XXVIII, tit. III).

(1) Voy. *infra*, liv. III, tit. IX.

3° *Relativement à l'étendue de l'exhérédation.*

En droit civil, la nécessité d'instituer ou d'exhérer n'existait que par rapport aux enfants ou aux petits-enfants qui étaient soumis à la puissance du testateur. — *En droit prétorien*, la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation s'appliquait encore à ceux qui seraient héritiers siens, si une *capitis deminutio* n'était venue les faire sortir de la famille. Tels étaient, notamment, les enfants émancipés et ceux donnés en adoption. — Les enfants émancipés devaient être institués ou exhérés dans le testament de leur père (Instit., § 3, *eod.*). — Au cas d'adoption, le droit prétorien s'accordait avec le droit civil pour dispenser le père naturel de l'obligation d'instituer ou d'exhérer l'enfant adopté, tant qu'il se trouvait sous la puissance de son père adoptif. Mais le droit prétorien se séparait du droit civil du moment où l'adopté était émancipé par l'adoptant. Dans ce cas, en effet, le préteur venait au secours de l'adopté ainsi émancipé et omis dans le testament de son père naturel. Remarquons que l'adopté émancipé après la mort de son père naturel avait perdu tout droit dans la succession de celui-ci. C'était là un résultat fâcheux, auquel on remédia par la suite (Instit., § 4, *eod.*).

Si les enfants héritiers siens et ceux qui eussent été héritiers siens sans une *capitis deminutio* n'avaient été ni institués ni exhérés, ils pouvaient obtenir du préteur la possession des biens de la succession contre les héritiers institués (*bonorum possessio contra tabulas*). Par cette *bonorum possessio contra tabulas*, les enfants omis faisaient annuler le testament et recueillaient l'hérédité comme s'il n'avait jamais existé de testament (1) (Instit., § 3, *eod.*). Et il n'y avait, à l'origine, aucune distinction à faire, quant aux effets de la *bonorum possessio contra tabulas*, entre les enfants de l'un ou de l'autre sexe

(1) Voy. *infra*, liv. III, tit. ix.

(Instit., *ibid.*). Antonin le Pieux a modifié le droit sur ce point; il a décidé que les filles et les petites-filles qui obtiendraient du préteur la *bonorum possessio contra tabulos*, ne prendraient de la succession que la portion qui leur serait revenue par le *jus accrescendi* du droit civil (Gaius, C. II, § 126). — Il est bon de remarquer : 1° que cette *bonorum possessio* n'appartenait pas de plein droit aux enfants omis; elle ne leur était accordée qu'autant qu'ils la réclamaient; 2° que cette *bonorum possessio* laissait subsister quelques dispositions du testament. Ainsi, les legs écrits au profit de certaines personnes étaient maintenus et exécutés, comme si le testament était valable (LL. 1, 15, D., *De legat. prest.*, liv. XXXVII, tit. v). Il en était de même d'une exhérédation régulière (LL. 8, 20, D., *De bonor. possess. contr. tab.*, liv. XXXVII, tit. iv).

IV. Constitutions de Justinien.

Justinien apporte à cet état du droit plusieurs modifications importantes.

1° Il commence par simplifier les formes de l'exhérédation en écartant toute idée de formule sacramentelle à cet égard (L. 3, C., *De liber. præter.*, liv. VI, tit. xxviii).

2° Il prohibe absolument l'exhérédation *inter cæteros*. Désormais toute exhérédation doit être faite *nominativement*, sans distinction de sexe (L. 4, C., *eod.*; Instit., § 5, *eod.*).

3° Il supprime le *jus accrescendi ad certam portionem*, relatif aux filles et aux petits-enfants *ex filio*. En conséquence l'omission d'une fille ou d'un petit-fils, aussi bien que celle d'un fils, entraîne toujours la nullité ou rupture du testament (Instit., § 5. *eod.*).

Le droit prétorien, à l'égard des enfants émancipés, se trouve confirmé (Instit., *ibid.*).

Relativement aux enfants adoptifs, Justinien ne modifie en rien les anciens principes, lorsque l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou mater-

nel. Mais, si l'adoption a lieu avec un étranger, c'est-à-dire une personne autre que l'ascendant, l'enfant ne sort pas de sa famille naturelle, il y conserve le rang et les droits d'héritier sien. Le testament fait par le père naturel ne sera valable qu'autant que l'enfant donné en adoption aura été institué ou exhérédé. Mais, dans ce dernier cas, l'adoptant qui n'est point l'ascendant de l'adopté n'est aucunement tenu de l'instituer ou de l'exhéréder (1).

L'exhérédation n'était pas imposée à la mère et aux ascendants maternels d'un enfant. Les femmes, en effet, n'avaient pas d'héritiers siens. Le silence de l'aïeule maternelle ou de la mère privait donc les enfants de l'hérédité, et ce silence équivalait à l'exhérédation exprimée par le père. Mais un autre recours était ménagé à l'enfant dans la plainte d'inosficiosité (Instit., § 7, *cod.*).

TITRE XIV

De l'institution d'héritier.

Définition. — L'institution est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers, c'est-à-dire pour son ou ses représentants universels, pour celui ou ceux qui doivent continuer sa personne juridique (2).

I. Comment doit être faite l'institution ?

Première règle. — Dans le pur droit romain, l'institution d'héritier devait être placée en tête du testament (*caput testamenti*). Toute disposition écrite avant

(1) Voyez ci-dessus, liv. I, tit. XI, p. 81 et 82.

(2) Comp. Code civ., art. 967, 1002.

l'institution était réputée non avenue (Gaius, C. II, § 229).

Cette règle recevait deux exceptions : — 1° L'exhérédation pouvait précéder l'institution ; — 2° Il en était de même de la dation d'un tuteur à des enfants ou descendants, du moins d'après l'avis des Proculiens. Car il y avait controverse sur ce point (Gaius, C. II, § 231).

Justinien a abrogé la rigueur de ce droit primitif ; il a décidé que désormais la validité d'une disposition testamentaire ne dépendrait plus de la place qu'elle occupait dans le testament (Instit., § 34, liv. II, lit. xx).

Deuxième règle. — Dans l'ancien droit, l'institution d'héritier devait être conçue en des termes solennels et impératifs. Exemple : *Titius heres esto* ou *Titium heredem esse jubeo*. Était nulle l'institution faite, notamment par la formule suivante : *Titium heredem facio*. Constantin II a supprimé la nécessité de ces formules solennelles (L. 15, C., *De testam.*, liv. VI, lit. xxiii).

II. Qui peut être institué héritier ?

Le testateur peut instituer héritiers ceux avec qui il a faction de testament (Ulpien, *Reg.*, tit. xxii, § 1). Ce droit d'instituer un héritier a été désigné par les interprètes sous l'expression de *testamenti factio active*, en opposition à la *testamenti factio passive* qui est le droit d'être institué héritier.

En principe, peuvent être institués, et peuvent seuls l'être, les citoyens romains et leurs esclaves (Ulpien, *ibid.*, § 2 ; Instit., *pr.*, *eod.*).

I. Ne peuvent pas être institués héritiers, n'ont pas la *testamenti factio passive* :

1° Les pérégrins, les déportés, les déditices (Ulpien, § 2) ;

2° Les esclaves sans maître, ou ceux dont le maître ne pourrait pas être institué par le testateur (1).

3° Les personnes *incertaines*, c'est-à-dire les personnes dont le testateur ne peut avoir une idée bien déterminée. L'institution est incertaine lorsque, par exemple, le testateur a institué le premier qui viendra à ses funérailles (Ulpien, tit. xxii, § 4; Gaius, C. II, § 238). Au contraire, n'est pas incertaine la personne ainsi désignée : *le premier de mes parents* qui viendra à mes funérailles, parce que je puis me faire une idée déterminée de tous mes parents. — Il est bon de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il institue. Il pourra donc très valablement instituer une personne qu'il n'a jamais vue, par exemple, les enfants d'un frère, nés à l'étranger (Instit., § 12, liv. II, tit. xiv).

Une exception a été portée à cette règle en faveur des posthumes siens (2).

Justinien a décidé que désormais on pourrait instituer une personne incertaine, pourvu que cette personne pût être reconnue (Instit., §§ 25, 27, liv. II, tit. xx);

4° Les municipalités et leurs collèges, *quoniam incertum corpus est* (Ulpien, § 5). Cette prohibition a été levée en partie pour les municipes qui ont pu être institués par leurs affranchis, et entièrement même pour certaines cités ou colonies, auxquelles la capacité absolue a été reconnue soit par le sénat, soit par les princes (L. 12, C., *De hered. instit.*, liv. VI, tit. xxiv);

5° Les temples, sauf quelques exceptions énumérées par Ulpien (§ 6). Depuis Constantin, l'institution d'une église est valable (L. 1, C., *De sacrosanct. eccl.*, liv. I, tit. ii);

6° Les femmes, en vertu de la loi *Voconia*. Cette loi,

(1) Voy. ci-dessous, p. 259 et suiv.

(2) Voy. ci-dessus, p. 249 et suiv.

rendue en l'an 385 de Rome, a décidé que les femmes ne pourraient pas être instituées par un citoyen romain porté sur la première classe du cens, c'est-à-dire par un testateur ayant plus de 100,000 as (Gaius, C. II, § 274) (1). — Remarquons que la loi *Voconia* ne touchait pas à la capacité des femmes de recevoir par actes entre-vifs et de succéder *ab intestat*. Sous Justinien, la loi *Voconia* a cessé d'être en vigueur (2);

7° Les apostats et les hérétiques (L. 4, § 2, C., *De heretic.*, liv. I, tit. v);

8° Les fils de condamnés pour crime de lèse-majesté (L. 5, § 1, C., *Ad leg. Jul.*, liv. IX, tit. VIII).

II. D'autres personnes peuvent être instituées, mais n'ont pas la faculté de recueillir, soit en totalité, soit en partie, le bénéfice de l'institution. On a donc distingué de la *testamenti factio* le *jus capiendi ex testamento*.

Il y avait un grand intérêt pratique à le faire, car la *testamenti factio* était toujours requise, à peine de nullité de l'institution, au jour même de la confection du testament, tandis que le *jus capiendi* pouvait se réaliser soit à l'époque du décès du testateur si l'institution était pure et simple, soit au jour de l'évènement de la

(1) La loi *Voconia* défendait-elle d'instituer la femme héritière avec un ou plusieurs héritiers, de telle sorte que, par le partage, elle ne pût recueillir plus que le taux fixé? La question est controversée entre les commentateurs modernes. A notre avis, la prohibition devait être absolue parce que le prédécès, le refus ou l'incapacité des cohéritiers de la femme pouvaient toujours, par l'effet du droit d'accroissement, lui donner le tout; elle avait ainsi une vocation à l'universalité des biens : ce que la loi avait précisément pour but de défendre. Sic, Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 74 et 75. — Nous croyons également avec Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 396 et la plupart des interprètes, contrairement à la théorie émise par M. Accarias dans la seconde édition de son excellent traité de droit romain (n. 328, p. 780, note 1), que la prohibition de la loi *Voconia* était tellement absolue, qu'elle empêchait un testateur de la première classe d'instituer sa propre fille, même pour une part égale à sa légitime.

(2) Voy., pour plus de détails, sur la loi *Voconia*, Vangerow, *Ueber die lex Voconia*; Giraud, *Du vrai caractère de la loi Voconia chez les Romains*; de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. I, p. 407.

condition ou dans les cent jours suivants, si l'institution était conditionnelle.

1° Les Latins-Juniens ont été privés en totalité du *jus capiendi* par la loi *Junia Norbana*. Sous Justinien cette déchéance a disparu avec la classe des Latins-Juniens (Ulpien, *Règl.*, tit. xxii, § 3).

2° Les célibataires (*cœlibes*), c'est-à-dire les personnes (hommes ou femmes) non mariées en justes noces et sans enfants légitimes, ont été frappés de la même incapacité par la loi *Julia* (Ulpien, *ibid.*).

3° Les *orbi*, c'est-à-dire ceux (hommes ou femmes) qui, étant mariés, n'avaient pas au moins un enfant légitime vivant, ne pouvaient, d'après la loi *Papia Poppæa*, recueillir que la moitié des libéralités testamentaires qui leur étaient faites (Gaius, C. II, § 286).

4° Les *patres solitarii*, c'est-à-dire les veufs ou divorcés, ayant des enfants d'un précédent mariage mais qui ne s'étaient pas remariés, étaient frappés d'une certaine incapacité, moindre probablement que celle des *orbi*, sans qu'il soit possible, faute de documents précis, d'indiquer la mesure exacte de cette déchéance (1).

Les incapacités contre les célibataires, les *orbi* et les *patres solitarii* faisaient partie d'un système de dispositions destinées à encourager les mariages. Ces lois *Julia* et *Papia Poppæa*, connues sous le nom de lois *caducaires*, ont été supprimées par les fils de Constantin (2) (L. 1, C., *De inf. pœn. cœlib.*, liv. VIII, tit. LVIII).

Sous Justinien la distinction entre la *testamenti factio* et le *jus capiendi* a complètement disparu de la législation. Aussi ce prince confond-il volontiers ces deux expressions (Instit., § 4, liv. II, tit. XIX).

7 **De l'institution des esclaves.** — On peut instituer

(1) Sic, Accarias, t. I n. 373, p. 939, texte et note 4; Van Wetter, t. II, § 647, p. 378 et 379; Didier-Pailhe et Tartari, p. 674.

(2) Voy. encore, sur les lois caducaires, *infra*, liv. II, tit. xx, p. 324 et suiv.

un esclave dont on est *plein* propriétaire, — un esclave dont on est *nu* propriétaire, — un esclave dont on est copropriétaire par indivis, — un esclave qui appartient à *autrui*, — un esclave qui appartient à *une hérédité jacente*, — un esclave qui appartient à *plusieurs maîtres*, — un esclave qui appartient à *un captif*.

1° Un testateur institue un esclave dont il est *plein* propriétaire. — Dans la législation de Justinien, l'institution emporte par elle-même affranchissement tacite. Si la dation de la liberté est impossible, l'institution de l'esclave n'est pas valable (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xiv).

Une femme accusée d'adultère avec un de ses esclaves ne peut ni affranchir ni instituer cet esclave. Cette prohibition est fondée sur un motif de décence et de bonnes mœurs (Instit., *ibid.*).

Lorsque l'esclave institué est resté sous la puissance du testateur jusqu'à la mort de ce dernier, il devient en même temps libre et héritier nécessaire. Si, au contraire, il a été affranchi par le testateur de son vivant, comme le testament ne lui défère plus simultanément la liberté et l'hérédité, il n'est plus un *heres necessarius*, il peut à son gré faire adition d'hérédité (*suo arbitrio adire hereditatem potest*). Si l'esclave institué a été aliéné par le testateur, l'affranchissement se trouve par là révoqué, l'esclave acquiert l'hérédité à son nouveau maître, par l'adition faite d'après son ordre (Instit., § 1, *eod.*).

2° Un testateur institue un esclave dont il est *nu* propriétaire. — Dans le droit de Justinien cette institution est valable, seulement l'esclave sera tenu de servir l'usufruitier pendant tout le temps de la durée de l'usufruit (*salvo jure fructuarii*). A la mort de l'usufruitier, il devient libre et recueille pour lui-même le bénéfice de l'hérédité (L. 1, C., *Comm. de manum.*, liv. VII, tit. xv). — Quant à l'usufruitier d'un esclave, il ne peut

l'affranchir ; s'il l'institue héritier, le bénéfice de l'institution profite non à l'esclave, mais au nu propriétaire (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XIV).

3° Un testateur institue un esclave dont il est copropriétaire par indivis. — Dans le droit de Justinien il faut distinguer si l'esclave commun a été institué *cum libertate* ou *sine libertate*. Dans le premier cas, l'esclave devient libre et héritier nécessaire du défunt ; cependant il devra indemniser ses autres copropriétaires. Dans le second cas, il y a une question d'intention à apprécier. Le testateur a-t-il voulu affranchir l'esclave, a-t-il eu au contraire la volonté de faire parvenir son hérédité à ses copropriétaires ? La présomption dans le doute est pour l'affranchissement, sauf l'indemnité due aux copropriétaires dépouillés.

4° Un testateur institue un esclave qui appartient à autrui. — L'institution profitera le plus souvent à un inconnu. En effet, l'esclave peut changer de maître après la confection du testament ; alors l'institution d'héritier *ambulat cum servo*, se transporte avec l'esclave au maître qui lui donnera l'ordre de faire adition d'hérédité (Instit., § 1, liv. II, tit. XIV). — Il est possible que le testateur devienne propriétaire de l'esclave d'autrui qu'il a institué. Alors l'institution est nulle (L. 29, *pr.*, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. V).

5° Un testateur institue un esclave qui appartient à une hérédité jacente. — Un testateur peut instituer l'esclave dépendant d'une d'hérédité qui n'a pas encore été acceptée. L'hérédité jacente soulient la personne du défunt (*sustinet personam defuncti*) (1). Une seule condition est exigée : le testateur doit avoir faction de testament avec le défunt (Instit., § 2, *eod.*) : peu importe qu'il n'ait pas plus tard faction de testament avec l'hé-

(1) Voy., sur le sens et l'importance pratique de cette règle « *hereditus sustinet personam defuncti*, » Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 440-447.

ritier futur. Voici comment il peut arriver que le testateur ait faction de testament avec le défunt et qu'il ne l'ait pas avec l'héritier futur. Un exemple suffira. Le maître défunt était militaire, et comme tel il a pu instituer héritier un pérégrin. Il meurt, et sa succession devient jacente. Alors un citoyen romain institue héritier un esclave appartenant à cette hérédité jacente. Cette institution sera valable, bien que le testateur n'ait pas faction de testament avec le pérégrin.

6° Un testateur institue un esclave qui appartient à plusieurs maîtres. — Dans ce cas, l'esclave acquiert l'hérédité à chacun des maîtres par l'ordre desquels il fait adition, en proportion de leurs droits de propriété sur lui (Instit., § 3, *cod.*).

7° Un testateur institue un esclave qui appartient à un captif. — Comme les biens d'un captif deviennent *res nullius*, l'application rigoureuse des principes aurait empêché d'instituer son esclave. Mais on eut recours, pour valider une institution de ce genre, à l'une ou à l'autre des deux fictions du *postliminium* ou de la loi *Cornelia* (1) (L. 32, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

III. Comment l'hérédité peut-elle être distribuée entre plusieurs institués ?

Un testateur peut instituer un seul héritier ou plusieurs, en tel nombre qu'il veut, jusqu'à l'infini (Instit., § 4, *cod.*). Remarquons toutefois que l'une ou l'autre institution comprend forcément l'hérédité entière, puisqu'il n'est pas permis au testateur de mourir *partim testat* et *partim intestat* (2). Le concours des héritiers *testamentaires* et des héritiers *ab intestat* est chose impossible. Chez les Romains l'héritier est le continuateur

(1) *Suprà*, liv. II, tit. XII, p. 245 et 246.

(2) V. y., sur la portée de cette règle, une savante dissertation de M. Massol, professeur à la Faculté de droit de Toulouse (année 1867).

de la personne. Or la personne ne peut se séparer, se diviser. L'héritier doit donc être appelé à l'universalité des biens du défunt. L'institution de plusieurs héritiers n'est point une négation de ce principe. Si les héritiers appelés à l'hérédité acceptent, ils se partagent l'hérédité. C'est alors une nécessité qui se produit par suite du concours et de l'opposition de droits égaux et rivaux. Cette idée apparaît avec la plus grande évidence, lorsque le testateur a pris lui-même le soin de désigner la part de chaque héritier. Cette désignation des parts n'a rien d'absolu. En effet, il peut arriver que tous les héritiers institués *moins un* refusent l'hérédité. Dans ce cas celui qui accepte recueille l'hérédité entière, bien qu'il n'ait été appelé par l'institution qu'à une partie de l'hérédité (Institut., § 5, *ead.*).

Ainsi l'hérédité peut n'appartenir qu'à un seul ou se partager entre plusieurs.

En cas de partage, voici comment on procédait :

Division de l'hérédité. — La division généralement admise était celle de l'*as* pour unité. Ainsi dire qu'un héritier était institué *ex asse*, c'était dire qu'il était appelé à la totalité de la succession. L'*as* se partageait en douze parties égales. Chaque douzième s'appelait once (*uncia*).

Au surplus cette détermination légale de la valeur de l'once n'a rien, comme nous le verrons, qui s'impose au testateur.

Voici, d'après les Institutes (§ 5, *ead.*), les expressions qui désignaient les fractions de l'*as* :

Uncia,	1/12	de l' <i>as</i>	1 once.
Sextans,	2/12 ou 1/6	de l' <i>as</i>	2 onces.
Quadrans,	3/12 ou 1/4	de l' <i>as</i>	3 onces.
Triens,	4/12 ou 1/3	de l' <i>as</i>	4 onces.
Quincunx,	5/12	de l' <i>as</i>	5 onces.
Semis,	6/12 ou 1/2	de l' <i>as</i>	6 onces.
Septunx,	7/12	de l' <i>as</i>	7 onces.
Bes,	8/12 ou 2/3	de l' <i>as</i>	8 onces.

Dodrans,	9/12 ou 3/4 de l'as.....	9 onces.
Dextans,	10/12 ou 5/6 de l'as.....	10 onces.
Deunx,	11/12 de l'as.....	11 onces.
As.....		12 onces.

Ainsi un testateur a institué deux héritiers, il a assigné à l'un 3 onces sans dire la part de l'autre ; elle sera de plein droit censée de 9 onces.

Le testateur est libre cependant d'adopter une autre division. C'est ce qui arrive dans les hypothèses suivantes :

1° Le testateur a distribué *moins* de 12 onces. Exemple : il a institué deux héritiers, *Primus* pour 7 onces, et *Secundus* pour 3 onces. L'once est alors substituée à l'as comme unité. L'hérédité entière se compose de 10 onces. *Primus* en prendra 7/10 et *Secundus* 3/10.

2° Le testateur a distribué *plus* de 12. Exemple : il a institué deux héritiers, *Primus* pour 9 onces, *Secundus* pour 7 onces. L'hérédité se partagera en 16 onces, *Primus* en prendra 9/16 et *Secundus* 7/16.

3° Le testateur a institué trois héritiers, *Primus* pour 7 onces, *Secundus* pour 5 onces, *Tertius* sans assignation de part. Dans ce cas, on supposait que le testateur avait eu l'intention de diviser son hérédité en 2 as ou 24 onces. L'héritier sans part désignée avait donc 12 onces, c'est-à-dire la moitié de l'hérédité.

Si le testateur a distribué plus de 24 onces, alors l'hérédité est censée divisée en 36 onces (Instit., §§ 6-9, *eod.*).

Le testateur institue conjointement (*conjunctim*) plusieurs héritiers ; les héritiers groupés ensemble dans la même disposition ne comptent que pour *un*. Exemple : le testateur dit : *Primus heres esto* ; ensuite, *Secundus et Tertius heredes sunt*. L'hérédité ne se partagera pas en tiers, mais en moitié. *Primus* en aura une moitié, *Secundus* et *Tertius* l'autre moitié à eux deux (L. 59, § 2, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit.

De l'institution ex certa re. — L'institution *ex certa re* (pour certains biens déterminés) équivaut en principe à une institution *sine parte*, si bien que l'institué recueille le tout quand il est seul, et quand il y a plusieurs héritiers, que la part de chacun se détermine d'après les règles précédemment exposées. Mais la nécessité de respecter l'intention du défunt veut qu'on tienne compte dans une certaine mesure de l'attribution spéciale faite dans le testament.

Lorsque tous les héritiers ont été institués *ex certa re*, on les tient pour grevés les uns envers les autres d'un legs *per præceptionem* portant sur les choses qui forment spécialement l'objet de chaque institution (L. 35, §§ 1, 2, D., *De hered. inst.*, liv. XXVIII, tit. v).

Lorsque les héritiers n'ont pas tous été institués *ex certa re*, les cohéritiers de l'*heres* institué *ex certa re* sont réputés grevés envers lui d'un fidéicommiss particulier portant sur la *res*: quant à lui, on le tient pour grevé envers ses cosuccessibles d'un fidéicommiss universel portant sur sa part héréditaire. — Sous Justinien, l'institué *ex certa re* est considéré comme un légataire de corps certain (1) (L. 13, C., *De hered. inst.*, liv. VI, tit. XXIV).

IV. Des modalités qui peuvent ou ne peuvent pas être apposées à l'institution.

De la condition (2). — L'institution d'héritier se fait d'ordinaire *purem̄ent* et *simplem̄ent* (*pure*). Mais elle peut être subordonnée par la volonté du testateur à la réalisation d'un événement futur et incertain. Elle est alors *sous condition* (*sub conditione*) (Instit., § 9, *eod.*). L'institution conditionnelle ne viole pas le principe qu'on ne

(1) Voy., pour plus de détails, Accarias, 3^e édit., t. I, n. 362 a, p. 909 et suiv.

(2) Comp., sur la condition dans les obligations, *infra*, liv. III, tit. XIII.

peut mourir partie *testat* et partie *intestat*. En effet, pendant tout le temps que la condition met à se réaliser, la succession n'est dévolue à personne (*jacens hereditus*) ; nul ne peut faire adition, car nul, ni héritier légitime ni héritier testamentaire, ne peut dire qu'il a une vocation certaine à la succession. Les héritiers *ab intestat* ne viennent à l'hérédité que lorsqu'il n'y a plus d'espoir d'avoir un héritier testamentaire. Si la condition s'accomplit, l'héritier est censé avoir toujours été héritier ; si elle fait défaut, l'institution s'efface, et la succession n'a jamais été qu'une succession *ab intestat* (1). — Il est bon de remarquer qu'il ne s'agit que de la condition suspensive. La condition résolutoire n'est pas admise dans une institution d'héritier ; elle violerait ce principe qu'une fois héritier, on ne peut pas cesser de l'être.

Quid de la condition impossible, contraire aux lois et aux bonnes mœurs ? Exemple : *Titius heres esto, si cœlum digito tetigerit* ou *si homicidium fecerit*. — En matière d'obligations, de conventions entre vifs, de telles conditions entraînent la nullité radicale de l'obligation elle-même (2). En matière de testament, elles sont réputées non écrites (*pro non scriptis habentur*), et n'empêchent pas l'institution d'être pure et simple (Instit., § 10, *eod.*). — Telle était, d'ailleurs, l'opinion des Sabinieniens qui a fini par prévaloir malgré la résistance des Proculieniens. On justifiait cette différence par les motifs suivants : — 1° les conventions entre vifs peuvent toujours être recommencées. Au contraire, le testament d'un défunt est un acte définitif ; — 2° le contractant qui dans un acte entre vifs a laissé se glisser une clause illicite, contraire aux lois et aux bonnes mœurs, est coupable d'une négligence ; il doit donc en supporter les consé-

(1) Sur les effets de la condition suspensive dans les institutions d'héritier, voy. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 431 et suiv., 438 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 1172.

quences. Au contraire, l'institué n'a pas concouru à la confection du testament; il ne doit donc pas souffrir d'une faute commise par le testateur seul (1).

Quid si le testateur a subordonné l'institution à plusieurs conditions? — Les a-t-il imposées cumulativement (*conjunctim*)? Exemple: si telle et telle chose sont faites. Il faut que toutes les conditions soient accomplies. — Les a-t-il imposées alternativement (*disjunctim*)? Exemple: si telle ou telle chose est faite. Il suffit que l'une ou l'autre indifféremment soit accomplie (Instit., § 11, *ead.*).

Du terme. — Le *dies*, que nous appelons *terme*, consiste dans un événement qui arrivera infailliblement un peu plus tôt, un peu plus tard. — Le terme est certain ou incertain (2).

Du terme certain (dies certus). — Le terme certain est celui qui arrive dans un délai fixe que l'on peut calculer d'avance et à coup sûr. Le terme certain peut affecter l'institution de deux manières: ou bien l'institution est faite *ex certo die*, c'est-à-dire à partir d'un certain temps; ou bien elle est faite *ad certum diem*, c'est-à-dire pour un temps. Maintenir, en effet, la validité de semblables clauses, c'eût été violer la règle: *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Aussi considère-t-on le terme certain comme *non écrit* et donne-t-on à l'institution l'effet d'une institution pure et simple (3) (Instit., § 9 *in fine*).

Différence entre le terme et la condition. — Lorsque

(1) Conf. Code civ., art. 900.

(2) Sic, Machelard, Examen de la règle: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, p. 3, n. 1. — Voy., en ce qui concerne les effets du terme dans les obligations, *infra*, liv. III, tit. XIII.

(3) Une explication plus satisfaisante de l'exclusion dont était frappée la modalité du terme en ce qui concerne l'institution d'héritier, a été donnée par M. Machelard, *op. et loc. cit.*, p. 27, n. 24. Elle consiste à dire que le testateur ne peut avoir aucun motif sérieux de retarder l'effet d'une institution faite à tout événement; qu'il y a, au contraire, tout intérêt à ne pas prolonger l'interruption des *sacra*, à hâter le moment où l'institué sera en mesure d'acquitter les dettes et de délivrer les legs.

l'institution est conditionnelle, rien n'est fixé à l'avance ; il y a une incertitude qui se prolonge pendant tout le temps que la condition met à se réaliser. A toute heure, à tout instant la condition peut s'accomplir ou défaillir, et avec elle l'institution. Au contraire, lorsque l'institution est à terme, il n'y a aucune incertitude sur l'effet de la disposition, sur l'existence du droit en lui-même. On sait que, soit pendant un certain délai, soit à partir d'une certaine époque, il n'y aura pas d'héritier testamentaire.

Du terme incertain (dies incertus). — Le terme incertain est celui qui doit arriver nécessairement, mais dans un délai plus ou moins rapproché, qu'il est impossible de calculer avec certitude. Exemple : la mort d'un tiers (1) (*quum Titius morietur*). Dans les dispositions testamentaires le terme incertain est considéré comme une condition (*dies incertus conditionem in testamento facit*).

TITRE XV

De la substitution vulgaire.

Définition. — La substitution est une institution d'héritier subordonnée à la caducité d'une autre institution.

Diverses espèces de substitutions. — Il y a quatre espèces de substitutions : la substitution vulgaire, la substitution pupillaire, la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, la substitution fidéicommissaire (2).

(1) M. Machelard, *loc. cit.*, p. 5, n. 5, note 1, cite d'autres événements ayant un caractère analogue, comme la fin d'une guerre, l'expiration d'une société sans terme fixe, dont la durée dépend de la volonté de chaque associé, la dissolution d'un mariage par le divorce, etc.

(2) Le Code civil n'admet que la substitution vulgaire qui est toujours permise et la substitution *fideicommissaire* qui est en principe prohibée (Code civ., art., 896, 898, 1048 à 1074).

I. Substitution vulgaire.

Définition. — La substitution vulgaire est celle par laquelle un testateur, dans la crainte de mourir intestat, désigne, après avoir institué un héritier et pour le cas où cet institué ne pourrait pas ou ne voudrait pas se porter héritier, une ou plusieurs autres personnes auxquelles doit revenir l'hérédité (1). Ainsi le testateur a dit : *Titius heres esto; si Titius heres non erit, Seius heres esto.* Titius, qui est appelé au premier degré, est l'institué proprement dit ; Séius, qui ne doit venir qu'en second ordre, est le substitué vulgaire. *Vulgaire*, parce que ce genre de substitution est le plus ordinairement employé (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xv).

Le testateur est libre d'écrire à la suite les unes des autres un aussi grand nombre de substitutions qu'il le désire. Au dernier rang et subsidiairement il peut appeler à l'hérédité un de ses esclaves qui deviendra son héritier nécessaire (Instit., *ibid.*).

Différentes manières de faire une substitution. — Le testateur peut nommer un seul substitué à un seul institué, — ou bien un seul substitué à plusieurs institués, — ou plusieurs substitués à un seul institué. Le testateur peut encore substituer entre eux les institués eux-mêmes (*vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt*) (Inst., § 1, *ead.*).

Conditions de validité. — La substitution vulgaire, n'étant autre chose qu'une institution conditionnelle, est soumise aux mêmes conditions de validité que l'institution elle-même. Il en résulte que le substitué doit être vivant et capable, c'est-à-dire investi de la *factio testamenti* passive et du *jus capiendi* lors de l'événement de la condition. Il en résulte encore que le testateur qui aurait des héritiers siens est obligé de les exhérer à l'égard de tous les substitués, comme il est tenu

(1) Conf. Code civ., art. 898.

de le faire à l'égard des institués (L. 3, § 3, D., *De liberis*, liv. XXVIII, lit. n).

Effet de la substitution des institués entre eux. — Cette substitution réciproque a pour but de faire recueillir par ceux qui deviennent héritiers, et qui existent encore au moment de la défaillance, la part de l'héritier qui n'arrive pas à l'hérédité. Mais le droit d'accroissement, en l'absence de toute substitution, ne produirait-il pas le même résultat ?

Utilité de la distinction entre le droit d'accroissement (jus accrescendi) et le droit de substitution (jus substitutionis).

Sous l'empire des lois caducaires, les parts caduques n'étaient dévolues par droit d'accroissement qu'à une certaine classe de personnes, aux héritiers qui étaient *patres*, et à leur défaut au fisc. La substitution avait pour but d'éviter cet effet, et de faire profiter tous les héritiers indistinctement, même ceux qui n'étaient pas *patres*, de la part caduque.

Après l'abolition des lois caducaires, cette distinction conserve encore de l'utilité. Ainsi, la substitution est une institution conditionnelle, une *cause nouvelle* d'acquisition qui exige, au moment où elle se produit, des conditions de capacité chez celui qui doit bénéficier de la défaillance de l'un des héritiers. L'accroissement n'est que le *développement naturel et forcé* d'un droit antérieur. Exemple : supposons trois héritiers, *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. *Primus* accepte l'hérédité et meurt avant que *Secundus* et *Tertius* aient pris parti. Plus tard, *Secundus* fait adition d'hérédité, et *Tertius* renonce. En l'absence de la substitution, et par application du droit d'accroissement, la part de *Tertius* profiterait aux héritiers de *Primus* comme à *Secundus*. En cas de substitution, les héritiers de *Primus* ne recueilleraient aucun bénéfice de la défaillance de *Tertius* produite après la mort de leur père. *Secundus* prendrait seul, *jure substi-*

tutionis, la part défaillante de *Tertius* (L. 80, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

Une autre différence pratique se présente dans l'hypothèse suivante : de deux héritiers institués, l'un est esclave. Cet esclave fait adition par ordre de son maître *Primus*, et lui acquiert l'hérédité. Plus tard, l'esclave change de maître et passe sous la puissance de *Secundus*. A ce moment, le cohéritier de l'esclave fait défaut. Que deviendra la part défaillante ? En l'absence d'une substitution réciproque, elle appartiendra *jure accrescendi* à l'ancien maître, à *Primus*. Au contraire, si le testateur a fait cette substitution, le nouveau maître *Secundus* profitera de la défaillance (L. 35, *pr.* ; L. 80, § 2, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

Enfin quelques auteurs prétendent que l'accroissement est *forcé*, tandis que la substitution est *volontaire* ; et que l'héritier qui a fait adition de l'institution au premier degré, a la faculté de profiter ou non de la substitution (1).

Partage de la part vacante entre les institués en cas de substitution réciproque. — A moins de disposition contraire, les héritiers se partagent la part vacante proportionnellement aux parts qu'ils ont dans l'institution. Ainsi un testateur a institué trois héritiers : *Primus* pour 3 onces, *Secundus* pour 5, *Tertius* pour 4 ; il les a substitués entre eux sans indication de part dans la substitution (*nullam mentionem in substitutione partium habuerit*). *Tertius* fait défaut : sa part se partagera en 8 parties, dont 3 reviendront à *Primus* et 5 à *Secundus*. Ce sont les mêmes fractions que pour l'institution (*quos in institutione expressit*) (Instit., § 2, liv. II, tit. xv).

Explication de la règle : Substitutus substituto censeatur substitutus instituto. — Le substitué à un substitué est

(1) Sic, Ortolan, t. II, n. 743-1°. — Contra, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 232 ; Labbé, à son cours. — Comp. Demangeat, t. I, p. 704.

censé substitué à l'institué lui-même : par exemple, *Primus* est institué héritier; *Secundus* est aussi institué héritier, de plus il est substitué à *Primus*; *Tertius* n'est pas institué, mais il est substitué à *Secundus*. Quoique, à ne consulter que la lettre du testament, *Tertius* ne soit substitué qu'à *Secundus*, il est censé l'être tacitement à *Primus*, sans distinguer si ce sont les droits de cet institué ou de son substitué immédiat qui sont devenus caducs les premiers.

Intérêt de cette règle. — Sous l'empire des lois caducataires, cette règle avait une grande importance. — Sous Justinien, elle conserve encore une utilité pour le cas où on suppose un institué en plus. Exemple : *Quartus* est institué, mais il n'est pas substitué. Si donc *Tertius* substitué *expressément* à *Secundus* l'est *tacitement* à *Primus*, il profitera seul, à l'exclusion de *Quartus*, de la défaillance de *Primus*. — Si *Tertius* n'était pas substitué tacitement à *Primus*, il y aurait alors un accroissement qui profiterait à *Quartus* comme à *Tertius*.

Exclusion de l'institué par le substitué. — En général, on suit pour la dévolution de l'hérédité l'ordre des institutions. L'institué doit passer avant le substitué. Il y a cependant une exception établie par la loi *Ælia Sentia* relativement à l'esclave. Si un testateur insolvable a institué *en première ligne* un esclave, et qu'il lui ait substitué d'autres héritiers, l'esclave ne viendra qu'après les substitués, au dernier rang, et pour le cas où tous les substitués auront renoncé à l'hérédité (L. 57, D., *De hered. instit.*, liv. XXVIII, tit. v).

Concours entre l'héritier et le substitué. — Dans un certain nombre de cas exceptionnels, le substitué vient en concours avec l'institué. Je n'en citerai que deux exemples : 1° Le testateur institue *Titius* et lui impose l'obligation de faire *crétion*, sans cependant prononcer une exhérédation formelle, comme sanction de sa volonté. Seulement il lui substitue *Secundus* au

cas où la crétion n'aurait pas lieu. *Titius* ne fait pas crétion, il n'en reste pas moins héritier. Mais le substitué réclame le bénéfice de la substitution dont la condition est réalisée, puisqu'elle a été faite pour le cas où il n'y aurait pas crétion de la part de l'institué. La succession se partage alors entre l'institué et le substitué (*ambo æquis partibus heredes fiebant*) (Gaius, C. II, § 177). Il est bon de remarquer que cette décision a été abandonnée sous Marc-Aurèle, qui dans une pareille hypothèse attribue à l'institué la totalité de l'hérédité (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, § 34). — 2° Un testateur institue *Parthénus* qu'il croit libre, et qui est en réalité l'esclave d'autrui. Il lui substitue *Mævius*. *Parthénus* fait adition d'hérédité par ordre de son maître, il semble dès lors exclure *Mævius*. Cependant *Mævius* peut soutenir que la condition apposée à sa substitution est réalisée, car si l'institué devient héritier, il ne le devient pas dans le sens de la volonté du testateur, c'est-à-dire pour son avantage personnel. Tibère a tranché la difficulté en accordant à l'héritier une moitié de l'hérédité et au substitué l'autre moitié (1) (*substitutus in partem admittitur*) (Instit., § 4, liv. II, tit. xv).

TITRE XVI

De la substitution pupillaire.

Définition. — La substitution pupillaire, d'origine coutumière, est l'institution d'un héritier, faite par le père de famille dans son propre testament, pour l'hérédité du fils qu'il a sous sa puissance, au cas où ce fils devenu *sui juris* après sa mort mourrait avant d'at-

(1) Comp. Accarias, t. J, n. 364, p. 917, note 1.

teindre l'âge de puberté (1). Exemple : Que *Titius*, mon fils, soit mon héritier ; et, s'il n'est pas mon héritier, ou qu'il le devienne, mais qu'il meure avant d'avoir atteint sa puberté, que *Séius* soit héritier (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xvi).

II. Qui peut faire une substitution pupillaire? — Le droit de faire une substitution pupillaire appartient exclusivement au père de famille. C'est un attribut de la puissance paternelle qui ne saurait, par conséquent, appartenir ni à la mère, ni aux ascendants dépourvus de puissance.

A quelles personnes s'applique une substitution pupillaire? — Aux enfants ou petits-enfants qui sont sous la puissance immédiate du testateur (*quos in potestate quis habet*), et qui, à sa mort, doivent devenir *sui juris*. Les posthumes, proprement dits et Velléiens, sont mis au même rang que les enfants déjà nés (L. 2, D., *De vul. et pup. subst.*, liv. XXVIII, tit. vi). — *Observations* : 1° La substitution pupillaire n'a jamais été appliquée aux enfants émancipés. 2° Le père de famille peut substituer pupillairement à son fils, même lorsqu'il l'a exhérédé (2) (Instit., § 4, *eod.*).

Sous quelles conditions? — Le père de famille ne peut faire une substitution pupillaire, c'est-à-dire le testament de son fils, sans faire un testament pour sa propre hérédité (*nisi et sibi faciat*). Car le testament pupillaire est une partie et une suite du testament paternel (*pars et sequela*). Ce principe entraîne la conséquence suivante : si le testament du père ne produit pas d'effet (*non valeat*), la substitution pupillaire est du même coup anéantie (*nec valebit*) (Instit., § 5, liv. II, tit. xvi). Cependant le moindre effet conservé au testament soit par le droit civil, soit même par le droit pré-

(1) *Contra*, Code civ., art. 895.

(2) A l'origine, le père de famille ne pouvait faire une substitution pupillaire qu'à la condition d'instituer son fils (Gaius, C. II, § 179).

lorien, suffit pour que la substitution pupillaire soit valable et efficace. A ce point de vue donc on peut dire qu'il n'y a qu'un seul testament. C'est d'ailleurs le point de vue dominant.

Ma is à, d'autres égards, il y a deux testaments, car l'hérédité du fils peut se présenter avec une individualité distincte (Instit., § 2, *eod.*). Ainsi, le testateur est libre de faire d'abord son propre testament, et au bout d'un intervalle de temps considérable il peut procéder à la substitution, mais, dans ce cas, il faut que l'acte qui la contient remplisse les conditions exigées pour la validité des testaments en général (L. 16, § 1, D., *De vulg. et pup. subst.*, liv. XXVIII, tit. vi). Le testament du père peut être écrit, celui du fils *nuncupatif*, ou réciproquement (L. 20, *pr.*, D., *eod.*).

Observation. — Certaines précautions peuvent être prises par le testateur qui ne veut pas faire connaître à l'avance les dispositions de la substitution pupillaire, afin de ne pas exposer la vie du pupille à certains dangers. Il peut fermer la partie du testament qui contient la substitution pupillaire et prescrire qu'elle ne soit ouverte qu'après la mort du fils (Instit., § 3, *eod.*).

De quelle manière peut être faite la substitution pupillaire ? — Le testateur qui a plusieurs enfants impubères peut faire une substitution pupillaire à chacun, ou bien n'en faire une que pour le dernier qui mourra impubère. Dans le premier cas, aucun de ses enfants ne mourra intestat ; dans le second cas, ses enfants se succéderont entre eux *jure legitimarum hereditatum*, et le substitué trouvera dans la succession du dernier mourant impubère les successions de tous les autres (Instit., § 6, *eod.*).

Causes de déchéance particulières à la substitution pupillaire. — La substitution pupillaire s'évanouit : — 1° si l'enfant, devenu *sui juris* à la mort de son père, meurt après avoir atteint l'âge de puberté, c'est-à-dire

après douze ans pour les femmes, et quatorze ans pour les hommes (*si hoc tempus excesserint*. Instit., § 8, *eod.*); — 2° si l'enfant meurt avant le testateur; — 3° si l'enfant subit une diminution de tête quelconque soit avant, soit après la mort du testateur; — 4° si le substitué néglige de demander dans l'année même de la mort du testateur un tuteur pour l'impubère (1) (L. 10, C., *De legit. hered.*, liv. VI, tit. LVIII).

III. Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

Le père de famille qui a un enfant pubère, mais privé de raison (*furiosus*), a tout lieu de craindre que, par suite de cet état de démence, son enfant ne meure intestat. Avant Justinien, il fallait au père de famille pour faire, en pareil cas, le testament de son fils une autorisation spéciale de l'Empereur. Justinien dans une constitution au Code a introduit, pour les personnes *mente captis*, une substitution analogue à la substitution pupillaire (*ad exemplum pupillaris substitutionis*), et que les commentateurs ont nommée pour cette raison substitution *exemplaire* ou *quasi-pupillaire* (2) (Instit., § 1, *eod.*; L. 9, C., *De impub. et aliis subst.*, liv. VI, tit. XXVI).

Différences entre la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire. — 1° Le droit de faire une substitution pupillaire appartient exclusivement au père de famille. Au contraire, la

(1) Comp. Code civ., art. 1055, 1056.

(2) Nous croyons avec la plupart des interprètes (V. notamment Thibaut, t. II, § 858; Mühlenbruch, t. III, § 676, texte et note 4; Windscheid, t. III, § 560, texte et note 4; Van Wetter, t. II, § 667, p. 402), que l'ascendant a le droit de substituer pour toute la fortune du descendant en démence, et non pour les seuls biens qu'il transmet à ce descendant. V. toutefois, en sens contraire: Tewes, *System*, t. I, § 48, I, B; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 456, *ann.*; Namor, t. II, § 410, p. 194 (2^e édit.); Demangeat, t. I, p. 721; Maynz, t. III, § 469, p. 329, texte et note 5. — Toutefois lorsque la substitution a été exercée par plusieurs ascendants cumulativement, chaque substitué ne recueille que les biens provenant de l'ascendant qui l'a désigné. Comp. Accarias, t. I, n. 371, p. 936, note 2.

substitution *exemplaire* peut être faite par tout ascendant soit paternel, soit maternel (Instit., § 1, *eod.*). — 2° Le père de famille, dans la substitution pupillaire, choisit librement l'héritier qu'il donne à son fils impubère. Dans la substitution exemplaire, le choix de l'ascendant est limité à un certain nombre de personnes (*certas personas substituere*). Il est obligé de prendre le substitué d'abord parmi les enfants du fou ; s'il n'a pas d'enfants, parmi ses frères ou sœurs ; ce n'est qu'à défaut d'enfants, de frères ou de sœurs, qu'il a liberté de choix (1) (Instit., *ibid.*). — 3° La substitution pupillaire s'évanouit dès que l'enfant atteint l'âge de puberté. La substitution exemplaire est infirmée par cela seul que l'enfant recouvre la raison (Instit., § 1, liv. II, tit. XVI).

IV. Substitution fidéicommissaire.

Un testateur qui a institué un étranger (*extraneus*) pubère ou impubère, ou un de ses fils pubère (*filius puberi*), peut, après l'avoir autorisé à jouir de tous les biens qu'il laissera dans sa succession, le charger de rendre à une personne désignée tout ou partie de l'hérédité qu'il lui a transmise. Si le terme de la restitution est la mort de l'institué, il y a une substitution fidéicommissaire (2) (Instit., § 9).

Dans le droit classique, la substitution fidéicommissaire pouvait avoir et avait dans l'usage une durée indéfinie ; aucune restriction n'était apportée à la liberté du testateur. Il en résultait une immobilisation complète des biens dans les familles contrairement à l'intérêt général. Aussi Justinien, sans toucher au principe, croit utile de limiter à quatre degrés la transmission

(1) Sic, Accarias, t. I, n. 371, p. 937. — Quelques auteurs pensent cependant qu'à défaut de descendants, le père est libre de choisir un étranger. V. notamment Maynz, t. III, § 170, p. 335, texte et note 7.

(2) *Contra*, Code civ., art. 896.

d'un patrimoine par voie de substitution fidéicommissaire (Nov. CLIX, ch. II).

Différence entre la substitution fidéicommissaire et la substitution pupillaire. — Le substitué pupillaire devient l'héritier du pupille; il recueille dans la succession du pupille tous les biens qui s'y trouvent. — Le fidéicommissaire n'est pas l'héritier du grevé de restitution; il ne succède qu'au testateur, et ne recueille dans la succession du grevé que les biens qui proviennent du testateur. D'où il résulte que le testateur qui peut donner un substitué pupillaire à l'enfant même qu'il exhérède, ne peut faire un fidéicommissaire qu'à la condition d'instituer le grevé.

TITRE XVII

De quelles manières sont infirmés les testaments.

Un testament légalement fait dans le principe (*justum, jure factum*) peut être invalidé par des causes postérieures : ainsi le testament peut être *ruptum, irritum* ou *desertum* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XVII).

I. Dans quels cas un testament est rompu (*ruptum*) ? — 1° Par l'agnation ou la quasi-agnation postérieure d'un héritier sien qui n'a été ni institué ni légalement exhérédé (1) (Instit., § 1, *eod.*).

2° Par la révocation résultant de la confection d'un testament postérieur (2). En effet, il est impossible de mourir avec deux testaments, puisque chaque testament doit disposer de l'hérédité tout entière. Mais, pour que ce résultat se produise, il faut que le second testament soit régulièrement fait (*jure perfectum*) avec toutes les conditions de forme et de capacité. Dès l'instant que

(1) Voy. *supra*, liv. II, tit. XIII, p. 216 et suiv.

(2) Comp. Code civ., art. 1035-1038.

ce second testament existe, le premier est détruit. Peu importe qu'il devienne dans la suite inefficace ou qu'il soit annulé (1). C'est ce qui arrive, par exemple, lorsque, dans ce second testament, le testateur a institué un héritier sous condition. Si la condition ne se réalise pas, le second testament est annulé. Mais le premier ne revit pas. Il y a donc lieu à la dévolution de la succession *ab intestat* (Instit., §§ 2, 3, *eod.*).

La révocation résulte encore de la destruction matérielle du testament par la volonté du testateur (2).

Observation. — Quoique *ruptum*, le premier testament a la valeur d'un codicille, et les dispositions en sont exécutoires comme fidéicommiss, lorsque le second testament contient la mention : *ut priores tabulæ valeant*. — Cette mention est réputée sous-entendue dans le testament postérieur qui ne contient qu'une institution d'héritier *ex certa re*, soit pour des objets déterminés, soit pour une simple fraction de l'hérédité (3) (L. 12, D., *De inj. test.*, liv. XXVIII, tit. III; Instit., § 3, *eod.*).

II. Dans quel cas un testament est inutile (*irritum*)?

— Par la diminution de tête du testateur (*capite deminutus sit*) (Instit., §§ 4, 5, *eod.*).

Remarquons que le testament, devenu inutile par la diminution de tête, n'est pas dénué de tout effet (*non tamen per omnia inutile*). Si le testament a été revêtu des cachets de sept témoins, l'héritier institué pourra obtenir la possession des biens *secundum tabulas*, à condition toutefois que le testateur soit revenu avant sa mort à son premier état, et qu'il ait recouvré la capacité qu'il avait lors de la confection du testament (4) (Instit., § 6, *eod.*).

(1) Même Code, art. 1037.

(2) *Sic*, Gavouyère, *loc. cit.*; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 76.

(3) Consult. Tauchert, *De clausul. codicill.*; Van Wetter, t. II, § 668, p. 405; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 78.

(4) Voy., pour plus de détails, Accarias, t. I, n. 342.

Le bénéfice de la possession de biens *secundum tabulas* peut être généralisé et étendu aux cas où le testament est rompu (*ruptum*) (1) (Gaius, C. II, § 147).

III. — **Dans quels cas un testament est déstitué d'effets** (*desertum* ou *destitutum*)? — Le testament est *desertum* ou *destitutum* par des circonstances relatives à l'institué, lorsque celui-ci meurt avant l'ouverture de l'hérédité, ou bien entre l'ouverture et l'acquisition de l'hérédité sans transmettre à ses héritiers le droit de l'accepter à sa place. Il est encore infirmé par l'incapacité subséquente de l'institué à un moment quelconque depuis l'ouverture jusqu'à l'acquisition de l'hérédité, par l'indignité de l'institué, et par sa renonciation à l'hérédité (2).

TITRE XVIII

Du testament inofficieux.

Généralités. — La liberté accordée au père de famille par la loi des Douze Tables de disposer de son patrimoine sans restriction, avait reçu une première limitation dans l'obligation qui lui était imposée par les Prudents d'instituer ou d'exhérer ses héritiers siens (3). Cette limitation était inefficace, puisque le père de famille conservait toujours le droit d'exhérer ses enfants même sans juste cause. Il y avait là un droit exorbitant, contraire à tous les sentiments d'équité. La parenté, en effet, impose des devoirs aux divers parents. Ces devoirs ont reçu une sanction par la *querela inofficiosi testamenti* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XVIII).

(1) Voy., pour plus de détails, Accarias, t. I, n. 342.

(2) Sic, Gavouyère et Bodin, *ibid.*; Van Wetter, t. II, § 668, p. 403 et 404.

(3) Voy. *supra*, liv II, tit. XIII, p. 246 et suiv.

Définition. — On nomme testament *inofficieux* celui qui, bien que conforme aux règles du droit, blesse les sentiments et les obligations qui naissent des liens de famille (*quod non ex officio pietatis videtur esse concriptum*).

On entend par *plainte d'inofficiosité* (*querela inofficiosi testamenti*) l'action donnée aux héritiers légitimes pour faire prononcer l'infirmité du testament inofficieux (1).

Cette plainte d'inofficiosité reposait sur une fiction. On supposait que le testateur qui avait manqué ainsi aux devoirs de la parenté n'avait pas eu la raison saine au moment de la confection de son testament. On annulait donc le testament inofficieux comme une œuvre de démente (2).

L'origine de la *querela inofficiosi testamenti* ne se place point, comme le prétend Cujas (3), dans une loi *Glitia*, mais bien dans la jurisprudence du tribunal des centumvirs (4).

Qui peut intenter la plainte d'inofficiosité ?

Le droit d'attaquer le testament comme inofficieux appartient :

(1) Comp. Code civ., art. 913-930.

(2) Brocher, *Etud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 80 et suiv.; Boissonade, *Hist. de la réserve héréd.*, n. 76.

(3) *Opera omnia*, t. IV, p. 365; Denys Godefroy, *ad leg. 4*; Doneau, *Comment.*, liv. XIX, ch. iv, note 15. — *Contra*, Estienne Pasquier, *Lettres*, XIX, 13, t. II, p. 568.

(4) *Sic*, de Savigny, *System*, t. I, § 12, n. C.; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess* § 23; Puchta, *Institutionen*, § 311; Brocher, *op. cit.*, p. 81; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 353, p. 888, note 1; Mayoz, t. III, § 450, p. 234, et § 473, p. 359, texte et note 10. — Boissonade, *op. cit.*, n. 79 attribue la plainte d'inofficiosité aux Prudents. — Trolong, *Mém., Acad. des sciences mor.*, t. IV, p. 351, et *Donat. et test.*, pref., p. LXV; Laferrière, *Hist. du dr. franç.*, t. I, p. 247; Kœnigswarter, *Orig. de la famille en France*, p. 110 et suiv., rapportent l'honneur de cette innovation au préteur; c'est là une erreur évidente. En effet, outre qu'il n'est nullement mention de l'édit dans les textes relatifs à la *querela*, il faut surtout remarquer que les moyens judiciaires qui sont la sanction de l'inofficiosité n'ont rien de prétoire; qu'ils sont purement civils.

1° Aux descendants, quel que soit leur degré et quel que soit leur sexe, contre le testament de tout ascendant (1).

2° Aux ascendants (*parentes*), ayant ou non la *potestas* (2) contre le testament de leurs descendants (3).

Ces deux classes de personnes peuvent intenter la plainte d'inofficiosité contre tout institué.

3° Aux frères et aux sœurs (4). — *Première observation.* La plainte d'inofficiosité ne fut d'abord accordée qu'aux frères et sœurs germains et agnats (L. 1, C. Théod., *De inoff. test.*, liv. II, tit. XIX). Justinien l'a étendue aux frères et sœurs consanguins, agnats ou non (L. 27, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII). Les frères et sœurs utérins restent seuls exclus de la plainte d'inofficiosité (Instit., § 1, liv. II, tit. XVIII). — *Deuxième observation.* Les frères et sœurs ne sont admis à intenter la plainte d'inofficiosité contre le testament que dans le cas où le testateur a institué des personnes viles ou notées d'infamie (*turpibus personis scriptis*). Contre tout autre institué, ils perdent leur droit (Instit., *ibid.*).

Quant aux collatéraux plus éloignés, on n'a pas jugé que les devoirs d'affection naturelle fussent assez puissants pour autoriser une pareille action en leur faveur (Instit., *ibid.*).

A qui incombe la charge de prouver l'inofficiosité du testament ?

Si la *querela* est intentée par un descendant, c'est au descendant à prouver l'inofficiosité, c'est-à-dire l'iniquité de l'exhérédation ou de l'omission.

Si la *querela* est intentée par un ascendant, l'inofficiosité est présumée : c'est donc à l'institué à établir les

(1) Conf. Code civ., art. 913.

(2) Sic, Boi-sonade, *op. cit.*, n. 96.

(3) Conf. même Code, art. 915.

(4) *Contra*, même Code, art. 916.

justes motifs d'exhérédation ou d'omission (1) (L. 28, C., *De inoff.*, liv. III, tit. xxviii).

Devant quel tribunal est portée la plainte d'inofficiosité? — A l'origine devant les centumvirs, plus tard devant le préteur.

A quelles conditions est soumis l'exercice de la plainte d'inofficiosité ?

1° La *querela inofficiosi testamenti* est un secours extraordinaire qui n'est accordé qu'à défaut de tout autre moyen contre le testament (*si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt*). Elle doit donc être refusée à quiconque peut arriver à l'hérédité en tout ou en partie par une autre voie. Par exemple, la fille de famille omise n'a pas la *querela inofficiosi testamenti*, puisqu'elle est déjà protégée par le *jus accrescendi*. De même celui-là n'a pas la *querela* qui peut invoquer contre le testament paternel la *bonorum possessio contra tabulas* (Instit., § 2, liv. II, tit. xviii).

2° La *querela inofficiosi testamenti* n'est admise qu'autant que l'exhérédation est injuste. Primitivement les juges avaient un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'injustice de l'exhérédation (LL. 11, 19, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. xxviii). Cet arbitraire devait nécessairement avoir pour conséquence de ne laisser aux testateurs que peu de confiance, et jamais de certitude dans le maintien de leur testament.

3° La *querela inofficiosi testamenti* n'était accordée qu'aux héritiers qui n'avaient pas reçu, en vertu des dernières dispositions du testateur, le quart au moins de la portion qui leur serait revenue *ab intestat*. — C'est

(1) Cette distinction n'est pas admise par tous les auteurs; elle est repoussée notamment par Demangeat, t. I, p. 743; Van Wetter, t. II, § 689, p. 433; Didier-Pailhé et Tartari, p. 582, note 1; Accarias, t. I, n. 355, p. 895, qui appliquent même à l'ascendant la règle générale en matière de preuve: *Actori incumbit probatio*. — Boissonade, *op. cit.*, n. 145, se rallie à ce dernier système, mais à partir de Justinien et comme une innovation de ce prince.

ce que les textes désignent le plus communément par les expressions *quarta legitimæ partis* (Instit., § 3, *eod.*); ou *portio legitima* (LL. 28, 30, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. xxviii); et que les commentateurs, depuis Cujas, appellent plus simplement *légitime*. — Ainsi, les héritiers qui n'ont pas leur *portio legitima* n'ont pas seulement le droit de la faire compléter, ils peuvent encore par la *querela inofficiosi testamenti* faire tomber le testament pour le tout, et recueillir en entier l'hérédité *ab intestat*.

De la légitime. — La légitime est une portion de ce qui serait revenu *ab intestato, ex lege*, à l'enfant ou aux autres parents admis à la *querela* : *portio portionis ab intestato debitæ*. C'est de cette portion de biens, et non de l'hérédité, que certains parents ne peuvent être privés sans une juste cause; elle leur a été réservée pour concilier avec la liberté testamentaire les droits de la famille et de la nature : le testateur y trouve un terme moyen entre l'exhérédation ou l'omission absolue qui ferait tomber ses dispositions et une institution à laquelle peuvent résister ses sentiments (1).

Calcul de la légitime.

Computation des légitimaires. — Doivent être comptés pour la détermination de la légitime : 1° les enfants institués héritiers siens; 2° les enfants indûment exclus de l'hérédité et exerçant leur droit héréditaire par la *querela*; 3° les enfants exhérédés, mais pourvus de la légitime par le père. — Ne sont pas comptés, au contraire : 1° ceux qui sont exclus comme indignes ou valablement exhérédés; 2° ceux qui renoncent gratuitement, soit à la *querela*, soit à la légitime, et, pour cette raison, ne prennent rien de l'hérédité (2).

Les mêmes principes s'appliquent aux ascendants et aux frères et sœurs.

(1) Boissonade, *Hist. de la réserve hérédit.*, n. 117 et suiv.

(2) Même auteur, *op. cit.*, n. 119, p. 106.

Calcul et évaluation des biens. — On établit d'abord la masse héréditaire qui se compose de tous les biens meubles ou immeubles, droits de créances ou valeurs quelconques que possédait le défunt au jour de son décès.

De cette masse on déduit les dettes du défunt, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis (1).

Sur ce qui reste on calcule la quarte, la part de succession *ab intestat* réduite au quart et constituant la légitime.

Imputations. — Les libéralités faites par le défunt au légitimaire sont-elles imputables sur la légitime ?

S'imputent sur la légitime toutes les libéralités que le légitimaire a recueillies en vertu d'un legs, d'un fidéicommiss, d'une donation à cause de mort, à titre de dot, de donation *propter nuptias*. Si, par suite de ces imputations, le légitimaire a reçu l'équivalent de sa légitime, il n'a pas le droit d'attaquer le testament comme inofficieux.

Quid des donations entre vifs ?

La donation entre vifs pure et simple, sans conditions spéciales, ne s'impute pas sur la légitime (2). Le droit du légitimaire à la légitime reste donc intact.

Mais le donateur a pu insérer dans la donation une clause expresse en vertu de laquelle la donation doit être imputée sur la légitime. Cette clause sera-t-elle respectée ? — Oui, suivant Ulpien, car le donateur peut faire la loi de sa donation et y mettre telle restriction qu'il lui plaît (L. 25, *pr.*, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II). — Non, suivant Papinien (L. 16, D., *De suis et legit.*, liv. XXXVIII, tit. XVI) et Paul (*Sent.*, liv. IV, tit. V, § 8) par le motif que la renonciation de l'enfant

(1) Ces règles générales sont également applicables au calcul de la Falcidie. Voy. *infra*, liv. II, tit. XVII.

(2) *Contra*, Code civ., art. 922.

à la *querela* ne serait pas entièrement libre. Cette dernière opinion confirmée par un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 3, C., *De coll.*, liv. VI, tit. xxviii) a été définitivement adoptée par Justinien (L. 35, § 1, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. xxviii).

De l'action en supplément.

Sous Constantin, il est décidé que la volonté du testateur sera exécutée toutes les fois qu'après avoir laissé au légitimaire moins du quart, il aura expressément recommandé de compléter ce quart *boni viri arbitrato*. Ainsi le légitimaire n'a plus la *querela*, mais il peut invoquer l'action en supplément (Paul, *Sent.*, § 7, liv. IV, tit. v).

Différence entre la querela inofficiosi testamenti et l'action en supplément :

1° La *querela* est une action *réelle* ; l'action en supplément est une action *personnelle* (1), c'est-à-dire exclusivement dirigée contre l'institué ; elle n'atteint pas les tiers possesseurs des biens héréditaires.

2° La *querela* s'éteint après un délai de deux ans à l'origine, de cinq ans sous Justinien ; l'action en supplément dure le temps ordinaire des actions (trente ans).

3° La *querela* n'est transmissible aux héritiers du légitimaire que sous certaines conditions ; l'action en supplément est toujours transmissible.

4° La *querela*, lorsqu'elle est mal à propos intentée par le légitimaire, lui fait perdre sa légitime ; l'action en supplément, lorsqu'elle est repoussée, laisse intacte la disposition testamentaire au profit du légitimaire (2).

Des effets de la plainte d'inofficiosité. — La *querela inofficiosi testamenti* entraîne soit la rescision *totale*, soit la rescision *partielle* du testament.

(1) Sic, Vangerow, t. II, § 482, *Anm.*, n. 1 et 2.

(2) Voy., ci-dessous, le paragraphe relatif aux modes d'extinction de la plainte d'inofficiosité, p. 288 et 289.

Rescision totale. — L'annulation complète du testament se produit quand un seul légitimaire agit contre un seul institué, ou contre plusieurs institués qui succombent tous ; elle a pour conséquence d'amener l'ouverture de la succession *ab intestat* au profit du légitimaire qui en est saisi *ipso jure*. — Il est bon de remarquer que la question d'inofficiosité ne se débat qu'entre le légitimaire et l'institué. Les légataires, quelque intéressés qu'ils soient au maintien du testament, ne figurent point dans l'instance ; et cependant ce qui est jugé contre l'institué produit des effets contre les légataires. C'est une exception au principe : *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* (1) (LL. 17, § 1, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II).

Bien entendu, l'exception n'existe qu'autant que le débat est *contradictoire* et *sincère* de la part de l'institué (L. 14, § 1, D., *De appell.*, liv. XLIX, tit. 1).

Rescision partielle. — L'annulation partielle du testament se produit notamment lorsque la *querela* est intentée contre plusieurs institués dont les uns l'emportent et les autres succombent, lorsqu'un seul de plusieurs légitimaires soulève la plainte, ou lorsqu'un testateur, en omettant son frère, a institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis*, etc.

Dans ces hypothèses et autres semblables, le *querelans* devient le cohéritier de l'institué dont le droit subsiste. De là indivision des choses corporelles, et partage de plein droit des créances et des dettes (L. 13, § 2, D., *cod.*). — Quant aux legs, ils ne peuvent être annulés complètement puisque l'institution subsiste en partie, mais ils subissent une réduction proportionnelle à la part que prend le *querelans* (L. 76, *pr.*, D., *De legat.*,

(1) Vernet, *Tr. de la quotité dispon.*, p. 118 ; Boissonade, *Hist. de la réserve héréd.*, p. 92.

2^o, liv. XXXI). — Les affranchissements sont maintenus, mais à la charge pour les affranchis de payer au *querelans* une indemnité correspondant à la valeur du droit qu'il aurait eu sur eux (L. 10, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II).

La rescision partielle du testament aboutit, en définitive, à faire brèche à la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, en amenant le concours d'héritiers institués et d'héritiers *ab intestat*. Le *querelans*, en effet, ne peut d'une part obtenir plus que ses droits d'héritier légitime, ni d'autre part dépouiller l'institué au delà de la quotité pour laquelle l'institution est jugée inofficieuse (1).

De quelles manières s'éteint la plainte d'inofficiosité ?

La *querela inofficiosi testamenti* se perd :

1^o Lorsque le légitimaire est mort sans avoir manifesté par un commencement de poursuites son intention d'attaquer le testament. Dans ce cas les héritiers ne peuvent pas intenter l'action d'inofficiosité. On a assimilé en effet la *querela inofficiosi testamenti* à l'action d'injures. Le *querelans* se plaint de l'exhérédation ou de l'omission comme d'une offense, d'une atteinte à sa considération. Or, s'il est mort *non jam preparata controversia*, on pense qu'il a oublié l'injure, qu'il a pardonné (2) (L. 6, § 2 ; L. 7, D., *De inoff. test.*, liv. V, tit. II).

2^o Lorsque le légitimaire laisse écouler un certain délai. Ce délai, d'abord de deux ans, a été plus tard porté à cinq ans. Le silence pendant ce temps est considéré

(1) Sic, Accarias, t. I, n. 357 ; Boissonade, *Tr. de la réserve héréd.*, n. 102.

(2) Il faut remarquer que l'assimilation de la *querela* à l'action d'injures n'est point complète, puisque par dérogation aux règles ordinaires de cette dernière action et par faveur pour la *querela*, la *litis preparatio* équivaut à la *litis contestatio*. Accarias, t. I, n. 358, p. 900.

comme un oubli, un pardon (L. 16, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. xxviii).

3° Lorsque le légitimaire a approuvé d'une manière quelconque le testament (*agnovit iudicium testatoris*) : par exemple, le légitimaire a demandé la délivrance d'un legs fait à son profit par le *de cuius* (L. 23, § 1; L. 31, §§ 2, 3 et 4, D., *De inoff. test.*, liv. V, lit. II). — Bien plus, était considéré comme une approbation du testament, l'acte volontaire et libre, par lequel le légitimaire s'était porté procureur d'un tiers, pour réclamer la délivrance d'un legs fait à ce tiers. — Il y avait une exception pour le légitimaire qui avait accepté, en qualité de tuteur, un legs fait à son pupille. Cette acceptation était un *acte forcé*, qui lui était commandé par les intérêts bien entendus de son pupille; elle ne pouvait donc impliquer de sa part aucune approbation du testament. Aussi le légitimaire était recevable à attaquer en son propre nom (*nomine suo*) ce testament comme inofficieux (L. 30, *pr.*, D., *eod.*).

4° Lorsque le légitimaire a transigé avec l'institué après la mort du testateur (L. 27, *pr.*, D., *eod.*).

5° Lorsqu'il s'est désisté de son action (L. 8, § 1, D., *eod.*).

Observation. — Celui qui mal à propos a intenté la *querela inofficiosi testamenti*, et qui a succombé dans sa demande, est déclaré indigne et déchu du bénéfice des dispositions testamentaires faites à son profit. C'est le fisc qui en profite (L. 8, § 14, D., *eod.*).

Innovations de Justinien.

1° Justinien décide que le légitimaire qui a reçu du défunt une portion quelconque de l'hérédité, inférieure à la légitime, n'aura jamais la *querela inofficiosi testamenti*, mais seulement une action en supplément de légitime. Il n'est plus nécessaire que le testateur exprime en termes formels sa volonté à cet égard. Ainsi la *querela inofficiosi testamenti* est désormais restreinte au seul cas

où le testateur a complètement exhéredé ou omis le légitimaire (Instit., § 3, liv. II, tit. XVIII).

2° Par la nouvelle XVIII (ch. I), Justinien augmente la quotité de la légitime. Il décide que la légitime sera du tiers de la succession, lorsque le testateur laisse quatre enfants ou moins de quatre ; elle sera de la moitié si le testateur laisse plus de quatre enfants (1). — Cette combinaison, fort équitable en principe, peut cependant produire ce résultat contraire à la nature des choses, que chaque héritier obtienne plus quand ils sont plus nombreux que quand ils le sont moins. Exemples : Supposons qu'un père de famille laisse 12,000 fr. et quatre enfants, chacun de ceux-ci devra recevoir un douzième, soit 1,000 fr. Supposons qu'il y ait cinq enfants, chacun devra recevoir un dixième, soit 1,200 fr. — Observons que cette augmentation de légitime par Justinien ne profite pas seulement aux enfants, mais à tous les légitimaires en général (2).

3° Justinien fait entrer en compte, pour le calcul de la portion légitime, ce que le légitimaire a reçu entre-vifs pour l'achat d'un office, d'un grade militaire (*ad militiam emendam*) (L. 30, § 2, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. XXVIII).

4° Par la nouvelle CXV (ch. III et IV) et la nouvelle XXII (ch. XLVII), Justinien détermine les causes légitimes d'exhéredation d'une façon restrictive. — En ce qui concerne l'exhéredation des descendants par les ascendants,

(1) Les petits-enfants d'un fils prédécédé ne sont pas comptés par têtes, mais pour un seul, au lieu et place de l'enfant qu'ils représentent. Boissonade, n. 118; Accarias, t. I, n. 359, p. 902, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 589, note 1. — Conf. Code civ., art. 914.

(2) La question est vivement controversée. Toutefois l'opinion que nous professons tend à prévaloir dans l'enseignement. Sic, Ortolan, t. II, n. 802; Demangeat, t. I, p. 753; Namur, 2^e édit., t. II, § 406; p. 187; Vangerow, t. II, § 475, *Ann.* I, n. 1; Windscheid, t. III, § 580, texte et note 4; Van Wetter, t. II, § 686, p. 429; Boissonade, *op. cit.*, n. 151; Brocher, *op. cit.*, p. 91, texte et note 2; Didier-Pailhé et Tartari, p. 589, note 1; Labbé, à son cours. — V. toutefois, Accarias, 3^e édit., t. I, n. 359, p. 902, note 2.

il fixe quatorze causes d'exhérédation (1). — Quant à l'exhérédation des ascendants par leurs descendants, il n'établit que huit causes : — enfin trois causes seulement pour l'exhérédation des frères et sœurs.

Justinien exige de plus que les causes d'exhérédation soient mentionnées expressément dans le testament. Il soumet même, au cas de contestation de la part du légitimaire, l'héritier institué à la nécessité de prouver la légitimité de l'exhérédation.

Que décider au cas où le testateur, contrairement aux prescriptions des nouvelles sus-mentionnées, n'a pas exprimé la cause de l'exhérédation? Le testament sera-t-il nul ou simplement *inofficieux*? C'est là un point vivement controversé (2).

3° Justinien exige par la nouvelle cxv (ch. III et IV) que le légitimaire recueille sa légitime à titre d'héritier institué. Le testateur ne pourra donc plus écarter de l'hérédité le légitimaire par un legs ou un fidéicommiss équivalant à sa légitime. Il en résulte que si le légitimaire n'a pas été institué pour la part à laquelle il a droit, ce ne sera pas par une action personnelle en supplément, mais par une véritable pétition d'hérédité qu'il réclamera ce qui lui manque (3).

6° Par cette même nouvelle cxv (ch. IV, § 9), Justinien

(1) Justinien tranche également une autre question restée douteuse jusqu'à lui (Cujas, *Observat.*, liv. III, ch. v, édit. Napl., t. III, p. 61), à savoir que les petits-enfants ne pourraient plus être exhérédés par l'aïeul pour la faute de leur père. Boissonade, *Hist. de la réserve héréd.*, p. 96, note a, et p. 123, n. 133.

(2) L'école allemande se prononce presque unanimement pour la nullité du testament. Voy. Mühlenbruch, *Continuat. de Gluck*, t. XXXVII, p. 298 et suiv.; Bluntschli, *Entwicklung*, §§ 25 et 26; Vangerow, *Lehrbuch*, t. II, § 485; Namur, *Cours d'Institut.*, 2^e édit., t. II, § 403, p. 182; Brocher, *Étud. hist. et philos. sur la légitime et les réserves*, p. 98. — L'école française enseigne avec la même unanimité que le testament est inofficieux. Sic, Thézard, *Rép. écr. sur le dr. rom.*, p. 163; Demangeat, t. I, p. 754; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 475, p. 383 et suiv. observ.; Labbé, *à son cours*. — Voy. toutefois, Accarias, 3^e édit., t. I, n. 335, p. 842.

(3) Sic, Accarias, t. I, n. 359, p. 902.

décide que désormais la *querela inofficiosi testamenti* ne fera tomber que l'institution d'héritier et laissera intactes les autres dispositions testamentaires, legs, fidéicommiss, etc., en tant qu'elles ne touchent pas à la légitime. Justinien rompt ainsi avec le principe ancien qui regardait l'institution comme *fundamentum testamenti*.

7° Justinien fixe un nouveau point de départ au délai de cinq ans qui entraîne la déchéance du droit d'agir par la *querela inofficiosi testamenti*. Ce délai ne commence plus à courir désormais du jour de la mort du testateur, comme le voulait Modestin, mais seulement du jour où l'institué a fait adition, suivant l'opinion d'Ulpien (L. 36, § 2, C., *De inoff. test.*, liv. III, tit. xxviii).

8° Enfin Justinien apporte une exception au principe de l'intransmissibilité de la *querela inoff. test.* pour le cas particulier où le légitimaire est un descendant du testateur et où il vient à mourir avant l'expiration du délai imposé à l'institué pour faire adition. Il transmet alors l'action à ses enfants quand même il ne l'aurait pas préparée (LL. 34 *in fine*, 35, § 2, C., *eod.*).

TITRE XIX

De la qualité et de la différence des héritiers.

Il y a trois classes d'héritiers : les héritiers nécessaires, les héritiers siens et nécessaires, les héritiers externes ou volontaires (Instit., *pr.*, liv. II, tit. xix).

I. Héritiers nécessaires.

Quels sont les héritiers nécessaires ? — Les héritiers nécessaires sont les esclaves appartenant au testateur

et que celui-ci a institués avec affranchissement (1). Ces esclaves arrivent en même temps à l'hérédité et à la liberté.

De ce principe il faut tirer la conséquence suivante : si l'esclave institué est affranchi avant la mort du testateur, il ne sera plus héritier nécessaire, il aura, en effet, obtenu la liberté avant l'hérédité (Gaius, C. II, § 186, 187).

On le nomme héritier nécessaire, nous disent les Institutes, *quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et necessarius heres fit* (Instit., § 1, *eod.*).

Ainsi l'esclave devient héritier à son insu, même malgré une volonté contraire.

De ce second principe il faut tirer cette conséquence que la personnalité de l'esclave s'absorbe dans celle du défunt. Les biens de l'hérédité et les biens propres de l'esclave ne forment plus qu'un seul patrimoine. Même confusion pour les dettes du défunt qui deviennent les dettes de l'esclave. Ainsi, en cas d'insuffisance des biens de la succession, l'esclave, d'après le droit civil, doit payer les dettes du défunt même sur les biens qu'il acquiert par son travail.

Ce résultat ne laissait pas que d'être inique. Pour y remédier, on accordait à l'héritier nécessaire, ce que les commentateurs ont appelé le *bénéfice de la séparation des biens* (Inst., *ibid.*).

Du bénéfice de séparation des biens. — En vertu de ce bénéfice, les biens du défunt se séparent d'avec ceux de l'héritier. L'actif et le passif de l'un ne se confondent plus avec l'actif et le passif de l'autre. Les créanciers du défunt ne peuvent faire vendre les biens propres de l'esclave pour l'acquittement des dettes héréditaires (Instit., § 1, *eod.*). — Il est bon de remarquer que, lorsque l'on

(1) Il y avait, dans l'ancien droit, une autre classe d'héritiers nécessaires : c'étaient les individus *in mancipio* que l'on assimilait aux esclaves (Gaius, C. II, § 160).

parle des biens de l'héritier nécessaire, on ne désigne que les biens qu'il acquerra après la mort du défunt. Tant que l'esclave est esclave, c'est-à-dire pendant la durée de la vie du maître, il n'a rien en propre, tout ce qu'il délient appartient à son maître.

Pour avoir le bénéfice de la séparation des biens, il faut le demander au préteur avant d'avoir fait aucun acte d'immixtion* dans les biens du défunt (1) (L. 1, § 18, D., *De separ.*, liv. XLII, tit. vi).

Quelle utilité le testateur retire de l'institution d'un esclave comme héritier nécessaire ? — Par cette institution le testateur est assuré de ne pas mourir *intestat*. Aussi est-elle fréquemment employée par les personnes insolubles qui trouvent difficilement quelqu'un qui veuille accepter leur hérédité. La présence d'un héritier nécessaire sauve de l'ignominie la mémoire du défunt. En effet, l'ignominie résulte de la vente en masse des biens héréditaires sous le nom de l'héritier nécessaire. Mais, sous Justinien, la vente en masse des biens du débiteur insoluble, et l'ignominie qui en était la conséquence, ont disparu.

Remarquons que, pour devenir héritier nécessaire, l'esclave a dû appartenir au testateur à deux époques : — 1° à l'époque de la confection du testament ; — 2° à l'époque de la mort du testateur ou de l'accomplissement de la condition, si l'institution est conditionnelle. Mais l'esclave a pu changer de maître dans l'intervalle entre ces deux époques ; il ne cesse pas d'être héritier nécessaire, si à la mort du testateur il est revenu sous sa puissance (Ulpian, *Reg.*, tit. 1, § 23 ; L. 9, § 16 ; L. 90, D., *De her. instit.*, liv. XXVIII, tit. v).

(1) L'héritier nécessaire pourrait invoquer le bénéfice de la *restitutio in integrum* contre les conséquences de son immixtion, s'il était mineur de vingt-cinq ans (L. 7, § 5, D., *De minor.*, liv. IV, tit. iv) ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 74.

II. Des héritiers siens et nécessaires.

Quels sont les héritiers siens et nécessaires ?

Les héritiers siens et nécessaires (*sui et necessarii*) sont ceux qui se trouvent sous la puissance immédiate du testateur au moment de sa mort, et qui deviennent ensuite ses héritiers. Exemple : le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille dont le père est sorti de la famille ou a été exhérité dans le testament de l'aïeul (Inst., § 2, *eod.*).

Que signifie cette expression *héritiers siens* ? Les enfants, fils de famille, sont considérés du vivant de leur père comme ayant la copropriété du patrimoine commun. Aussi, lorsqu'à la mort de leur auteur ils recueillent les biens de la succession, ils consolident un droit qu'ils ont déjà, bien plus qu'ils n'acquièrent un droit nouveau. Ils ne sont pas les héritiers d'autrui, mais en quelque sorte leurs propres héritiers (*heredes sui*). Ils se succèdent à eux-mêmes (1) (Inst., *ibid.*).

Les héritiers siens sont en même temps *nécessaires*, parce que, sans addition, *bon gré, mal gré*, ils deviennent héritiers (2) (Inst., *ibid.*).

D'après le droit civil, les héritiers siens et nécessaires sont tenus des dettes du défunt même sur leurs biens personnels. Mais le préteur est venu à leur secours et leur a accordé le bénéfice d'*abstention* (Inst., *ibid.*).

Différences entre le bénéfice d'abstention et le bénéfice de séparation des biens. — 1° Le bénéfice d'*abstention* s'opère de plein droit; il n'est pas nécessaire d'aller trouver le magistrat et d'obtenir de lui un décret. Il suffit que l'héritier sien ne s'imisce pas dans

(1) *Sic*, Ducaurroy, t. II, n. 567; Demangeat, t. I, p. 764; Didier-Pailhé et Tartari, p. 600; Ortolan, t. II, n. 807; Labbé, à son cours. — *Contra*, Brocher, *Etud. hist. et phil. sur la légitime et les réserves*, p. 68.

(2) Conf. Code civ., art. 721.

les affaires de l'hérédité, et manifeste sa volonté de s'abstenir (*se dicit retinere hereditatem nolle*) (LL. 12, 71, § 9, D., *De adq. vel. om. hered.*, liv. XXIX, tit. II). — Au contraire, le bénéfice de *séparation* doit être demandé au prêteur par l'héritier nécessaire.

2° Par l'effet du bénéfice d'*abstention* aucune poursuite ne peut être dirigée contre l'héritier sien. Les créanciers du défunt vendent les biens de la succession sous le nom du défunt et non sous celui de l'héritier (Gaius, C. II, § 158). L'héritier sien échappe donc à l'infamie qui n'atteint que la mémoire du défunt. — Au contraire, la *séparation des biens* ne met pas obstacle à ce que les poursuites des créanciers héréditaires soient dirigées contre l'héritier nécessaire; la vente des biens se fait sous son nom; à l'origine même l'infamie le frappait, tandis que la mémoire du défunt restait pure de toute ignominie (Gaius, C. II, § 154).

Des effets de l'abstention. — Au point de vue du droit civil, l'abstention laisse subsister la qualité d'héritier (1); mais au point de vue du droit prétorien, elle équivaut à une répudiation de l'hérédité lorsque cette répudiation est permise. — Elle peut donner lieu *jure pretorio*, dans certains cas, à l'ouverture soit de la succession *ab intestat*, soit d'une substitution vulgaire (2).

L'héritier sien qui a détourné ou fait détourner quelque chose de l'hérédité commet un vol et se voit privé

(1) Entre autres conséquences, il résulte de là que : 1° les affranchissements directs ou *fideicommissaires* demeurent efficaces; 2° si le produit de la vente des biens héréditaires dépasse le passif, l'excédent appartient au *suius* (L. 32, D., *De manum. test.*, liv. XL, tit. IV; L. 6, *pr.*, D., *De reb. auct. jud.*, liv. XLII, tit. V).

(2) Quelle influence l'abstention d'un héritier sien et nécessaire peut-elle exercer sur le droit d'accroissement? L'accroissement est *volontaire* à la condition que l'héritier ait fait adition, ou qu'il se soit immiscé, antérieurement à la volonté de s'abstenir manifestée par son cohéritier. S'il n'a pris, au contraire, l'hérédité que postérieurement à cette résolution de lui connue, ou qu'il devait connaître, il s'est soumis alors à toutes les charges, et l'accroissement est forcé. Sic, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 12, note 1; Accarias, t. I, n. 345, p. 867, note 2.

des avantages de l'abstention (1) (L. 71, § 4, 9, D., *De acq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

Au surplus, celui qui s'est abstenu peut revenir sur son abstention et prendre l'hérédité tant que les biens n'ont pas été vendus (2), et qu'il ne s'est pas écoulé plus de trois ans. Ce délai n'a été fixé que par Justinien (L. 6, C., *De repud. vel abstin. hered.*, liv. VI, tit. XXXI).

III. Des héritiers externes ou volontaires.

Les héritiers externes sont ceux qui ne se trouvent pas sous la puissance du testateur au moment de sa mort (3). Par exemple, les enfants sortis de la famille, les enfants institués par leur mère, car les femmes n'ont point de puissance paternelle, l'esclave institué héritier par son maître, mais affranchi par lui depuis la confection du testament (Instil., § 3, *eod.*).

Externes, c'est-à-dire en dehors de la famille du testateur.

Volontaires, parce qu'ils ne deviennent héritiers que par un acte de leur volonté, par une acceptation appelée *adition d'hérédité* (*aditio hereditatis*).

De l'adition d'hérédité. — Dans l'ancien droit, le testateur pouvait imposer à ses héritiers l'obligation de faire adition d'hérédité dans certaines formes solennelles ou dans un certain délai. On disait alors que l'héritier était institué *cum cretione* (Gaius, C. II, §§ 166-168).

La crétion était *perfecta* ou *imperfecta*, suivant qu'elle était ou n'était pas accompagnée d'une exhérédation formelle (Ulpien, *Reg.*, tit. XXII, §§ 27, 28, 31, 32 et 34). Sous Justinien, il n'est plus question de la *cretion*, qui a été abolie par une constitution d'Arcadius et d'Honorius (L. 17, C., *De jure deliber.*, liv. VI, tit. xxx).

(1) Conf. Code civ., art. 792.

(2) Même Code, art. 790.

(3) Comp. même Code, art. 774 à 810.

L'adition d'hérédité peut se faire de deux façons, soit par une déclaration de volonté écrite ou verbale (*nuda voluntate*), soit en faisant acte d'héritier. Quand la volonté de l'héritier se manifeste par des actes, l'adition d'hérédité prend le nom de *pro herede gestio* (Instit., § 7, *cod.*).

Faire acte d'héritier, c'est faire un acte de maître sur les biens héréditaires. Ainsi l'héritier vend ou donne un bien de la succession (*vel vendendo res hereditarius vel prædia colendo locandove*) (Instit., *ibid.*). Peu importe même que le bien n'appartienne pas à l'hérédité, si l'héritier l'a cru héréditaire et qu'il en ait disposé en sa qualité d'héritier (1) (L. 21, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit. II).

L'adition n'est valable qu'autant que l'institué l'a faite en parfaite connaissance de cause. Ainsi celui qui fait adition doit savoir que l'hérédité est ouverte ou déférée, et qu'elle lui est déférée; en un mot, il ne doit ignorer aucune des circonstances qui lui donnent la vocation d'héritier (2).

L'acceptation de l'hérédité ne peut être faite que purement et simplement (3). Est donc nulle toute acceptation conditionnelle.

Par qui l'adition d'hérédité doit être faite ? — L'adition d'hérédité ne peut être faite que par l'institué lui-même.

De ce principe on tirait la conséquence suivante : si l'héritier est *infans* ou *furiosus*, il ne peut pas faire adition d'hérédité, et personne ne peut la faire pour lui, ni son tuteur ni son curateur. Telle est la rigueur du droit primitif. Au Bas-Empire, une constitution des empereurs Théodose et Valentinien décide que le père de famille ou le tuteur pourra désormais faire adition d'hérédité pour l'*infans* (L. 18, § 2, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. xxx). Justinien, résolvant les doutes quant au *furio-*

(1-2) Comp. Code civ., art. 778, 779, 780.

(3) Même Code, art. 771.

sus institué, établit que le curateur du *furiosus* pourra toujours faire adition pour le compte de ce dernier (1). (L. 7, § 3, C.. *De cur. fur.*, liv. V, lit LXX).

Un sourd, un muet, et même un sourd-muet peut, s'il a conscience de son droit, faire acte d'héritier et par là faire une acceptation valable (Instit., § 7, *eod.*). — Quant au prodigue interdit, il n'y a jamais eu doute (L. 5, § 1, D., *De adq. vel om. hered.*, liv. XXIX, tit II).

A partir de quel moment peut être faite l'adition d'hérédité ?

Il faut distinguer suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle.

Lorsque l'institution est *pure et simple*, le moment à partir duquel l'adition peut être faite est le moment de la mort du testateur. L'institué, en effet, ne peut pas faire adition avant que l'hérédité lui soit dévolue (L. 21, § 2, D., *eod.*).

Remarquons, toutefois, que sous l'empire des *lois caducaires* tombées en désuétude dans le dernier état du droit, la dévolution de l'hérédité datait de l'ouverture des tables du testament qui avait lieu peu de jours après la mort du testateur. Par conséquent, l'adition ne pouvait être valablement faite qu'à partir de cette époque.

Lorsque l'institution est *conditionnelle*, l'adition d'hérédité ne peut être faite qu'à partir de la réalisation de la condition, car la dévolution de la succession ne s'opère qu'à ce moment.

Y a-t-il un délai pour faire l'adition ? — D'après le droit civil, l'acceptation de l'institué pouvait être indéfiniment retardée. Il n'y avait pas de délai imposé à l'institué pour faire l'adition d'hérédité (Gaius, C. I, § 167). Le danger résultant de *l'usucapio lucrativa* ne suffisait pas toujours à stimuler son zèle. Une pareille incertitude était nuisible aux créanciers du défunt qui ne savaient à

(1) Conf. Code civ., art. 716.

qui s'adresser pour se faire payer. Le préteur a corrigé cette imperfection du droit civil. Il a permis aux créanciers, aux substitués, en un mot à tous ceux qui ont intérêt à ce que l'institué prenne un parti quelconque, de mettre l'institué en demeure de se prononcer dans un délai plus ou moins long suivant les circonstances de la cause. Dans l'ancien droit, ce délai était au *minimum* de cent jours. Justinien l'a porté à *neuf mois* et même à *un an* suivant qu'il est accordé par le magistrat ou par l'Empereur (1) (L. 22, §§ 2, 13, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. xxx). — Si, à l'expiration de ce délai, l'institué n'avait pas fait adition, il était censé, dans l'ancien droit, avoir répudié l'hérédité; en conséquence, la *bonorum possessio* était accordée au substitué, et, à défaut de substitué, aux créanciers héréditaires. Justinien a encore modifié le droit sur ce point. Le silence de l'héritier, après l'expiration du délai pour faire adition, n'est plus interprété dans le sens d'une renonciation, mais d'une acceptation (2) (L. 22, § 14, C., *eod.*).

L'adition d'hérédité, une fois faite, est irrévocable (3). Celui qui a accepté ne peut plus revenir sur son acceptation, sauf le mineur de vingt-cinq ans, qui obtient une *restitutio in integrum* (Instit., § 5, liv. II, tit. xix).

A quelle époque la testamenti factio doit-elle exister chez l'héritier externe? — L'héritier externe doit avoir la *testamenti factio* à trois époques: — 1° à l'époque de la confection du testament; — 2° à l'époque où l'hérédité est ouverte et déléguée (c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur si l'institution est pure et simple, à l'époque de l'événement de la condition, si l'institution est conditionnelle); — 3° à l'époque de l'adition de l'hérédité (4) (Instit., § 4, liv. II, tit. xix).

(1) Comp. Code civ., art. 789, 795, 800.

(2) Même Code, art. 784.

(3) *Ibid.*, art. 783.

(4) *Ibid.*, art. 725, 906.

Ces trois époques engendrent deux intervalles : — *premier intervalle*, temps intermédiaire entre la confection du testament et la mort du testateur ou l'accomplissement de la condition ; — *second intervalle*, temps intermédiaire entre la mort du testateur ou l'accomplissement de la condition et l'adition d'hérédité.

Dans le *premier intervalle*, l'héritier n'a rien à craindre d'un changement momentané d'état ou de capacité. Ainsi, après la confection du testament, l'institué tombe en esclavage, mais il rédevient libre avant l'ouverture de ses droits, cette déchéance effacée ne l'empêchera pas de faire adition d'hérédité.

Dans le *second intervalle*, au contraire, le même changement entraîne pour le testateur la perte irrémédiable du droit de faire adition de l'hérédité. Il faut donc que la *testamenti factio* ait duré sans intermittence depuis l'ouverture de la succession jusqu'à l'adition de l'institué.

Des effets de l'adition d'hérédité. — 1° L'institué qui a accepté l'hérédité peut transmettre à ses héritiers, comme une dépendance de son patrimoine, le bénéfice résultant de cette acceptation. Que décider lorsque l'institué meurt avant d'avoir fait adition ? *Dans l'ancien droit*, il ne transmet rien à ses propres héritiers, puisqu'il n'a rien acquis. *Sous Justinien*, un droit nouveau s'introduit. Tout institué qui meurt dans le délai fixé pour faire adition d'hérédité, mais avant de l'avoir faite, transmet dans sa succession, non seulement à ses descendants, mais à ses ascendants, et à tous ses héritiers indistinctement, le droit de faire l'adition d'hérédité en son lieu et place (1) (L. 1, § 5, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI).

2° L'institué qui fait adition d'hérédité est tenu de toutes les dettes et charges de la succession même *ultra*

(1) Conf. Code civ., art. 781.

vires hereditatis. En cas d'insuffisance des biens héréditaires, les créanciers du défunt ont un recours sur les biens personnels de l'institué. Telle est la rigueur du droit primitif.

Observation. — L'adition d'hérédité n'a pas d'effet rétroactif (1). Le défunt représenté par l'hérédité, se survivant pour ainsi dire à lui-même jusqu'au jour de l'adition, il n'y aura jamais eu d'interruption dans la personnalité juridique. Telle est l'opinion qui a prédominé malgré l'opposition de Gaius.

De la renonciation. — L'institué qui a accepté l'hérédité aurait pu également y renoncer. La renonciation, de même que l'adition, dépend d'un acte de la volonté. Cette volonté se manifeste tantôt par une déclaration expresse (2), tantôt par le silence et l'inaction (3).

La renonciation ne peut avoir lieu valablement qu'à partir de l'époque et dans le délai nécessaire pour faire une acceptation valable.

La renonciation une fois faite est irrévocable comme l'adition, sauf la même exception relative au mineur de vingt-cinq ans qui obtient la *restitutio in integrum*.

L'institué qui renonce reste absolument étranger à la succession que peuvent dès lors recueillir, comme s'il n'eût jamais existé, les personnes appelées à ses côtés ou à sa suite (4).

Au cas où tous les héritiers répudient, l'hérédité reste définitivement *jacente* (5); les créanciers se font envoyer en possession et procèdent à la *bonorum venditio* sous le nom du défunt (Gaius, C. III, § 78).

Acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Nous sa-

(1) *Contra*, Code civ., art. 777.

(2) *Conf.* même Code, art. 784.

(3) Notamment, à l'époque classique, par le silence que garde l'héritier pendant tout le délai de la *cretio perfecta* ou du *tempus de-liberandi*. — Sous Justinien, la renonciation *expresse* est la seule possible (Instil., § 7, liv. II, tit. XIX).

(4) *Conf.* Code civ., art. 785, 786.

(5) *Comp.* même Code, art. 811 à 814.

vons que l'institué peut soit accepter l'hérédité, soit y renoncer. Or ces deux partis offraient souvent de graves inconvénients. En effet, dans la crainte d'être tenu des dettes du défunt *ultra vires successionis*, l'institué renonçait souvent à une hérédité avantageuse, mais d'une appréciation difficile. D'autre part, l'héritier institué qui avait accepté la succession sous de fausses apparences de prospérité se trouvait engagé indéfiniment, même sur ses biens personnels, à l'égard des créanciers du défunt. Ces deux résultats extrêmes frappèrent le législateur. Après une tentative d'Adrien, Justinien organisa pour les héritiers externes un moyen qui leur permit de rester héritiers, comme les héritiers nécessaires, et de ne payer les dettes du défunt que *intra vires hereditatis*. Ce bénéfice a reçu des commentateurs modernes le nom de *bénéfice d'inventaire* (1) (Inst., § 6, liv. II, tit. XIX; L. 22, C., *De jur. delib.*, liv. VI, tit. xxx).

Sous quelles conditions est accordé le bénéfice d'inventaire ? — L'héritier doit dresser un *inventaire* des biens laissés par le défunt. Cet inventaire n'a de valeur qu'autant : — 1° qu'il est fidèle et exact (2) ; — 2° qu'il a été commencé dans les trente jours qui suivent l'ouverture de la succession, et terminé dans les soixante jours (3) ; — 3° qu'il a été fait sous la surveillance des tiers intéressés, tels que légataires, créanciers, etc., ou eux dûment appelés (4) (L. 22, §§ 2, 3, C., *eod.*).

Ce bénéfice d'inventaire n'est pas accordé à l'institué qui a demandé le délai d'un an pour délibérer. Cet institué continue toujours à être régi par l'ancien droit ; s'il ne veut pas être tenu de toutes les dettes du défunt, il doit répudier l'hérédité (L. 22, § 14, C., *eod.*)

(1) Comp. Code civ., art. 793 à 810.

(2) Même Code, art. 794 ; Code proc. civ., art. 941 et suiv.

(3) Code civ., art. 795 ; Code proc. civ., art. 174.

(4) Code proc. civ., art. 942.

TITRE XX

Des legs (1).

Définition. — Le legs est une *disposition gratuite, à titre particulier*, faite par une personne pour ne produire d'effets qu'après sa mort, et contenue dans un *testament* ou dans un *acte de dernière volonté* (2).

Distinction entre le legs et l'institution d'hérédité. — Une *disposition gratuite*. — C'est là le caractère essentiel du legs. Où il n'y a point de libéralité, il n'y a point de legs (*donatio quædam*). L'institution d'hérédité, au contraire, n'est pas par essence une libéralité.

A titre particulier. — Le legs peut porter sur une chose particulière, sur une quote-part de l'hérédité. L'institution d'hérédité porte toujours sur l'hérédité entière.

Distinction entre le legs et la donation. — Le legs émane de la volonté du disposant seul. La donation est le résultat du concours de la volonté du donateur et du donataire.

Après sa mort. — C'est encore là une différence entre le legs et la donation. Le legs ne peut produire d'effets qu'après la mort du disposant. La donation en produit même du vivant du donateur.

Dans un testament ou dans un acte de dernière volonté. — A l'origine, le legs ne pouvait être fait que dans un testament (*donatio testamento relicta*). Depuis Auguste, il fut permis de faire des legs par codicilles se rattachant à un testament antérieur ou postérieur.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LEGS.

Dans l'ancien droit romain, les legs devaient être faits

(1) Voy. Code civ., art. 1002 à 1024.

(2) Sur les ressemblances et les différences entre le legs et le *fidei-commis*, V. *infra*, liv. II, tit. xxiv, p. 348 et 349.

d'après certaines formes déterminées. Il y avait quatre formules de legs : — legs *per vindicationem* ; — legs *per damnationem* ; — legs *sinendi modo* ; — legs *per præceptionem* (Gaius, C. II, § 192).

I. Legs *per vindicationem*.

Forme. — Il y a legs *per vindicationem*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *do, lego*, ou bien, *sumito, capito, sibi habeto*. Par exemple : *do, lego, Titio hominem Stichum* ; ou bien, *Titius hominem Stichum sumito, capito, sibi habeto* (Gaius, C. II, § 193).

Quelle chose peut être léguée per vindicationem ? — Le testateur ne peut léguer *per vindicationem* que les choses qui lui appartiennent *ex jure Quiritium*. Il ne lui suffirait pas d'être propriétaire, d'après le droit des gens, *ex jure gentium* (Gaius, C. II, § 196).

A quelle époque faut-il que le testateur soit dominus ex jure Quiritium ? — Une distinction est nécessaire : — 1° s'agit-il d'une chose certaine (*certa re*), le testateur doit être propriétaire *ex jure Quiritium*, au moment de la confection du testament et au moment de sa mort ; — 2° s'agit-il d'une chose *quæ pondere, numero, mensurave constat*, le testateur n'a besoin d'en être propriétaire qu'au moment de sa mort (Gaius, C. II, § 196).

Effets du legs per vindicationem. — L'effet de ce legs est de transférer la propriété de l'objet légué au légataire ; de le mettre en rapport direct avec l'objet légué (1) (Gaius, C. II, § 194).

A quel moment précis s'opère l'acquisition au profit du légataire ? — Il y avait sur ce point, dans le droit classique, dissentiment entre les Proculiens et les Sabiniens. — *D'après les Proculiens*, le légataire n'était investi de la propriété du legs que lorsqu'il avait manifesté la volonté de l'accepter ; jusque-là la chose léguée n'appartenait à personne ; elle était *res nullius* ; aucun

(1) Comp. Code civ., art. 1014.

effet rétroactif n'était attaché ni à l'acceptation ni à la répudiation. — *D'après les Sabinien*s, le légataire devenait propriétaire de la chose léguée à l'instant précis où l'institué avait fait adition de l'hérédité. Cette acquisition avait lieu à l'insu du légataire, mais elle s'évanouissait, comme si elle n'avait jamais existé, au cas où le légataire venait ensuite à répudier le legs ; l'héritier était alors censé être devenu propriétaire à compter du jour de l'adition ; les actes de disposition qu'il avait pu faire de la chose léguée se trouvaient par là confirmés. C'est l'opinion des Sabinien

s qui a prévalu (1) (L. 80, D., *De leg.*, liv. XXI, 2°).

Que décider dans le cas où le legs *per vindicationem* a été fait *sous condition* ? — Le légataire ne devient propriétaire qu'au moment de la réalisation de la condition, mais sans effet rétroactif. *Pendente conditione*, la chose léguée appartient à l'héritier, suivant les Sabinien

s (2) ; elle est *res nullius*, suivant les Proculiens (Gaius, C. II, § 200).

II. Legs per damnationem.

Forme. — Il y a legs *per damnationem* lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *Heres meus damnas esto dare Titio hominem Stichum* : ou bien, *heres meus dato, facito* (Gaius, C. II, § 201).

Quelle chose peut être léguée per damnationem ? — Le testateur peut léguer sa propre chose, la chose de ses héritiers, la chose d'autrui. Dans ce dernier cas, l'héritier devra se procurer la chose léguée et la livrer ensuite. S'il ne peut pas l'acquérir, il en payera simplement la valeur au légataire (Gaius, C. II, § 202).

Le legs *per damnationem* peut comprendre une chose qui n'existe pas encore, mais qui pourra exister. Exemple : l'enfant qui naîtra de telle esclave (Gaius, C. II, § 203).

(1-2) Telle est la solution généralement admise malgré l'assertion contraire de Gaius (C. II, § 200).

Effet du legs per damnationem. — L'effet de ce legs est non pas de transférer la propriété de l'objet légué au légataire, mais de lui donner une action personnelle, la *condictio ex testamento*, contre l'héritier.

A quel moment précis le légataire acquiert cette créance? — Si le legs *per damnationem* est pur et simple, c'est au moment de l'adition d'hérédité ; — s'il est conditionnel, c'est au moment de l'arrivée de la condition. Dans ces deux cas, le légataire devient créancier, même à son insu.

III. Legs *sinendi modo*.

Forme. — Il y a legs *sinendi modo*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *heres meus damnas esto sinere Titium capere hominem Stichum* (Gaius, C. II, § 209).

Quelle chose peut être léguée sinendi modo? — Le testateur peut léguer sous cette forme sa chose, et celle de l'héritier, mais non pas la chose d'autrui (Gaius, C. II, § 210). — Il suffit que la chose ait appartenu au testateur, au moment de sa mort ; mais il faut, au cas où la chose est la propriété de l'héritier, que cette chose lui ait appartenu à cette même époque (Gaius, C. II, §§ 211, 212).

Étendue de l'obligation de l'héritier débiteur d'un legs sinendi modo. — Quelques jurisconsultes, s'attachant strictement à la formule du legs, pensaient que l'héritier n'était débiteur que d'une inaction, d'une abstention. Laisser faire le légataire et rien de plus. D'autres, en plus grand nombre, soutenaient que l'héritier était obligé de transférer au légataire par tradition, mancipation ou cession *in jure*, la propriété de la chose léguée (Gaius, C. II, §§ 213, 214).

IV. Legs *per præceptionem*.

Forme. — Il y a legs *per præceptionem*, lorsque le testateur s'est servi de ces termes : *Titius hominem Stichum præcipito* (que Titius prélève l'esclave Stichus) (Gaius, C. II, § 216). Ce legs suppose que le testateur a institué

plusieurs héritiers, et qu'il autorise l'un d'eux à prélever un objet particulier avant le partage de la succession.

Quelle chose peut être léguée per præceptionem? — Le testateur peut léguer dans cette forme toute chose qui lui appartient à sa mort, et qui après sa mort deviendra une chose héréditaire. Ce qui exclut la chose de l'héritier et celle d'autrui (Gaius, C. II, § 217).

Effet du legs per præceptionem. — L'héritier prélegataire pouvait poursuivre l'exécution de ce legs par l'action de partage *judicio familiæ eriscundæ* (Gaius, C. II, §§ 217 et 219).

Que décider dans le cas où un testateur a fait un legs *per præceptionem* à une personne qui n'est pas instituée dans le testament? — D'après les Sabinien, qui s'attachaient strictement à la formule du legs, ce legs était nul. — D'après les Proculien, ce legs valait comme legs *per vindicationem*. Il suffisait de retrancher la syllabe *præ* des mots *præ sumito præ cipito*, pour obtenir la formule même d'un legs *per vindicationem*. Suivant Gaius (C. II, § 221), cette dernière opinion aurait été approuvée par l'empereur Adrien (L. 12, C., *De leg.*, liv. VI, tit. xxxvii).

Modifications introduites par le sénatus-consulte Néronien. — Lorsque le testateur avait légué un objet dans l'une des quatre formes légales, mais qui ne convenait pas à cet objet, le legs était nul d'après le droit civil. Le sénatus-consulte Néronien (an 64 de J.-C.) a eu pour but d'atténuer cette rigueur et de valider, comme legs *per damnationem*, ces legs qui n'étaient point valables dans la forme employée par le testateur(1).

Ainsi étaient valables comme legs *per damnationem* :

1° Le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui (Gaius, C. II, § 197) ;

(1) La réforme opérée par le sénatus-consulte Néronien a été sévèrement critiquée par Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 496, p. 514, texte et note 34.

2° Le legs *per vindicationem* d'une chose *in bonis* du testateur (Gaius, *ibid.*);

3° Le legs *sinendi modo* d'une chose n'appartenant, au jour du décès, ni au testateur ni à l'héritier (Gaius, § 212);

4° Le legs *per præceptionem* fait à l'un des héritiers institués, mais d'une chose autre qu'une *res hereditaria* (Gaius, § 222);

5° Le legs *per præceptionem* (d'après l'opinion des Sabinieniens) fait à un autre qu'à un héritier institué (Gaius, § 218).

Le sénatus-consulte Néronien laissait subsister les anciennes formules.

Un nouveau progrès fut accompli, en 339, par les fils de Constantin, qui, tout en conservant les quatre espèces de legs, supprimèrent la nécessité des paroles consacrées. Désormais, pour distinguer les différentes espèces de legs, il fallait s'attacher à l'intention du testateur (Inst., § 2, liv. II, tit. xx).

Justinien est allé plus loin. Des quatre espèces de legs, il n'en fait plus qu'une seule (*ut omnibus legatis una sit natura*) (L. 1, C., *Comm. de leg.*, liv. VI, tit. XLIII). Il déclare que tout legs, sous quelque forme qu'il ait été fait, donnera au légataire trois actions : l'action *réelle en revendication*; l'action *personnelle (condictio ex testamento)*; l'action *hypothécaire*. — Il est bon de remarquer que l'action réelle en revendication n'appartiendra au légataire que dans deux cas : 1° si le legs porte sur un corps certain, ou sur une chose déterminée; 2° ou bien s'il porte sur des choses d'un certain genre qui, au décès du testateur, se trouvent dans sa succession (Instit., § 2, *eod.*).

Enfin Justinien assimile en tous points les legs aux fidéicommiss (1) (Instit., § 3, *eod.*).

(1) Voy. *infra*, liv. II, tit. xxiv, p. 319.

QUE PEUT-ON LÉGUER ?

Principes généraux. — Ne peuvent être léguées que les choses qui sont dans le commerce, et relativement auxquelles les particuliers peuvent avoir des droits. Ainsi, on ne peut pas léguer les choses *divini juris*, les choses destinées à un usage public. De tels legs ne produisent aucun effet. L'héritier n'est tenu à rien, pas même à fournir au légataire l'estimation de la chose léguée (Instit., § 4, liv. II, tit. xx).

Legs de la chose d'autrui. — Le testateur a légué la chose d'autrui (*res aliena*) : ce legs n'est valable qu'autant que le testateur a su qu'il s'agissait de la chose d'autrui (1). Dans le cas contraire, le legs est nul. C'est au légataire à prouver que le testateur savait que la chose appartenait à autrui (Instit., § 4, *eod.*). Si le testateur a légué sciemment la chose d'autrui, et que, dans l'intervalle de la confection du testament et de l'ouverture de l'hérédité, le légataire l'ait acquise, le legs ne vaudra que sous le bénéfice d'une distinction. — Le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée par un achat, ou par tout autre acte à titre onéreux, il pourra alors demander à l'héritier par l'action *ex testamento* le prix que cette chose lui a coûté. — Le légataire est devenu propriétaire à titre gratuit, comme par donation ou par autre cause semblable, il n'aura pas d'action. Le legs s'évanouit, car il est de principe en droit romain que *duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse* (Instit., § 6, *eod.*).

Supposons que la même chose ait été léguée par deux testateurs au même légataire. Tant que l'un des deux legs n'a pas été exécuté, les deux legs coexis-

(1) *Contra*, Code civ., art. 1021.

lent. Mais que décider lorsque l'un des deux legs a reçu son exécution? Il faut distinguer : — Le légataire a-t-il obtenu la chose elle-même, le but des deux legs est accompli; aussi le légataire ne peut rien réclamer en vertu de l'autre testament. — Mais l'héritier, dans l'impossibilité de livrer au légataire la chose elle-même, lui en a payé l'estimation. Alors le légataire pourra obtenir du second héritier soit la chose elle-même, soit l'estimation de la chose (Instit., § 6 *in fine*).

Un testateur a légué le fonds d'autrui. Après la confection du testament, le légataire achète la nue propriété de ce fonds, moins l'usufruit. Plus tard, l'usufruitier meurt. Le légataire profite gratuitement de l'extinction de l'usufruit (*ex lucrativa causa*). Que pourra-t-il réclamer de l'héritier? Il lui est permis de demander le fonds (*fundum petere*); mais le juge ne lui accordera que ce qu'il lui en a coûté pour acquérir la nue propriété (Instit., § 9, *eod.*).

Legs d'une chose appartenant au légataire. — Si un testateur lègue au légataire sa propre chose, le legs est inutile, car on ne peut plus devenir propriétaire de ce qu'on a déjà. Et même, la chose eût-elle cessé d'appartenir au légataire lors de la mort du testateur, ce legs n'en resterait pas moins inutile, et l'héritier ne devrait ni la chose ni sa valeur (Instit., § 10, *eod.*). Mais la validité de ce même legs ne souffrirait aucune difficulté, s'il était fait sous la condition que la chose léguée ait cessé d'appartenir au légataire lors de l'ouverture du droit (*quando dies legati cedit*).

Legs d'une chose appartenant au testateur. — Un testateur lègue sa propre chose, la croyant à autrui, le legs n'en est pas moins valable, car le testateur aurait fait le legs à plus forte raison, s'il eût su être propriétaire (*nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione*. Instit., § 11, *eod.*).

Que décider dans le cas où le testateur lègue une

chose hypothéquée? L'héritier sera-t-il tenu de dégrever la chose? Il faut distinguer. Si le testateur savait que la chose qu'il léguait était hypothéquée, l'héritier sera tenu de faire disparaître l'hypothèque, en payant le créancier. Le fardeau de la preuve incombe en pareil cas au légataire. Mais si le testateur l'ignorait, l'héritier n'était pas tenu de dégrever la chose pour la remettre au légataire (1). De plus, lorsque le testateur a manifesté clairement l'intention de laisser le dégrèvement à la charge du légataire, l'héritier en est libéré. Si le légataire reçoit la chose frappée d'hypothèque, il est obligé, pour profiter du legs, de payer la dette hypothécaire; mais, dans ce cas, il a un recours contre l'héritier (Instit., § 5, *eod.*).

Un testateur lègue sa propre chose; plus tard, il l'aliène, le legs devient-il inutile? C'est, nous disent les Institutes (§ 5), une question d'intention. Il faut voir si, par cette aliénation, le testateur a eu, ou non, l'intention de révoquer le legs (2). La volonté du testateur ne saurait être douteuse au cas de donation de la chose léguée. Le legs s'évanouirait. Il est bon de remarquer que cette conséquence se produirait même au cas de nullité de la donation (LL. 18, 24, § 1, D., *De adim. vel transfer. leg.*, liv. XXXIV, tit. iv). — Au contraire, l'intention de révoquer un legs ne résulte jamais du seul fait par le testament d'avoir hypothéqué ou donné en gage la chose léguée. Le légataire pourra donc exiger de l'héritier la délivrance de la chose léguée franche et quitte de toute charge (Instit., § 12, *eod.*).

Legs de libération. — Un testateur qui a un débiteur lègue à ce débiteur ce qu'il lui doit. Quel est l'effet de ce legs? Un semblable legs n'opère pas de plein droit la libération du débiteur. Il est, en effet, de principe en droit romain, que les obligations ne s'éteignent

(1) Comp. Code civ., art. 1020.

(2) *Contra*, même Code, art. 1038.

que par des modes reconnus par le droit civil. Or le legs n'est point classé parmi les modes d'extinction des obligations. Le légataire pourra toujours être actionné par l'héritier, mais il aura, pour repousser cette action, une *exception de dol*. Bien plus, au moyen de l'action *ex testamento*, le légataire sera libre d'actionner immédiatement l'héritier pour qu'il ait à le libérer (*ut liberet eum*) par l'un des modes d'extinction des obligations (Instit., § 13, *eod.*).

Legs par un débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit. — Ce legs est-il valable? Il faut distinguer : — Si le legs ne contient rien de plus que la créance (1), il n'est pas valable, puisque le créancier n'a aucun intérêt à s'en prévaloir (2). — Si, au contraire, le legs offre quelque avantage au créancier, il sera exécuté ; *par exemple*, la créance primitive est conditionnelle, ou à terme, et le legs est pur et simple. Le créancier a intérêt à s'en prévaloir. Que décider, cependant, lorsque cette dette à terme ou conditionnelle, dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre la confection du testament et la mort du testateur, devient pure et simple par l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition? Il y a controverse sur ce point. Papinien enseigne que ce legs est valable, parce qu'il l'a été dans le principe (*quia semel constitit*). C'est la doctrine qui a prévalu (Instit., § 14, *eod.*).

Legs de créance. — Le legs de créance (*legatum nominis*) ne peut être fait *per vindicationem*, puisque les créances ne se revendiquent pas. — En outre, les Romains n'admettaient pas qu'une créance pût jamais changer de titulaire ; le légataire n'a donc point la faculté d'agir directement contre le débiteur ; tout ce qu'il

(1) Dans le droit de Justinien, ce legs présentera toujours un avantage pour le légataire puisqu'il lui assurera une hypothèque tacite pour la garantie du paiement de sa créance. Didier-Pailhé et Tartari, p. 639. -

(2) *Contra*, Code civ., art. 1023.

peut faire, c'est d'exiger que l'héritier lui cède ses actions, et s'il s'y refuse, d'agir contre le débiteur par voie d'actions utiles, en vertu d'une sorte de cession sous-entendue (L. 105, D., *De legat.*, 1^o, 30).

Legs de la dot fait par le mari à sa femme. — La femme est créancière du mari à raison de sa dot. Lors donc qu'un testateur lègue à sa femme le montant de sa dot (*relegatio dotis*), il lui lègue ce qu'il lui doit (1). Ce legs est valable, car la femme a quelque intérêt à s'en prévaloir. En effet, la dot pourra être exigée immédiatement après l'ouverture de l'hérédité par l'action *ex testamento*. Au contraire, le remboursement de la dot ne se fait qu'après les délais déterminés par l'action *rei uxoriæ* (Instit., § 15, *eod.*). En outre, par l'action *ex testamento*, la femme échappera aux retenues du chef des impenses nécessaires faites aux biens dotaux, retenues qu'elle doit subir dans l'action *rei uxoriæ*.

Que décider si la femme n'a pas apporté de dot ? — D'après un rescrit de Sévère et d'Antonin, on distingue : — Si le testateur n'a point pris soin de déterminer le legs, le legs est nul puisqu'il n'a pas d'objet. — Il est valable, au contraire, si le testateur déclare léguer à sa femme telle somme, exemple : *cent sous d'or* ; ou tel objet, exemple : *l'esclave Stichus*, qu'il a reçu d'elle *en dot*, quoiqu'il n'eût réellement rien reçu. En effet, la fausse qualification de l'objet du legs ne vicie point la libéralité (Instit., § 15 *in fine*).

Legs d'une chose principale.

Le legs d'une chose principale comprend les accessoires de cette chose. Les Institutes citent le cas où une maison a été léguée : le légataire profitera des colonnes et des marbres qui ont pu y être ajoutés depuis la confection du testament (2) (Instit., § 19, *eod.*).

(1) Voy., pour plus de détails, Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, n. 80 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 1018, 1019. — V. *infra*, liv. II, tit. XXI, p. 335.

Legs d'une universitatis juris.

Il y en a deux principaux : 1° Le legs d'un pécule ; 2° le legs partiaire (*partitio*).

1° *Legs d'un pécule*. — Tout accroissement ou toute diminution que peut subir le pécule est au profit ou à la charge du légataire au moins jusqu'au jour de la mort du testateur. — Quant aux acquisitions faites par l'esclave après la mort du testateur, et avant l'adition d'hérédité, il faut distinguer : si c'est à l'esclave lui-même que le pécule a été légué avec affranchissement ou bien si c'est à un *étranger*. Dans le *premier cas*, comme le droit éventuel du légataire ne se fixe qu'au moment de l'adition d'hérédité, les augmentations qui surviennent au pécule, même celles qui ne proviennent pas directement des choses du pécule, profitent à l'esclave. Dans le *second cas*, comme le droit éventuel du légataire (*extraneus*) se fixe à la mort du testateur, l'étranger ne bénéficie des augmentations postérieures qu'autant qu'elles sont une conséquence du pécule (Instit., § 20, *eod.*).

Le legs du pécule peut s'induire des circonstances suivantes. Exemple : le maître a légué la liberté à son esclave, en lui imposant l'obligation de rendre ses comptes. Il y a alors séparation du patrimoine du maître d'avec celui de l'esclave (Instit., *ibid.*).

Le legs d'un troupeau comprend les brebis qui viennent depuis la même époque augmenter le bétail (Instit., § 18, *eod.*).

2° *Legs partiaire (partitio)*. — Un testateur peut léguer une quote-part de son patrimoine (1). C'est ce que l'on appelle *legatum partitionis*. — Remarquons que le légataire même d'une quote-part de l'hérédité ne représente jamais le défunt. Aussi, les créances et les dettes du défunt passent toutes sur la tête de l'héritier seul

(1) Comp. Code civ., art. 1010 à 1013.

investi ou tenu des actions héréditaires. Mais, comme en définitive, le légataire doit bénéficier d'une portion de chaque créance, et réciproquement doit supporter une portion de chaque dette, des stipulations réciproques, nommées *partis et pro parte*, interviennent entre lui et l'héritier à l'effet de garantir ces obligations (Gaius, C. II, §§ 254, 257 ; Ulpien, *Reg.*, tit. xxiv, § 15).

En outre, de ce que le légataire partiaire n'est pas assimilé à l'héritier, il résulte qu'il ne peut pas exercer la *petitio hereditatis* ; qu'il n'est pas copropriétaire des biens corporels ; d'où la question fort controversée de savoir s'il avait droit à sa portion de chaque chose en nature (opinion des Proculiens), ou seulement à la valeur en argent (opinion des Sabinieniens) (L. 26, § 2, *De legat.*, 1^o, xxx).

Legs de genre. — Un testateur peut léguer une chose d'un certain genre (*in genere*) ; par exemple, un cheval en général. Il faut donc que le genre soit suffisamment déterminé. Ainsi serait nul le legs *d'un animal*. — Parmi les choses du même genre, il faut faire un choix. Avant Justinien, le choix appartenait, dans le legs *per vindicationem*, au légataire ; dans le legs *per damnationem*, à l'héritier (Ulpien, *Reg.*, tit. xxiv, § 14). Sous Justinien, le choix appartient, dans tous les cas, au légataire, à moins de disposition contraire du testateur. Cette règle des Institutes est trop absolue : par la force même des choses, l'héritier doit avoir le choix toutes les fois qu'il n'existe dans le patrimoine du défunt aucun objet du genre légué (Instit., § 22, *eod.*).

Que le choix appartienne au légataire ou à l'héritier, il ne peut porter ni sur l'objet le meilleur, ni sur le plus mauvais du genre légué (1) (L. 37, *pr.*, D., *De leg.* 1^o).

(1) Sic, Van Wetter, t. II, § 740, p. 496. V. aussi Code civ., art. 1022. — Toutefois Maynz, t. II, § 276, p. 87, semble permettre au débiteur d'un genre proprement dit d'offrir le dernier objet de ce genre.

Legs d'une chose future. — Un testateur peut léguer une chose qui n'existe pas (*quæ in rerum natura non est*), mais qui existera plus tard (*si modo futura est*); par exemple, l'enfant qui naîtra de telle esclave (Instit., § 7, liv. II, tit. xx).

Legs d'une chose incorporelle. — Un testateur qui a un droit de créance sur un tiers peut léguer ce droit. L'héritier alors est tenu de céder au légataire les actions qui tendent au recouvrement de cette créance. Le légataire agira alors comme mandataire (*procurator*) de l'héritier, mais il sera dispensé de lui rendre compte, il sera *procurator in rem suam* (Instit., § 21, *eod.*).

Legs d'option. — Un testateur peut léguer à une personne le *droit de choisir* entre plusieurs choses, c'est le legs d'*option*. Avant Justinien, ce legs d'option n'était valable qu'autant que le légataire avait lui-même exercé son choix, faculté essentiellement personnelle. Si donc le légataire mourait *avant d'avoir opté*, il ne transmettait rien à ses héritiers. — Justinien décide que ce legs sera valable par cela seul que le légataire aura succédé au testateur. S'il meurt avant d'avoir opté, il transmet son droit à ses héritiers. — Justinien innove sur un autre point. Dans l'ancien droit, lorsque le legs d'option a été fait à plusieurs, les différents colégataires devaient se mettre d'accord sur le choix, sinon le legs s'évanouissait. Justinien décide qu'en cas de dissentiment entre les colégataires, le legs ne périra point, et qu'on tirera au sort celui qui devra choisir (*ut ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat*) (Instit., § 23, *eod.*; L. 3, C., liv. VI, tit. XLIII).

Legs de rente viagère. — Le legs de rente (*legatum annuum*) est celui qui a pour objet des prestations périodiques de choses fongibles. Il présente cette particularité qu'il renferme autant de legs qu'il y a de prestations périodiques à faire. Le premier de ces legs est pur et simple; quant aux autres, ils sont conditionnels,

puisqu'ils sont subordonnés à la survie du légataire au commencement de chaque terme. Mais si le nombre des prestations est indéterminé, le montant de chacune d'elles est fixé et arrêté d'avance; le légataire agit à chaque échéance par une *condictio certi* (1) (LL. 4, 10, D., *Quand. dies leg.*, liv. XXXVI, tit. II).

A QUELLES PERSONNES PEUT-ON LÉGUER.

On ne peut léguer qu'à ceux avec qui on a faction de testament, c'est-à-dire à ceux que l'on peut instituer héritier (Instit., § 24, liv. II, tit. xx).

A mesure que la *testamenti factio* s'est étendue à certaines personnes pour l'institution d'héritier, elle s'est également étendue pour les legs (Instit., §§ 25 à 29, *eod.*).

Ainsi, notamment, les personnes incertaines et les posthumes externes privés dans l'ancien droit de la capacité d'être institués héritiers ou légataires ont été relevés de cette impuissance par Justinien (2) (Instit., *ibid.*).

Il est bon de remarquer qu'en matière de legs, comme en matière d'hérédité, il a fallu sous le système des lois caducaires distinguer le *jus capiendi* de la *testamenti factio*. Sous Justinien, cette distinction a complètement disparu de la législation (3).

Dès l'instant qu'il est certain que le testateur a voulu désigner telle personne déterminée, l'erreur commise sur le nom, le surnom ou le prénom du légataire, n'entraîne pas la nullité du legs (Instit., § 29, *eod.*).

(1) Au contraire, la stipulation d'une rente viagère ne constitue qu'une seule et même créance qui ne se divise pas par fractions égales; elle ne donne lieu qu'à une action unique; l'action ouverte au stipulant est une *condictio incerti*. — Voy., pour plus de détails, Van Wetter, t. II, § 741, p. 496; Didier-Pailhé et Tartari, p. 293 et 294.

(2) Voy. *supra*, liv. II, tit. XIII, p. 249 et suiv., et tit. XIV, p. 257.

(3) *Ibid.*, liv. II, tit. XIV, p. 258 et 259. V. aussi *infra*, p. 325 et suiv.

Il est également indifférent que le testateur ait désigné le légataire par une qualité qui ne lui appartient pas (*falsa demonstratione legatum non perimi*). Par exemple : *je lègue l'esclave Stichus que j'ai acheté de Séius*, tandis qu'il a été acheté d'un autre. Le legs est parfaitement valable, malgré cette erreur (Instit., § 30, *eod.*).

A plus forte raison, si le testateur a indiqué comme motif du legs une cause erronée (*falsa causa*) ; par exemple : *je lègue Stichus à Titius parce qu'il a géré mes affaires pendant mon absence*. Quoique Titius n'ait pas géré les affaires du testateur, le legs est valable. L'énonciation du motif est, en effet, une chose insignifiante qui aurait pu ne pas être donnée. Mais il en serait autrement si le motif avait été énoncé *sous forme de condition*. Dans ce cas, le motif erroné ferait évanouir le legs (Instit., § 31, *eod.*).

DES DIVERSES MODALITÉS DES LEGS.

Un legs peut être fait purement ou simplement, ou sous condition, ou sous un mode, ou à terme, ou à titre de peine.

Sous condition, lorsque le testateur a subordonné la réalisation du legs à un événement futur et incertain (1).

Si le legs est fait sous une condition impossible ou illicite, il n'est pas nul. La condition impossible ou illicite est réputée non écrite (2). Telle était du moins l'opinion des Sabinieniens qui a fini par prévaloir (3) (Gaius, C. III, § 98 ; Instit., § 10, liv. II, tit. XIV).

(1) Comp. Code civ., art. 1040, 1041.

(2) Conf. Même Code, art. 900.

(3) Mais, comme la succession testamentaire n'a d'autre raison d'être que la volonté du défunt, cette règle, suivant Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 471, p. 310, texte et note 21, ne saurait s'appliquer au cas où le testateur aurait déclaré, ou qu'il résulterait clairement des circonstances, qu'il a réellement entendu subordonner sa libéralité à la condition qu'il y a mise. Le legs serait alors nul.

Quand un legs est fait sous une condition négative, par exemple, je lègue cent sous d'or à Titius s'il ne monte pas au Capitole, cette condition ne sera accomplie qu'à la mort du légataire. Rigoureusement donc le légataire ne devra pas profiter de la libéralité du défunt.

Cependant, pour donner à la volonté du testateur tout son effet, *Quintus Mutius*, au moyen d'une formule, a permis au légataire de se mettre en possession de la chose léguée. Si plus tard il faisait défaillir la condition de son legs, alors il était obligé de rendre la chose, objet du legs, et les profits qu'il en avait retirés. Cette formule s'appelait *caution Mutienne* (L. 7, D., *De cond. et demonstr.*, liv. XXXV, tit. 1). — La caution Mutienne était une *satisfactio* (LL. 67, 106, D., *eod.*); elle était fournie à la personne qui devait, en cas de contravention, profiter de la déchéance du légataire (L. 18, D., *eod.*), c'est-à-dire à l'héritier (1).

Le legs fait sous la condition qu'un tiers le voudra bien, ne produit aucun effet (L. 52, D., *eod.*).

Sous un mode (sub modo), lorsque le testateur a dit, par exemple, *je lègue cent sesterces (2) à Titius ad monumentum meum ædificandum* (L. 40, § 5, D., *eod.*). Le mode diffère de la condition en ce qu'il confère un droit immédiat au légataire à la charge de donner caution pour l'accomplissement de la modalité, tandis que la condition suspend l'effet de la disposition jusqu'à ce qu'elle soit réalisée (L. 80, D. *eod.*).

A terme, c'est là une différence capitale entre le legs et l'institution d'héritier (3).

(1) Voy., pour plus de détails, sur la caution Mutienne, en matière de legs, Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 318-353.

(2) Suivant l'opinion la plus générale, la valeur du sesterce romain doit être fixée à un peu plus de 10 centimes de notre monnaie. Duruy, *Étude sur les honestiores et les humiliores* (lue dans la séance du 13 nov. 1874 à l'Académie des Inscriptions). — Quelques auteurs élèvent cette valeur jusqu'à 25 centimes. Ducrocq, *Le sesterce et l'histoire de sa fabrication*, p. 7.

(3) V. *supra*, liv. II, tit. XIV, p. 267 et 268.

Le terme est certain ou incertain.

Le terme incertain en matière de legs, comme en matière d'institution d'héritier, est considéré comme une condition (*dies incertus conditionem in testamento facit*). Il faut donc appliquer aux legs faits *sub die incerto* les mêmes règles et les mêmes effets qu'aux legs conditionnels. — Néanmoins, lorsque le terme incertain arrivera indubitablement du vivant du légataire : par exemple, *je lègue à Titius cent sesterces, quand il mourra (cum morietur legatarius)*, le *dies incertus* ne fait pas condition (1); il ne constitue qu'un terme ordinaire avec ses effets habituels; d'où il résulte que le droit, tout certain qu'il est, n'entraîne pas la faculté de demander un paiement immédiat, ce qui ne sera possible qu'à l'arrivée du terme (*non conditione sed mora suspenditur*) (2) (LL. 75, 79, D., *eod.*).

On ne pouvait pas dans l'ancien droit romain, par application de ce principe qu'une obligation ne pouvait naître activement ou passivement dans la personne d'un héritier, avant d'avoir pris naissance sur la tête de l'auteur, faire un legs *post mortem heredis* ou *post mortem legatarii*; ou encore, *pridie quam heres aut legatarius morietur*. Au contraire, étaient valables, comme nous venons de le voir, avec des effets différents, le legs fait *cum morietur legatarius* ou *cum morietur heres*. Justinien a supprimé toutes ces subtilités et a déclaré valider indistinctement ces divers legs (Instit., § 35, liv. II, tit. xx).

Pour mettre le légataire à terme, ou conditionnel, à l'abri de l'insolvabilité éventuelle de l'héritier, le droit prétorien l'autorise à exiger de celui-ci, sauf clause

(1) Mais le *dies incertus* emprunté à la mort de l'héritier (*cum morietur heres*) ou d'un tiers, et non à celle du légataire, aurait un caractère différent et se transformerait en condition (L. 4, D., *Quand. dies legat.*, liv. XXXVI, tit. II).

(2) Machelard, *Examen de la règle : dies incertus conditionem in testamento facit*, p. 14, n. 11.

contraire du testament, une promesse personnelle accompagnée de satisfaction ; c'est la *cautio legatorum*. Le refus de cette sûreté a pour conséquence l'envoi du légataire en possession des biens héréditaires ; cet envoi prononcé à titre purement conservatoire, à *titre de dépôt*, dit Ulpien dans un langage plus expressif qu'exact (L. 27, D., *De reb. auct. jud.*, liv. XLII, tit. v), ne peut jamais servir de juste cause à l'effet d'usucaper (L. 7, C., *Ut in poss. leg.*, liv. VI, lit. LIV).

A *titre de peine* : le legs à titre de peine était nul dans l'ancien droit. Un legs était à titre de peine, quand il était fait pour contraindre l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose : par exemple, *si mon héritier donne sa fille en mariage à Titius, qu'il paye dix sous d'or à Séius*. La nullité de pareils legs dérivait de deux raisons :

1° Le legs est essentiellement un acte de libéralité ; or, dans les legs à titre de peine, ce caractère de bienveillance disparaît sous la contrainte imposée à l'héritier.

2° Le legs doit être un acte de la volonté du disposant ; or, dans le legs à titre de peine, la libéralité dépend entièrement de la volonté de l'héritier.

Était aussi nulle l'institution d'héritier faite à titre de peine.

Justinien abroge cette règle de l'ancien droit. Il accorde plus de liberté à la volonté du testateur. Le legs à titre de peine est désormais valable (*nihil distare a cæteris legatis*), à moins que l'objet ne soit honteux, contraire aux lois, ou impossible (Instit., § 36, *eod.*).

THÉORIE DE L'ACCROISSEMENT.

Lorsqu'une chose a été léguée à plusieurs personnes, si l'un des légataires est incapable de recueillir la part qui lui était destinée, ou qu'il la répudie, que devient

cette part? Profitera-t-elle à l'héritier ou aux autres colégataires? Pour résoudre cette question, il faut se placer aux trois époques suivantes :

Droit antérieur aux lois caducaires. — Il faut distinguer les diverses espèces de legs.

1° *Du legs per vindicationem.* — Ce legs peut être fait à deux personnes, soit *conjunctim*, c'est-à-dire par une seule et même disposition ; soit *disjunctim*, c'est-à-dire par des dispositions distinctes. *Conjunctim*, par exemple : je donne et lègue l'esclave Stichus à Titius et à Séius (*Titio et Seio hominem Stichum do, lego*). *Disjunctim*, par exemple : je donne et lègue à Titius l'esclave Stichus ; je donne et lègue à Séius, Stichus (*Titio hominem Stichum do, lego ; Seio Stichum do, lego*). Dans l'un et l'autre cas, chaque légataire a la vocation à la totalité du legs (*in solidum habuerant*). Aussi, lorsque l'un des colégataires fait défaut, sa part profite par accroissement à l'autre. Mais si les deux colégataires viennent ensemble, il y a partage entre eux (*concurso partes fiunt*) (1) (Gaius, C. II, § 199 ; Ulpien, *Reg.*, lit. xxiv, § 12).

2° *Du legs per damnationem.* — Il n'y a jamais lieu à accroissement. En effet, si le legs a été fait à deux colégataires *conjunctim*, chacun des deux colégataires n'a dès l'origine de vocation qu'à une portion de la chose léguée, en vertu du principe que les créances conjointes se partagent de plein droit. Si donc l'un des colégataires fait défaut, c'est l'héritier débiteur du legs qui en profite. — Le legs *per damnationem* a été fait à deux colégataires *disjunctim*. Dans ce cas, la chose est due tout entière dès l'origine à chacun des deux colégataires. Si les deux colégataires viennent à la fois, l'héritier grevé du legs devra donner la chose entière au premier légataire qui le poursuivra ; il en payera seule-

(1) Comp. Code civ., art. 1044, 1045.

ment l'estimation à l'autre légataire. La défaillance de l'un des colégataires ne profitera qu'à l'héritier qui ne devra qu'une seule fois l'objet du legs (Gaius, C. II, § 205; Ulpien, *Reg.*, tit. xxiv, § 13). — On peut dire en un mot que, dans le legs *per damnationem*, il n'y a jamais lieu à accroissement, parce qu'il n'y a jamais pour les légataires identité de vocation; chacun a dès l'origine une créance distincte de celle de l'autre.

Le motif d'une différence aussi tranchée entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* résulte de la nature différente de ce qui est légué par l'une ou l'autre forme, dont la première nous présente un droit de propriété, la seconde un droit de créance.

3° *Du legs sinendi modo.* — Ou bien le legs *sinendi modo* a été fait *conjunctim* à deux légataires; ou il a été fait *disjunctim* (1).

Dans le premier cas, il n'y a pas lieu à accroissement. Comme dans le legs *per damnationem*, c'est l'héritier qui profite de la défaillance d'un colégataire conjoint. — Dans le second cas, Gaius (C. II, § 215) nous apprend qu'il y a une controverse entre les jurisconsultes. Les uns prétendent qu'il faut appliquer les règles du legs *per damnationem* fait *disjunctim*. Les autres soutiennent qu'il y a ici une assimilation complète à faire avec le legs *per vindicationem disjunctim*.

4° *Du legs per præceptionem.* — Le legs *per præceptionem* est une espèce de legs *per vindicationem*. Il y a donc lieu à appliquer au legs *per præceptionem conjunctim* ou *disjunctim* les mêmes règles qu'au legs *per vindicationem* (Gaius, C. II, § 223).

II. Système introduit par les lois caducaires. — Les lois caducaires *Julia* et *Papia Poppæa* ont apporté à la

(1) Voy., pour plus de détails, sur le motif de cette différence, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 17-25; Van Weiter, *Droit d'accr. entre colégataires*, p. 58.

théorie du droit d'accroissement de graves modifications. Écartons d'abord le cas où le legs fait à l'un des colégataires est nul dès l'origine; dans cette hypothèse il y a une disposition que l'on désigne sous le nom spécial de *pro non scripto*. Les lois caducaires ne s'y appliquent point. Les règles du vieux droit d'accroissement continuent à rester en vigueur (1).

Il reste donc les parts *caduques* (*caduca*) et les parts *quasi-caduques* (*in causa caduci*).

Des parts caduques. — Les parts caduques sont celles dont le bénéfice est enlevé aux célibataires (2), aux *orbi* (3), probablement aussi aux *patres solitarii* (4), enfin aux Latins-Juniens (5) par l'application des lois caducaires.

Des parts quasi-caduques (in causa caduci). — Les parts *quasi-caduques* sont celles qui, valables dès le principe, tombent en désuétude par des causes indépendantes des lois caducaires, et par l'application des règles de l'ancien droit. Ainsi, le légataire répudie le legs, ou meurt dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur (Ulpien, *Règl.*, tit. xvii, § 1).

Dévolution des parts caduques et quasi-caduques d'après les lois Julia et Papia Poppæa. — Les parts caduques ou quasi-caduques sont attribuées aux personnes qui, inscrites dans le testament, ont des enfants légitimes. C'est le *jus patrum* ou le *jus caduca vindicandi*. Mais dans

(1) D'après Schneider, *Das alticivile und Justinianeische Anwachsungs Recht.*, p. 204 et suiv., il y aurait eu dix-neuf cas d'application des dispositions *pro non scripto* (D., liv. XXXIV, tit. viii). Machelard, *Théor. du dr. d'accroissement*, p. 177 et suiv., conteste, sur certains points, l'exactitude des propositions de Schneider, et croit cette énumération susceptible de réduction.

(2-3-4) Sur ce qu'il faut comprendre sous les dénominations de *célibataires*, d'*orbi* et de *patres solitarii*, V. *supra*, liv. II, tit. xiv, p. 259). — Rappelons que les *orbi* n'étaient privés que de la moitié de ce qui leur était laissé. — Faute de documents précis, il est impossible de fixer dans quelle mesure étaient frappés les *patres solitarii*; il est cependant permis de conjecturer que leur incapacité était moindre que celle qui atteignait les *orbi*.

(5) V. *supra*, liv. I, tit. v, p. 30.

quel ordre se fera l'attribution des *caduca* entre les différents *patres*? Les lois caducaires appellent :

En premier ordre, les légataires conjoints. Les légataires peuvent être conjoints *re et verbis*, ce qui a lieu lorsque la même chose a été léguée à plusieurs personnes par une seule et même disposition. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius et à Séius*. — Ils peuvent être conjoints *verbis tantum*, ce qui a lieu lorsqu'une chose a été léguée par une seule disposition à plusieurs légataires, mais avec désignation de part pour chaque légataire. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius et à Séius, à chacun pour une moitié*. — Ils peuvent être conjoints *re tantum*, lorsque le testateur a légué une même chose à plusieurs personnes par des phrases séparées. Exemple : *je lègue tel fonds à Titius ; je lègue le même fonds à Séius*. — Les deux premières classes de conjoints avaient seules le *jus caduca vindicandi* en premier ordre.

En second ordre, les héritiers institués, pourvu qu'ils soient *patres*.

En troisième ordre, les légataires non conjoints, ou conjoints *re tantum* qui ont des enfants (Gaius, C. II, §§ 206, 207, 208).

En quatrième ordre, à défaut de toute personne ayant des enfants, le fisc (*ærarium*) (1) (Ulpien, *Règl.*, tit. xvii, § 2).

De la solidi capacitas. — Certaines personnes, bien que *cælibes* ou *orbi*, sont, pour des raisons différentes, exemptes de la disgrâce dont la loi frappe l'une ou l'autre de ces conditions. Mais il y a uniquement pour elles immunité quant aux peines ; elles ne sauraient prétendre participer aux avantages réservés à la paternité. Leur droit se borne à conserver sans restriction (*solidum*) ce qui leur a été laissé. Elles auront tout ce dont elles auront été gratifiées, mais rien au delà.

(1) Sic, Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 80.

Quelles sont les personnes au profit desquelles existe la *solidi capacitas* ? Elle appartient notamment aux impubères, et même aux mineurs de vingt ou vingt-cinq ans, suivant le sexe ; au fiancé ; aux vieillards, sauf restriction ; à celui qui est impuissant, ou absent pour motifs légitimes, aux cognats jusqu'au sixième degré et au septième degré le fils du *sobrinus* et de la *sobrina* seulement, enfin à certains alliés (1) (Ulpien, *Règl.*, tit. xiv, et tit. xvi, §§ 1, 3).

Du jus antiquum. — Le *jus antiquum*, qu'il ne faut pas confondre avec la *solidi capacitas*, assure à ceux qui peuvent l'invoquer une position plus avantageuse. C'est l'ancien droit d'accroissement maintenu au profit des descendants ou ascendants du testateur jusqu'au troisième degré inclusivement. Ainsi, les *liberi* et les *parentes* profitent de la défaillance de leurs colégataires, sans qu'on puisse leur objecter leur qualité de *cælibes* ou d'*orbi* (2) (Ulpien, *Règl.*, tit. xvii, § 2 ; tit. xviii).

III. Époque de Justinien. — Des adoucissements aux rigueurs primitives des lois *Julia* et *Papia* furent apportés par les empereurs Tibère et Constantin. Justinien par la loi *Unic.*, C., *De cad. toll.*, liv. VI, tit. LI, fait disparaître les derniers vestiges des lois caducaires, et rétablit les anciens principes du droit d'accroissement en matière de legs *per vindicationem*. Mais il étend le domaine de l'accroissement ; il l'admet d'une manière générale dans les legs de droits réels ou de créance et dans les fidécourmis (3).

Que deviennent les charges imposées au défaillant en cas d'accroissement ? — Il faut distinguer trois époques.

Avant le système des lois caducaires, l'accroissement est

(1) Voy., sur tous ces points, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 60 et suiv. ; Bodin, *op. cit.*, p. 80.

(2) Sic, Machelard, *op. cit.*, p. 95 et suiv. ; Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 81. — *Contra*, Bodin, *loc. cit.*

(3) Van Wetter, *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, § 730, p. 486.

forcé, il a lieu *etiam invito colegatario*; mais sans charge, *sine onere*.

Sous les lois caducaires, les *patres*, appelés à profiter des parts caduques, peuvent y renoncer; il n'y a donc point de dévolution forcée. Mais l'acceptation d'une part caduque oblige les *patres* qui l'ont acceptée à supporter les charges qui la grèvent.

Sous Justinien, il y a à distinguer suivant que le legs a été fait à plusieurs personnes *conjunctim* ou *disjunctim*. Dans le premier cas, l'accroissement est volontaire, en conséquence il a lieu *cum onere*. Dans le second cas, l'accroissement est forcé, il se produit *sine onere*.

RÈGLE CATONNIENNE (1).

La règle Catonienne est ainsi appelée du nom de son auteur, c'est-à-dire du nom du jurisconsulte qui la fit prévaloir. Mais on ignore quel est précisément celui des Catons qui donna son nom à cette règle (2).

Voici la teneur de la règle telle qu'elle nous est fournie par Celse (L. 1, *pr.*, D., *De leg. Cat.*, liv. XXXIV, tit. VIII) : *Catoniana regula sic definit : quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere*. Ainsi, pour apprécier la validité d'un legs, il faut supposer que la mort du testateur est arrivée immédiatement après la confection du testament. Dans cette hypothèse, si le legs ne pouvait avoir aucune efficacité, il reste nul malgré la survie du testateur. Il n'y a pas à tenir compte des changements survenus dans l'intervalle écoulé depuis

(1) La règle Catonienne n'a laissé aucune trace dans notre Code civil.

(2) M. Machelard (*Etud. sur la règle Cat.*, Rev. hist. de dr. franc., t. VIII, p. 313) inclinerait à croire que les fragments du Digeste, où il est fait mention des *libri Catonis*, se réfèrent non à Caton le Censeur, mais à son fils, et que c'est là que se trouvait formulée la règle dite Catonienne, dont l'introduction est antérieure à l'an 600 de Rome.

la confection du testament jusqu'au moment réel du décès. Peu importe que les obstacles qui existaient à l'origine aient disparu dans l'entre-temps (1).

La règle Catonienne n'était d'ailleurs qu'une confirmation, à l'occasion des legs, du principe général posé par la loi 29, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII : « *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere.* » Elle était destinée à faire cesser la controverse qui s'était élevée relativement à l'*initium* du legs, en plaçant cet *initium* non à l'époque de la mort du testateur, mais au jour même de la confection du testament (2).

La règle Catonienne ne s'appliquait pas aux institutions d'héritiers, à l'égard desquelles l'*initium* n'a jamais fait difficulté (3) (L. 3, D., *De regul. Caton.*, liv. XXXIV, tit. VII).

Même en matière de legs, la règle Catonienne n'était pas absolue; elle ne régissait que les legs dont le *dies cedens* se plaçait à la mort du testateur, et n'avait aucune influence sur ceux dont le *dies cedens* était postérieur à cet événement (L. 3, D., *De reg. Cat.*, liv. XXXIV, tit. VII). On sait que, pour un legs conditionnel, le *dies cedens* était différé jusqu'à l'événement de la condition. Il dépendait donc toujours de la volonté du testateur, en ajoutant une condition à son legs, de le mettre hors de l'atteinte de la règle Catonienne.

Les Institutes nous présentent deux cas d'application remarquables de la règle Catonienne : — 1° Le legs pur

(1) Voy., sur la justification rationnelle de la règle Catonienne, Ortolan, t. II, n. 860; Machelard, p. 314, n. 3. — *Contra*, Vangerow, t. II, § 540, *Anm.*, n. III; Windscheid, t. III, § 638; Maynz, t. III, § 521; Accarias, t. I, n. 393, p. 999; Didier-Pailhé et Tartari, p. 645; Van Wetter, t. II, § 727, p. 482.

(2) *Sic*, Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 540, *Observ.* 3, n. 1; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. III, § 521, p. 638; Machelard, *loc. cit.*, p. 318, n. 11; Ortolan, *loc. cit.*

(3) Voy., sur cette question controversée, Machelard, *loc. cit.*, p. 323, n. 16 et suiv.; Ortolan, t. II, p. 574, note 2; de Fresquet, t. I, p. 454; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 393, p. 1000, note 1 *in fine*; Maynz, t. III, § 521, p. 638, note 11; Bodin, p. 79.

et simple, ayant pour objet la chose même du légataire, est nul et reste nul, alors même que *vivo testatore* le légataire l'aliène (liv. II, tit. xx, § 10). En effet, l'exécution du legs est impossible au moment de la confection du testament ; — 2° le legs pur et simple adressé à l'esclave de l'institué est également nul (*ibid.*, § 32), alors même que le légataire viendrait à sortir de la puissance de l'institué avant la mort du testateur, car il ne peut profiter, au moment de la confection du testament, qu'à l'institué qui cumulerait ainsi le bénéfice et la charge, ce qui est de toute impossibilité.

Le Digeste nous donne deux autres cas d'application moins connus : — 1° Est nul le legs pur et simple fait à un *servus proprius* que le testateur affranchit sous condition, toutes les fois que cette condition est de nature à ne pouvoir s'accomplir qu'après l'addition d'hérédité (L. 91, § 1, *De legat.*, 1°, xxx) ; — 2° Est également nul le legs pur et simple de matériaux actuellement incorporés à une construction ; la destruction des maisons étant défendue (L. 41, § 1, D., *eod.*).

Il n'y avait, au point de vue de l'application de la règle Catonienne, aucune distinction à établir entre les legs et les fidéicommiss (1). Toutefois cette opinion est loin d'être généralement admise (2).

Dans l'ancienne jurisprudence, l'opinion qui ralliait les suffrages des commentateurs les plus célèbres était que le jeu de la règle Catonienne avait été en général supprimé pour les legs à partir des lois caducaires jusqu'à Justinien. Ces données sont vivement combattues et repoussées par la science moderne (3).

(1) *Sic*, Accarias, t. I, n. 394, p. 1001, note 3.

(2) *Voy.*, pour les détails de cette controverse, Machelard, *op. cit.*, p. 536, n. 81 et suiv. V. aussi Bodin, p. 79.

(3) *Sic*, Machelard, *loc. cit.*, p. 533, n. 76 et suiv. ; Vangerow, *Lehrb.*, § 540, n. 41 ; Accarias, t. I, n. 393, p. 999, note 2 ; Namur, 2° édit., t. II, § 451, p. 249 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 644, note 1 ; Van Wetter, t. II, § 727, p. 482 ; Maynz, t. III, § 521 *in fine*, p. 640, texte et notes 24-25.

DU DIES CEDIT ET DU DIES VENIT

M. Ortolan (t. II, n. 850) a donné de ces deux expressions une définition qui est aujourd'hui généralement adoptée.

Dies cedit signifie « que le droit éventuel au legs est fixé, est déterminé au profit du légataire, et que l'exigibilité du legs s'avance. »

Dies venit signifie « que l'échéance du droit, que l'exigibilité est arrivée. »

La distinction de ces deux époques n'a été faite qu'en vue de sauvegarder les intérêts des héritiers du légataire (1).

A quel moment ont lieu le dies cedit et le dies venit ?

Dies cedit. — Dans les legs *purs et simples* ou à *terme certain* le *dies cedit* a lieu *a morte testatoris*. Cependant, sous l'empire des lois caducaires, cette époque avait été retardée jusqu'au jour de l'ouverture des tablettes du testament (*apertura tabularum*). L'abrogation des lois caducaires par Justinien a rétabli l'empire des anciennes règles.

Dans les legs *conditionnels* ou à *terme incertain* (2), le *dies cedit* a lieu *ab eventu conditionis*, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement de la condition (3).

Dans les legs exclusivement attachés à la personne, comme de liberté, d'usufruit, d'usage, d'habitation, le *dies cedit* a lieu seulement au moment de l'adition d'hérédité ; ces legs n'étant pas transmissibles aux héritiers,

(1) Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 73.

(2) Quand le terme incertain n'est pas envisagé comme équivalant à une condition (Voy. *suprà*, liv. II, tit. xx, p. 321), le legs *sub die incerto* est assimilé pour le *dies cedens* au legs pur et simple. Machelard, *Examen de la règle : dies incertus*, etc., p. 16, n. 12.

(3) Il est bon de remarquer ici que, bien que le *dies cedit* ait lieu, le legs reste cependant subordonné à la condition de la validité de l'institution de l'héritier. En effet, si l'héritier refuse de faire adition, le legs s'évanouit.

on avait pensé qu'il n'y avait pas utilité à placer le *dies cedit* à une époque plus rapprochée de la mort du testateur (LL. 2, 3, 5, § 1; L. 7, § 6; LL. 8, 17, D., *Quando dies leg.*, liv. XXXVI, tit. II).

Enfin, dans le legs des travaux d'un esclave (*operæ legatæ*) le *dies cedit* se place au jour de la demande.

Dies venit. — Le *dies venit* a lieu, pour les legs purs et simples, au moment de l'adition de l'hérédité. Quand le legs est conditionnel ou à terme, le *dies venit* est reculé jusqu'à l'arrivée du terme, ou l'accomplissement de la condition.

Effets du dies cedit. — Ils se produisent :

1° Relativement à la transmissibilité du legs qui, à partir de ce moment, passe aux héritiers ou aux successeurs universels du légataire (Ulpien, *Règl.*, tit. XXIV, § 30).

2° Relativement à la détermination des personnes qui doivent profiter du legs. En effet, lorsque le légataire se trouve sous la puissance d'autrui à un titre quelconque, c'est la personne investie de la puissance au moment du *dies cedit* qui recueille la disposition et en profite, alors même que le légataire deviendrait *sui juris* ou changerait de puissance avant l'acquisition du legs (L. 5, § 7, D., *Quando dies leg.*, liv. XXXVI, tit. II).

3° Relativement à la détermination des choses léguées; le droit du légataire acquiert dès ce moment sa consistance, ce qui peut avoir un grand intérêt lorsque l'objet légué est une *universitas*, susceptible d'augmentation ou de diminution, comme un pécule, un troupeau (Instit., §§ 17, 20, liv. II, tit. XX).

4° Relativement à la perte ou à la conservation du droit légué; car le legs resterait inefficace si, au jour du *dies cedit*, le légataire n'était pas vivant et capable (1) (L. 5, *pr.*, D., *eod.*).

(1) Comp. Code civ., art. 1039, 1040, 1043.

TITRE XXI

De la révocation, de la translation et de l'extinction
des legs.

De la révocation d'un legs. — Cette révocation peut être expresse ou tacite :

Expresse, lorsqu'elle se trouve dans le testament lui-même, ou dans des codicilles. A l'époque de la jurisprudence classique, la révocation expresse ne pouvait avoir lieu qu'en termes solennels et exactement contraires à ceux que l'on avait employés pour faire le legs. Ainsi le testateur avait-il dit : *do, lego* ; il devait dire *non do, non lego*. Justinien supprime cette rigueur ; il déclare valable toute révocation qui serait faite même en termes non contraires. Il suffit que le testateur manifeste clairement sa volonté. De plus, en cas de révocation expresse par codicille, le codicille devait, à l'origine, être confirmé d'avance par le testament. Justinien n'exige plus cette confirmation (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXI).

Tacite, lorsqu'elle résulte de certains faits. Ainsi, le testateur détruit la chose léguée, il la retire du commerce, ou l'aliène (1). Le legs ne peut plus s'exécuter, puisqu'il est désormais sans objet (Instit., liv. II, tit. xx, § 12).

La révocation tacite résulte aussi d'une inimitié grave survenue entre le testateur et le légataire, et non suivie de réconciliation (L. 3, D., *De adm. et transf. leg.*, liv. XXXIV, tit. iv).

La révocation d'un legs peut être *pure et simple* ou *conditionnelle*.

De la translation d'un legs. — La *translatio legati* s'opère de quatre manières : — 1^o par changement de lé-

(1) Conf. Code civ., art. 1038. — Voy. aussi *suprà*, liv. II, tit. xx, p. 312.

gataire (*mutato creditore*); — 2° par changement de l'héritier chargé du legs (*mutato debitore*); — 3° par changement de l'objet légué (*mutata re*); — 4° par opposition ou changement de modalité (*mutata causa*) (L. 6, *pr.*, D., *De adm. et transf. leg.*, liv. XXXIV, tit. iv). — Les Institutes ne s'occupent que de la première hypothèse qui est la plus ordinaire.

Il y a deux sortes d'effets dans la translation d'un legs : — 1° la révocation du legs fait à une première personne ; — 2° l'attribution à une seconde personne. Exemple : *je lègue à Séius l'esclave que j'ai légué à Titius*. Cette disposition entraîne révocation du legs fait à Titius et attribution du legs à Séius. Dans ce cas, le premier legs est révoqué définitivement, lors même que le second legs ne produirait aucun effet (Institut., § 1, *eod.*).

Cette translation peut être *pure et simple* ou *conditionnelle*. — Si elle est *conditionnelle*, le premier legs ne sera révoqué que sous condition (L. 7, D., *De adm. et transf. leg.*, liv. XXXIV, tit. iv).

De l'extinction d'un legs. — Il y a quatre causes principales d'extinction : — 1° la défaillance de la condition ; — 2° la mort ou l'incapacité du légataire survenue avant le *dies cedens* (1) ; — 3° l'acquisition de la chose léguée faite par le légataire à titre gratuit ; — 4° la perte de la chose.

Cette dernière cause d'extinction demande quelques explications.

Lorsque le legs est d'un corps certain, la perte de la chose léguée entraîne l'extinction du legs. Mais il faut que la perte arrive sans le fait de l'héritier (*sine facto heredis*) (Institut., § 16, *eod.*), alors même que l'héritier aurait agi de bonne foi. Ainsi, le testateur avait légué l'esclave de l'héritier, celui-ci, dans l'ignorance du legs, affranchit son esclave ; il devra des dommages-intérêts (2).

(1) Conf. Code civ., art. 1043.

(2) Même Code, art. 1042.

Lorsqu'il s'agit du legs d'une *chose principale*, la destruction de l'objet principal emporte caducité du legs même pour les accessoires qui subsistent. Exemple : le testateur a légué un esclave avec son pécule ; la mort, l'affranchissement, ou l'aliénation de l'esclave prive le légataire de tout droit même au pécule. De même pour le legs d'un fonds *garni d'instruments* ou *avec ses instruments* (*fundus instructus vel cum instrumento*), la perte ou l'aliénation du fonds entraîne celle de l'accessoire, c'est-à-dire de l'*instrumentum* (Instit., § 17, *cod.*).

Lorsqu'il s'agit d'un legs comprenant *plusieurs choses distinctes* ; par exemple, un testateur a légué une esclave avec ses enfants (*ancillam cum suis natis*) ; la mort de la mère laisse subsister le legs, quant aux enfants, car les enfants ne sont pas les accessoires de la mère. — De même, s'il a légué des esclaves ordinaires avec leurs vicaires (*ordinarii cum vicariis*), la mort des esclaves ordinaires n'entraîne pas l'extinction du legs par rapport aux vicaires. — Pareillement encore, le legs d'un troupeau subsiste toujours, quoique le troupeau se trouve réduit à une seule tête. Le légataire peut revendiquer ce qui reste (*quod superfuerit vindicari potest*) (Instit., § 18, *cod.*). — De même quand il s'agit du legs d'une maison ; si la maison périt totalement, le légataire conserve tous ses droits sur les matériaux et le sol (L. 22, D., *De leg.*, 2°).

TITRE XXII

De la loi Falcidie.

Généralités. — D'après la loi des Douze Tables, le testateur était libre de distribuer son patrimoine entier à des légataires (*totum patrimonium erogare*). Or il arrivait que l'héritier, n'ayant aucun intérêt à faire adition d'hé-

rédité, répudiait la succession. Le testament devenait dès lors sans effet, et les legs ne recevaient pas leur exécution. Le défunt se trouvait *intestat*, ce qui était considéré comme une honte. Ces conséquences étaient fâcheuses pour le testateur, pour l'héritier, pour le légataire.

Plusieurs lois ont essayé de remédier à ces inconvénients, et de restreindre le droit illimité du testateur de disposer de son patrimoine (*licentia legandi*) (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXII). Telles ont été les lois *Furia testamentaria*, *Voconia* et *Falcidia*.

I. Loi *Furia testamentaria*.

Ce plébiscite, qui paraît remonter à l'an 571 de Rome (1), défendait, sous peine de subir une condamnation au quadruple, d'accepter un legs ou une donation pour cause de mort d'une valeur dépassant mille as. Il faisait cependant une exception en faveur des plus proches parents (*exceptis personis quibusdam*). Ce moyen était impuissant contre le mal ; car le testateur pouvait multiplier les legs de mille as de façon à épuiser l'hérédité (Gaius, C. II, § 225 ; C. IV, §§ 23 et 24).

II. Loi *Voconia*.

Ce célèbre plébiscite, rendu en l'an 583 de Rome, sur la proposition de Caton l'Ancien, contenait, entre autres prohibitions (2), défense de faire un legs ou une donation pour cause de mort dépassant en valeur ce qui serait laissé à l'héritier lui-même (*ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent*). Cette loi accomplissait un progrès, mais elle pouvait être facilement éludée. Rien n'empêchait en effet le testateur de répartir son patrimoine entre un si grand

(1) Sic, Ortolan, t. II, n. 940 ; Demangeat, t. I, p. 844 ; Accarias, 2^e édit., t. I, n. 401, p. 1021.

(2) Une question fort controversée est de savoir si la loi *Voconia* a établi un impôt sur les transmissions par décès. Voy., pour l'affirmative, Bachofen, *Die lex Vocon.* ; Huschke, *Über den cens.*, p. 74 ; Marquardt, *Handb. der rom. alterh.*, t. V, p. 258. — *Contra*, Vigier, *Et. sur les imp. ind. rom. (vicesima hereditatis)*, p. 16, et suiv. — V. *suprà*, liv. II, tit. XIV, p. 257, n. 6.

nombre de légataires qu'il ne restât plus à l'héritier qu'une part insignifiante comme chacun des legs (Gaius, C. II, § 226).

III. Loi Falcidie.

Ce plébiscite de l'an 714 de Rome, dont l'intérêt paraît avoir été principalement fiscal (1), a accordé à l'héritier institué au moins *un quart* de sa part héréditaire franche et exempte de legs (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XXII ; L. 1, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). Cette part réservée à l'héritier s'appelle, d'après les textes, la *Falcidie*, ou simplement la *quarte*. Les commentateurs la désignent souvent sous le nom de *quarte Falcidie*.

Le testateur ne pouvait donc plus disposer par legs que des trois quarts de son patrimoine. Si les legs excédaient cette portion, ils se trouvaient réduits *ipso jure* à la mesure des trois quarts.

Le calcul de la loi *Falcidie* s'appliquait à chaque héritier séparément (*in singulis heredibus*). Par exemple, Titius et Séius ont été tous deux institués héritiers. Titius a été chargé de legs qui épuisent sa part, Séius n'a été chargé que de legs insignifiants. Faudra-t-il établir une compensation entre les parts des deux héritiers ? et parce que Séius a reçu le quart ou plus de toute l'hérédité, Titius sera-t-il privé du droit de retenir quelque chose sur les legs mis à sa charge ? On a décidé que Titius pourra retenir le quart de sa portion. Chaque héritier devait donc être considéré isolément, abstraction faite des autres (Instit., *pr.*, *eod.*).

Mais que décider si, l'un des héritiers faisant défaut, la part à laquelle il était appelé était dévolue à son cohéritier ? Faudrait-il faire un seul calcul de la *Falcidie* ou en faire deux ? — On distinguait. Si c'était la portion exempte de legs qui venait accroître la portion épuisée et obérée de legs, le calcul se faisait sur l'ensemble ; il

(1) Sic, Ortolan, t. II, n. 941, *in fine* ; Brocher, *la Légitime et les réserves*, p. 64.

n'y avait qu'une seule quarte. Les légataires profitaient de la compensation. Si c'était, au contraire, la portion grevée de legs qui accroissait la portion franche de charges, le calcul se faisait distinctement sur chaque portion, sans confusion ni compensation. Il y avait deux quarts, exactement comme s'il y avait deux héritiers (1) (L. 78, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II).

Calcul de la Falcidie. — Il faut d'abord établir la masse de l'actif héréditaire qui se compose de tous les biens meubles ou immeubles, droits de créances ou valeurs quelconques que possédait le défunt au jour de son décès. Chaque bien est estimé d'après sa valeur à la mort du défunt. C'est l'actif brut (Instit., § 2, liv. II, tit. XXII).

De cette masse on déduit les dettes du défunt, les frais funéraires, la valeur des esclaves affranchis. Reste l'actif net (Instit., § 3, *eod.*).

Le quart de cet actif net est retenu par l'héritier, et les trois quarts sont distribués aux légataires proportionnellement à ce qui a été légué à chacun (2) (Instit., *ibid.*).

Que décider à l'égard des changements qui s'opéraient dans la valeur des choses héréditaires depuis la mort du testateur jusqu'à l'adition d'hérédité? Ces changements en principe n'avaient aucune influence sur la détermination de la quarte Falcidie. Si les biens augmentaient

(1) Il est aujourd'hui reconnu qu'il ne devait pas être question dans ce dernier cas du *jus accrescenti*, mais de la *caducorum vindicatio*. En effet, la loi 78 que nous avons mentionnée émane de Gaius; or, à cette époque et jusqu'à Septime Sévère, le droit d'accroissement continuait à jouir de son ancienne prérogative; il avait lieu *sine onere*, tandis que la *caducorum vindicatio* n'avait lieu que *cum onere*. Voy., en ce sens, Ortolan, t. II, n. 913, note 1; Demangeat, t. I, p. 850; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 149 et suiv.; Accarias, 3^e édit., t. I, n. 403, p. 1026; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 83. Telle est aussi l'opinion professée par M. Labbé, à son cours.

(2) Voy., sur quelques questions relatives au calcul de la Falcidie dans les legs de créances, Pellat, *Text. des Pand.*, p. 295 et suiv. (2^e édit.).

de valeur, l'héritier en profitait. Le légataire ne gagnait rien. S'ils diminuaient de valeur, c'était l'héritier qui était en perte. Le légataire ne souffrait aucun préjudice. — Mais il pouvait arriver que, par suite de certaines circonstances, une forte part de l'hérédité vînt à périr après le décès du testateur, si bien que le paiement des legs absorberait et au delà ce qui reste. L'héritier aurait alors une ressource. Puisqu'il est libre de faire ou de ne pas faire adition d'hérédité, et de se soustraire ainsi aux obligations d'acquitter les legs, il pourra imposer la loi aux légataires et leur faire consentir une réduction à l'amiable ; sauf en cas de résistance des légataires à répudier l'hérédité, ce qui entraînait l'infirmité de tous les legs (Instit., § 2, *ead.*).

Extension donnée à la Falcidie. — A l'origine, la réduction opérée par la quarte Falcidie ne portait que sur les legs. Mais bientôt le principe de cette loi reçut quelques extensions successives.

1° Le sénatus-consulte *Pégasien* (1) en fit l'application aux hérédités fidéicommissaires, et aux fidéicommissés imposés à l'héritier institué.

2° Un rescrit d'Antonin le Pieux l'étendit aux fidéicommissés imposés à l'héritier *ab intestat* (L. 18, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II).

3° Un autre rescrit de Sévère et d'Antonin y soumit les donations à cause de mort (L. 27, D., *De mort. c. don.*, liv. XXXIX, tit. VI) ;

4° Ensuite les donations entre époux (L. 32, § 1, D., *De donat. int. vir.*, liv. XXIV, tit. I).

Ainsi, pour assurer à l'héritier sa part héréditaire, on faisait subir à toutes ces libéralités le même retranchement qu'au legs.

Dispositions de Justinien relatives à la Falcidie. — Avant Justinien, le testateur n'aurait pu empêcher

(1) Voy. *infra*, liv. II, tit. XXIII, p. 344.

l'application de la loi Falcidie, eût-il même expressément manifesté, dans son testament, la volonté d'enlever à l'héritier la quarte héréditaire. La loi Falcidie était d'ordre public.

Justinien décide que si le testateur exige que les legs soient acquittés intégralement, sans tenir compte de la quarte Falcidie, l'héritier sera privé du bénéfice de cette loi (Nov. I, ch. II, § 2). — Bien plus, la volonté du testateur de ne pas laisser à l'héritier la quarte Falcidie doit se présumer toutes les fois que le défunt a légué un immeuble avec condition qu'il restera inaliénable entre les mains du légataire et de ses héritiers (Nov. CXIX, ch. XI).

Justinien décide en outre que l'héritier qui n'aura pas fait inventaire dans les délais légaux, ne sera pas recevable à invoquer la loi Falcidie (1) (L. 22, C., *Ad leg. Falc.*, liv. II, tit. XXX).

Différences entre la quarte Falcidie et la quarte légitime. — 1° La quarte Falcidie est accordée aux héritiers institués, parents ou non du testateur; aux héritiers *ab intestat* à quelque degré que ce soit. — La quarte légitime, au contraire, n'appartient qu'à certains parents (2).

2° La quarte Falcidie est le quart de la part qu'aurait recueillie l'institué. — La quarte légitime est le quart de la part que le légitimaire aurait recueillie *ab intestat*. La Falcidie peut donc être plus ou moins forte que la légitime et réciproquement (3).

(1) Il doit alors payer les legs *ultra vires successionis*, se fût-il même prévalu du *jus deliberandi* (L. 22, § 14, C., *De jure delib.*, liv. VI, tit. XXX).

(2) Voy. *suprà*, liv. II, tit. XVIII, p. 282.

(3) *Ci-dessus*, p. 283, n. 3.

TITRE XXIII

Des fidéicommiss.

Définition. — On entend par fidéicommiss une libéralité de dernière volonté laissée en forme de prière, par testament ou par codicille quelconque, et mise à la charge ou d'un institué ou d'une autre personne gratifiée *mortis causa* (1).

Origine des fidéicommiss. — Les fidéicommiss ont été introduits pour permettre au testateur de favoriser par certaines libéralités des personnes incapables de recevoir par legs ou par institution d'héritier. Ainsi le testateur qui voulait donner à un pérégrin, à un déporté, à un Latin-Junien, à un célibataire frappé d'incapacité par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*, etc., ne le pouvait pas directement ; mais le fidéicommiss lui servait comme moyen détourné pour atteindre ce but. Ce moyen offrait bien des imperfections, puisqu'à l'origine il ne reposait sur aucun lien de droit, et que l'héritier ne pouvait être contraint d'accomplir la volonté du testateur (*nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur fideicommissa*). Auguste intervint d'abord dans des cas spéciaux pour faire respecter la volonté du défunt, et il ordonna même aux consuls d'interposer leur autorité. Comme ces mesures parurent justes et populaires, elles eurent un prompt succès. Les fidéicommiss se multiplièrent tellement qu'on fut amené à créer un préteur spécial, chargé exclusivement de rendre la justice en cette matière (*prætor fideicommissarius*) (Instit., § 1, liv. II, tit. XXIII).

Division des fidéicommiss. — Il y avait deux sortes de

(1) Accarias, t. I, n. 378, p. 952.

fidéicommissis : — Les *hérédités fidéicommissaires* (*hereditas fideicommissaria*), suivant l'expression technique du droit romain, ou *fidéicommiss universels*, dans la langue moderne des commentateurs ; — les fidéicommiss d'une chose particulière (*fideicommissum singulæ rei*), ce que les commentateurs nomment par abréviation *fidéicommiss particuliers* ou *à titre particulier* (Instit., § 2, *eod.*).

Dans quel cas le fidéicommiss était-il universel ? — C'était lorsque le disposant avait chargé son héritier de restituer à telle personne soit la *totalité*, soit une *quote-part* des biens qui composaient son patrimoine. Exemple : le testateur a institué héritier Lucius Titius, puis il a ajouté : *Je te prie, Lucius Titius, de restituer mon hérédité à Séius, dès que tu auras pu en faire adition* (Instit., *ibid.*). Le fidéicommiss universel offrait donc beaucoup d'analogie avec l'institution d'héritier.

Dans quels cas le fidéicommiss était-il particulier ou à titre particulier ? — C'était lorsque le disposant avait chargé son héritier (ou son légataire) de restituer à une personne déterminée des objets particuliers, tels qu'un fonds, un esclave, un pécule, un troupeau, etc. Le fidéicommiss particulier se rapprochait plus particulièrement du legs.

On nommait *fideicommittens* celui qui disposait par fidéicommiss : *fiduciarius* (héritier fiduciaire), celui qui était grevé du fidéicommiss ; *fideicommissarius* (héritier fidéicommissaire), celui qui devait bénéficier du fidéicommiss).

DES FIDÉICOMMISS UNIVERSELS.

De la restitution de l'hérédité faite par le fiduciaire au fidéicommissaire. — En principe, d'après le droit civil, le fiduciaire qui avait restitué l'hérédité au fidéicommissaire n'en restait pas moins héritier ; il

continuait à représenter le défunt et seul pouvait poursuivre les débiteurs de la succession ou être poursuivi par les créanciers héréditaires. Les conséquences d'un tel principe, s'il était maintenu dans son intégrité, pouvaient être, suivant les circonstances, aussi nuisibles au fiduciaire qu'au fidéicommissaire; aussi cherchait-on à y remédier par des adoucissements successifs (Instit., § 3, *eod.*).

Il faut distinguer en cette matière quatre périodes distinctes : celle antérieure au sénatus-consulte Trébellien, celle du sénatus-consulte Trébellien, celle du sénatus-consulte Pégasien, celle de Justinien.

Première période. — *AVANT* le sénatus-consulte Trébellien, on supposait une vente fictive de l'hérédité pour une seule pièce de monnaie, *nummo uno, dicis causa*. L'héritier était assimilé à un vendeur et le fidéicommissaire à un acheteur (*nec heredis loco, nec legatarii, sed potius emptoris*). Au moyen des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, l'héritier devait tenir compte au fidéicommissaire de tout ce qu'il recevait à l'occasion de la succession, le fidéicommissaire de son côté s'engageait à indemniser l'héritier de toutes les poursuites dirigées contre lui par les créanciers de la succession (Gaius, C. II, § 252). Ces procédés entraînaient souvent de graves inconvénients. Il suffisait de l'insolvabilité de l'une des deux parties pour rompre cet équilibre.

Deuxième période. — Le *SÉNATUS-CONSULTE TRÉBELLIEN*, rendu sous le règne de Néron (an 62 de J.-C.), sur la proposition du consul Trébellien, décida que la restitution de l'hérédité par suite d'un fidéicommis (*ex fideicommissi causa*), sans ôter au restituant la qualité d'héritier, transférerait tous les effets de cette qualité sur la personne du fidéicommissaire; de telle sorte que les actions qui, dans la rigueur du droit civil (*jure civili*), devaient être données à l'héri-

lier et contre lui, seraient données au fidéicommissaire et contre lui. Le fidéicommissaire était donc *loco heredis* (Gaius, C. II, § 253; Instit., § 4, *eod.*). Les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* perdaient toute utilité. Mais les actions héréditaires n'étaient données par le préteur pour ou contre le fidéicommissaire que sous forme d'actions utiles (*utilitatis causa*); et ces actions utiles n'empêchaient pas les actions directes d'exister au profit et à la charge de l'héritier. Le préteur y remédiait, toutefois, par une exception *restitutæ hereditatis*, qui permettait aux débiteurs de la succession de repousser les actions de l'héritier, et à l'héritier de repousser les actions des créanciers héréditaires (L. 1, § 4, D., *Ad senatusc. Trebell.*, liv. XXXVI, tit. 1). Ce système, suffisant pour protéger l'héritier en cas d'insolvabilité du fidéicommissaire, était défectueux parce qu'il n'intéressait pas l'héritier à faire adition d'hérédité. En effet, chargé de restituer toute ou presque toute l'hérédité, il répudiait la succession, et, par son refus, faisait tomber le fidéicommis (Inst., § 5, *eod.*).

Troisième période. — Le **SÉNATUS - CONSULTE PÉGASIEN**, rendu sous le règne de Vespasien (an 73, J.-C.) sur la proposition du consul Pégasus, eut pour but de remédier à cet inconvénient. Il permit à l'héritier fiduciaire de retenir le quart de l'hérédité. Le fidéicommissaire universel n'eut plus droit désormais qu'aux trois quarts de l'hérédité. Ce fut une application du principe de la loi Falcidie en matière de legs (*perinde atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur*). D'après le système du sénatus-consulte Pégasien, l'héritier fiduciaire exerçait seul les actions héréditaires, et seul il était exposé aux poursuites des créanciers de la succession. Quant au fidéicommissaire, il était traité comme un légataire (*loco legatarii*). Au moyen de stipulations *partis et pro parte*, intervenues entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, le fiduciaire avait en définitive

un quart de l'actif net et le fidéicommissaire les trois quarts (Gaius, C. II, § 254; Instit., § 5, *eod.*).

Combinaison des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien.
— Le sénatus-consulte Pégasien n'abrogea pas le sénatus-consulte Trébellien. Tous deux coexistèrent avec des cas d'application différents :

1° Lorsque l'héritier n'était pas chargé de restituer plus des trois quarts (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*), comme il n'y avait lieu à aucune retenue, la restitution se faisait sous l'empire du sénatus-consulte Trébellien. Les actions héréditaires étaient données soit à l'héritier et au fidéicommissaire, soit contre eux, chacun en proportion de sa part (Gaius, C. II, § 255; Instit., § 6, *eod.*). — Que décider dans l'hypothèse où un héritier, qui était grevé d'un fidéicommis supérieur aux trois quarts de l'hérédité, faisait adition sans retenir sur le fidéicommis la quarte à laquelle il avait droit d'après le sénatus-consulte Pégasien? Gaius (C. II, §§ 256, 257) et les Institutes (§ 6, *eod.*) nous disent qu'en pareil cas il y avait lieu à l'application du sénatus-consulte Pégasien. L'héritier exerçait donc seul les actions héréditaires et seul il les subissait. Seulement, au moyen des stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*, les effets de ces actions se réalisaient en définitive dans la personne du fidéicommissaire. Cette solution toutefois ne laissait pas que d'être fort controversée; elle était repoussée notamment par Modestin (L. 45, D., *Ad sen. Treb.*, liv. XXXVI, tit. 1) et Paul (*Sent.*, liv. IV, tit. III, § 2).

2° Lorsque l'héritier, sous prétexte que l'hérédité lui paraissait onéreuse, refusait de faire adition (*si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), il pourra, sur la demande du fidéicommissaire, être contraint d'accepter l'hérédité par l'ordre du préteur (*jussu prætoris adeat*). Mais, comme il ne faisait alors adition que dans l'intérêt du

fidéicommissaire, ce dernier devait supporter seul toutes les chances de gain ou de perte. Les actions héréditaires étaient donc exercées par le fidéicommissaire ou contre lui, comme si l'on était, nous dit Gaius, dans le cas du sénatus-consulte Trébellien... (*perinde... ac juri est ex Trebelliano senatusconsulto*).

Quatrième période. — JUSTINIEN a fondu en un seul les deux sénatus-consultes *Trébellien* et *Pégasien*, et il a conservé à cet ensemble de dispositions le nom de sénatus-consulte Trébellien. — Il a emprunté au sénatus-consulte Trébellien sa disposition capitale, en vertu de laquelle le fidéicommissaire devait être considéré comme héritier (*loco heredis*), et il a aboli, en conséquence, les stipulations que rendait nécessaires le système du sénatus-consulte Pégasien, stipulations qui, intervenues entre l'héritier fiduciaire et le fidéicommissaire, faisaient courir à l'un et à l'autre les chances de leur insolvabilité réciproque. Désormais les actions tant actives que passives de la succession furent données à l'héritier fiduciaire et au fidéicommissaire, ou contre eux, en proportion de la part que chacun prenait dans l'hérédité. — Il a conservé néanmoins du sénatus-consulte Pégasien deux dispositions importantes : 1° le droit pour l'héritier fiduciaire de retenir la *quarte* (1), et même dans le cas où il aurait restitué au fidéicommissaire plus des trois quarts, le droit de répéter ce qu'il aurait payé en plus (*vel repetere solutum*); 2° le droit pour le fidéicommissaire de contraindre l'héritier à faire adition d'hérédité (Instit., § 7, *eod.*).

(1) La quarte Pégasienne (souvent appelé *trébellianique*, depuis Justinien), se calcule comme la quarte Falcidie, mais elle n'est pas d'ordre public au même degré; le testateur peut, par une disposition expresse, en empêcher l'application (L. 30, §§ 4, 5, D., *Ad senat. Trebel.*, liv. XXXVI, tit. 1). — Consult. Accarias, t. I, n. 409, p. 1045.

TITRE XXIV

Des fidéicommiss à titre particulier.

Forme des fidéicommiss. — Les formules les plus usitées de fidéicommiss sont les suivantes : *peto, rogo, mando, fidei tuæ committo*. D'ailleurs le testateur peut manifester sa volonté comme il l'entend (Instit., § 3, liv. II, tit. XXIV).

Qui peut faire un fidéicommiss ? — Celui-là seul qui peut faire un testament.

A qui peut être imposé un fidéicommiss ? — A toutes les personnes qui reçoivent quelque chose de la succession du défunt, à l'héritier institué, à un légataire, à un fidéicommissaire, même à l'héritier *ab intestat* (Inst., *pr.*, *eod.*).

A qui peut être fait un fidéicommiss ? — D'abord, les fidéicommiss sont introduits comme des moyens détournés qui permettent d'avantager certaines personnes incapables de recevoir par legs ou par testament. Mais plus tard des restrictions sont apportées aux libéralités faites par fidéicommiss. Il est même défendu de faire de pareilles dispositions au profit des pérégrins, des *orbi* et des célibataires (1).

Quelles choses peuvent faire l'objet d'un fidéicommiss ? — On peut laisser par fidéicommiss les mêmes objets que l'on pourrait léguer dans l'ancien droit *per damnationem*; notamment, on peut disposer par fidéicommiss soit d'une chose qui appartient à l'héritier, soit même d'une chose appartenant à une personne étrangère. En

(1) Cette prohibition ne résulte point, comme on pourrait le croire, des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, mais du sénatus-consulto l'égasien. Voy., à cet égard, Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 252 et suiv.

cas d'un fidéicommiss de la chose d'autrui, le fiduciaire qui ne peut acheter la chose doit payer au fidéicommissaire ce qu'elle vaut. Seulement le fiduciaire ne peut jamais être contraint de restituer plus qu'il n'a reçu ; et même, l'héritier grevé de fidéicommiss à titre particulier n'est tenu, en vertu du sénatus-consulte Pégasien, de ne les payer que jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité (Inst., § 1, *eod.*).

On peut encore par fidéicommiss charger l'héritier institué d'affranchir un esclave, appartenant soit au testateur lui-même, soit à l'héritier, soit à autrui. Dans le cas où il s'agit de l'esclave d'autrui, si le propriétaire ne veut pas se dessaisir de la propriété de son esclave, l'héritier n'a rien à payer. Quant au fidéicommiss en lui-même, Justinien décide, malgré l'avis de Gaius, qu'il n'est pas éteint, mais seulement différé par le refus du maître de vendre (*non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur*). Le fiduciaire devra donc attendre une occasion qui lui permette d'acheter et d'affranchir l'esclave (*quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit præstari libertas*. Inst., § 2, *eod.*).

Ressemblances entre le fidéicommiss et le legs. — Le fidéicommiss et le legs présentent les ressemblances suivantes : — 1° ils n'impliquent pas continuation de la personnalité juridique du défunt ; — 2° ils constituent des libéralités de dernière volonté, révocables jusqu'à la mort du disposant ; — 3° ils dépendent essentiellement l'un et l'autre de l'institution.

Différences entre le fidéicommiss et le legs. — De profondes différences séparent le fidéicommiss du legs : — 1° Le fidéicommiss est conçu en forme de prière ; le legs, au contraire, à l'exemple de l'institution d'héritier, est exprimé par une formule impérative ; — 2° le fidéicommiss peut être contenu dans un acte quelconque de dernière volonté, fût-ce dans un codicille non confirmé ;

le legs, au contraire, n'est valablement fait que par testament, ou par un codicille confirmé équivalant au testament; — 3° le fidéicommiss est valablement imposé à quiconque reçoit du *de cuius* une disposition de dernière volonté, c'est-à-dire à l'institué, au légataire, ou même à un autre fidéicommissaire; le legs, au contraire, ne peut être mis qu'à la charge d'un héritier testamentaire (Gaius, C. II, §§ 270, 271; Ulpien, *Règl.*, tit. xxix, § 1).

Innovations de Justinien. — Justinien a fondu ensemble le fidéicommiss et le legs, de telle sorte que dans sa législation il n'y a plus ni ressemblances, ni différences, mais des règles identiques s'appliquant à l'un et à l'autre mode de disposition (1). — Une réserve doit être faite cependant pour le cas où la disposition a pour objet la liberté. En effet, en cas d'affranchissement fidéicommissaire, l'héritier avait autrefois un bénéfice que Justinien lui maintient, l'acquisition des *jura patronatus* (2).

TITRE XXV

Des codicilles.

Définition et étymologie. — Le codicille est un acte de dernière volonté qui, à la différence du testament, ne réclame aucune solennité de forme (*nullam solemnitatem ordinationis desiderat*. Inst., § 3, liv. II, tit. xxv).

Le mot *codicillus*, diminutif de *codex*, nom donné aux tablettes destinées à recevoir les actes les plus importants, tels que les testaments, désigne, à proprement parler, les tablettes ou petites tables sur lesquelles on écrit les actes de peu d'importance, de simples notes (Sénèque,

(1) Puchta, *Pand.*, § 553; Tewes, *System des erbrech.*, t. II, § 82, II, C. 4^o, a; Vangerow, t. II, § 556, *anm.*; Windscheid, t. III, § 662, note 1; Van Weeter, t. II, § 745, p. 503. — *Contra* Rosshirt, *Verm.*, t. I, p. 133 et suiv.; Namur, t. II, § 463; Maynz, t. III, § 513.

(2) Voy. *suprà*, liv. I, tit. v, p. 29.

Epist. 55), et spécialement des dispositions le plus souvent fidéicommissaires. Ces tablettes ou *codicilli* ont souvent la forme de lettres missives ; d'où l'expression *epistola fideicommissaria* (L. 37, § 3, D., *De legat. et fideic.*, liv. XXXII, tit. III ; L. 89, *pr.*, D., *De legat. et fideic.*, liv. XXXI, tit. II).

Origine des codicilles. — Avant Auguste les codicilles n'étaient pas en usage. Ce fut Lucius Lentulus, à qui l'on attribue l'origine des fidéicommiss, qui introduisit les codicilles. Étant près de mourir en Afrique, il écrivit des codicilles confirmés par son testament, dans lesquels il priait Auguste, sous forme de fidéicommiss, de faire quelque chose. L'empereur remplit cette volonté. D'autres personnes, chargées également de fidéicommiss, les exécutèrent ; la fille de Lentulus elle-même paya des legs qu'elle ne devait pas d'après la rigueur du droit (*quæ jure non debebat solvit*). Auguste rassembla les Prudents, et, parmi eux se trouvait Trébatius, qui jouissait alors d'un grand crédit : il leur demanda s'il ne serait pas contraire à la raison du droit d'admettre l'usage des codicilles. Trébatius convainquit l'empereur de l'utilité et même de la nécessité des codicilles pour les citoyens, en faisant valoir surtout cette considération, que dans les longs voyages, si fréquents à cette époque, il y avait souvent impossibilité de faire un testament, alors qu'il serait facile de faire des codicilles. Dans la suite, le jurisconsulte Labéon fit des codicilles ; depuis ce temps, la validité des codicilles fut universellement admise (*Inst.*, *pr.*, *cod.*).

Quand peut-on laisser des codicilles ? — Les codicilles peuvent être laissés, — soit par celui qui meurt intestat, — soit par celui qui meurt après avoir fait son testament (*Inst.*, § 1, *cod.*). Dans le premier cas les codicilles ont une existence propre ; ils renferment en eux-mêmes leurs causes de validité ou de nullité (L. 16, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII). Dans le second, les codi-

cilles tiennent étroitement au testament ; ils en suivent en tout la condition, et ne valent que par lui et avec lui. La chute du testament entraîne donc celle des codicilles (L. 3, § 2 ; L. 16, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII).

Des codicilles confirmés. — Il y a deux manières de confirmer des codicilles par testament : ou *in futurum*, ou *in præteritum* : — *in futurum*, lorsque le testateur exprime par avance la volonté qu'on observe les codicilles qu'il pourrait faire plus tard ; — *in præteritum*, lorsque le testateur confirme par une mention spéciale des codicilles antérieurs. — Au surplus, la même confirmation pourrait comprendre à la fois les codicilles postérieurs et les codicilles antérieurs au testament (L. 8, *pr.*, L. 18, D., *eod.*).

Mais que décider au cas où, dans un testament postérieur, le testateur n'aurait pas confirmé des codicilles faits auparavant ? Ces codicilles seront-ils abrogés ? C'était l'avis de Papinien. Mais un rescrit de Sévère et d'Antonin décide que de tels codicilles doivent être maintenus toutes les fois qu'il ne serait pas prouvé que le testateur eût changé de volonté. Il y a donc une question d'intention à apprécier (Instit., § 2, liv. II, tit. xxv).

Ressemblance entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament. — Que le codicille soit confirmé ou non par un testament, il ne peut contenir ni une institution d'héritier, ni une révocation d'une institution, ni une exhérédation (Instit., § 2, *eod.*).

Différence entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament. — Dans un codicille confirmé on peut faire ou révoquer un legs, affranchir directement ses esclaves, nommer un tuteur. Au contraire, dans un codicille non confirmé on ne peut faire que des fidéicommiss (L. 43, D., *De manum. test.*, liv. XL, tit. IV ; L. 3, *pr.*, D., *De test. tut.*, liv. XXVI, tit. II).

Ressemblance entre un codicille et un testament. — En principe, celui-là seul peut faire un codicille qui peut

faire un testament (L. 6, § 3, D., *De jur. cod.*, liv. XXIX, tit. VII). — Toutefois il y a exception à cette règle en faveur du citoyen retenu prisonnier chez l'ennemi (L. 12, § 5, D., *De captiv. et postlim.*, liv. XLIX, tit. XV).

Différences entre un codicille et un testament. — Nous avons vu qu'un codicille ne peut contenir ni institution d'héritier, ni substitution, ni exhérédation, toutes dispositions, en un mot, qui constituent l'essence même du testament. — De plus, un testateur ne peut laisser qu'un testament ; il peut, au contraire, laisser plusieurs codicilles ; et chaque codicille ne révoque dans les précédents, au cas où le *de cujus* ne s'est pas expressément expliqué, que ce qui paraît inconciliable avec les dispositions nouvelles (1) (Instit., § 3, *eod.*).

Différence entre un codicille et un legs. — On ne peut mettre aucun legs à la charge des héritiers *ab intestat* ; au contraire, des codicilles peuvent être laissés, comme nous l'avons déjà vu, par un homme qui meurt *intestat*.

Formalités imposées aux codicilles sous les empereurs de Constantinople. — Suivant une constitution de Théodose le Jeune, les codicilles doivent être faits d'un seul contexte (*in uno eodemque tempore*), soit verbalement, soit par écrit, en présence de cinq témoins. — Les codicilles écrits doivent être revêtus de la signature de ces témoins (*subnotationem suam*) (L. 8, § 3, C., *De codicil.*, liv. VI, tit. XXXVI). — Sous Justinien, la présence de cinq témoins est exigée pour la validité de tout acte de dernière volonté autre que le testament (Instit., § 12, liv. II, tit. XXIII). — Il est bon de remarquer que ces formes ne sont point prescrites *ad solemnitatem*, mais *ad probationem* ; si bien qu'à leur défaut le serment peut être déféré (Instit., § 12, *eod.*).

De la clause codicillaire. — Un testament nul comme testament pourra valoir comme codicille, si le testateur

(1) Comp. Code civ., art. 1036.

a manifesté cette intention dans une clause *expresse* du testament (1) (L. 8, *pr.* et § 1, C., *De codicill.*, liv. VI, tit. xxxvi). Les commentateurs ont donné à cette clause le nom de *clause codicillaire* (2).

(1) Dans le droit classique la volonté du testateur à cet égard pouvait s'induire de circonstances quelconques (L. 1, D., *De jure codicil.*, liv. XXIX, tit. vii); Van Wetter, t. II, § 668, p. 405.

(2) Aucune place n'est laissée dans notre droit moderne au codicille, en tant qu'acte *sui generis*. Aussi est-ce improprement que dans la pratique on donne encore parfois ce nom aux actes de dernière volonté, faits le plus souvent sous la forme olographe et par lesquels on modifie par des additions ou suppressions partielles un testament antérieur.

LIVRE TROISIÈME

TITRE I

Des hérités qui sont déférées ab intestat.

TITRE II

De la succession légitime des agnats.

L'hérédité légitime (1) n'a lieu qu'à défaut d'hérédité testamentaire. Ce n'est donc que pour le cas où le défunt n'a pas lui-même institué un héritier que le législateur lui en donne un.

Les citoyens romains (2) *sui juris* peuvent seuls laisser une hérédité légitime. Ainsi, l'esclave public, qui peut tester sur la moitié de ses biens, et le fils de famille, qui peut tester sur le pécule castrense et plus tard sur le pécule quasi-castrense, ne laissent jamais de succession *ab intestat* (Instit., *pr.*, liv. II, tit. XII).

Dans quels cas meurt-on intestat ?

Dans trois cas principaux : — 1° lorsque le *de cujus* n'a

(1) *Légitime*, parce que la loi en fait elle-même l'attribution.

(2) Conf. Code civ., art. 726; L. 14 juill. 1819.

pas fait de testament (*qui omnino testamentum non fecit*), ou, ce qui revient au même, quand celui qu'il a fait est irrégulier (*non jure fecit*), ou inofficieux (1); — 2° lorsqu'il a fait un testament régulier et valable dans le principe, mais qui a été rompu plus tard (*ruptum*), ou rendu inutile (*irritum*) (2); — 3° lorsqu'il a fait un testament qui pourrait être valable, mais qui est abandonné par suite de l'incapacité ou du refus de tous les héritiers institués (*destitutum*) (3) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. 1).

Observation. — Pour avoir des héritiers *ab intestat*, il ne suffit pas toujours de mourir *intestat*. Les Institutes, en effet, nous disent que le père de famille mort *intestat*, qui, *post mortem suam*, a été jugé coupable de haute trahison (*judicatus perduellionis reus*), et dont la mémoire a été condamnée pour ce crime (*per hoc memoria ejus damnata*), ne peut pas laisser d'héritiers *ab intestat*. C'est le fisc qui lui succède. Il est bon de signaler ici une exception à une autre règle. Les Romains avaient posé ce principe, que le crime ne pouvait être poursuivi après la mort du coupable. On y a dérogé pour le crime de haute trahison contre l'État ou l'Empereur (Instit., § 5, liv. III, tit. 1.)

Variations de la législation en matière de succession *ab intestat*.

Le système des successions *ab intestat*, intimement lié à l'état de la société, a participé à tous les changements qui se sont opérés dans la constitution sociale et politique du peuple romain. Telle est la cause des modifications nombreuses que l'on y rencontre. Toutefois il importe de constater que, malgré les améliorations successives, la loi des Douze Tables est restée, jusqu'aux

(1) Voy., sur le testament inofficieux, *suprà*, liv. II, tit. XVIII, p. 280 et suiv.

(2-3) Voy., sur ce qu'il faut entendre par un testament *ruptum*, *irritum* ou *destitutum*, ci-dessus, liv. II, tit. XVII, p. 278 et suiv. — Comp. Code civ., art. 718 à 814.

Novelles CXVIII et CXXVII de Justinien, la base du système successoral (1).

I. DE LA LOI DES DOUZE TABLES.

La loi des Douze Tables établissait un système très simple : elle appelait à la succession *ab intestat*, en premier ordre les *héritiers siens* du défunt, en deuxième ordre les *agnats*, en troisième ordre les *gentiles* (*Intestatorum hereditas lege Duodecim Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur. Instit., § 1, eod.*).

Des héritiers siens.

Définition. — Les héritiers siens, avons-nous dit (2), sont ceux qui se trouvent sous la puissance *immédiate* du testateur au moment de sa mort, et qui deviennent ensuite ses héritiers. Exemples : le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, dont le père est sorti de la famille ou a été exhéredé dans le testament de l'aïeul. — Il est bon de remarquer que l'on ne doit pas faire de distinction entre les diverses causes qui ont produit la puissance paternelle. Qu'elle provienne des justes noces, de l'adoption, de la légitimation par oblation à la curie, ou par mariage subséquent, et dans le droit antérieur à Justinien de certains modes de constitution de la puissance paternelle, tels que la *causæ probatio* (3), l'*erroris causæ probatio* (4) et la *manus* (5), peu importe ; les enfants soumis à la puissance *immédiate* du chef de famille au moment de son décès deviennent ses héritiers siens.

Cas exceptionnels dans lesquels l'heres suus n'a jamais été sous la puissance paternelle du de cujus ou avait cessé d'y

(1) Voy., sur les successions en droit romain, un savant mémoire présenté par M. Ch. Giraud à l'*Académie des sciences morales et politiques*, séances des 30 nov. et 21 déc. 1878 (analyse donnée par la *France judiciaire*, t. III, n. 18, 3^e part., p. 149 et suiv.).

(2) Voy. ci-dessus, liv. II, tit. XIX, p. 295 et suiv.

(3-4) Voy., sur ces deux points, *suprà*, liv. I, tit. X, p. 70 et 71.

(5) *Ibid.*, p. 73.

être au moment du décès. — Les Institutes nous citent les deux cas suivants : — 1° Le *de cuius* meurt laissant son *uxor* enceinte. L'enfant, s'il naît vivant (1), sera l'héritier sien du *de cuius*, quoiqu'il n'ait jamais été sous sa puissance (*Postumi quoque qui, vivo parente, nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt*) (Instit., §, 2 *in fine*). Ainsi il n'est pas nécessaire d'être né au moment du décès du *de cuius* pour être apte à recueillir sa succession ; il suffit d'être conçu (*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*). Mais comment constatera-t-on qu'un enfant était conçu au moment où est mort le *de cuius* ? La date de la conception se fixe au moyen d'une présomption. Un enfant est réputé avoir été conçu avant la mort d'une personne, lorsque sa naissance a lieu dans les dix mois qui suivent la mort de cette personne (2). — 2° Un fils de famille en captivité lors de la

(1) Sic, de Savigny, *System*, t. II, § 61 ; Thibaut, *id.*, t. I, § 104 ; Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. I, § 177, note 2 ; Sintenis, *Das prakt gem. zivil*, t. I, § 13, note 8 ; Keller, *Pand.*, § 19 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 32, *anm.* — D'autres auteurs exigent non seulement que l'enfant vienne au monde vivant, mais encore viable (*vix habilis*), c'est-à-dire dans des conditions telles qu'il soit capable de vivre. Mackeldey, *Lehrb.*, t. I, § 118, note c ; Puchta, *Pand.*, § 114, note d ; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 52, note 8 ; Namur, t. I, § 37 ; Van Wetter, t. I, § 40, p. 80, 81. Conf. Code civ., art. 725.

(2) En droit romain la succession *ab intestat* ne s'ouvre que lorsqu'il est certain qu'il n'y aura pas d'héritiers testamentaires. Il en résulte que la succession *ab intestat* peut ne s'ouvrir que longtemps après la mort du *de cuius*. Pour succéder *ab intestat* à une personne, il faut les quatre conditions suivantes : — 1° avoir existé du vivant de cette personne, ou tout au moins avoir été conçu, car l'enfant conçu est considéré comme né (*pro nato*). A cela deux raisons. *Première raison* : la succession *ab intestat* repose toujours sur la considération de la parenté. Or il n'y a de parenté réelle qu'entre individus qui ont existé en même temps. *Deuxième raison* : la succession *ab intestat* est une transmission de droit. Or la transmission de droit n'est possible qu'à la condition que dès l'instant qu'un droit cesse d'exister sur la tête d'une personne, il passe sans intervalle de temps sur la tête de l'autre personne. Ce qui suppose que ces deux personnes ont vécu ensemble au moins un instant de raison ; — 2° être encore existant quand la succession s'ouvre, c'est-à-dire au moment où il est bien certain qu'il n'y aura pas d'héritiers testamentaires ; — 3° être capable de succéder ; — 4° être en ordre utile et au degré de parenté le plus proche du *de cuius* à cette époque.

mort de son père recouvre ensuite la liberté. Il devient héritier sien du *de cuius*, quoique de fait il ne se trouvât pas sous sa puissance lors du décès (*jus enim postliminii hoc facit*). Le fils de famille par l'effet d'une fiction recouvre tous ses droits à la succession de son père, comme s'il n'avait jamais été prisonnier et qu'il fût toujours resté sous la puissance de celui-ci (1) (Instit., § 4, *eod.*).

Définition de la représentation. — La représentation est une disposition de la loi, en vertu de laquelle les descendants d'un fils ou d'un petit-fils, etc., montent dans le degré que leur ascendant, par suite de son prédécès ou de sa sortie de la famille, a laissé vacant et sont, en conséquence, appelés à succéder à sa place, c'est-à-dire à prendre toute la part, mais rien que la part à laquelle il aurait eu droit, s'il eût survécu ou s'il fût resté dans la famille (2) (Instit., § 6, *eod.*).

Effets de la représentation. — La représentation produit deux effets : — *Premier effet.* La représentation fait concourir les descendants d'un fils ou d'un petit-fils, etc., prédécédé ou émancipé avec un autre fils ou une autre fille du défunt ; elle apporte donc une exception à la règle qu'entre successibles d'un même ordre, c'est la proximité du degré de parenté qui détermine la préférence. Exemple : le *de cuius* a laissé un fils vivant, *Primus*, et des petits-enfants issus d'un autre fils prédécédé ou émancipé, *Secundus* : les enfants de *Secundus* peuvent le représenter à l'effet de concourir avec leur oncle *Primus* dans le partage de la succession du *de*

(1) Voy., liv. I, tit. XII, p. 87, les développements sur le *jus postliminii*.

(2) Ce n'est pas là une véritable *représentation* au sens moderne de ce mot (C. civ., art. 739). Le Code civil n'admet que la représentation des personnes mortes (art. 744) ; en outre, conséquence plus logique qu'équitable, il fait rejaillir sur les descendants innocents l'incapacité ou l'indignité du successible défunt (art. 730) ; injustice que le droit romain ne sanctionne pas.

cujus (*neptes nepotesque in patris sui locum succedere*). — *Deuxième effet*. Au cas de représentation, la succession n'est pas partagée *par têtes* mais *par souches*, c'est-à-dire par branches de famille (1). On fait autant de portions égales qu'il y a de branches de famille : les représentants, en si grand nombre qu'ils soient, ne prennent que la part à laquelle aurait eu droit le représenté, s'il eût survécu. Exemple : le *de cuius* meurt, laissant un fils vivant, *Primus*, et trois petits-enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus*; *Primus* aura la moitié de la succession, et les trois enfants de *Secundus* n'auront à eux trois que l'autre moitié (Instit., § 6, *eod.*).

Remarquons que la représentation peut ne produire que le dernier des deux effets que nous venons de signaler. Ainsi, le *de cuius* avait deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui sont morts avant lui, laissant chacun des enfants en nombre inégal, *Primus* un ou deux, *Secundus* trois ou quatre. Les petits-enfants, étant tous à un *degré égal* du *de cuius*, succèdent *de leur chef*, et n'ont pas besoin du secours de la représentation. Dans ce cas la représentation s'applique afin de faire opérer le partage *par souche* et non *par têtes* (2). Les enfants de *Primus*, qu'ils soient un ou deux, auront la moitié, et les enfants de *Secundus*, qu'ils soient trois ou quatre, l'autre moitié (Instit., § 6, *eod.*).

Comment l'hérédité est acquise à l'heres suus ? — L'héritier sien est en même temps *nécessaire* (*necessarius*), parce que, sans adition, *bon gré, mal gré*, il devient héritier, d'où il suit qu'il importe peu que l'héritier sien soit privé de raison (*furiosus*) ou pupille, au moment où la succession *ab intestat* est ouverte. Il n'est besoin ni au fou du consentement du curateur, ni au pupille de l'autorisation du tuteur pour l'acquisition de l'hérédité

(1) Conf. Code civ., art. 743, 745.

(2) Même Code, art. 749.

qui a lieu de plein droit (*ipso jure*) (1) (Instit., § 3, *eod.*). Le partage de la succession se fait par égales portions entre les enfants du même degré, sans distinction de sexe ni de primogéniture (2).

Des agnats.

A défaut d'héritiers siens, la loi des Douze Tables appelait à l'hérédité le plus proche agnat du *de cujus* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. II).

Nous avons vu (*supra*, p. 59 et 60) ce qu'il fallait entendre par l'agnation. Étaient agnats l'un de l'autre deux frères nés du même père (*consanguinei*), peu importe qu'ils eussent ou non la même mère; le neveu et son oncle paternel; les enfants nés de deux frères consanguins, etc. (Instit., § 1, liv. III, tit. II). L'agnation était aussi produite par l'adoption. Ainsi, étaient agnats les fils naturels et ceux que leur père a adoptés; ou bien ceux qui étaient adoptés par votre frère, par votre oncle paternel, ou par tout autre agnat à un degré plus éloigné (Instit., § 2, *eod.*).

La loi des Douze Tables appelait indistinctement dans cet ordre les hommes et les femmes; mais une jurisprudence postérieure en exclut toutes les femmes, à l'exception des sœurs (3).

De la non-représentation dans l'ordre des agnats. — Dans l'ordre des agnats la représentation n'était pas admise par la loi des Douze Tables; et le degré le plus proche excluait toujours les autres degrés (Instit., § 5, liv. III, tit. II).

Ainsi le *de cujus* laisse un frère et l'enfant d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère est préféré, *quia*

(1) Voy. cependant liv. II, tit. XIX, p. 295 et 296, ce que nous disons sur le droit d'abstention accordé par le préteur aux héritiers siens et nécessaires.

(2) M. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, ch. VII *in fine*, soutient cependant, mais sans l'établir suffisamment, qu'il existait un droit d'aînesse dans les premiers siècles de Rome; dans tous les cas, il n'en restait pas de trace à l'époque des Douze Tables.

(3) V. *infra*, p. 367.

gradu præcedit (Gaius, C. III, § 15). De même la représentation n'était pas admise pour faire opérer le partage de la succession par souches. Le partage entre les agnats du même degré se faisait toujours par têtes. Il suivait de là que si le défunt ne laissait aucun frère, mais des enfants de ses frères, ces enfants, même dans le cas où ils étaient en nombre inégal, comme lorsqu'il n'y avait qu'un enfant ou deux de l'un des frères et trois ou quatre de l'autre frère, se partageaient l'hérédité par têtes. Autant il y avait de personnes des deux côtés, autant on faisait de parts, de manière que chacun prît une de ces portions (Gaius, C. III, §§ 15, 16).

A quelle époque fallait-il être l'agnat le plus proche pour succéder ab intestat au défunt? — Ce n'était pas au moment de la mort, mais bien au moment où il devenait certain que le *de cuius* n'aurait pas d'héritier testamentaire. Cette règle était d'ailleurs générale et s'appliquait à toutes les successions *ab intestat*, aux *heredes sui* aussi bien qu'aux agnats. Il suivait de là que, si le défunt laissait un testament, l'agnat qui n'était pas le plus proche au moment du décès pouvait cependant devenir héritier. Exemple : le *de cuius* meurt après avoir fait un testament, laissant un frère et un oncle paternel. Peu de temps après le frère décède avant que l'héritier institué ait pris parti. Puis l'héritier institué renonce à la succession. Le plus proche agnat à ce moment est l'oncle paternel, car le frère n'a jamais eu de droit à la succession du *de cuius* (Instit., § 1, *cod.*).

De la non-dévolution. — D'après la loi des Douze Tables, il n'y avait pas de dévolution d'un degré d'agnation ne recueillant pas au degré d'agnation venant après lui (Gaius, C. III, § 12; Instit., § 7, *cod.*). Ainsi, la succession était déférée une seule fois dans chaque ordre au plus proche degré. Ce principe était d'ailleurs un principe général s'appliquant à tous les ordres d'héritiers légitimes, aux héritiers siens et aux *gentiles* auss

bien qu'aux agnats (*successio in suis heredibus non est*).

Des gentiles.

À défaut d'héritiers siens et d'agnats, l'hérédité *ab intestat* était dévolue, d'après la loi des Douze Tables, aux *gentiles*. « *Sinullus agnatus sit*, nous dit Gaïus (C. III, § 8), *eadem lex Duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat.* »

Définition. — Cicéron, dans ses Topiques (n° 6), après avoir exposé les caractères d'une définition exacte, cite comme un modèle du genre celle des *gentiles*, qu'il emprunte au jurisconsulte Scævola. « *Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non satis est : qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est : quorum majorum nemo servitatem servivit. Abest etiam nunc : qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est.* » « Les *gentiles* sont ceux qui ont le même nom commun entre eux. Ce n'est pas assez : qui sont d'origine ingénue. Cela ne suffit pas : dont aucun des aïeux n'a été en esclavage. Il manque encore quelque chose : qui n'ont pas subi de diminution de tête. Ceci est suffisant. »

Malgré cette définition parfaite, on en est réduit à des conjectures sur le point de savoir ce qu'étaient les *gentiles*.

Des différentes explications sur la gentilité.

Quatre explications principales ont été proposées.

Première explication. — La *gens* est la réunion de toutes les familles diverses sorties du même tronc. C'est le lien du sang qui est la base de cette association. La parenté d'un certain ordre forme l'agnation, la parenté d'un autre ordre constitue la gentilité. La gentilité suppose donc entre les membres de la *gens* une parenté agnatique éloignée dont le souvenir s'était maintenu, bien qu'on eût perdu la notion du degré qui la constituait. Telle est l'opinion de Sigonius, adoptée avec des nuances diverses par Laferrière (1), Troplong (2) et

(1) *Histoire du dr. civil*, t. I, append. 1^{er}, p. 451 et suiv.

(2) Consultez les observations de Troplong, sur la gentilité romaine *Rev. de légistat.*, année 1847, t. I, p. 5 et suiv.).

Sumner Maine (1). — Ce système s'appuie sur des textes nombreux. « *Gentilis dicitur*, dit Festus, *ex eodem genere ortus*. » « *Gens majorum seriem quærit*, » ajoute Fronton. Remarquez surtout ce passage de Varron : « *Ut in homines sunt agnationes et gentilitates, sic in verbis: ut enim ab Æmilio homines orti, Æmilii ac gentiles; si ab Æmilii nomine, declinatæ voces in gentilitate nominati; ab eo enim quod est impositum recto casu Æmilium, orta, Æmilii, Æmilium, Æmilios, Æmiliorum, et sic reliqua ejusdem quæ sunt stirpis* (2). » Ce système, qui fait consister la gentilité dans un rapport d'identité d'origine et de sang, est combattu par Cauvet (3), Ortolan et Giraud. Demangeat (*Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 58) le repousse en ces termes : « Nous pouvons tenir pour certain que les *gentiles* appelés à l'hérédité... ne sont point nécessairement partie de la même famille que le *de cujus* (4). »

Deuxième explication. — La *gens* est étrangère à la parenté ou à la communauté d'origine. Elle repose sur un tout autre principe. Elle n'est qu'une combinaison politique, qu'une agrégation de familles étrangères les unes aux autres et réunies seulement par des rapports municipaux et religieux. La *gens* forme la décurie ou fraction de la curie, qui elle-même est une fraction de la tribu (5). Les membres qui composent la *gens* portent le même nom (*nomen commune*), honorent les mêmes dieux par des sacrifices communs, en des lieux et à des jours fixes; ils sont réciproquement tenus de se prêter assis-

(1) *L'Ancien droit*, traduit de l'angl. par Courcelle-Seneuil, p. 190.

(2) V. en outre, dans ce sens, Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. I, p. 372 (édition de 1846); Fustel de Coulanges, *la Cité antique*, p. 119 et suiv.; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 19 et suiv.

(3) *Le droit pontifical chez les anc. Romains*, p. 43.

(4) Toutefois notre savant maître ne s'est pas prononcé sur l'adoption d'un système quelconque.

(5) Denys d'Halicarnasse nous dit que Romulus partagea la population romaine en trois tribus; chacune des tribus en dix curies = 30 curies; chacune des trente curies en dix décuries = 300 décuries.

tance ; ils sont, jusqu'à un certain point, responsables l'un pour l'autre, en ce sens, qu'en cas de besoin, ils doivent contribuer à l'acquittement des amendes que l'un d'entre eux a encourues. Ils votent ensemble dans les *comitia curiata*, et si l'un d'eux meurt sans héritiers siens et sans agnats, c'est la *gens* qui recueille ses biens. Ce système développé par Niebuhr a été magistralement exposé par M. Ch. Giraud dans une savante dissertation lue à l'Académie des sciences morales et politiques (1). M. Machelard, que ne satisfait aucune des explications sur la gentilité romaine, semble pourtant donner la préférence à ce système (2).

Troisième explication. — La gentilité est le rapport qui existe entre une famille d'origine perpétuellement ingénue, dont aucun des aïeux n'a jamais été en une servitude ou clientèle quelconque, et les clients, c'est-à-dire les plébéciens qui se sont placés sous la dépendance et la protection des membres de la première famille et les descendants des esclaves affranchis. Ainsi le mot *gens* désigne la famille du patron par rapport à la descendance du client ou de l'affranchi. Les membres de la famille appelés *gens* sont agnats les uns des autres ; ils sont de plus les *gentiles* des membres de toutes les familles qui sont rattachées à leur *gens* par des liens de clientèle ou d'affranchissement. « Ces derniers, soit clients, soit descendants de clients, soit affranchis ou descendants d'affranchis, ont des *gentiles*, mais ils ne le sont de personne. Ils portent le nom, ils participent aux *sacra* de la *gens* ; il peut être permis de les déposer dans la sépulture de la *gens* ; mais ils n'ont certainement pas

(1) *Revue de législat.*, année 1846, t. III, p. 385 et suiv. — L'éminent professeur a encore, tout récemment, soutenu ce système, mais d'une manière incidente, dans une remarquable étude sur les successions en droit romain, lue à l'Académie des sciences morales et politiques, séances des 30 nov. et 21 déc. 1878. Voyez l'analyse qu'en donne la *France judiciaire*, t. III, n. 18, 3^e part., p. 149.

(2) *Sic*, de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 117 et suiv. ; Walter, *Röm. R. G.*, 3^e édit., § 14.

la qualité de *gentiles*, ni les droits d'hérédité ou de tutelle attachés à cette qualité (1). » S'ils meurent sans laisser d'héritiers siens, ni d'agnats, leurs biens vont aux *gentiles*. — Ce système, imaginé par le judicieux romaniste Hugo, développé par Holtius, est celui auquel M. Ortolan a prêté l'appui de son autorité.

Quatrième explication. — Elle consiste dans une fusion des trois systèmes que nous avons exposés. La gentilité serait fondée sur une origine commune, mais tellement ancienne qu'il serait impossible d'en établir la preuve ; sur la croyance justifiée ou non que l'on descend d'un même arbre généalogique. Telle est la part de vérité que contient le système de Sigonius. — Quant au système de Niebuhr et de M. Giraud, il offre aussi certaines données exactes. Des textes établissent, en effet, que les *gentiles* formaient une association municipale et religieuse : *municipale*, car ils votaient ensemble dans les comices curiales ; *religieuse*, car ils honoraient les mêmes dieux, par des sacrifices communs, en des lieux et à des jours fixes. — Enfin rien ne s'oppose à ce que l'on rattache par des rapports de gentilité la famille du patron à la descendance d'un client ou d'un affranchi. Ces familles du client ou de l'affranchi étaient considérées comme dérivant en quelque sorte de la famille du patron, elles en prenaient le nom et les *sacra*. On laisse donc subsister presque en entier le système de M. Ortolan.

Cette conciliation, cette fusion entre les principales explications données sur la gentilité romaine, a été proposée par notre savant maître, M. Labbé, à son cours (année 1869) (2).

(1) Voy., en ce sens, Ortolan, t. III, n. 1632 et suiv. ; Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. II, § 379, p. 149, note 15 ; Maynz, t. III, § 444, p. 201, note 17 ; Lyon-Caen, sur Accarias, *Rev. crit. de législat.*, t. III, 1874, p. 392.

(2) *Sic*, Cauvet, *op. cit.*, p. 42 et suiv. V. aussi Mommsen, *Hist. rom.*, t. I, p. 84 et suiv. ; Gœtting, *Gesch. der römisch. staats.*, § 39 ; Jhering, traduct. de Meulenaere, *Espr. du dr. rom.*, t. I, § 17, p. 184 et suiv. ; Garsonnet, *Hist. des loc. perpét.*, p. 65.

Quoi qu'il en soit de ces opinions, la gentilité se maintint pendant toute la durée de la République. Elle existait encore dans les premiers temps de l'Empire; mais, dès la fin du second siècle de l'ère chrétienne, Gaïus nous parle de cette institution comme totalement abolie par la désuétude (1) (C. III, § 17).

Tel était le système de succession *ab intestat* organisé par la loi des Douze Tables. Ce système présentait de nombreux inconvénients.

Inconvénients du système de succession *ab intestat* de la loi des Douze Tables.

La loi des Douze Tables privait de la succession paternelle: — 1° les enfants et petits enfants émancipés, *quia in potestate parentis esse desierunt* (Instit., § 9, liv. III, tit. 1); — 2° les enfants donnés en adoption, ou qui s'étaient donnés en adrogation après leur émancipation, parce qu'ils avaient cessé de faire partie de la famille civile de leur père naturel (Inst., § 10, *eod.*); — 3° les enfants de l'émancipé conçus avant l'émancipation de leur père et restés sous la puissance de leur aïeul: en effet, ces enfants ne se trouvaient pas *in potestate patris* (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nullæ ext.*, liv. XXXVIII, tit. vi); — 4° les enfants pérégrins qui avaient obtenu la cité romaine d'une concession de l'Empereur en même temps que leur père; ces enfants ne tombaient pas, par ce seul fait, sous la puissance paternelle. Aussi, ils n'avaient aucun droit à l'hérédité paternelle, si une clause spéciale ne les avait pas mis *in potestate patris* (Gaïus, C. III, §§ 20, 23, 26); — 5° les agnats frappés d'une *capitis deminutio*, parce que leur qualité d'agnat se perdait par la diminution de tête (*quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur*);

(1) Voy. encore, sur la gentilité romaine, de Savigny, *System*, t. II, § 76; Puchta, *Institutionen*, §§ 39, 191, 194, 214; Domenget, *Instit. de Gaïus traduites*, p. 299; Guérard, *Essais sur l'histoire du dr. priv. des Romains*, p. 224; Em. Belot, *Hist. des chevaliers rom.*, t. II, p. 33 et suiv.

— 6° les agnats qui étaient, à l'ouverture de la succession *ab intestat*, précédés par un agnat plus proche, alors même que cet agnat plus proche ne parvenait pas à l'hérédité (*proximo agnato non aequante*) (Inst., § 7, liv. III, tit. II); — 7° les descendants par les femmes, car ces descendants n'avaient point de lien d'agnation avec leur mère et les parents de leur mère. Aussi ils ne venaient pas à la succession de leur grand-père maternel, ni à celle de leur mère, à moins que cette dernière ne fût passée *in manu mariti* (Gaius, C. III, § 24).

Une jurisprudence intermédiaire priva les femmes du droit de succéder *ab intestat* dans la plupart des cas. Cette exclusion n'avait pas lieu dans l'ordre des héritiers siens. Mais, à l'exception des sœurs consanguines, les agnates ne succédaient pas à leurs agnats dans l'ordre des agnats collatéraux; de sorte que la réciprocité de vocation n'existait pas entre une femme et ses agnats du troisième degré ou d'un degré plus éloigné; sa succession continuait de leur être promise, mais elle ne pouvait plus espérer la leur (1) (Gaius, C. III, § 14; Inst., § 3, liv. III, tit. II).

II. DU DROIT POSTÉRIEUR A LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'ÀUX NOUVELLES DE JUSTINIEN.

Cet état de choses créé par la loi des Douze Tables fut heureusement modifié, en partie du moins, par le droit prétorien, par les sénatus-consultes et par les constitutions impériales. Étudions ces modifications successives, d'abord dans l'ordre des héritiers siens, ensuite dans celui des agnats.

(1) Cette jurisprudence, correlative dans son esprit à la tutelle perpétuelle des femmes, dérive probablement de la loi Voconia, ou, tout au moins, est inspirée, comme elle, par le désir de restreindre la fortune des femmes, pour les contenir dans une soumission plus entière (Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VIII, § 22). Accarias, t. II, n. 423, p. 23.

DES HÉRITIERS SIENS.

A. Droit prétorien.

Des personnes appelées par le préteur au même rang que les héritiers siens. — Le préteur accorda la *bonorum possessio unde liberi* (1) : — 1° aux enfants émancipés par le *de cujus* (Inst., § 9, liv. III, tit. 1) ; — 2° aux enfants nés de l'émancipé postérieurement à l'émancipation, et au cas de prédécès de leur père, relativement à la succession de leur aïeul (L. 5, § 1, D., *Si tab. testam. nulla exst.*, liv. XXXVIII, tit. vi) ; — 3° aux enfants nés avant l'émancipation de leur père et restés sous la puissance de leur aïeul, relativement à la succession de leur père émancipé (L. 5, § 1, D., *eod.*) ; — 4° aux enfants donnés en adoption, ou qui s'étaient donnés en adrogation après leur émancipation, relativement à la succession de leur père naturel, mais seulement pour le cas où ils seraient sortis de la puissance du père adoptif par l'effet d'une émancipation avant la mort de leur père naturel. Hors ce cas, le préteur ne leur accordait pas la *bonorum possessio unde liberi* (Instit., § 10, liv. III, tit. 1) ; — 5° aux enfants pérégrins qui avaient obtenu la cité romaine en même temps que leur père d'une concession de l'Empereur, lorsqu'une clause spéciale ne les avait pas mis *in potestate patris* (Gaius, C. III, §§ 20, 25 et 26) ; — 6° aux enfants devenus *sui juris* par l'effet d'une *media* ou d'une *maxima capitis deminutio* qui avait frappé le père de famille. On suppose que le père a recouvré plus tard la cité romaine. La puissance paternelle éteinte ne revivra pas. Les enfants, ne se trouvant pas *in potes-*

(1) Remarquons que le préteur n'attribuait pas l'hérédité proprement dite qui ne pouvait être déférée que par le droit civil, mais la *bonorum possessio* qui avait pour résultat de faire concourir les successeurs prétoriens avec les héritiers du droit civil, ou même de leur donner la préférence sur ces derniers. Voy. d'ailleurs les développements que nous donnons, *infra*, tit. ix, p. 395 et suiv.

tate patris lors du décès de celui-ci, n'avaient, d'après le droit civil, aucun titre à la succession de leur père. Le préteur venait à leur secours et leur accordait la *bonorum possessio unde liberi* (L. 1, § 9, D., liv. XXXVII, tit. IV).

De la collatio bonorum. — La vocation que le préteur accordait aux descendants du *de cuius* au rang des héritiers siens réparait à l'égard de ces descendants une injustice du droit civil. Mais il fallait éviter une autre iniquité. En effet, d'après la constitution quiritaire de la famille, les enfants, restés en puissance, ne pouvaient, en principe, rien acquérir en propre ; ils travaillaient pour accroître le patrimoine de la famille. Aussi, d'après le droit civil, ils venaient *seuls* à la succession de leur père ; c'était une compensation. Il y aurait eu injustice à appeler purement et simplement les émancipés qui, une fois devenus *sui juris*, avaient pu acquérir un patrimoine propre, à partager les biens du père de famille avec leurs frères qui n'avaient rien à eux. C'est pourquoi le préteur ne les a admis à prendre part à la succession de leur père qu'en leur imposant l'obligation d'*apporter* dans la masse commune leurs biens propres, dont les *heredes sui* profitaient, comme eux-mêmes profitaient des biens acquis au *de cuius* par l'intermédiaire des enfants restés en puissance. Cette nécessité du rapport est ce qu'on appelle la *collatio bonorum* (1) (L. 1, *pr.*, D., *De collat. bonor.*, liv. XXXVII, tit. VI).

A qui profite cette collatio bonorum ? — La *collatio bonorum* est due à l'*heres suus* qui est lui-même investi de la *bonorum possessio* ; elle n'est due qu'autant que le *bonorum possessor*, en venant à la succession, cause un préjudice à cet *heres suus*, et dans la mesure de ce préjudice. Si donc l'enfant resté en puissance ne souffre aucunement de la vocation successorale du *bonorum*

(1) On voit combien cette théorie prétorienne du rapport est différente de celle de notre Code civil (art. 843 et suiv.).

possessor, la *collatio* n'a pas lieu (L. 1, § 5, D., *eod.*). Voici une application de ce principe : Un père de famille a deux fils, *Primus* et *Secundus*. *Primus* est marié et a des enfants. Le père de famille émancipe *Primus* et retient sous sa puissance les petits-enfants issus de ce fils émancipé. Dans cette situation, le père de famille meurt *intestat*. Comment se partagera la succession ? — *D'après le droit civil*, *Secundus*, l'un des deux fils, resté en puissance, prendrait la moitié, et les enfants de *Primus*, l'autre fils émancipé, l'autre moitié. — *D'après le droit prétorien*, *Primus*, le fils émancipé, vient à la succession et prend le quart comme *bonorum possessor* ; les enfants de *Primus* n'ont plus que le quart comme *heredes sui*. Quant à *Secundus*, il conserve toujours sa moitié intacte. — A qui *Primus* fera-t-il le rapport de ses biens ? Ce n'est pas à *Secundus*, son frère resté en puissance ; car *Secundus* ne souffre aucunement de la possession de biens accordée par le préteur, puisqu'il conserve toujours la moitié de la succession. *Primus* ne cause de tort en venant à la succession qu'à ses enfants dont il diminue la part. C'est donc à eux seuls qu'il est tenu de faire le rapport. — Il pourrait même se faire que l'intervention du *bonorum possessor* profitât grandement à l'héritier sien ; alors la *collatio* n'était pas due. On n'a qu'à supposer cet héritier sien institué avec un étranger pour une part moindre que la moitié, mais plus forte que la légitime. L'omission de l'émancipé lui permettait d'obtenir la moitié de la succession par la *bonorum possessio contra tabulas*. Il eût été inique de voir, dans cette hypothèse, l'héritier sien exiger la *collatio* de celui grâce auquel il obtenait une part plus forte de l'hérédité.

Quels biens sont rapportables ? — Le rapport s'applique à tous les biens qui, sans l'émancipation, se trouveraient compris dans la succession du père ; par conséquent, à tout l'actif corporel ou incorporel formant au jour du

décès le patrimoine de l'émancipé, sauf déduction des dettes dont cet actif peut être grevé à la même époque (L. 2, § 1, D., *eod.*).

Quels biens sont dispensés du rapport? — Sont exceptés de la *collatio*: — 1° les choses qu'un fils de famille n'eût pas acquises à son père, comme le pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, et même dans le dernier état du droit les biens qui auraient fait partie du pécule *adventice*; — 2° les valeurs qu'il a reçues de son père *dignitatis causa*, car elles lui servent à soutenir certaines charges; — 3° la dot qu'il a reçue de sa femme, alors même que celle-ci serait déjà morte: car cette dot correspond aussi à des charges; — 4° tous les biens de leur nature personnels et intransmissibles, comme l'usufruit, l'usage, certaines actions attachées à la personne, notamment l'action d'injures, car elle ne passe pas aux héritiers et ne fait pas précisément partie du patrimoine (*magis vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem*).

Comment s'opère le rapport. — Le rapport s'effectue, au choix de l'émancipé, ou en nature, ou en moins prenant, ou *cautione*: — *en nature*, c'est-à-dire par la remise, dans la masse héréditaire, de la chose même qui doit être rapportée; — *en moins prenant*, c'est-à-dire soit par la déduction de la valeur des biens soumis au rapport sur la part héréditaire, soit par le prélèvement d'une valeur égale par les cohéritiers; — *cautione* ou *cavendo*, c'est-à-dire par l'engagement garanti par des fidéjusseurs d'indemniser les cohéritiers dans la mesure du rapport à effectuer (1) (L. 1, § 9, D., *eod.*).

Sanction. — Le refus d'effectuer le rapport fait perdre à l'émancipé le droit de prendre part au partage de l'actif héréditaire.

B. Constitutions impériales antérieures à Justinien.

Des descendants par les filles. — Les descendants par les

(1) Conf. Code civ., 858 à 860, 868, 869.

filles n'avaient *jure civili* aucun droit à la succession de leur aïeul maternel; *jure prætorio*, ils n'y venaient qu'en troisième ordre, par la *bonorum possessio unde cognati*. Une constitution de Théodose, d'Arcadius et de Valentinien, attribua aux descendants par les filles le même degré et le même ordre de succession qu'aux descendants par les mâles, sauf les diminutions suivantes: les enfants de la fille qui concouraient avec des héritiers siens proprement dits ne prenaient que les deux tiers de la part que leur mère aurait eue, si elle eût été vivante. Quand ils concouraient avec des agnats, ils prenaient les trois quarts de la succession, l'autre quart étant dévolu aux agnats (Inst., § 15, liv. III, tit. 1; L. 4, C. Théod., *De legit. hered.*, liv. V, tit. 1). — Il est bon de remarquer qu'il y avait une différence entre les héritiers siens proprement dits et ceux appelés comme tels par cette constitution. Les premiers étaient des héritiers *nécessaires* qui n'avaient pas besoin de faire addition pour recueillir l'hérédité; les seconds au contraire ne devenaient héritiers que par leur volonté (*iis aduentibus*) (Instit., § 15, *eod.*).

De la collatio bonorum. — Le préteur n'imposait jamais le rapport aux *sui*. Ce principe fut modifié par Antonin le Pieux qui décida que la fille restée sous la puissance du *de cujus* rapporterait sa dot sans distinguer entre la dot profectice et la dot adventice (L. 1, *pr.*; L. 7, D., *De dotis coll.*, liv. XXXVII, tit. VII).

En outre, l'empereur Léon modifia le principe qui voulait que le rapport ne fût dû que dans la succession d'un ascendant mâle et par des descendants *per masculos*, en décidant qu'un descendant quelconque succédant à son ascendant ou à son ascendante rapporterait aux autres descendants la dot ou la donation *ante nuptias* par lui reçue du défunt ou de la défunte (L. 17, C., *De collat.*, liv. VI, tit. XX).

Faisons enfin observer que, bien que le rapport ne fût

jamais dû aux émancipés dans la théorie prétorienne, la jurisprudence, après beaucoup de controverses, fit admettre que la dot *profectice* tout au moins serait rapportée tant aux enfants émancipés qu'aux *sui* (L. 4, C., *eod.*).

C. Droit de Justinien.

Des enfants donnés en adoption. — Le préteur, comme nous l'avons vu, n'accordait la possession *unde liberi* qu'aux enfants donnés en adoption qui étaient sortis de la puissance de leur père adoptif avant la mort de leur père naturel. Quant aux enfants donnés en adoption et *in adoptiva familia* au moment de l'ouverture de la succession de leur père naturel, ils ne venaient *jure prætorio* qu'en troisième ordre, comme cognats, à défaut d'héritiers siens et d'agnats. Il en résultait cette conséquence fâcheuse, qu'un enfant *in adoptiva familia* lors de la mort de son père naturel, et exclu pour cette raison par des agnats du *de cujus* de la succession de ce dernier, pouvait ensuite être renvoyé de sa famille adoptive par l'effet d'une émancipation et perdre tous ses droits dans la succession de l'adoptant. Il y avait toutefois une exception pour le cas où l'adopté avait été choisi entre trois enfants mâles (*ex tribus maribus fuerit adoptatus*). Dans cette hypothèse, en vertu du sénatus-consulte Sabinien, l'adoptant était dans l'obligation de laisser le quart de ses biens à l'adopté *ex tribus maribus*. Cette quarte se nommait *quarte Sabinienne* (Inst., § 14, liv. III, tit. 1).

Justinien dépouilla l'adoption de son principal effet en décidant que l'adopté ne changerait pas de famille et resterait désormais sous la puissance de son père naturel, comme s'il n'y eût pas eu d'adoption, à moins que l'adoptant ne fût un ascendant paternel ou maternel de l'adopté. — *Dans le premier cas*, c'est-à-dire lorsque l'enfant est donné en adoption à tout autre qu'à un ascendant, il conserve tous ses droits dans la succession

de son père naturel (*integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset*). Toutefois l'adoption offrira à l'adopté l'avantage de succéder *ab intestat* à son père adoptif. Mais si le père adoptif a fait un testament, l'adopté ne pourra prétendre à rien de son hérédité ni par le droit civil, ni par le droit prétorien, ni par la possession de biens *contra tabulas*, ni par la querelle d'inofficiosité; car aucune obligation n'est imposée au père adoptif d'instituer ou d'exhérer un enfant qui ne tient à lui par aucun lien naturel. — *Dans le second cas*, c'est-à-dire lorsque l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel, l'enfant change de famille. Les anciens effets de l'adoption sont maintenus. L'adopté acquiert tous les droits d'un *suis* par rapport à l'adoptant (1) (Instit., § 14, liv. III, tit. 1).

Justinien a conservé à l'adrogation tous ses anciens effets (2) (Instit., *ibid.*).

Des descendants par les filles. — Justinien a maintenu la diminution du tiers de la part qu'aurait eue la mère, à l'égard des descendants par les filles qui venaient en concours avec des héritiers siens : mais il a décidé que les descendants par les filles excluraient complètement les agnats (Instit., § 16, *eod.*)

De la collatio bonorum. — Sous Justinien, la théorie du rapport s'est absolument modifiée par suite du changement de doctrine qui assurait au fils de famille la propriété de tous les biens à lui advenus ou acquis sans le fait du père. Aussi le rapport ne s'applique plus désormais qu'aux biens qui proviennent du défunt.

Mais tous les biens reçus de l'ascendant défunt, et qui s'imputent sur la quarte légitime, par exemple, la dot et la donation *ante nuptias*, doivent être rapportés par tout descendant, émancipé ou non (L. 20, C., *eod.*).

Le rapport a continué d'ailleurs à n'être imposé ni

(1-2) Voy. *suprà*, liv. I, tit. xi, p. 81 et suiv.

aux ascendants, ni aux collatéraux, ni même aux descendants venant à la succession en vertu d'une disposition testamentaire. Ce dernier point cependant a été modifié par la Nouvelle XVIII, ch. vi, qui a décidé que le rapport serait dû même dans les successions testamentaires, à moins d'une dispense expresse du testateur (1).

DES AGNATS.

A. Droit prétorien.

Le droit prétorien n'introduisit par assimilation aucun parent au nombre des agnats ; il laissa, sous ce rapport, le droit civil dans toute sa rigueur ; il donna à tous ceux qui étaient reconnus agnats la *bonorum possessio* dite *unde legitimi*, sorte de secours prétorien donné au droit civil.

B. Constitutions impériales antérieures à Justinien.

L'empereur Anastase, par une constitution de l'an 498, dont le texte ne nous est point parvenu, ordonna que les frères et sœurs émancipés viendraient prendre part à la succession du *de cujus* au même rang que les frères et sœurs restés dans la famille, et en concours avec ceux-ci. Mais les frères et sœurs émancipés devaient supporter une certaine diminution ; ils ne recueillaient que la moitié seulement de ce qui revenait aux frères et sœurs restés en puissance (Théophile, *Paraphr.*, § 1, liv. III, lit. v).

C. Droit de Justinien.

1° A l'égard des émancipés, Justinien fit plus ; il déclara, par une constitution de l'an 534, que les frères et sœurs émancipés concourraient *sans diminution* avec les frères et sœurs restés dans la famille, et il accorda la même faveur, après eux, à leurs enfants, mais seule-

(1) Ainsi transformée par Justinien, la *collatio bonorum* offre de nombreuses ressemblances avec le rapport du droit français (Code civ., art. 843 à 869).

ment au premier degré (L. 15, §§ 1, 3, C., *De legit. hered.*, liv. VI, tit. LVIII).

2° *A l'égard des femmes*, il voulut que les *descendantes*, agnates par les mâles, pussent succéder à leurs agnats. C'était l'abrogation de la jurisprudence intermédiaire, et le retour à la loi des Douze Tables (Instit., § 3, liv. III, tit. II).

3° *A l'égard des parents par les femmes*, il appela les frères et sœurs utérins à concourir, comme agnats, avec des frères et sœurs réellement agnats, de même que le premier degré de leurs enfants (L. 7, C., *Ad senatusc. Tertull.*, liv. VI, tit. LVI).

4° Enfin, Justinien a décidé que désormais, dans l'ordre des agnats, la dévolution serait admise, de même qu'elle l'avait toujours été dans l'ordre des cognats (Instit., § 8, liv. III, tit. II).

TITRE III

Du sénatus-consulte Tertullien.

Droit antérieur au sénatus-consulte Tertullien. — Dans le système de la loi des Douze Tables, la mère était écartée de la succession *ab intestat* de ses enfants. Il n'y avait d'exception que dans le cas où elle était tombée *in manum mariti*. La femme *in manu* était, par rapport à son mari, assimilée à une fille de famille (*loco filiae*); elle était considérée comme la sœur de ses propres enfants (*loco sororis*); il en résultait pour elle l'agnation avec son mari et ses enfants (1). Sauf ce cas, la mère restait étrangère à la famille de ses enfants. Mais le préteur l'appelait en troisième ordre parmi les cognats (*bonorum possessione unde cognati accommodata*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. III).

(1) Voy. *suprà*, liv. I, tit. x, p. 73 et suiv.

Cellerigueur du droit fut adoucie. Claude, le premier, accorda à une mère qui avait perdu tous ses enfants la succession de ceux-ci pour la consoler de leur perte (*ad solatium liberorum amissorum*). Mais ce n'était là qu'une faveur spéciale et tout exceptionnelle (Instit., § 1, *eod.*).

DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.

Plus tard, sous Antonin le Pieux (1), un sénatus-consulte Tertullien a appelé la mère à la succession de ses enfants (*Plenissime de tristi successione matri deferenda cautum est*). Il est bon de remarquer que le sénatus-consulte ne s'étendait pas à l'aïeule (*non etiam avitæ*) (Instit., § 2, *eod.*).

Dans quel but fut porté le sénatus-consulte Tertullien. — Ce sénatus-consulte fut conçu dans le même esprit que les lois caducaires dont le but était d'accroître la population de l'empire en favorisant les mariages (2).

A quelles conditions la mère jouissait du bénéfice du sénatus-consulte Tertullien. — Le sénatus-consulte n'établissait le droit de succession *ab intestat* des mères sur leurs enfants que lorsqu'elles avaient le *jus liberorum*, c'est-à-dire lorsqu'elles avaient mis au monde trois enfants, s'il s'agissait des mères ingénues, et quatre enfants, s'il s'agissait des mères affranchies (*ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor*). Il ne suffisait pas que les mères eussent subi

(1) Sic, Ortolan, t. III, p. 50, n. 1056; Demangeat, t. II, p. 47, note 5; Accarias, t. II, p. 56, note 1; Brocher, *Et. histor. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 52; Flach, *De la bonor. possess. sous les Emper. rom.*, n. 29. — Au contraire, le sénatus-consulte Tertullien aurait été rendu sous le règne d'Adrien, fils adoptif d'Antonin le Pieux. Heineccius, *Antiq. rom.*, liv. III, tit. III, § 3; Buchardi, t. I, § 106, p. 250 et suiv.; Namur, 2^e édit., t. II, § 381, p. 154; Van Wetter, t. II, § 674, p. 414; Maynz, t. III, § 416, p. 209, texte et note 2.

(2) Ortolan, *loc. cit.*; Machelard, *Dissert. sur l'accroissement*, p. 121.

la charge de la grossesse, il fallait que les enfants fussent venus au monde vivants et à terme (Instit., § 2, *cod.*). — De plus, le sénatus-consulte Tertullien imposait à la mère la charge de veiller aux intérêts de son enfant pendant l'impuberté. Elle devait dans l'année (*intra annum*) provoquer la nomination d'un tuteur ou le remplacement du tuteur en cas d'exclusion ou d'excuse. Si elle manquait à ce devoir, elle était exclue de la succession sous deux conditions : 1° qu'elle fût âgée de vingt-cinq ans, car si elle était mineure de cet âge, cette négligence ne serait pas contre elle un motif d'exclusion ; 2° que l'enfant mourût impubère, car la circonstance de la mort de l'enfant arrivée après son impuberté relevait la mère de sa déchéance (Instit., § 6, *cod.*).

Dans quel ordre la mère succédait-elle à ses enfants? — La mère ne devenait héritière en vertu du sénatus-consulte Tertullien qu'à défaut d'enfants et de descendants du *de cuius*. Elle était donc toujours exclue par l'ordre des héritiers siens (Instit., § 3, *cod.*).

Elle venait dans l'ordre des agnats (*inter agnatos*) où elle était primée par le frère consanguin du *de cuius*, et où elle était admise en concours avec la sœur. Sauf ces deux exceptions, elle excluait tous les autres agnats du *de cuius* (Instit., *ibid.*).

Que décider au cas où le *de cuius* laissait un frère consanguin et une sœur consanguine? La mère qui survivait était exclue par la présence du frère consanguin. La succession se partageait donc entre le frère et la sœur (*ex æquis partibus*) sans que la mère pût prétendre à quelque chose sur la part qui revenait à la sœur (Instit., *ibid.*).

Il y avait encore un certain parent qui, venant tantôt comme agnat, tantôt même comme cognat, excluait la mère à l'un ou à l'autre de ces deux titres : c'était le père du *de cuius*; mais il fallait pour cela que le débat d'hérédité ne s'agitât qu'entre le père et la mère seuls

(*scilicet cum inter eos solos hereditate agitur*). Ainsi, lorsqu'un père était sorti de sa famille primitive par émancipation, il ne pouvait venir à la succession de son fils mort *sui juris* que comme cognat. Lors donc qu'il existait un agnat dont la présence excluait le père, la mère pouvait bénéficier du sénatus-consulte Tertullien, car elle ne se trouvait pas en lutte avec les droits du père. Au contraire, s'il n'y avait pas d'agnat, le débat d'hérédité s'élevait alors entre le père et la mère seuls. Celle-ci ne pouvait bénéficier du sénatus-consulte Tertullien. — Cette préférence accordée au père sur la mère ne s'étendait ni à l'aïeul ni au bisaïeul (*non etiam avus et proavus. Instit., § 3, eod.*).

De la dévolution dans la succession organisée par le sénatus-consulte Tertullien. — Dans la succession organisée par le sénatus-consulte Tertullien, la dévolution était admise. Si donc le frère consanguin du *de cujus* répudiait la succession, ou en était déclaré indigne, la mère était appelée à l'hérédité. De même au cas où la mère répudiait la succession, elle était dévolue aux autres agnats du *de cujus* (L. 2, §§ 9, 14, 20 et 22, D., *Ad senat. Tertul.*, liv. XXXVIII, tit. xvii).

Fallait-il distinguer pour l'application du sénatus-consulte entre les enfants légitimes et les enfants naturels. — Le sénatus-consulte Tertullien ne faisait aucune distinction entre les enfants nés, soit *ex justis nuptiis*, soit *ex concubinato*, etc. La mère venait à la succession des uns et des autres en vertu du lien naturel qui existait entre elle et eux (*Instit., § 7, eod.*).

De la bonorum possessio donnée à la mère. — Le préteur accordait à la mère qui avait le *jus liberorum* la même *bonorum possessio* qu'il donnait aux agnats, c'est-à-dire la *bonorum possessio unde legitimi* (L. 2, § 4, D., *Unde legit.*, liv. XXXVII, tit. vii).

Modifications introduites par Justinien au sénatus-consulte Tertullien. — Le système du sénatus-consulte

Tertullien avait déjà reçu de profondes modifications par des constitutions des empereurs Constantin, Théodose et Valentinien, lorsque Justinien le transforma complètement. Cet empereur voulut que la mère pût recueillir, alors même qu'elle n'aurait eu qu'un seul enfant (Instit., § 4, *eod.*), et qu'elle appréhendât toute la succession à l'exclusion des héritiers autres que les frères et sœurs agnats ou cognats (§ 5). — S'il ne restait avec la mère du *de cuius* que des sœurs agnates ou cognates, la mère avait la moitié de l'hérédité, et les sœurs l'autre moitié entre elles toutes (*dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habent*). Si le *de cuius* laissait un frère ou des frères seuls, ou en même temps des sœurs agnates ou cognates, l'hérédité se partageait par têtes (*in capita distribuatur ejus hereditas*. Instit., § 5, *eod.*).

TITRE IV

Du sénatus-consulte Orphitien.

Droit antérieur au sénatus-consulte Orphitien. — D'après la loi des Douze Tables la femme ne pouvait pas avoir d'héritiers siens. Les enfants nés *ex justis nuptiis* qui se trouvaient dans la famille de leur père ne succédaient pas à l'hérédité de leur mère. Mais la femme pouvait avoir des agnats pour héritiers ; et, quand elle se trouvait *in manu mariti*, elle pouvait avoir pour agnats ses propres enfants.

Le préteur laissa subsister cet état de choses : seulement, il accorda la *bonorum possessio unde legitimi* au plus proche agnat ; et, à défaut d'agnat, il appela tous les cognats de la femme au moyen de la possession de biens *unde cognati*. Or, les enfants propres de la femme arrivaient en premier ordre parmi les cognats.

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

Le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous le règne de Marc-Aurèle et de Commode, vingt ans après le sénatus-consulte Tertullien, est venu donner aux enfants dans la succession de leur mère un rang meilleur. Les enfants furent appelés à l'hérédité maternelle en premier ordre avant tous les agnats. Ce sénatus-consulte n'était que la réciproque du sénatus-consulte Tertullien (Instit., *pr.*, liv. III, tit. IV).

Quels enfants étaient appelés à la succession. — Le sénatus-consulte Orphitien appelait à la succession d'une femme ses *enfants*, et non pas ses *petits-enfants*, de même que le sénatus-consulte Tertullien ne s'appliquait qu'à la mère et non pas à l'aïeule (Instit., § 1, *eod.*). — Il n'y avait pas à distinguer entre les enfants du sexe masculin et les enfants du sexe féminin, entre les enfants *sui juris* et les enfants *alieni juris*, ni entre les enfants nés de justes noces, et les enfants nés d'un concubinat ou même vulgairement conçus (*vulgo concepti* ou *spurii*) (Instit., § 4, *eod.*).

Ces dispositions ont été modifiées en deux points principaux par les constitutions impériales postérieures. Ainsi : 1° une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius a étendu le droit de succession du sénatus-consulte Orphitien aux petits-enfants sur l'hérédité de leur aïeule (Instit., § 1, *eod.*) ; — 2° Justinien par une constitution insérée au Code (L. 5, *Ad senatusc. Orphit.*, liv. VI, tit. LVII) a établi, le premier, une différence entre les *vulgo concepti* ou *spurii* et les enfants nés d'un concubinage (*ex concubinato*) ou de justes noces (*ex justis nuptiis*). Il a décidé que, lorsqu'une femme illustre mourrait laissant à la fois des *spurii* ou *vulgo concepti* et des enfants issus de justes noces, les premiers ne viendraient pas dans la succession *ab intestat* de leur

mère en concours avec les derniers. Bien plus, il a déclaré que la mère ne pourrait donner une partie, si minime qu'elle fût, de sa fortune aux *spurii* ou *vulgo concepti* même par donation ou par testament. Au cas où la mère n'était pas une femme *illustre*, Justinien laissait subsister le droit du sénatus-consulte Orphitien; on continuait à ne tenir aucun compte de la différence de la naissance.

Caractère de l'ordre de succession créé par le sénatus-consulte Orphitien. — Les enfants appelés en premier ordre à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien n'étaient ni héritiers *siens*, ni *nécessaires*; ils avaient donc besoin, pour être investis de la succession maternelle, de faire adition d'hérédité (*ab iis legitima hereditas aditur*).

Droit de préférence des enfants sur la mère de la défunte. — Le sénatus-consulte Orphitien appelait en premier ordre les enfants dans la succession de leur mère, mais il ne leur accordait aucun droit de préférence sur la mère de la défunte qui, elle aussi, était appelée en premier ordre par le sénatus-consulte Tertullien. C'est cette concurrence que fit cesser une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (L. 4, C., *Ad senatusc. Orphit.*, liv. VI, tit. LVII). Désormais donc les enfants furent préférés à la mère de la défunte.

De l'influence exercée par la *capitis deminutio* sur les droits de succession déferés par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. — L'hérédité est un droit civil. Pour succéder, il fallait donc être citoyen au moment de l'adition d'hérédité. Par conséquent, la *maxima* et la *media capitis deminutio*, qui détruisaient les droits de cité, faisaient perdre les droits de succession établis par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. — Quant à la *minima capitis deminutio*, qui enlevait l'agnation et les droits de succession dérivant de

la loi des Douze Tables, parce que ces droits étaient fondés sur l'agnation, elle n'avait aucune influence sur les droits de succession établis par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ainsi que par toutes les autres constitutions impériales. Ces droits, en effet, étaient fondés sur la cognation ou parenté naturelle que la *minima capitis deminutio* laissait subsister (Instit., § 2, liv. III, tit. IV).

De la bonorum possessio donnée aux enfants de la défunte. — Le préteur accordait la *bonorum possessio unde legitimi* aux enfants appelés à la succession de leur mère par le sénatus-consulte Orphitien (L. 2, § 4, D., *unde legit.*, liv. XXXVIII, tit. VII).

TITRE V

De la succession des cognats.

Définition. — Les cognats sont toutes personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun (*communiter nati*). Le lien du sang constitue donc la base de la cognation, à la différence de l'agnation qui réside dans une parenté purement civile.

Origine de cet ordre de succession. — A défaut d'héritiers siens et d'agnats, ou de personnes assimilées aux héritiers siens et aux agnats, le préteur a appelé en troisième ordre les cognats (*bonorum possessio unde cognati*). Les cognats ne sont pas des héritiers proprement dits. En effet, au point de vue de la successibilité, la cognation n'est prise en aucune considération par l'ancien droit civil. Or le préteur n'a pas le pouvoir de faire des héritiers (*nam prætor heredes facere non potest*). Aussi les cognats appelés *ab intestat* à une succession y viennent-ils, non comme *heredes*, mais seulement comme *bonorum possessores* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. V).

Des personnes que le préteur admet dans cet ordre de succession. — Ce sont : — 1° Les agnats diminués de tête (*capite minuti*) et tous leurs descendants; car, nous dit Gaius, quoiqu'ils aient perdu l'hérédité légitime par la diminution de tête, ils conservent les droits de cognation. Cette solution n'est donc exacte que lorsque, sous l'agnation, il y a une cognation. Ainsi, lorsqu'on devient agnat *par adoption*, on est en même temps cognat de ceux dont on est agnat; mais cette cognation, créée par l'agnation, disparaît avec elle. Si donc l'agnat subit une diminution de tête, il cesse d'être cognat, il perd tout droit à la *bonorum possessio unde cognati* (Gaius, C. III, §§ 21, 27; Instit., § 1, *eod.*). — Il est bon d'observer que les frère et sœur émancipés, malgré leur diminution de tête, viennent en concours avec les frère et sœur restés dans la famille, et sont préférés aux autres agnats et à *fortiori* au cognat le plus proche; ils ont la *bonorum possessio unde legitimi* (1). — 2° Les agnats exclus de l'hérédité par le principe de non-dévolution. C'est ce qui arrive lorsque les agnats sont précédés, à l'ouverture de la succession, par un autre agnat plus proche en degré. Si cet agnat d'un degré supérieur ne peut pas ou ne veut pas se porter héritier, comme il n'y a pas, avant Justinien, de dévolution d'un agnat à l'autre, les agnats du degré subséquent qui ne viennent pas à la succession à titre d'héritiers légitimes ont intérêt à demander la *bonorum possessio unde cognati*. — 3° Les descendants donnés en adoption, et qui, au moment de la mort de leur père naturel, se trouvent *in adoptiva familia* (2). Il en est de même des personnes qui se sont données en adrogation. — 4° Les parents par les femmes en ligne directe et collatérale dans le

(1) Voy. ci-dessus la constitution d'Anastase relative aux frères et sœurs émancipés, p. 375.

(2) Voy. ci-dessus, liv. I, tit. XI, p. 81 et 82, les changements apportés par Justinien aux effets de l'adoption.

droit antérieur à Justinien, en ligne collatérale seulement d'après les Institutes (*qui per femini sexus personas ex transversa cognatione junguntur*) (§ 3, *eod.*). — 5° Les femmes agnates (*feminæ agnatæ*) au delà du degré de sœurs (Instit., § 3, *eod.*). — 6° La mère du *de cuius*, ou réciproquement les enfants de la défunte sur la succession de leur mère. Bien entendu il ne peut être question que d'une femme qui n'est pas *in manu mariti*. — 7° Les enfants *vulgo quæriti* soit par rapport à leur mère, soit par rapport à tous les parents maternels (Instit., § 4, *eod.*; LL. 2, 4, D., *unde cognat.*, liv. XXXVIII, tit. VIII). De plus, ces enfants *vulgo quæriti* ne peuvent pas avoir d'agnat; car c'est du père que vient l'agnation, et ils sont censés ne point avoir de père. Lorsqu'ils meurent, ils peuvent laisser des héritiers siens (les enfants qu'ils auraient eus *ex justis nuptiis*), mais jamais des agnats. A défaut d'héritiers siens, leur succession passe à leurs cognats. Il en est de même, et à plus forte raison, des enfants nés d'un concubinat (*liberi naturales*) qui ont un père certain (1) (Instit., *eod.*).

TITRE VI

Des degrés de cognation.

Des lignes et des degrés de parenté. — On distingue dans la parenté deux lignes, la ligne directe, la ligne collatérale (Instit., *pr.*, liv. III, tit. VI).

La *ligne directe* se compose de parents issus l'un de l'autre. Exemple : le père et le fils, etc. Elle se divise en ligne directe *ascendante* et en ligne directe *descendante*. Pour une personne les ascendants sont ceux dont elle

(1) Ortolan (t. III, p. 61, n. 1073 *in fine*) enseigne que ces *liberi naturales* étaient appelés par le préteur au rang des cognats dans la succession de leur père et des parents de leur père. V. aussi Accarias, t. II, n. 456, p. 108. — *Contrà*, Didier-Pailhé et Tartari, p. 699. Comp. Demangeat, 3^e édit., t. II, p. 68.

est issue, les descendants ceux qui sont issus d'elle (Instit., *ibid.*).

La *ligne collatérale* comprend les parents qui descendent d'un auteur commun. Exemple : le frère et la sœur, etc.

C'est au moyen de *degrés* que l'on calcule la parenté. La parenté est une échelle dont chaque échelon est occupé par un parent. Le degré est l'intervalle entre deux échelons. Cet intervalle forme une génération. La génération suppose donc deux individus.

En ligne directe l'échelle est *simple*. Le fils est au premier degré du père; il n'en est séparé que par un intervalle, etc.

En ligne collatérale, l'échelle est double. Il faut remonter l'échelle et la redescendre ensuite. Exemple : le frère est au second degré de parenté de la sœur; car, en remontant du frère à l'auteur commun, on trouve une génération, une autre en redescendant de l'auteur commun à la sœur, etc.

Dénomination des divers degrés de cognation. — Les Institutes (§§ 1-7) nous donnent un tableau des divers degrés de cognation; nous nous contentons d'y renvoyer nos lecteurs.

Observations.

Première observation. — En ligne collatérale le parent le plus proche est au deuxième degré; il n'y a pas de parent au premier degré (Instit., *pr.*, *eod.*).

Deuxième observation. — Au delà du sixième degré, il n'y a plus de dénomination particulière pour désigner les parents. Les cognats *ultra sextum gradum*, à l'exception des enfants du cousin et de la cousine issus de germains (*sobrino sobrinave nati*), ne sont pas appelés à l'hérédité et n'ont même pas la *bonorum possessio unde cognati* (1). C'est là une différence entre les cognats et

(1) Comp. Code civ., art. 755.

les agnats. Les agnats sont appelés à l'hérédité légitime et ont droit à la possession de biens *unde legitimi*, fussent-ils du dixième degré (*et si decimo gradu sint*). Le dixième degré n'est pris ici que comme exemple d'une parenté éloignée et non comme une limite positive (1) (Instit., § 5, liv. III, tit. v ; § 12, liv. III, tit. vi).

Troisième observation. — La proximité de degré ne donne pas toujours la préférence dans la succession. Il faut s'attacher, avant tout, à la qualité des parents, voir dans quelle classe la loi les a rangés. La classe des héritiers siens exclut la classe des agnats, et la classe des agnats, qui est exclue par celle des héritiers siens, passe avant celle des cognats (*Amotis quoque suis heredibus... agnatus qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus*). Ainsi, un arrière-petit-fils et le fils d'un arrière-petit-fils passent avant le frère et la sœur ou le père et la mère du défunt, quoique le père et la mère soient au premier degré de cognation, le frère et la sœur au second, et l'arrière-petit-fils et le fils de l'arrière-petit-fils au troisième et au quatrième degré (Instit., §§ 11, 12, liv. III, tit. vi).

Quatrième observation. — La dévolution, qui n'était pas admise avant Justinien d'un agnat à l'autre, était admise dans l'ordre des cognats (Instit., § 7, liv. III, tit. ii).

Cinquième observation. — La parenté servile (*servilis cognatio*) ne pouvait, antérieurement à Justinien, fonder aucun droit de succession, même après l'affranchissement. Justinien a corrigé la rigueur de ce principe en décidant que la parenté servile suffirait aux enfants pour succéder à leurs père et mère, et même pour se succéder entre eux (Instit., § 10, liv. III, tit. vi).

(1) Voy., en ce sens, Ortolan, t. III, n. 1074; de Fresquet, t. I, p. 116; Demangeat, t. II, p. 70; Cauvet, *le Droit pontifical chez les anciens Romains*, p. 78; Van Wetter, t. II, § 672, p. 410; Accarias, t. II, p. 21, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 689; Machelard, Labbé et Gide, à leurs cours.

TITRE VII

De la succession des affranchis.

Il faut se placer à quatre époques pour suivre les changements de la législation, en cette matière, sous la loi des Douze Tables, sous le droit prétorien, sous la loi *Papia Poppæa*, sous Justinien.

I. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LA LOI DES DOUZE TABLES.

La succession *ab intestat* de l'affranchi était dévolue : — *en premier ordre*, aux héritiers siens de l'affranchi, nés depuis l'affranchissement, ou aux enfants qu'il avait adoptés, ou bien à son *uxor conventa in manum* qui se trouvait *loco filix* ; — *en second ordre*, au patron de l'affranchi et aux enfants du patron.

Quant à la succession *testamentaire*, l'affranchi avait toute liberté. Il pouvait, en instituant un étranger, priver son patron de tous droits à sa succession.

Ce système renfermait une double injustice ; car l'affranchi pouvait : — 1° par une adoption volontaire, — 2° par un testament fait au profit de tout autre, exclure le patron de sa succession.

Dans la succession d'une femme affranchie, ces inconvénients n'étaient pas à craindre, pour deux raisons : — 1° parce que l'affranchie ne pouvait pas avoir d'héritiers siens, et qu'alors le patron venant au rang des agnats occupait le premier ordre de succession *ab intestat* ; — 2° parce que l'affranchie, étant sous la tutelle de son patron, ne pouvait faire un testament valable sans l'autorisation de ce patron (Instit., *pr.*, liv. III, tit. VII).

Observation. — La loi des Douze Tables ne faisait au-

cune distinction entre le patron et la patronne; entre les enfants mâles et les filles du patron. — En outre, lorsqu'il y avait plusieurs patrons, ils succédaient ensemble *pro parte virili*. Mais le patron excluait les enfants d'un autre patron prédécédé. Entre enfants de plusieurs patrons, le partage se faisait par tête et non par souche (1).

II. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LE DROIT PRÉTORIEN.

Le préteur corrigea la double injustice que renfermait la loi des Douze Tables.

En matière de succession *ab intestat*, il admit que le patron serait exclu par les enfants de l'affranchi, nés *ex iustis nuptiis*. Quant aux enfants adoptés par l'affranchi, ou à l'*uxor in manu*, ces personnes n'étaient plus préférées *complètement* au patron. Ce dernier ne les excluait pas non plus entièrement. Il s'établissait un concours entre ces personnes et le patron. La succession de l'affranchi se partageait par moitié dont l'une revenait au patron, et l'autre aux enfants adoptés ou à l'*uxor in manu*. Les droits du patron passaient en cas de prédécès à ses enfants mâles (Instit., § 1, liv. III, tit. VII).

En matière de succession *testamentaire*, si l'affranchi avait disposé de plus de la moitié de sa succession, le préteur accordait au patron la possession de biens *contra tabulas* pour la moitié qui lui revenait, à moins que l'institué ne fût un enfant naturel du testateur (Gaius, C. III, § 41; Instit., § 1, *cod.*).

Observations. — 1° Le préteur ne s'occupait pas de la succession d'une femme affranchie qui continuait à être régie par la loi des Douze Tables. — 2° Il ne statuait qu'à l'égard du patron et de ses enfants mâles. Par conséquent, les avantages qu'il leur accordait ne s'étendaient ni à la patronne ni à la fille du patron. La loi des

(1) *Sic*, Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 87.

Douze Tables restait toujours en vigueur à l'égard de ces personnes. — 3° Le préteur a complété le nombre des héritiers des affranchis en créant au profit de certaines personnes plusieurs ordres de possessions de biens, savoir : — la *bonorum possessio tum quem ex familia*, — *patronus et patrona liberique eorum et parentes*, — *unde vir et uxor*, — *unde cognati manumissoris* (1).

III. SUCCESSION DES AFFRANCHIS D'APRÈS LA LOI PAPIA POPPÆA.

La loi Papia Poppæa décida que le patron viendrait même en concours avec les enfants naturels de l'affranchi pour une part virile (un tiers ou moitié), mais seulement lorsque l'affranchi, mort testat ou intestat, laisserait une fortune de 100,000 sesterces ou davantage, ou moins de trois enfants (Gaius, C. III, § 42; Instit., § 2, *eod.*).

Ainsi, pour que le patron fût exclu par les enfants naturels de la succession de l'affranchi, il fallait que l'affranchi laissât une fortune de moins de 100,000 sesterces, ou plus de trois enfants.

Quant à la patronne et aux filles du patron, voici quelles étaient les dispositions de la loi Papia Poppæa : — Si la patronne était une ingénue qui aurait eu deux enfants (*duobus liberis honorata*), ou une affranchie qui en aurait eu trois (*tribus liberis*), la loi Papia Poppæa lui donnait presque les mêmes droits que l'édit du préteur avait donnés au patron (*eadem fere jura dedit que ex edicto prætoris patroni habent*), c'est-à-dire la moitié de la succession au cas où l'affranchi ne laissait pas d'enfants nés *ex justis nuptiis*. — Si la patronne était une ingénue qui aurait eu trois enfants (*trium liberorum jure honorata*), la loi Papia Poppæa lui donnait absolument

(1) Voy., sur ces divers ordres de possessions de biens, *infra*, tit. 13, p. 398 et 399.

les mêmes droits qu'elle donnait au patron, c'est-à-dire le droit de prendre une part virile dans la succession de l'affranchi qui laissait 100,000 sesterces et davantage ou moins de trois enfants (Gaius, C. III, § 50).

Quant à la succession d'une affranchie, la loi Papia Poppæa décida que l'affranchie qui aurait eu quatre enfants serait libérée de la tutelle de son patron, et pourrait faire un testament valable sans aucune autorisation. Mais elle accorda au patron dans la succession de cette affranchie une part virile, calculée sur le nombre des enfants survivants (Gaius, C. III, § 44).

Observation. — Les règles que nous venons de tracer ne s'appliquaient qu'à la succession des affranchis *citoyens romains*. Mais il existait dans le droit antérieur à Justinien deux autres classes d'affranchis, savoir : les Latins-Juniens et les déditices.

a. Succession des affranchis latins-juniens. — Les Latins-Juniens étaient censés, au moment de leur mort, n'avoir jamais été libres. *In ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant*, nous disent les Institutes (§ 4, *eod.*). La conséquence de cet état était qu'en mourant ils ne laissaient pas de succession, partant qu'ils n'avaient pas, à proprement parler, d'héritiers. Leurs biens revenaient à leur patron, non par droit de succession, mais comme ayant toujours été la propriété du maître, à titre de pécule (*jure quodammodo peculii*. Gaius, C. III, § 56; Instit., *ibid.*). Quand le patron était mort avant l'affranchi latin, les biens de ce dernier compris comme un pécule dans la succession du patron passaient aux héritiers de ce patron. Si donc le patron laissait des enfants qui ne fussent pas ses héritiers, ces enfants étaient exclus de toute part dans les biens de l'affranchi (Gaius, C. III, § 58). Le sénatus-consulte Largien, rendu sous le règne de Claude, créa, sur les biens de l'affranchi latin, une sorte d'hérédité au profit des enfants du patron. Il voulut qu'on les préférât aux héritiers externes qui au-

raient recueilli l'hérédité du patron, à moins qu'ils n'eussent été formellement exhérédés (Gaius, C. III, §§ 63-67; Instit., § 4, *cod.*).

Une constitution de Trajan appliqua ces mêmes règles à la succession de l'affranchi même citoyen romain, mais qui n'avait obtenu de l'Empereur le *jus Quiritium* que *salvo jure patroni*, à l'insu ou contre le gré de son patron (Gaius, C. III, § 72; Instit., § 4, *cod.*). Cette disposition fut plus tard modifiée par un sénatus-consulte d'Adrien (Gaius, C. III, § 73).

b. Succession des affranchis déditices. — Les biens des affranchis déditices étaient dévolus à leur mort, tantôt par droit de succession comme ceux des affranchis citoyens romains (*modo quasi civium romanorum libertorum*), tantôt par droit de pécule, comme ceux des affranchis latins (*modo quasi Latinorum*. Gaius, C. III, §§ 74, 75, 76).

Observation. — A la différence de ce qui était réglé quant aux affranchis citoyens romains, les affranchis déditices ne pouvaient tester (*non tamen hi habent etiam testamenti factionem*. Gaius, C. III, § 75). Ce droit, en effet, était éminemment une faculté attachée à la qualité de citoyen.

IV. SUCCESSION DES AFFRANCHIS SOUS JUSTINIEN.

Justinien a fait disparaître toute différence entre le patron (*patronus*) et la patronne (*patrona*), entre les enfants du sexe masculin et ceux du sexe féminin nés du patron ou de la patronne, entre la succession d'un affranchi mâle (*libertus*) et celle d'une femme affranchie (*liberta*).

Voici comment était réglée la succession *ab intestat* de l'affranchi.

En premier ordre, venaient les enfants de l'affranchi, même ceux qu'il aurait eus en esclavage (*in servili conditione*), pourvu qu'ils fussent libres au moment de la mort de leur père.

En deuxième ordre, à défaut d'enfants, venaient les ascendants, père et mère de l'affranchi, et même ses frères et sœurs, bien que nés dans une condition servile, mais affranchis et devenus libres à la mort du *de cuius* (1) (L. 4, § 8, C., *De bonis libert.*, liv. IV, tit. iv).

En troisième ordre, venaient le patron, ou la patronne, et, à leur défaut, leurs enfants.

En quatrième ordre, venaient les cognats du patron et de la patronne jusques et y compris le cinquième degré (Instit., § 3, *cod.*).

En cinquième ordre, venaient le conjoint (*uxor*) du *de cuius*.

Voici comment se réglait la succession *testamentaire*.

L'affranchi pouvait toujours faire un testament en faveur d'un de ses enfants, et exclure entièrement le patron ou la patronne.

Quid du cas où l'affranchi, n'ayant pas d'enfants ou les ayant exhérés, a fait un testament en faveur d'un étranger ? Il faut distinguer : — L'affranchi a-t-il laissé une fortune inférieure à cent sous d'or (*minus centenarius*), il a pu tester librement et exclure pour le tout son patron. — Au contraire, l'affranchi a-t-il laissé plus de cent sous d'or (*major centenarius*), le patron obtiendra, non plus, comme autrefois, la moitié, mais seulement le tiers. Ce tiers est pour lui une véritable légitime (Instit., § 3, *cod.*).

Enfin sous Justinien, les affranchis latins-juniens et les affranchis déditices ont disparu (*dedititiis et Latinis sublatiis*). Tous les affranchis sont également citoyens romains, ne formant qu'une seule classe. Par conséquent, les dispositions relatives aux Latins-Juniens et aux déditices ont cessé d'être appliquées (2) (Instit., § 4 *in fine*).

(1) V. toutefois Accarias, t. II, p. 48, note 2.

(2) Voy. *suprà*, liv. I, tit. V, p. 32 et 33.

TITRE VIII

De l'assignation des affranchis.

Notions préliminaires. — De droit commun, lorsque le patron mourait avant l'affranchi, les enfants du patron qui étaient au même degré (*qui ejusdem gradus sunt*) succédaient concurremment et aux droits de patronage et à l'hérédité de l'affranchi (*æqualiter bona liberti pertinent*). Mais le père de famille, aux termes d'un sénatus-consulte rendu sous le règne de Claude (L. 1, *pr.*, D., *De adsign. libert.*, liv. XXXVIII, tit. iv), a reçu le pouvoir de choisir entre ses enfants celui auquel il voudrait transmettre le droit de patronage sur l'affranchi et le droit de succéder à cet affranchi (*uni ex liberis adsignare libertum*). Cet acte s'appelait *assignation d'un affranchi* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. viii).

Qui peut faire l'assignation d'un affranchi? — Le droit d'assignation est un attribut de la puissance paternelle; il en résulte que les femmes (*patronæ*) n'ont pas le *jus adsignandi libertum*.

En faveur de qui peut être faite l'assignation d'un affranchi? — On peut assigner un affranchi non-seulement à son fils ou à son petit-fils, mais encore à sa fille ou à sa petite-fille, pourvu qu'on les ait sous sa puissance; et cela quand même les petits-enfants seraient précédés dans la famille par leur père, sous la puissance duquel ils doivent retomber à la mort de leur grand-père. Cette assignation peut être faite à deux ou à plusieurs des enfants aussi bien qu'à un seul (*duos pluresve libertos*. Inst., §§ 1, 2, liv. III, tit. viii).

Objet de l'assignation. — L'assignation s'applique à une affranchie (*liberta*) comme à un affranchi (*libertus*) (Instit., § 1, *eod.*).

De quelle manière se fait l'assignation? — L'assignation d'un affranchi peut être faite soit par testament, soit dans toute autre forme. Une manifestation quelconque de la volonté du père de famille suffit (*quibuscumque verbis*) (Instit., § 3, *eod.*).

Comment s'évanouit l'assignation? — De quatre manières : — 1° l'assignation s'évanouit lorsque le père de famille a manifesté d'une manière quelconque (*etiam nuda voluntate*) l'intention de la révoquer (L. 1, § 4, D., *De adsig. libert.*, liv. XXXVIII, tit. IV); — 2° lorsqu'il survit à l'affranchi; — 3° lorsque l'enfant en faveur de qui elle a été faite est ensuite émancipé (Instit., § 2, liv. III, tit. VIII); — 4° lorsqu'il meurt ou perd la cité sans laisser de postérité. — Dans ces quatre cas il y a un retour au droit commun. La succession de l'affranchi se partage également entre tous les enfants du patron (Instit., *pr.*, *eod.*).

TITRE IX

Des possessions de biens.

Définition. — La *bonorum possessio* est un droit conféré par le préteur à certaines personnes sur les biens d'un défunt. C'est la succession prétorienne, comme l'*hérédité* est la succession du droit civil.

Nature et caractère de la possession de biens.

Le préteur ne pouvait pas faire des héritiers proprement dits. C'était la loi ou tout autre acte législatif, tels que des sénatus-consultes ou des constitutions impériales, qui seuls avaient la puissance de conférer la qualité d'héritier. Mais le préteur donnait la possession de biens, et, avec le titre de *bonorum possessores*, des avantages identiques à ceux que procurait l'hérédité, et même certains avantages de plus. Les *bonorum possessores* n'étaient point héritiers, ils étaient établis aux

lieu et place d'héritiers (1) (*loco heredum constituuntur*. Instit., § 2, liv. III, tit. IX).

Dans quel but le préteur a-t-il créé les possessions de biens ?

Le préteur a créé les possessions de biens dans le but : — 1° soit de confirmer le droit civil (*veteris juris confirmandi*); — 2° soit d'en combler les lacunes (*supplendi*); 3° soit d'en corriger les défauts (*emendandi vel impugnandi*).

1° *De confirmer le droit civil (confirmandi)*. — Le préteur confirmait le droit civil lorsqu'il donnait la possession de biens à des personnes qui étaient déjà appelées à l'hérédité par le droit civil. Ainsi, la *bonorum possessio unde liberi*, en tant qu'elle était accordée aux héritiers siens appelés à l'hérédité *ab intestat* par le droit civil, avait pour but de confirmer le droit civil. C'est ce qui arrivait également, lorsque la *possessio bonorum unde legitimi* était donnée aux agnats et aux personnes que le droit civil appelait à l'hérédité en second ordre. — Il en était encore ainsi, lorsque la *bonorum possessio secundum tabulas* était obtenue par une personne qui, même en droit civil, se trouvait valablement instituée (Instit., § 1, liv. III, tit. IX).

Quel avantage procurait la possession de biens à ceux qui étaient déjà héritiers d'après le droit civil? — Le seul avantage, nous dit Gaius (C. III, § 34), c'est de pouvoir user de l'interdit qui commence par les mots *Quorum bonorum*, interdit qui avait pour effet de se faire mettre en possession des biens héréditaires (2).

2° *De combler les lacunes du droit civil (supplendi)*. — Le préteur se proposait de pourvoir à ce qu'on ne mourût pas sans successeur (*ne quis sine successore moreretur*). A

(1) M. Accarias (t. II, n. 442, p. 73) a indiqué avec détail et parfaite clarté les ressemblances et les différences entre l'hérédité et la *bonorum possessio*.

(2) La *bonorum possessio* donnait à l'héritier d'autres avantages que Gaius ne signale pas, mais que M. Accarias, *op. cit.*, n. 442 *in fine*, p. 75 et 76, a relevés avec beaucoup d'exactitude.

cet effet il étendit et développa le système du droit civil, qui, restreint dans des limites trop étroites par la loi des Douze Tables, laissait en déshérence un grand nombre de successions. Ainsi, c'était par extension du droit civil (*supplendi juris civilis gratia*) qu'il appelait à la succession les cognats, et qu'il les protégeait par la possession de biens *unde cognati*. C'était encore dans le même but qu'il accordait la *bonorum possessio unde vir et uxor* (Instit., § 2, *eod.*).

3° *De corriger le droit civil (emendandi vel impugnandi veteris juris gratia)* (1). Le préteur modifiait, corrigeait le droit civil, par exemple : — lorsqu'il accordait la *bonorum possessio contra tabulas* à l'enfant émancipé que le père de famille avait omis dans son testament ; — ou lorsqu'il accordait la *bonorum possessio secundum tabulas* à un posthume externe (*posthumo alieno*) institué dans un testament, bien que dans le droit civil antérieur à Justinien une pareille institution fût nulle (*quamvis hereditatem jure civili adire non poterat*. Instit., *pr.*, *eod.*). — Enfin le préteur corrigeait le droit civil, lorsqu'il appelait à la succession *ab intestat*, au moyen de la *bonorum possessio unde liberi*, les enfants émancipés avec les héritiers siens.

Origine et développement successif de la bonorum possessio. — Vraisemblablement le préteur a dû commencer par donner la *bonorum possessio* à l'héritier appelé par le droit civil (*veteris juris confirmandi gratia*). Le fait se trouvait ainsi à l'origine conforme avec le droit.

Il l'a donnée ensuite, pour combler les lacunes du droit civil, à certaines personnes qui, équitablement, pouvaient prétendre à la succession par suite de leurs rapports avec le *de cujus* (*ex bono et æquo jus percipientium hereditatum dilatavit*).

Plus tard, soutenu par l'opinion publique, il a fini par

(1) Vangerow (*Lehrbuch*, t. II, § 298, p. 14) place sous Auguste la naissance de la *bonorum possessio corrigendi gratia*.

refuser la *bonorum possessio* à certains héritiers du droit civil pour l'attribuer à leur détriment à d'autres personnes qu'il lui paraissait plus équitable d'appeler de préférence à la succession (1).

Division des bonorum possessiones.

Les possessions de biens se divisaient en possessions de biens — *testamentaires* et *ab intestat*, — *cum re* et *sine re*, — *edictales* et *decretales*.

A. Des possessions de biens testamentaires.

Il y avait deux possessions de biens testamentaires : — la première, appelée *contra tabulas*, était accordée, par exemple, aux enfants omis dans le testament de leur père ou de leur aïeul paternel (*præteritis liberis*); — la seconde, dite *secundum tabulas*, était donnée aux héritiers institués, soit conformément aux règles du droit civil, et qui voulaient profiter des avantages établis par le droit prétorien, par exemple du bénéfice de l'interdit *quorum bonorum*, soit seulement suivant les conditions requises par le droit prétorien, lors même que l'institution n'avait aucune valeur *jure civili* (Instit., § 3, *eod.*).

Des possessions de biens ab intestat.

Dans le droit antérieur à Justinien, il y en avait huit :

1° La possession de biens *unde liberi* était donnée aux héritiers siens ou à ceux qui leur étaient assimilés (*et iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur*). Elle n'avait pas lieu dans la succession des femmes, puisque ces dernières n'avaient pas d'héritiers siens (2) (Instit., *ibid.*).

(1) Voy., en ce sens, Ortolan, t. II, n. 1099; Demangeat, t. II, p. 97; Vangerow, t. II, § 398; Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. III, § 620; Flach, *Bonor possess.*, n. 3 et 4; Brocher, *Et. hist. et philosoph. sur la légitime et les réserves*, p. 47; Van Wetter, t. II, § 317, p. 258; Accarias, t. II, p. 71, n. 440 et suiv.; Didier-Paillhé et Tartari, p. 692; Labbé, à son cours. — *Contra*, de Savigny, *Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw.*, t. V, p. 14 et suiv.; Windscheid, *Lehrb.*, t. III, § 532, note 4; Maynz, 3^e édit., t. III, § 443, p. 196 et suiv.

(2) Voy. *suprà*, liv. III, tit. I-II, p. 367, 368 et suiv.

2° La possession *unde legitimi* était donnée aux agnats et à ceux que les constitutions avaient placés au rang des agnats, à la mère venant à la succession de ses enfants, d'après le sénatus-consulte Tertullien ; aux enfants succédant à leur mère, d'après le sénatus-consulte Orphitien ; aux héritiers siens qui avaient négligé de demander dans le délai voulu leur possession de biens spéciale *unde liberi* ; enfin aux patrons appelés par la loi des Douze Tables à l'hérédité de leurs affranchis. — Il est bon de remarquer qu'en cette matière le préteur n'allait pas au delà du droit civil qu'il ne faisait que confirmer purement et simplement (1) (D., *Unde legit.*, liv. XXXVIII, tit. vii).

3° La possession *unde cognati* était accordée aux cognats du défunt selon leur degré de proximité (2) (D., *Unde cogn.*, liv. XXXVIII, tit. viii).

4° La possession *unde vir et uxor* qui se donnait à l'époux survivant non divorcé, alors qu'il n'y avait pas eu *conventio in manum* (3) (D., *Unde vir et ux.*, liv. XXXVIII, tit. xi).

5° La possession *unde decem personæ* était accordée par le préteur à dix cognats de celui qui, donné en *mancipium*, était affranchi par l'acquéreur, de préférence à cet affranchissant. Ces cognats préférés au *manumissor extraneus* étaient : le père et la mère ; le grand-père et la grand-mère tant paternels que maternels ; le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille, issus d'un fils ou d'une fille ; le frère et la sœur soit consanguins, soit utérins (Instit., § 3, *eod.*). Sans cette *bonorum possessio* particulière, les dix parents que nous venons d'énumérer, n'étant que de simples cognats à l'égard de l'affranchi, auraient été écartés par le *manumissor extraneus*, qui avait tous les droits de patronage (Instit., § 4, *eod.*).

(1) Voy. *suprà*, liv. III, tit. I-II, p. 375 et suiv.

(2) *Ibid.*, tit. v-vi, p. 383 et suiv.

(3) Comp. Code civ., art. 767.

6° La possession *tum quem ex familia* (1) ne s'accordait que relativement à la succession des affranchis. Elle se donnait à la famille, c'est-à-dire aux agnats du patron, à défaut de patron ou de descendants de lui (Instit., §§ 3, 5, *eod.*).

7° La possession *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes* était donnée au patron du patron, et à sa *familia*, au cas où il était prédécédé. Il faut supposer que l'affranchi défunt avait pour patron un autre affranchi dont le patron exerçait les droits (2) (Instit., § 5, *eod.*).

8° La possession *unde cognati manumissoris* se donnait aux cognats du patron jusqu'au sixième degré, et même au septième degré quand le cognat était l'enfant du *sobrinus* ou de la *sobrina*, c'est-à-dire du cousin ou de la cousine issus de germain du patron (Instit., § 6, *eod.*).

Qu'appelaient-on possession de biens extraordinaire? — Les possessions de biens que nous venons d'énumérer constituaient les possessions de biens que l'on appelait *ordinaires* (*ordinariæ*), parce qu'elles étaient accordées par le préteur à certaines personnes, dans un cas et dans un ordre parfaitement déterminés. Il y avait une autre espèce de possessions de biens que le préteur ne rangeait dans aucun ordre fixe, ni parmi les possessions de biens testamentaires, ni parmi les possessions de biens *ab intestat*; cette possession de biens se qualifiait *uti ex legibus* ou possession de biens *extraordinaire*; elle se donnait aussi bien *ex testamento*, que *ab intestato*, comme une ressource dernière et extraordinaire (*quasi*

(1) Le texte des Institutes (§§ 3, 5) porte à tort : *Tum quam ex familia*.

(2) Telle est l'explication donnée par Gœschen, Mémoire sur la *bonorum possess. libertini intestati* (Civiltisches Magazin, t. IV, p. 257, 359); Hugo, *Hist du dr. rom.*, t. I, § 224, note 3; Demangeat, t. II, p. 110 et 111; Didier-Pailhé et Tartari, p. 700. — Cette explication est toutefois repoussée par Ortolan, t. III, n. 1114; Accarias, t. II, p. 80, note 2; Maynz, t. III, § 454, p. 255, texte et notes 37 et suiv.

ultimum et extraordinarium auxilium), en vertu d'une disposition expresse d'une loi, d'un sénatus-consulte ou de tout autre acte législatif qui ordonnait de déférer à telles personnes la possession de biens (Instit., § 7, *eod.*). La loi Papia Poppæa nous offre un exemple de possessions de biens *uti ex legibus*. Elle ne se contente pas, en effet, d'appeler la patronne à la succession de l'affranchi en concours avec les enfants de celui-ci; elle ordonne encore au préteur de lui donner la possession de biens (1) (Ulpien, *Reg.*, tit. xxix, §§ 5-7).

B. Bonorum possessio cum re et bonorum possessio sine re.

La possession de biens était tantôt *cum re*, tantôt *sine re*.

Cum re, lorsqu'elle était effective, efficace contre le droit civil. Le *bonorum possessor* n'avait pas à craindre d'être évincé par l'héritier du droit civil (*cum effectu bona retineat*).

Sine re, lorsqu'elle était purement nominale, inefficace contre le droit civil; et que le *bonorum possessor* restait exposé à l'éviction de l'héritier du droit civil (*cum alius jure civili evincere hereditatem possit*. Ulpien, *Reg.*, tit. xxiii, § 6, tit. xxviii, § 13; Gaius, C. II, §§ 148 et 149, C. III, §§ 36 et 37).

Quel avantage pouvait offrir la *bonorum possessio sine re*? — La possession de biens *sine re* offrait à celui qui l'obtenait un avantage considérable. Elle lui permettait d'intenter l'interdit *Quorum bonorum*. A l'aide de cet interdit le *bonorum possessor* pouvait se faire mettre en possession même en évinçant l'héritier. Une fois mis en possession, il se trouvait dans une position meilleure, puisqu'il gardait la défensive, et que c'était à l'héritier qui l'attaquait par la *petitio hereditatis*, à faire la preuve de son droit, de son lien de parenté avec le *de cujus*. Si

(1) Voy. pour plus de détails, sur cette possession de biens *uti ex legibus*, Flach, *Bonor. possess.*, p. 52 et 53.

l'héritier ne pouvait établir cette preuve, le *bonorum possessor* gardait la possession de la succession.

Dans quels cas la bonorum possessio était donnée cum re et sine re. — La possession de biens avait lieu *cum re* dans deux cas principaux : 1° lorsque celui qui demandait la possession de biens était en même temps héritier d'après le droit civil ; 2° lorsqu'il n'y avait pas d'héritier d'après le droit civil. Par exemple, si le *de cujus* était mort *intestat*, ne laissant que des cognats. Le plus proche cognat qui demandait la possession de biens l'obtenait *cum re*.

Outre ces deux cas principaux et quelques hypothèses spéciales introduites par les constitutions impériales, la *bonorum possessio* se donnait, en principe, *sine re* (1).

C. **Bonorum possessio edictalis et bonorum possessio decretalis.**

La possession de biens *edictalis* était celle qui était accordée en vertu d'une disposition formelle de l'édit, sans examen préalable. Elle pouvait être demandée au magistrat en quelque lieu que ce fût, dans toutes circonstances ; elle était concédée *de plano*.

La possession de biens *decretalis* était celle qui était accordée non plus en vertu d'une disposition expresse de l'édit et *de plano*, mais par la volonté du préteur, après un examen préalable des faits (*cognita causa*), et eu égard aux circonstances particulières de la cause. Elle ne pouvait être demandée au magistrat que lorsqu'il se trouvait en son tribunal, occupé à rendre la justice (L. 1, § 7, D., *De success. edict.*, liv. XXXVIII, lit. ix).

Étaient *edictales* les possessions de biens accordées par le préteur aux différents ordres de successions testamentaires ou *ab intestat*. Ces possessions de biens avaient un caractère définitif.

(1) Consult. Demangeat, t. II, p. 120 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 702.

Étaient *decretales* les possessions de biens accordées, par exemple, en vertu de l'édit Carbonien (1), ou bien *ventris nomine*. Ces possessions de biens n'offraient, dans la plupart des cas, rien de définitif. Le préteur y avait recours, dans le procès, comme à un expédient provisoire.

Différences entre la bonorum possessio edictalis et la bonorum possessio decretalis. — 1° La *bonorum possessio edictalis* appartenait à la juridiction gracieuse; la *bonor. poss. decretalis* appartenait à la juridiction contentieuse; d'où cette conséquence que la première pouvait être demandée par voie de simple requête écrite, tandis que le magistrat ne statuait valablement sur la seconde qu'à son tribunal; d'où encore cette autre conséquence que, bien que les deux *bonorum possessiones* dussent être demandées dans le même délai légal, en fait le délai pour solliciter la *decretalis* était plus long, parce qu'ici on ne pouvait compter comme jours utiles que ceux où le magistrat siégeait et qui étaient consacrés à répondre aux demandes qui lui étaient adressées (L. 3, § 8, D., *De bonor. poss.*, liv. XXXVII, tit. 1; L. 2, §§ 1, 2, D., *Quis ord. in poss.*, liv. XXXVIII, tit. xv). Enfin la *decretalis* ne pouvait pas faire l'objet d'une répudiation proprement dite (L. 1, § 7, D., *De success. edict.*, liv. XXXVIII, tit. ix); — 2° La *bonorum possessio edictalis* était donnée *cum re* ou *sine re*; elle mettait le *bonorum possessor* en situation d'usucaper; elle lui assurait l'exercice de l'interdit *quorum bonorum*, et même, avec les progrès du droit prétorien, une *petitio hereditatis possessoria*, lorsqu'elle était *cum re*; elle passait aux héritiers du *bonorum possessor*. Au contraire, la *bonor. poss. decretalis* était nécessairement *sine re*; elle ne constituait jamais une *justa causa possidendi*; elle n'autorisait pas l'exercice de l'interdit

(1) Voy. pour les détails sur la *bonorum possessio*, établie par l'édit Carbonien, Glasson, *Rev. hist. de dr. franç. et étrang.*, t. XII, p. 335.

quorum bonorum et encore moins la *petitio hereditatis possessoria* ; elle ne se transmettait pas aux héritiers du *bonorum possessor*.

De quelle manière s'obtenait la bonorum possessio.

La possession de biens n'opérait pas de plein droit en faveur des personnes qui y étaient appelées ; elle avait besoin d'être demandée en justice au magistrat du peuple romain (*magistratus populi romani*), c'est-à-dire au préteur à Rome, au gouverneur dans les provinces. A l'origine, on se servait pour cette demande de certains termes solennels. Une constitution de l'empereur Constance (1) a fait disparaître la solennité des paroles. Désormais on put demander la *bonorum possessio* en termes quelconques, non seulement au *magistrat du peuple romain*, mais à tout autre juge, même aux magistrats municipaux, tels que les duumvirs (L. 9, C., *Qui adm. ad bon. poss.*, liv. VII, tit. IX).

Dans quel délai devait être demandée la bonorum possessio.

En droit civil, l'héritier volontaire n'avait pas de délai déterminé pour faire adition d'hérédité. De là, un grave inconvénient au point de vue des créanciers, des légataires et de toutes autres personnes intéressées dont les droits restaient en suspens. Il est vrai que l'introduction de l'usucapion *pro herede* avait apporté un correctif à cet inconvénient. Mais ce correctif était souvent pire que le mal.

Le préteur a fait mieux : il a fixé un délai dans lequel il fallait nécessairement demander la *bonorum possessio*. Si donc celui qui avait droit à la *bonorum possessio* laissait expirer ce délai sans faire sa demande, il perdait le droit d'obtenir la possession de biens.

Le délai était de *un an* pour les descendants et les ascen-

(1) Suivant certains manuscrits, cette constitution devrait être attribuée à Constantin ; mais cette version ne nous semble pas admissible.

dants ; et de *cent jours* pour tous autres successeurs. Il se composait de jours *utiles* (*dies utiles singuli considerantur*), c'est-à-dire de jours où la *bonorum possessio* aurait pu être demandée. Il ne comptait qu'à partir du moment où celui qui avait droit à la *bonorum possessio* savait qu'elle lui était dévolue (Instit., §§ 8, 10, *eod.*).

De l'accroissement et de la dévolution en matière de bonorum possessio.

Lorsque parmi les successeurs d'un même degré les uns acceptaient et les autres renonçaient, la part des renonçants accroissait à ceux qui avaient accepté (*ejusdem gradus personis adcrecit*. Instit., § 9, *eod.*). Il y avait dévolution de possession de biens en possession de biens.

Des innovations de Justinien dans la matière des possessions de biens.

Justinien a supprimé les possessions de biens *unde decem personarum*, — *tum quem ex familia*, — *unde patronus et patrona*, *liberique eorum et parentes*, — *unde cognati manumissoris*, en un mot, toutes les possessions de biens qui avaient été organisées en vue de la succession des affranchis et dans l'intérêt des familles des patrons (Instit., §§ 4, 5, 6, *eod.*).

Il restait en tout *sept* possessions de biens, savoir :

Pour les successions *testamentaires* :

1° *Contra tabulas* ; — 2° *secundum tabulas*.

Pour les successions *ab intestat* :

3° *Unde liberi* ; — 4° *unde legitimi* ; — 5° *unde cognati* ; — 6° *unde vir et uxor*.

Pour les successions *testamentaires* et *ab intestat*, suivant les circonstances particulières de la cause :

7° *Uti ex legibus*.

Sous Justinien la *bonorum possessio sine re* a entièrement disparu. Toute possession de biens était nécessairement *cum re*.

Justinien a introduit la dévolution de degré à degré, au moins dans l'ordre des agnats, et peut-être dans l'ordre

des *liberi*; ce dernier point est d'ailleurs controversé (1).

Enfin, la possession de biens ne se demandait plus à aucun magistrat, il suffisait de manifester d'une manière quelconque, dans le délai voulu, l'acceptation qu'on en faisait. On était donc *bonorum possessor* comme on était héritier. Désormais la *bonorum possessio* se confondit avec l'hérédité (2) (Instit., § 10, *ead.*).

APPENDICE I.

SYSTÈME DES NOVELLES.

Successions ab intestat d'après les nouvelles 118 et 127.

Quelques années après la promulgation des Institutes, Justinien par les nouvelles 118 et 127, rendues la première en 543 de Jésus-Christ, la seconde en 547, refondit le système de successions *ab intestat*.

Qu'est-ce que Justinien a détruit ?

Justinien a supprimé la distinction entre l'agnation et la cognation : distinction qui, après avoir été la base du système successoral de la loi des Douze Tables, était restée, malgré les modifications introduites par le droit prétorien et les constitutions impériales, le principe dominant en matière de succession.

Il a aboli l'influence qu'exerçait l'émancipation sur le droit de succession.

Il a fait disparaître la différence qui existait entre la *possession des biens* et l'hérédité.

Système de succession établi par ces nouvelles.

Ce système avait pour base la parenté naturelle. Il établissait cinq classes d'héritiers, savoir : 1° celle des

(1) Accarias, *op. cit.*, t. II, n. 468, p. 137, texte et note 1.

(2) Sic, Ortolan, t. III, n. 1122; Accarias, t. II, n. 468, p. 137; Labbé, à son cours. — Comp. Demangeat, t. II, p. 128.

descendants; 2° celle des ascendants, des frères et sœurs *germans* et de leurs descendants au premier degré; 3° celle des frères et sœurs *germans* et de leurs enfants; 4° celle des frères et sœurs *consanguins* ou *utérins* et de leurs descendants; 5° celle des autres collatéraux.

1° Des descendants.

Les descendants venaient en première ligne, qu'ils fussent *sui juris* ou *alieni juris*, qu'ils descendissent *ex masculorum genere* ou bien *ex feminarum*. On ne tenait non plus aucun compte de l'émancipation ou de l'adoption (1).

Dans cet ordre la représentation était admise à l'infini; les petits-enfants étaient appelés aux lieu et place de leurs parents prédécédés. Le partage s'opérait par souches (*in stirpes*) et non par têtes (*in capita*) (2).

2° Des ascendants, des frères et sœurs *germans* et de leurs descendants au premier degré.

En principe les ascendants excluaient les collatéraux. Cette règle ne recevait une exception qu'en faveur de frères et sœurs *germans*, *ex utroque parente conjuncti defuncto*, et de leurs descendants au premier degré seulement.

Le de cujus n'a laissé que des ascendants. — Dans cet ordre la représentation n'était pas admise. L'ascendant le plus proche venait à l'exclusion des autres, sans qu'il y eût à distinguer entre les ascendants paternels et les ascendants maternels (3).

Quid au cas où il se présentait plusieurs ascendants de différentes lignes et au même degré de parenté? Alors la succession se partageait par moitié, et chaque moitié

(1) On l'a contesté pour les enfants donnés en adoption à un ascendant (*adoptio plena*). Voy., en notre sens, Vangerow, t. II, § 412, *Anm.*; Windscheid, t. III, § 571, texte et note 10; Maynz, t. III, § 461; Namur, t. II, § 381. — *Contra*, Puchta, *Vorles*, t. II, § 454; Mühlenbruch, t. III, § 633, 2°, texte et note 4.

(2) Conf. Code civ., art. 745.

(3) Comp. même Code, art. 746.

se divisait par tête, entre les ascendants au même degré de chaque ligne (1).

Le de cuius a laissé à la fois des ascendants et des frères et sœurs germains. — Le partage se faisait par têtes (*secundum personarum numerum*): chacun des successibles obtenait la même part (2). — Il est bon de remarquer que l'ascendant sous la puissance duquel se trouvaient les frères et les sœurs germains n'avait pas, lorsqu'il venait en concours avec ces derniers, l'usufruit sur la portion d'hérédité qui était attribuée à ses enfants, c'est-à-dire aux frères et sœurs du *de cuius*.

S'il y avait des enfants de frères ou sœurs, la représentation leur était accordée. Ces enfants pouvaient concourir avec d'autres frères ou sœurs survivants et avec les ascendants du *de cuius* (3). — Mais *quid* au cas où le *de cuius* laissait un ascendant et des neveux ou nièces, issus de frères ou sœurs germains prédécédés, sans qu'il y eût de frère ou sœur germain survivant ? Les neveux pouvaient-ils venir en concours avec les ascendants ? Il y avait controverse sur ce point entre les anciens interprètes du droit romain. Aujourd'hui l'affirmative est généralement enseignée dans nos facultés (4).

3° Des frères et sœurs germains et de leurs enfants.

Les frères et sœurs germains *ex utrisque parentibus conjuncti defuncto* excluaient les frères et sœurs consanguins et utérins qui sont comme eux au premier degré du *de cuius* (5). C'est ce qu'on a appelé *privilege du dou-*

(1) Conf. Code civ., art. 746.

(2-3) Comp. même Code, art. 748, 749.

(4) Voy., en ce sens, de Keller, *Pand.*, § 469, note 7; Puchta, *Vorles.*, t. II, § 457; Rosshirt, *Einleit. in das erbr.*, p. 348 et suiv.; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 40; Demangeat, t. II, p. 132 et 133; Van Wetter, t. II, § 677, p. 417; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 1^{re} année, p. 93; Labbé, à son cours. — *Contrà*, Thibaut, t. III, § 878; Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 416, p. 54; Namur, 2^e édit., t. II, § 385, p. 158; Accarias, t. II, n. 469, p. 142.

(5) Il en est autrement en droit moderne. Voy. l'art. 752 de notre Code civil.

ble lien. Quand le défunt n'avait laissé que des frères et sœurs germains, le partage se faisait par têtes ; et s'il avait en même temps laissé des neveux et des nièces, ces derniers étaient admis, comme nous l'avons déjà vu au paragraphe précédent, à représenter leur auteur. Dans le cas où le *de cujus* n'avait laissé que des neveux et nièces, il y avait entre eux partage par souches. C'est du moins la doctrine aujourd'hui généralement enseignée (1).

4° Des frères et sœurs consanguins ou utérins et de leurs enfants.

En l'absence de frères ou sœurs germains la succession appartenait aux frères ou sœurs consanguins ou utérins (*ex uno parente conjuncti defuncto*). Le partage avait lieu par têtes, sans distinction de l'origine des biens (2).

5° Des autres collatéraux.

A défaut de frères ou sœurs, de neveux ou nièces, les autres collatéraux étaient appelés à succéder toujours d'après la proximité du degré et par têtes (3).

Observations. — 1° Justinien n'accordait de droits successoraux qu'aux catholiques et point aux hérétiques. — 2° Il n'appelait pas le conjoint à la succession de son conjoint, alors même que le *de cujus* n'avait aucun parent (4), mais il laissait évidemment subsister en sa faveur la *bonorum possessio unde vir et uxor* (5).

(1) Voy., en ce sens, Vangerow, *Lehrb.*, t. II, § 416, anm. 2, n. 3 ; Maynz, t. III, § 461 ; Namur, t. II, § 386, p. 159 (2^e édit.) ; Van Wetter, t. II, § 677, p. 417 ; Accarias, t. II, n. 469, p. 143 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 722.

(2) Comp. Code civ., art. 752.

(3) Conf. Code civ., art. 753, 754, 755. — Le droit de succession était-il admis à l'infini dans la ligne collatérale, comme il l'était autrefois pour les agnats, ou s'arrêtait-il aux limites posées par le préteur pour les cognats (V. *suprà*, p. 386 et 387) ? La seconde opinion paraît plus rationnelle et plus conforme à la pensée générale de la nouvelle 118. Accarias, t. II, n. 469, p. 143, note 3. — *Contra*, Van Wetter, t. II, § 679. — Comp. Code civ., art. 755.

(4) *Contra*, Code civ., art. 767.

(5) Accarias, t. II, n. 470, p. 144, 145.

APPENDICE II.

SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

Diverses espèces de successions irrégulières. — Outre les héritiers ordinaires *ab intestat*, il y avait quatre catégories de successeurs irréguliers; — l'enfant naturel et la concubine; — le conjoint; — certaines corporations; — le fisc.

1° *Enfant naturel et concubine.* — L'enfant naturel et sa mère n'avaient droit qu'à des aliments dans la succession du père naturel qui laissait des descendants légitimes ou une femme légitime. Ce cas excepté, ils pouvaient réclamer ensemble un sixième des biens, à partager par tête entre la concubine et les enfants concubinaires, la mère devant avoir toujours une part virile. En l'absence d'enfants naturels, la concubine ne pouvait prétendre à aucune part. Le petit-enfant naturel ne succédait jamais à son grand-père mort *intestat*. — A l'inverse, le père naturel avait droit à des aliments ou même à un sixième des biens laissés par son enfant naturel décédé sans enfants ni femme légitimes (1) (nov. LXXXIX, ch. 12).

Ces dispositions ne s'appliquaient point aux enfants adultérins ou incestueux frappés d'une incapacité absolue de recueillir (2) (L. 6, C., *De incest.*, liv. V, tit. v).

2° *Conjoint survivant.* — La *bonorum possessio unde vir et uxor* était conservée au conjoint survivant. Mais il y était ajouté, en faveur du conjoint pauvre, un *quart* des biens du défunt (nov. LIII, ch. 6). Ce quart était réduit à une part virile, lorsque la veuve se trouvait en concours avec plus de trois enfants (3) (nov. CXVII, ch. 5).

(1) Comp. Code civ., art. 756 à 761.

(2) Même Code, art. 762, 763, 764.

(3) *Ibid.*, art. 767.

3° *Certaines corporations.* — A défaut de parents naturels et de conjoint survivant, les biens du défunt passaient à certaines corporations telles que les curies (1), les églises s'il s'agissait de prêtres desservants, les couvents pour les moines (nov. V, ch. 5 ; CXXXI, ch. 13).

4° *Fisc.* — Les successions en deshérence (*bona vacantia*) étaient attribuées au fisc ou trésor impérial, en tant que substitué à l'*ærarium* ou trésor du peuple (2) (Ulpien, *Regl.*, tit. xxviii, § 7).

TITRE X

De l'acquisition par adrogation.

Généralités. — A côté des hérédités testamentaires et *ab intestat*, et des possessions de biens, le droit romain reconnaissait certains modes d'acquisition à titre universel entre vifs. Il ne s'agit donc plus de succéder à un défunt, mais à un homme vivant. Ce sont, d'après les expressions de M. Gide (3), des *successions extraordinaires*. Les Institutes s'occupent de ces successions dans le présent titre et dans le titre XII.

Notions préliminaires. — Succéder, c'est prendre la place qu'occupe quelqu'un. Succéder à l'universalité des droits d'une personne vivante, voilà ce qui semble impossible ; car le patrimoine de quelqu'un, c'est sa personnalité même. Aussi, faut-il supposer que la personne vivante *est morte civilement*. C'est ce qui arrive dans le cas de *capitis deminutio*. La *capitis deminutio* emporte, en effet, mort civile (4). Dans la *conventio mulieris in manum mariti* (5), et dans l'adrogation (6), la femme et

(1) Voy. *suprà*, liv. I, tit. x, p. 72.

(2) Comp. Code civ., art. 768.

(3) *A son cours*.

(4) Voy. *suprà*, liv. I, tit. xvi, p. 103.

(5) Voy. *suprà*, liv. I, tit. x, p. 75.

(6) *Ibid.*, liv. I, tit. xi, p. 83.

l'adrogé meurent, pour ainsi dire, dans leur ancienne personnalité civile; ils renaissent dans une autre famille avec une personnalité nouvelle. Cela pour une raison bien simple, c'est que la personnalité de l'individu s'absorbe dans la personnalité de la famille. La *manus* a disparu sous Justinien; aussi les Institutes ne nous parlent que du cas d'adrogation.

Origine de ce mode d'acquisition per universitatem.

— Les Institutes nous disent que cette acquisition en masse des biens de l'adrogé par l'adrogeant (1) ne résulte ni de la loi des Douze Tables, ni de l'édit du préteur, mais de la coutume (*eo jure quod consensu receptum est, introducta est*. Instit., *pr.*, liv. III, tit. x).

Effets de l'adrogation. — Il faut se placer au double point de vue de la transmission des biens et des droits de l'adrogé, de la transmission des dettes de l'adrogé.

Transmission des biens de l'adrogé. — Cette transmission produit des effets différents suivant qu'on l'examine dans le droit antérieur à Justinien, ou dans le droit de Justinien.

Droit antérieur à Justinien. — Tous les biens de l'adrogé (*omnes res*), choses corporelles ou incorporelles, avec toutes ses créances (*quæque et debita sunt*) sont acquis en pleine propriété à l'adrogeant (Instit., § 1, *eod.*). Il y a cependant des exceptions. Certains droits périssent par la diminution de tête et ne passent point à l'adrogeant. Tels sont l'usufruit et l'usage (2), les obligations de services des affranchis (*operarum obligationes per jusjurandum contractæ*) (3), le *jus agnationis* et tous les avantages qui sont attachés à l'agnation (4). Enfin,

(1) Voy. les développements donnés au chapitre des Adoptions liv. I, tit. xi, p. 83 et suiv.

(2) Voy. *suprà*, liv. II, tit. iv, p. 180, sur les modes d'extinction de l'usufruit.

(3) Voy. liv. I, tit. v, p. 34, le paragraphe relatif aux droits du patron sur la personne de l'affranchi.

(4) Voy. liv. I, tit. xvi, p. 103, le paragraphe relatif aux effets de la *capitis deminutio*.

les biens qui, acquis avant l'adrogation, pouvaient former un pécule *castrense*, constituent, après l'adrogation, un pécule *castrense* (1) pour l'adrogé et ne s'absorbent pas dans le patrimoine de l'adrogeant (Instit., *ibid.*).

Droit de Justinien. — Sous Justinien, l'acquisition par adrogation est restreinte dans les mêmes limites que celle des pères naturels (Instit., § 2, *ead.*). Or, les pères naturels n'acquièrent plus la pleine propriété des choses provenant aux fils de famille, *aliunde quam ex re patris*. Ces biens restent en propre aux fils de famille. Les pères naturels n'en ont que l'usufruit (2). Par suite, l'adrogeant ne peut prétendre qu'à l'usufruit des biens de l'adrogé. Cependant, si l'adrogé meurt dans la famille adoptive, sans laisser de descendants ni de frères ou sœurs, la propriété elle-même (*etiam dominium*) des biens adventices passe à l'adrogeant ; car l'adrogeant succède alors de la même manière que le père naturel (Instit., *ibid.*). De plus, Justinien veut que l'usage et l'usufruit ne s'éteignent plus par la petite diminution de tête. Ces droits passeront désormais à l'adrogeant, et subsisteront à son profit, même après la mort de l'adrogé (Instit., § 1, *in fine*).

Transmission des dettes de l'adrogé. — Il faut distinguer trois espèces de dettes : 1° les dettes provenant d'une hérédité recueillie par l'adrogé ; 2° les dettes contractées par l'adrogé *nomine proprio* ; 3° les dettes résultant des délits qu'il a commis.

1° *Dettes héréditaires.* — L'adrogé cesse d'être héritier ; d'où il suit qu'il n'est plus tenu des dettes qui grèvent la succession. L'adrogeant devient héritier : il acquiert une universalité dans laquelle il y a de l'actif et du passif, il est donc tenu directement comme héritier (*et ipse pater adoptivus succedit, et heres fit, directo tenetur jure*. Gaius, C. III, § 84).

(1) Voy. *supra*, liv. II, tit. IX, p. 222.

(2) Voy. *supra*, liv. II, tit. IX, p. 223 et 224.

2° *Dettes contractées par l'adrogé proprio nomine.* — Ici les résultats sont différents suivant que l'on se place dans le droit civil, dans le droit prétorien, dans le droit de Justinien. — *En droit civil*, l'adrogation est considérée comme opérant une sorte de rénovation. Une personne juridique disparaît, il en naît une nouvelle qui n'est pas liée par les obligations de la première. L'adrogé n'est donc plus tenu (*per capitis deminutionem liberantur*) des dettes qu'il a contractées avant l'adrogation. D'un autre côté, comme les pères de famille ne sont pas responsables des obligations contractées par les individus soumis à leur puissance, l'adrogeant n'est pas tenu directement des dettes de l'adrogé. En conséquence, les dettes s'évanouissent, faute de débiteur. Il y a là un résultat inique pour les créanciers (Gaius, C. III, § 84; C. IV, § 38). — *Dans le droit prétorien*, un tempérament est apporté à la rigueur de cette règle. Les actions qui sont éteintes *jure civili* sont accordées aux créanciers de l'adrogé *utilitatis causa*, comme si l'adrogation n'avait pas eu lieu. Le préteur opère donc une sorte de *restitutio in integrum* (1). Ces actions utiles données directement contre l'adrogé atteignent indirectement l'adrogeant. En effet, Gaius nous dit (C. III, § 84), que si l'adrogeant ne défend pas l'adrogé contre ces actions (*si adversus hanc actionem non defendantur*), c'est-à-dire ne fournit pas aux créanciers la caution *judicatum solvi*, ceux-ci obtiennent l'envoi en possession des biens qui, sans l'adrogation, appartiendraient à l'adrogé, avec faculté de les vendre pour se payer sur le prix (*universa vendere creditoribus prætor permittit*). — *Dans le droit de Justinien*, les créanciers peuvent agir contre l'adrogeant lui-même *nomine filii*. D'ailleurs,

(1) Cette *restitutio in integrum* diffère de la *restitutio in integrum* ordinaire à un double point de vue; elle s'accorde: 1° sans examen; 2° sans limitation de temps. Sic, Ortolan, t. III, p. 108, n. 1153; Demangeat, t. II, p. 142; Labbé, à son cours.

sauf cette différence, les créanciers obtiennent les mêmes résultats (Instit., § 3, *eod.*).

3° *Dettes résultant d'un délit commis par l'adrogé.* — Ces dettes, même d'après le droit civil, subsistent contre l'adrogé. *Nemo delictis exuitur, quamvis capite minutus sit*, nous dit Ulpien (L. 2, § 3, D., *De cop. min.*, liv. IV, tit. v).

TITRE XI

De celui auquel les biens sont adjugés pour valider les affranchissements.

Définition. — L'*addictio* est l'attribution d'un droit, faite par le magistrat à une personne ; spécialement l'*addictio bonorum libertatis causa* est l'attribution faite à une personne des biens qui composent la succession d'un défunt, à la charge de conserver les affranchissements (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xi).

Origine de l'*addictio bonorum libertatis causa.* — Cette attribution, qui constituait un mode d'acquisition *per universitatem*, a été introduite par un rescrit de Marc-Aurèle dans les circonstances suivantes : un certain Virginius Valens était mort, laissant un patrimoine grevé de dettes et un testament dans lequel il avait donné la liberté à plusieurs esclaves. L'héritier institué ayant refusé de faire adition, aucun héritier *ab intestat* ne se présentait pour recueillir la succession. Dans cette situation, les biens du défunt allaient être vendus par ses créanciers. Popilius Rufus, l'un des esclaves affranchis par le testament, s'adressa à l'empereur et demanda que les biens lui fussent attribués à la charge par lui de payer les dettes et d'exécuter les affranchissements. L'empereur Marc-Aurèle fit droit à cette demande, parce qu'elle ne lésait aucun intérêt (Instit., § 1, liv. III, tit. xi).

Dans quel cas est accordée l'addictio ? — A l'origine, d'après les termes mêmes du rescrit de Marc-Aurèle, l'*addictio* avait lieu dans deux cas : 1° lorsque le défunt avait laissé des affranchissements par son testament ; 2° lorsqu'il n'y avait aucun héritier ou successeur *ab intestat*. Le rescrit de Marc-Aurèle a reçu plusieurs extensions. — *Du cas où les libertés ont été laissées testamento*, l'*addictio* s'est appliquée au cas où le défunt est mort sans testament (*intestatus decedens*), laissant des affranchissements par codicilles. Enfin elle a été étendue aux affranchissements que le défunt avait faits *entre vifs* ou par *donations à cause de mort*, afin d'empêcher qu'ils ne fussent déclarés nuls, comme faits en fraude des créanciers (Instit., §§ 3, 6, liv. III, tit, XI). — *Du cas où il n'existait aucun héritier ou successeur ab intestat*, l'*addictio* a été étendue au cas où le défunt a laissé un *heres suus* qui s'abstenait (1) (Instit., § 4, *ead.*).

Dans quel but est accordée l'addictio ? — Dans un double but, savoir : 1° de favoriser les affranchissements ; 2° d'éviter un affront à la mémoire du défunt en empêchant la vente en masse des biens sous son nom (Instit., *pr.* et § 2, liv. III, tit. XI).

Dans quel délai doit être demandée l'addictio ? — L'*addictio* pouvait être obtenue tant que les biens du défunt n'avaient pas été saisis ni vendus par les créanciers.

Mais que décider au cas où l'*addictio* n'était demandée qu'après la vente des biens (*semel rebus venditis*) ? La difficulté était qu'il fallait, si on accordait l'*addictio*, résoudre la vente. La question était très controversée dans l'ancien droit. Justinien fit cesser tous les doutes en décidant, dans une constitution au Code, que l'*addictio* serait accordée par le magistrat toutes les fois qu'il ne se serait pas écoulé un an depuis la vente (*vel ante*

(1) Consult. Humbert, *Dict. des antiquités grec. et rom.*, au mot *Addictio bon. libert. caus.*, t. I, p. 65.

venditionem rerum vel post venditionem intra annale tamen tempus. L. 15, *pr.*, C., *De testam. manum.*, liv. VII, tit. II).

A qui est accordée l'addictio ? — Le rescrit de Marc-Aurèle ne parlait que du cas où c'était un esclave affranchi dans le testament qui demandait à être mis aux lieu et place de l'héritier institué. Suivant toutes les probabilités, telle a été la première application du rescrit (*Instit.*, *pr.*, liv. III, tit. XI). — Mais bientôt on a étendu le même bénéfice à un étranger (*extraneus*) qui demandait que l'*addictio* lui fût accordée (L. 6, C., *De testam. manum.*, liv. VII, tit. II). Il est bon de remarquer que, lorsque plusieurs personnes réclamaient le profit de l'*addictio*, il fallait distinguer suivant que leur demande était simultanée (*uno momento*) ou successive (*per intervallo*). Dans le *premier cas*, l'*addictio* était prononcée en faveur de tous les demandeurs ; dans le *second cas*, la priorité de la demande établissait un ordre de préférence entre les divers postulants (1) (L. 15, § 4, C., *eod.*).

A quelles conditions ? — A l'origine et d'après les termes mêmes du rescrit de Marc-Aurèle, l'*addictio* n'était accordée que sous les conditions suivantes : — 1° de donner aux créanciers bonne caution pour le paiement intégral de ce qui était dû à chacun (*si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo*) (*Instit.*, § 1, *eod.*) ; — 2° de conserver indistinctement tous les affranchissements (*omnes libertates indistincte celebrentur.* L. 15, § 5, C., *eod.*). Justinien a étendu l'application du rescrit. En effet, il décide dans une constitution au Code que l'*addictio* pourra être obtenue par une personne qui offre aux créanciers *non pas un paiement intégral*, mais un paiement *partiel*, un dividende ; il faut toutefois que les créanciers y consentent (L. 15, § 1, C., *eod.*). De même, il ajoute que l'*addictio* devra être prononcée en faveur de celui qui ne s'engage à

(1) Accarias, t. II, n. 476, p. 162.

donner la liberté qu'à quelques-uns des esclaves affranchis par le défunt (L. 15, § 3, C., *eod.*).

Des effets de l'addictio. — Les effets de l'*addictio* doivent être examinés à quatre points de vue, relativement au défunt, relativement aux créanciers du défunt, relativement aux affranchis, relativement à celui qui obtenait l'*addictio*. — 1° *Relativement au défunt*, l'*addictio* prononcée par le magistrat empêche, comme nous l'avons vu, que les biens ne soient vendus par les créanciers sous le nom du défunt, et évite à sa mémoire l'infamie. En effet, l'adjudicataire (*defensor idoneus*, Instit., § 2, *eod.*) doit répondre à la demande des créanciers, comme y répondrait le débiteur lui-même ou ses héritiers. — 2° *Relativement aux créanciers*, l'*addictio* leur assure le paiement intégral de leurs créances, ou bien un dividende plus élevé que le dividende qu'ils auraient obtenu dans la *venditio bonorum* (1). — 3° *Relativement aux affranchis*, l'*addictio* a pour effet de mettre l'adjudicataire aux lieu et place de l'héritier institué. Par conséquent, les esclaves que l'héritier institué est chargé d'affranchir reçoivent de l'adjudicataire la liberté, et n'ont pas d'autre patron que ce dernier. Quant aux esclaves que le testateur avait affranchis *directement* (*quibus directa libertas data est*), ils deviennent libres, comme si l'hérédité avait été acceptée par l'institué (*perinde ac si hereditas adita esset*); ils sont donc des *liberti orcini* sur lesquels l'adjudicataire n'a aucun droit de patronage. Toutefois celui qui sollicite l'*addictio* peut mettre pour condition à sa demande que tous les esclaves à qui le défunt a *directement* légué la liberté deviendront ses affranchis, et comme tels seront soumis à ses droits de patronage : il faut seulement que les esclaves dont l'état est en question y consentent (*si ii, quorum de statu agitur, consentiant*. Instit., § 1, *eod.*). — 4° *Relativement à celui*

(1) Voy. *infra*, tit. XII, p. 419 et suiv.

au profit de qui l'*addictio* est prononcée, l'*addictio* le met dans une situation analogue à celle d'un *bonorum possessor*. L'adjudicataire actionne les débiteurs du *de cuius*, et il est actionné par eux non pas civilement, mais *utilément*.

Influence de la *restitutio in integrum* sur l'*addictio*. — Si l'héritier *ab intestat* qui s'est d'abord abstenu, ou qui a renoncé, se fait ensuite restituer *in integrum* contre son abstention ou sa renonciation *post additionem libertatum servandarum causa factam*, il obtiendra l'hérédité entière. Cependant, comme il est de principe chez les Romains que la liberté une fois donnée ne peut plus être révoquée, la *restitutio in integrum* restera sans effet à l'égard des affranchissements déjà opérés (*utique non erit dicendum revocare libertates quia semel competierunt*. Instit., § 5, *eod.*).

TITRE XII

Des successions supprimées qui avaient lieu par la vente des biens, et en vertu du sénatus-consulte Claudien.

De la vente des biens.

Définition. — La *venditio bonorum* est la vente en masse des biens d'un débiteur faite par ses créanciers, *ex auctoritate magistratus* (1).

Origine de la *bonorum venditio*. — Elle est d'origine prétorienne (Gaius, C. IV, § 35). C'est Publius Rutilius, préteur, qui, vers la fin du VI^e siècle ou dans la première moitié du VII^e siècle de la fondation de Rome (2), a

(1) Voy., sur cette matière, de Savigny, *Ueber das altröm. schuldr. (Vermischte Schriften)*, t. II, p. 396 et suiv.); Bethmann-Holweg, *Der civilproz. des gem. Rechts*, t. II, § 114, *Vermögensexecution*.

(2) Sic, Demangeat, t. II, p. 153.

organisé et développé la *bonorum venditio* d'après un système d'exécution forcée sur les biens qui existait déjà en droit civil (*jure civili*) et qu'on appelait *bonorum sectio*. L'État (le trésor public) faisait la *sectio bonorum*, c'est-à-dire la vente en masse (1) des biens d'un débiteur, lorsque ce débiteur ne voulait pas acquitter volontairement sa dette (2) (Tite-Live, *Ann.*, liv., XXXVIII, n° 60).

FORMALITÉS QUI PRÉCÈDENT L'ADJUDICATION.

Ces formalités peuvent être réduites à cinq principales, l'envoi en possession des biens du débiteur, la nomination d'un ou de plusieurs curateurs, l'apposition des affiches annonçant la vente, la nomination d'un magister (syndic), la rédaction des conditions de la vente.

I. Envoi en possession des biens du débiteur.

Dans quels cas y a-t-il lieu à l'envoi en possession? — Il faut distinguer suivant que l'envoi en possession est poursuivi contre une personne *vivante*, ou bien contre une personne *morte*. — *Le débiteur est vivant*, l'envoi en possession a lieu : 1° lorsque le débiteur se cache dans le but de se soustraire aux poursuites de ses créanciers (*fraudationis causa latitat*) ; 2° lorsqu'il est absent et que personne ne se présente pour prendre son fait et cause (*nec absens defenditur*) ; 3° lorsqu'il a fait cession de ses biens à ses créanciers en vertu de la loi *Julia* (*ex lege Julia bonis cedit*) ; 4° lorsqu'après avoir été condamné par le juge, il a laissé passer les délais légaux sans exécuter

(1) Suivant Accarias, t. II, n. 481, p. 170, texte et note 2, la *bonorum sectio* pouvait encore avoir pour objet des choses *individuellement déterminées*, comme le butin pris sur l'ennemi.

(2) Le *bonorum sector* devenait propriétaire *ex jure Quiritium*, il avait tant au point de vue actif qu'au point de vue passif les actions comprises dans le patrimoine vendu et les exerçait directement. En outre, il était armé d'un interdit appelé *sectorium*, à l'effet d'obtenir de tout détenteur le délaissement des objets corporels faisant partie de son acquisition. Accarias, t. II, n. 481, p. 171 et 172.

la condamnation (Gaius, C. III, § 78). — *Le débiteur est mort*, l'envoi en possession a lieu, lorsqu'il est certain que le défunt n'a ni héritier testamentaire, ni héritier *ab intestat*, ni successeur prétorien.

Forme de l'envoi en possession. — Les créanciers, réunis en assemblée, s'adressent au préteur qui, par un *décret*, rendu *cognita causa*, les autorise à se mettre en possession des biens du débiteur.

Effet de l'envoi en possession. — Cet envoi en possession opère un dessaisissement complet à l'égard du débiteur qui n'a plus l'administration de ses biens (1). Les créanciers acquièrent la garde des biens. C'est une sorte de gage (*pignus prætorium*) (L. 1, D., *Quib. ex. caus.*, liv. XLII, tit. iv). — Les créanciers qui ont obtenu les premiers l'envoi en possession n'avaient aucun privilège; ils avaient agi dans l'intérêt commun, et étaient obligés de verser tout ce qu'ils recevaient particulièrement du débiteur dans la caisse commune (2).

Durée de l'envoi en possession. — La durée est plus longue lorsque le débiteur est *vivant* que lorsqu'il est *mort* : dans le premier cas, elle est de trente jours; dans le second, de quinze jours seulement (Gaius, C. III, § 79).

II. Nomination d'un ou de plusieurs curateurs (3).

Comment a lieu cette nomination? — C'est le magistrat qui nomme le ou les curateurs sur la présentation et avec l'assentiment des créanciers (L. 14, *pr.*, L. 15, *pr.*, D., *De reb. auctor. jud. poss.*, liv. XLII, tit. v).

Fonctions du curateur. — Le curateur est chargé d'administrer les biens, d'exercer les actions qui appartiennent au débiteur, en un mot, de faire des actes conservatoires.

(1) Le dessaisissement du débiteur est aussi, dans notre droit, produit par la déclaration de faillite. Conf. Code com., art. 443.

(2) Sic, Vainberg, *La faillite en dr. rom.*, p. 121. V. aussi Accarias, t. II, n. 44, p. 178, note 2.

(3) Tout comme chez nous, en matière de faillite, on nomme un ou plusieurs syndics. Voy. notamment l'art. 462, C. com.

III. Affiches annonçant la vente.

Quel nom portent ces affiches? — Elles se nomment *proscriptio, proscriptiones*.

Quand doivent être apposées ces affiches? — Il n'y a rien de déterminé à cet égard. Il suffit de savoir que l'ordre d'apposer les affiches se trouve compris dans le décret qui envoie les créanciers en possession.

Quelle est la teneur ordinaire de ces affiches? — D'après Théophile elles sont ainsi conçues : « X..., notre débiteur, est tombé en déconfiture ; nous, ses créanciers, nous poursuivons la vente de son patrimoine : que quiconque veut acheter se présente. »

Quel est le but de ces appositions d'affiches? — C'est de faire élever le prix des enchères en y appelant un plus grand nombre d'acquéreurs et d'avertir les tiers du dessaisissement du débiteur.

IV. Nomination d'un magister (syndic).

Comment a lieu cette nomination? — Après le délai de 30 jours ou de 15 jours, qui est employé à annoncer la vente des biens, le prêteur *par un nouveau décret* convoque les créanciers à l'effet d'élire un *magister* (syndic) (Gaius, C. III, § 79).

Fonctions du magister. — Le *magister* est uniquement chargé des opérations de la vente (1) (Gaius, *ibid.*).

V. Rédaction des conditions de la vente.

Quel nom porte cet acte? — Ce que nous appelons *cahier des charges* se nomme chez les Romains *lex bonorum vendendorum*.

Par qui est rédigée la lex bonorum vendendorum? — Les conditions de la vente sont proposées par le *magister* dans une assemblée générale des créanciers convoqués à cet effet *par un nouveau décret* du prêteur.

(1) Voy., dans le sens de cette distinction entre le *magister* chargé uniquement de la vente, et le *curator* chargé de l'administration, Ortolan, t. III, p. 115, n. 1:65 ; Demangeat, t. II, p. 156 ; Maynz, t. II, § 383, p. 570, texte et note 54 ; Tambour, *Des voies d'exécution*, t. I, p. 187 ; Accarias, t. II, n. 483, p. 174, texte et note 1.

Quelle est la teneur ordinaire de cette lex? — Elle nous est donnée par Théophile : « L'acquéreur devra répondre « à chaque créancier, par exemple, de la moitié de sa « créance; de façon que celui à qui il est dû cent solides « en reçoive 50, et celui à qui il est dû deux cents, en « reçoive cent. »

Quelles indications sont contenues dans la lex? — La *lex bonorum vendendorum* contient une énumération des biens et un état des dettes du débiteur.

L'ADJUDICATION.

L'adjudication n'a lieu que *trente* jours après la nomination du *magister* (syndic), s'il s'agit des biens d'un débiteur vivant, et, après *vingt* jours, s'il s'agit des biens d'un défunt (Gaius, C. III, § 79).

Comment se fait l'adjudication? — Elle se fait, suivant toutes les probabilités, aux enchères publiques, à jour et à heure fixés à l'avance (1).

A quel prix? — Le prix offert est un tant pour cent des dettes. Celui qui offre le dividende le plus élevé reste adjudicataire.

Effets de la bonorum venditio. — Les effets doivent être considérés à l'égard de l'acheteur, à l'égard du débiteur : — *A l'égard de l'acheteur*, l'acheteur de l'universalité des biens du débiteur est un successeur prétorien, une sorte de *bonorum possessor*; toutefois il n'a pas d'action *in rem generalis*, à l'image de la *petitio hereditatis possessoria*; il n'a qu'un interdit appelé *possessorium*, semblable à l'interdit *quorum bonorum* (Gaius, C. IV, § 145). Il actionne et il est actionné, non pas *civilement*, mais *utilement* (*utilitatis causa*) (Gaius, C. III, §§ 80, 81; C. IV, § 35). D'ailleurs, il n'acquiert sur les choses dont il s'est rendu

(1) Cependant aucun texte, à notre connaissance du moins, ne prohibe formellement la vente à l'amiable. V., en ce sens, Accarias, t. II, n. 483, p. 175 et 176.

adjudicataire que le domaine bonitaire (*in bonis*), et non le domaine quiritaire; toutefois il peut arriver au domaine quiritaire par l'usucapion (*ex jure Quiritium ita demum acquiruntur si usuceperunt*) (Gaius, C. II, § 154). — A l'égard du débiteur, la vente des biens en masse produit l'infamie. Or l'infamie entraîne certaines incapacités de droit privé et des déchéances politiques (1).

Législation de Justinien. — Sous Justinien, cette vente en masse tombe en désuétude avec la procédure ordinaire (*cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt*). Elle est remplacée par la *distractio bonorum* (Inst., *pr.*, liv. III, tit. XII).

Différences entre la venditio et la distractio bonorum. — 1° Dans la *venditio*, la vente avait lieu en masse, et l'acquéreur devenait *successor in universum jus* du débiteur. Dans la *distractio*, la vente a lieu en détail, pièce à pièce, l'acheteur ne succède aux droits du débiteur que relativement à un bien déterminé. — 2° Dans la *venditio*, le prix consiste en un dividende que l'acheteur s'engage à payer aux créanciers. Dans la *distractio*, c'est la valeur même de chaque bien qui est due. — 3° Dans la *venditio*, l'infamie frappe le débiteur insolvable. Dans la *distractio*, il n'y a pas d'infamie.

Du sénatus-consulte Claudien.

Une autre acquisition par universalité résultait du sénatus-consulte Claudien. Elle avait lieu lorsqu'une femme libre, s'abandonnant à la fureur de sa passion pour un esclave (*servili amore bacchata*), persistait à

(1) C'est un point controversé de savoir si le débiteur était ou non libéré par la *venditio bonorum* pour la portion de ses dettes que la vente n'avait pu éteindre (Gaius, C. II, § 155; L. 25, D., *De reb. auct. jud. poss.*, liv. XLII, tit. v; L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud. credit.*, liv. XLII, tit. VIII). — Vainberg (*Faillite en dr. rom.*, p. 282) se prononce pour la négative et croit que le débiteur restait obligé. V. aussi Accarias, t. II, n. 481, p. 171, note 4; Van Welter, t. II, § 523, p. 246.

cohabiter avec lui malgré les avertissements du maître de cet esclave. Cette femme, après trois dénonciations du *dominus servi*, devenait esclave du même maître en vertu d'un décret du magistrat (*efficitur ancilla*). Il suivait de là que les biens de la femme étaient acquis à celui sous la puissance duquel elle tombait (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XII).

Que faut-il décider à l'égard d'une affranchie? — Deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées : — *Première hypothèse*, l'affranchie entretient des relations avec un *servus alienus* à l'insu de son patron, elle ne devient pas l'esclave du *dominus servi*, mais elle retombe dans l'esclavage de son patron. — *Deuxième hypothèse*, l'affranchie entretient des relations suivies avec un *servus alienus* à la connaissance de son patron (*sciente patrono*), elle devient alors l'esclave du *dominus servi*.

Que faut-il décider, lorsque le commerce entre une femme libre et un esclave a lieu avec l'assentiment du maître de cet esclave? — Il faut examiner les conséquences de ce commerce relativement à la femme, relativement aux enfants qui naissent de cette union. — *1° Relativement à la femme*, la femme ne devient pas esclave; elle est réputée affranchie. Le *dominus servi* acquiert donc sur elle tous les droits de patronage. — *2° Relativement aux enfants*, les enfants sont libres ou esclaves, suivant les arrangements intervenus entre la femme et le maître. Tel est le droit avant Adrien. Cet empereur ordonne que désormais les enfants, quels que soient les arrangements pris entre la femme et le maître, naissent libres (*liberum pariat*).

Justinien a abrogé le sénatus-consulte Claudien qu'il déclare indigne de son temps (*indignum nostris temporibus*), et par voie de conséquence l'acquisition universelle qui en résultait, acquisition qu'il qualifie de misérable (*miserabilis per universitatem acquisitio*. Instit., § 1, liv. III, tit. XII).

TITRE XIII

Des obligations (1).

Définition. — L'obligation (de *ligare*, lier) est un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une peut exiger de l'autre un avantage, un service (*Obligatio est vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura*) (Instit., pr., liv. III, tit. XIII).

La personne qui, dans le rapport d'obligation, a le droit d'exiger quelque chose, se nomme *creditor*. La personne qui est dans la nécessité de rendre un service se nomme *debitor*.

Une expression commune sert à désigner le créancier aussi bien que le débiteur, c'est le mot *reus*. On dit encore *reus credendi* pour le créancier, et *reus debendi* pour le débiteur.

Envisagé au point de vue actif, dans la personne de celui qui peut exiger quelque chose, le rapport se désigne par le mot *créance* (*creditum*); ou bien encore par l'expression de *nomen* qui, par l'effet d'une généralisation, a été étendue du cas spécial où l'inscription du nom était employée pour faire naître l'obligation, à tous les autres cas où un rapport juridique se formait entre deux personnes. Enfin on trouve exceptionnellement pour désigner la créance le mot *obligatio* (Instit., liv. III, tit. XXVIII).

Envisagé au point de vue passif, dans la personne de celui qui en est tenu, le rapport se nomme le plus souvent *obligatio*; dans le droit primitif il se nommait *nexum* (de *nectere*, nouer). On trouve encore le mot *debitum* qui

(1) Cette matière est l'une des plus importantes à étudier; les règles édictées par le droit romain ont été pour la plupart reproduites dans notre Code civil (art. 1101 à 1386).

signifie ce qui est dû, dette. Quelquefois on se sert de l'expression *as alienum*, ce qui veut dire avoir entre ses mains l'argent d'autrui, et dans un sens plus large être tenu d'une obligation.

De l'objet de l'obligation. — L'objet de l'obligation est toujours une *action*. L'action aboutit, en définitive, à une chose qu'il s'agit de fournir (*alicujus solvendæ rei*). Cette chose qu'il s'agit de fournir, peut être de différentes natures. Elle consiste, suivant les expressions du jurisconsulte Paul, *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (1) (L. 3, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). — 1° On est tenu *ad dandum*, lorsqu'on est obligé de transférer la propriété ou un démembrement de la propriété. Ainsi, dans la vente, l'acheteur doit *dare*, c'est-à-dire transférer au vendeur la propriété des écus qui constituent le prix. — 2° On est tenu *ad faciendum*, lorsqu'on s'est engagé à exécuter un fait, ou à garder une abstention. Ainsi, le mandataire, le gérant d'affaires sont tenus *ad faciendum*. — 3° On est tenu *ad præstandum*, lorsqu'on s'est obligé à procurer ou à assurer la possession ou la jouissance d'une chose. Ainsi dans la vente le vendeur doit *præstare rem*, il n'est pas, en effet, obligé de transférer la propriété de la chose. De même, dans le cas du louage, le bailleur est tenu *ad præstandum*. — Comme le fait remarquer fort judicieusement M. Ortolan (*Explic. hist. des Instit.*, t. III, n. 1179, p. 130), l'obligation ne produit aucun droit direct du créancier à la chose, aucun droit réel qui permette à celui-ci de disposer ou tirer profit en aucune manière de la chose, mais seulement un droit contre le débiteur, pour le contraindre à fournir la chose.

Des différentes espèces d'obligations.

1° *Des obligations civiles et des obligations prétoriennes*

(1) Comp. Code civ., art. 1101.

ou honoraires. — Les obligations *civiles* sont celles qui ont été munies d'une action par le droit civil, c'est-à-dire par les lois, les sénatus-consultes, l'usage, ou la doctrine des Prudents. — Les obligations *prétoiriennes*, qu'on appelle aussi *honoraires*, sont celles qui ont été établies et sanctionnées par le droit prétorien; par exemple, l'obligation qui dérive du pacte de constitut (Instit., § 1, liv. III, tit. XIII).

2° *Des obligations proprement dites et des obligations naturelles.* — L'obligation proprement dite comprend l'obligation civile et l'obligation prétorienne, toutes deux munies d'action. — L'obligation naturelle produit certains effets, mais n'engendre jamais une action au profit du créancier.

Quelle est l'utilité de l'obligation naturelle? — Première utilité : lorsqu'un débiteur qui n'était tenu que *jure naturali*, s'exécutait, ce paiement, n'eût-il été fait que par erreur, était valable. Il n'y avait pas lieu à la *condictio indebiti* (L. 19, *pr.*, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, tit. VI). Ce refus de la *condictio indebiti* peut même, comme le dit M. Machelard, être considéré comme la *pierre de touche* de l'obligation naturelle (1). — *Deuxième utilité :* on peut faire valoir l'obligation naturelle par le moyen des exceptions (*parit exceptionem*), si l'occasion s'en présente; aussi, on peut la faire entrer en compensation (2) (L. 6, D., *De compensat.*, liv. XVI, tit. II). Ce sera là, d'ailleurs, l'effet le plus énergique de l'obligation naturelle, puisqu'il soumettra le débiteur naturel à un paiement contre son gré (L. 5, § 2, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). — *Troisième utilité :* l'obligation naturelle peut servir de base aux diverses garanties accessoires qui peuvent accompagner une obligation, telles que l'hypothèque, le gage, la fidéjussion (3)

(1) *Tr. des obligations naturelles en dr. romain*, introd., p. 19. V. aussi Maynz, t. II, § 278, p. 104. — Conf. Code civ., 1235, 2°.

(2) *Contrà*, Code civ., art. 1291.

(3) *Comp. Code civ.*, art. 2012.

(Instit., § 1, liv. III, tit. xx), le constitut (L. 1, § 7, D., *De pec. const.*, liv. XIII, tit. v) ; elle peut également faire l'objet d'une novation (L. 1, § 1, D., *De novat.*, L. XLVI, tit. II), ou engendrer au profit du créancier un droit de rétention (L. 51, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, tit. vi). — *Quatrième utilité* : quand il y a obligation naturelle, la reconnaissance de la dette s'apprécie au point de vue d'un règlement entre créancier et débiteur, de manière à écarter l'application des règles propres aux donations (L. 19, § 4, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. v).

3° *Des obligations principales et des obligations accessoires.* — L'obligation principale est celle qui existe par elle-même. L'obligation accessoire est celle qui fortifie, qui corrobore une obligation principale. Ainsi je promets un bœuf avec une clause pénale de dix écus d'or. Ma promesse constitue une obligation principale ; la clause pénale constitue une obligation accessoire.

4° *Des obligations pures et simples et des obligations avec modalités.* — L'obligation pure et simple est celle dont l'accomplissement peut être exigé dès qu'elle existe. — L'obligation avec modalité est celle dont les effets subissent, par la volonté des parties, diverses modifications.

Les principales modalités qui peuvent affecter une obligation sont le terme, la condition, la clause pénale.

Du terme (dies) (1). — Le terme est un événement qui doit certainement arriver, et jusqu'à l'arrivée duquel l'exercice du droit est suspendu (*terme suspensif*), ou à l'arrivée duquel l'exercice du droit doit cesser (*terme extinctif* ou *résolutoire*). Ainsi le terme affecte l'exercice du droit et non pas son existence (2). Il n'y a pas lieu, en matière de contrat, de distinguer entre le terme *certain* et le terme *incertain*, et d'assimiler, comme dans

(1) V. *infra*, tit. XIX, p. 496 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 1185.

les dispositions testamentaires, les effets du *dies incertus* à ceux de la condition (1).

De la condition. — La condition est un événement futur et incertain auquel la volonté des parties subordonne la formation ou l'extinction d'un rapport de droit (2).

Un événement *futur*. — Donc un événement passé ou actuellement arrivé ne peut pas, quoique inconnu des parties, servir de condition.

Un événement *incertain*. — L'événement incertain ne se confond pas avec un événement futur. Sans doute tout événement *incertain* est nécessairement futur, mais la réciproque n'est pas vraie. Un événement peut être *certain* quoique *futur*; telle est, par exemple, la mort d'une personne actuellement vivante.

A la différence du terme, la condition affecte l'existence du droit lui-même, et non pas seulement l'exercice du droit.

Des différentes espèces de conditions. — On distingue :

1° Des conditions *suspensives* et *résolutoires*. La condition suspensive subordonne l'existence même de l'obligation à l'accomplissement d'un événement; la condition résolutoire y subordonne l'extinction, la résiliation de l'obligation établie (3). — En réalité, toute condition est nécessairement *suspensive* puisqu'elle tient en suspens soit la naissance, soit la résiliation des effets de l'acte.

2° Des conditions *affirmatives* ou *négatives*, suivant que l'effet de l'acte est subordonné à l'accomplissement ou au non-accomplissement d'un événement.

3° Des conditions *potestatives*, *casuelles* et *mixtes*. La condition potestative est celle dont l'accomplissement dépend entièrement de la volonté de celui qui est conditionnellement appelé à acquérir un droit; la condi-

(1) V. *suprà*, liv. II, tit. XIV, p. 266, et liv. II, tit. XX, p. 321.

(2) Conf. Code civ., art. 1168.

(3) Même Code, art. 1181, 1183.

tion casuelle est celle qui ne dépend de sa volonté en aucune manière ; enfin la condition mixte est celle qui dépend en partie de sa volonté et en partie de circonstances extérieures (1).

4° Des conditions *impossibles, illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs* (2).

5° *Des obligations avec clause pénale* (3). — Il y a clause pénale, lorsque, pour assurer l'exécution d'une obligation, le débiteur s'engage au paiement d'une certaine somme pour le cas où il n'accomplirait pas cette obligation, ou ne l'accomplirait que d'une manière incomplète (4). Exemple : je vous promets d'aller à Carthage, et, si je n'y vais pas, je m'engage à vous payer mille écus.

L'obligation avec clause pénale est une espèce d'obligation conditionnelle, mais d'une nature particulière.

L'utilité de la clause pénale se présente à plusieurs points de vue : — 1° Si le débiteur n'a pas exécuté son obligation au terme convenu, le créancier n'a pas besoin de le mettre en demeure : la clause pénale est encourue immédiatement et de plein droit (5) (L. 115, § 2, D., *De verbor. oblig.*, liv. XLV, tit. 1). — 2° Toutes les fois que l'obligation principale est une obligation de faire ou de ne pas faire, qui se résout, au cas où le débiteur refuse de l'accomplir, en une condamnation pécuniaire, dont le montant est réglé par le juge d'après l'intérêt du demandeur, il est bon d'ajouter une clause pénale. Cette clause pénale dispense le demandeur de venir justifier devant le juge du préjudice qu'il éprouve. Le juge n'a pas d'appréciation à faire ; il doit être alloué au demandeur non pas *id quod interest*, mais la somme déterminée qui forme l'objet de la clause pénale (Instit., § 7, liv. III, tit. xv).

(1) Conf. Code civ., art. 1169 à 1171, 1174.

(2) Même Code, art. 1172, 1173. — V. *infra*, tit. xix.

(3) *Ibid.*, art. 1226 à 1233.

(4) Comp. Code civ., art. 1226.

(5) *Contrà*, Code civ., art. 1230.

Dans certains cas particuliers, la clause pénale peut offrir un intérêt considérable au créancier. La clause pénale peut procurer au créancier une action contre le débiteur alors que, sans cette adjonction, il n'aurait eu aucun moyen de forcer le débiteur à exécuter son obligation. Ainsi, quand l'obligation principale est inefficace à cause du défaut d'intérêt en la personne du créancier, ce vice peut être purgé par une clause pénale. Le créancier qui a stipulé une peine a désormais un intérêt à l'exécution de l'obligation, et cet intérêt est égal au montant de la somme qui forme l'objet de la clause pénale. — Exemple : Je vous vends un esclave sous la condition que vous ne le maltraitez pas. Vous le maltraitez. Je ne puis pas agir contre vous ; car je n'ai pas d'intérêt juridique. Mais si j'ai pris soin de stipuler par une clause pénale accessoire que, si vous le maltraitez, vous me devrez cent sous d'or, j'ai désormais un intérêt déterminé d'avance, je pourrai agir contre vous. — De même, je ne puis pas stipuler de vous que vous donnerez telle chose à Titius. Cet acte est nul et ne produit pas d'action (*si quis stipuletur Titio dari, nihil agit*). Mais si j'ajoute la clause pénale suivante : Et, faute de le faire, promettez-vous de me donner cent sous d'or (*nisi dederis tot aureos dare spondes*), j'ai un intérêt, et par conséquent une action (Inst., § 19, liv. III, tit. XIX). — De même, celui qui promet le fait d'autrui n'est pas obligé, à moins qu'il ne se soit soumis lui-même à une peine (*Qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit*. Inst., § 21, eod.).

6° *Des obligations alternatives* (1). — L'obligation est alternative lorsqu'elle porte sur plusieurs choses dont une seule doit être payée (*plures res sunt in obligatione, sed una tantum in solutione*). Le choix appartient au débi-

(1) Conf. Code civ., art. 1189 à 1196.

teur (1) (Instit., § 33, liv. IV, tit. iv). La perte fortuite de l'une des deux choses comprises dans l'alternative ne dispense pas le débiteur du paiement de l'autre (L. 34, § 6, D., *De contr. empt.*, liv. XVIII, tit. x). Mais, en ce cas, le débiteur peut-il offrir de préférence le prix de la chose qui a péri et qui a moins de valeur que l'objet restant? Nous le croyons, quoique la question soit vivement controversée (2).

7° *Des obligations solidaires* (3). — Il y a solidarité, ou mieux *corréalité* (4), lorsqu'en vertu d'une convention expresse ou de la loi, plusieurs personnes sont considérées comme créancières ou débitrices pour le tout d'une obligation unique (5).

8° *Des obligations divisibles et indivisibles* (6). — Une obligation est divisible ou indivisible suivant que son objet est ou n'est pas susceptible de prestation partielle. La propriété, l'usufruit, l'habitation sont des droits divisibles; les servitudes prédiales, le droit d'usage sont choses indivisibles. Sont aussi indivisibles à raison de leur objet la plupart des obligations de faire ou de ne pas faire.

L'indivisibilité déroge au principe de la division des obligations entre les héritiers. Chaque héritier du créancier doit demander le tout; l'exécution ne peut être partielle. Chaque héritier du débiteur peut être poursuivi pour le tout; il doit procurer une prestation totale.

En cas d'inexécution, les dommages-intérêts et la peine ne peuvent être demandés que pour partie par

(1) Comp. Code civ., art. 1190.

(2) Voy., en notre sens, Mommsen, *Beitrag zum oblig.*, t. I, § 26; Vangerow, t. III, § 569, *Anm.* 2, n° 1; Windscheid, t. II, § 255, 1, 5°; Van Weter, t. II, § 326, p. 43. — *Contra*, Puchta, *Pand.*, § 302, note *d*; Maynz, t. II, § 276, note 15. C'est aussi en ce dernier sens que s'est prononcé le législateur français (Code civ., art. 1193).

(3) Comp. Code civ., art. 1197 à 1216.

(4) Les jurisconsultes romains n'ont point fait de distinction entre la solidarité et la corréalité. — V. *infra*, liv. III, tit. xvi, p. 467, *texte et note 2*.

(5) V. *infra*, liv. III, tit. xvi, p. 466 et suiv.

(6) Comp. Code civ., art. 1217 à 1225.

chaque héritier du créancier et ne peuvent être supportés que pour part et portion par chaque héritier non coupable du débiteur (1).

De la cause des obligations.

Les obligations découlent soit des contrats, soit des délits, soit d'une multitude de causes diverses (*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. L. 1, D., *De obligat. et action.*, liv. XLIV, tit. VII). Que signifient ces mots *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*? Ces mots veulent dire qu'à côté des contrats et des délits, le droit civil avait placé certains faits générateurs d'obligations qui présentaient quelque analogie, soit avec les contrats, soit avec les délits. Quand le fait générateur avait du rapport avec un contrat, on disait que l'obligation naissait comme d'un contrat (*quasi ex contractu*); quand ce fait ressemblait à un délit, on disait que l'obligation naissait comme d'un délit (*quasi ex delicto, seu maleficio*) (Instit., § 2, liv. III, tit. XIII).

Qu'est-ce qu'un contrat? — Le contrat est une convention entre deux ou plusieurs personnes, à laquelle le droit civil ou prétorien a donné le pouvoir de produire une obligation sanctionnée par une action (2).

Qu'est-ce qu'un délit? — Le délit est un fait volontaire, illicite, prévu et réprimé par le droit civil (3).

De la division des Institutes relativement à la matière des obligations. — Les contrats comprennent dans les Institutes les titres XIV à XXVI inclusivement, ainsi que les titres XXVIII et XXIX. — Les *quasi-contracts* (4), ou mieux les obligations qui naissent *quasi ex contractu*, sont traités spécialement au titre XXVII. — Les

(1) Sic, Van Wetter, t. II, § 338, p. 58; Maynz, t. II, § 277; Namur, t. I, § 220. — *Contrà*, de Savigny, t. I, § 34; Windscheid, t. II, § 299, texte et note 7; Vangerow, t. III, § 567, *Ann.*

(2) Comp. Code civ., art. 1101, 1134.

(3) Comp. Code pén., art. 1.

(4) Voy. Code civ., art. 1371 à 1381.

délits (1) trouvent leur place dans les quatre premiers titres du livre IV. — Enfin, les *quasi-délits* (2), ou mieux les obligations qui naissent *quasi ex delicto*, sont traités au titre v du livre IV.

Des contrats.

Si l'on s'arrête au fait juridique, générateur de l'action, à la *causa civilis obligationis*, on divise les contrats en réels (*re*), verbaux (*verbis*), littéraux (*litteris*), et consensuels (*consensu*). Tel est le point de vue adopté par Justinien dans ses Institutes (§ 2, *ead.*).

Si l'on apprécie les contrats d'après la nature des actions qui en résultent, on les divise en contrats *de bonne foi* et en contrats *de droit strict*. Dans les premiers l'étendue de l'obligation de chaque partie est réglée d'après l'équité et la bonne foi (*ex æquo et bono*); dans les seconds, l'étendue de l'obligation est invariablement fixée par la lettre même de la convention. — Sont de bonne foi, tous les contrats consensuels sans exception; les contrats réels autres que le *mutuum* ou prêt de consommation. — Sont de droit strict (*stricti juris*) les contrats verbaux et littéraux, et parmi les contrats réels le *mutuum* (3).

TITRE XIV

Des obligations qui se contractent par la remise d'une chose.

Quatre contrats se forment par la remise d'une chose (*re*). Ce sont : — 1° le *mutuum* ou prêt de consommation; — 2° le *commodat* ou prêt à usage (*commodatum*); — 3° le dépôt (*depositum*); — 4° le gage (*pignus*).

(1-2) Voy. Code civ., art. 1382 à 1386.

(3) V. *infra*, liv. IV, tit. vi, la division correspondante des actions en actions de bonne foi et en actions de droit strict.

MUTUUM.

Définition. — Le *mutuum* est un contrat dans lequel l'un des contractants transfère en propriété à l'autre des choses considérées *in genere*, que celui-ci s'oblige à lui rendre au bout d'un certain temps, en mêmes qualité, quantité et valeur (1). C'est de cette translation de propriété que les jurisconsultes romains tiraient l'étymologie du mot *mutuum* : *unde etiam mutuum appellatum est, quia quod a me tibi datum est, ex meo tuum fiat* (Gaius, C. III, § 90; Instit., *pr.*, liv. III, tit XIV).

On nomme les deux contractants, l'un prêteur (*tradens*), l'autre emprunteur (*accipiens*).

Du *mutuum* naît une action de droit strict appelée *condictio certi ex mutuo*, donnée au prêteur pour réclamer de l'emprunteur le montant de son obligation.

Le *mutuum* rentre éminemment dans l'idée de *credere*; il implique confiance dans autrui. En effet, il est traité, dans le Digeste, du *mutuum* sous cette rubrique : *De rebus creditis* (liv. XII, tit. 1). Ces mots ont toutefois un sens plus large que le mot *mutuum*.

Le *mutuum* comprend : — 1° une aliénation faite par le prêteur et une obligation contractée par l'emprunteur ; — 2° une obligation de rendre non pas les mêmes choses que l'on a reçues, mais des choses de même nature et de même valeur (*ejusdem nature et qualitatis*).

I. DE L'ALIÉNATION (*mutui datio*).**Conditions de capacité chez le prêteur.**

Puisque le contrat de *mutuum* exige une aliénation, il faut : — 1° que le prêteur soit propriétaire des choses qu'il prête (2) (L. 2, § 4, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). Exemple : Sempronius a volé un sac d'argent, et il le

(1) Comp. Code civ., art. 1892 à 1904.

(2) *Ibid.*, art. 1893.

prête à Séius ; il n'y a pas de *mutuum* ; car il n'y a pas d'aliénation. Séius n'est pas devenu propriétaire du sac d'argent ; — 2° que le prêteur soit, en outre, capable d'aliéner. Exemple : un pupille, non autorisé par son tuteur, prête de l'argent ; ce pupille ne deviendra pas créancier, parce que la créance n'est que le fruit de l'aliénation, et que le pupille est incapable d'aliéner. Il résulte que le pupille pourra, comme propriétaire de l'argent qu'il a prêté, exercer l'action en revendication (Gaius, C. II, §§ 80-82 ; Instit., § 2, liv. II, tit. VIII).

Différences entre l'action en revendication et la *condictio certi ex mutuo*.

Il y a entre ces actions des différences nombreuses. — *Première différence* : supposons que les deniers prêtés par le pupille périssent, le droit du pupille périt avec les deniers, l'action en revendication s'éteint. Au contraire, si le pupille avait acquis la *condictio certi ex mutuo*, il aurait pu, en cas de perte, agir contre l'emprunteur, et se faire restituer les deniers prêtés. — *Deuxième différence* : le droit du pupille est attaché aux deniers ; si donc l'emprunteur les aliène, le pupille pourra par l'action en revendication les suivre entre les mains de tout détenteur. Au contraire, par la *condictio certi ex mutuo*, le pupille ne pourrait pas suivre les deniers que l'emprunteur aurait aliénés ; si donc l'emprunteur était insolvable, le pupille perdrait ses droits. — *Troisième différence* : si l'emprunteur fait faillite, et que des créanciers se présentent, le pupille, par l'action en revendication, pourra reprendre ses deniers. Au contraire, par la *condictio certi ex mutuo*, le pupille ne pourrait, en cas de faillite de l'emprunteur, prétendre qu'à un dividende, il serait donc obligé de subir la réduction au marc le franc. *Objection* : c'est là, dit-on, une revendication très précaire, puisqu'elle n'est plus possible dès l'instant que l'emprunteur a employé les deniers, de façon qu'ils ne puissent plus être reconnus.

On répond que, bien qu'il n'y ait pas de *mutuum*, l'emprunteur n'en est pas moins obligé du moment qu'une valeur a passé du patrimoine du pupille dans le patrimoine de l'emprunteur, sans qu'il y ait eu une juste cause d'enrichissement. Dans ce cas, l'emprunteur est tenu *quasi ex contractu*. L'intérêt de cette distinction est considérable. En effet, si l'emprunteur était obligé en vertu d'un *mutuum*, il aurait un délai pour le remboursement; au contraire, s'il est tenu *quasi ex contractu*, il peut être contraint de restituer immédiatement. — Si la consommation des deniers était faite de mauvaise foi par l'emprunteur, il y aurait lieu à l'action *ad exhibendum*.

Conditions de capacité chez l'emprunteur.

Il faut que l'emprunteur ait: — 1° la capacité générale de s'obliger; exemple: un pupille emprunte de l'argent, *sine auctoritate tutoris*, il n'est pas tenu *ex mutuatione*; — 2° la capacité spéciale de s'obliger par *mutuum*. En effet, un sénatus-consulte Macédonien, rendu dans le but de réprimer les usures et de prévenir les abus dangereux produits par les emprunts faits par des fils de famille, porte que celui qui aura prêté de l'argent à un fils de famille, sans le consentement du père de l'emprunteur, n'aura aucune action, ni contre le père, ni contre le fils, quand bien même celui-ci deviendrait *sui juris* (1) (L. 2, *pr.*, L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

Conditions de formes.

Le *mutuum* exige la condition nécessaire à la formation de tout contrat, le consentement des parties, l'accord entre la volonté du prêteur et celle de l'emprunteur. Exemple: j'ai voulu vous prêter 100 deniers, mais vous n'avez pas voulu me les emprunter, vous avez cru que je vous les donnais. Il y aura bien aliénation, parce que j'ai eu l'intention d'aliéner à un titre quelconque, et que vous avez voulu acquérir, mais il n'y aura pas *mu-*

(1) Voy. des développements complémentaires sur le sénatus-consulte Macédonien, *infra*, liv. IV, titre VII.

tuum. Je pourrais agir contre vous, non pas *ex contractu* ou *ex mutuo*, mais *quasi ex contractu*. En effet, toutes les fois qu'une personne s'enrichit aux dépens d'une autre, sans juste motif, elle est tenue de restituer cette acquisition (L. 3, § 1, D., *De obl. et act.*, liv. XLIV, tit. VII).

Outre le consentement des parties, le *mutuum* exige encore d'autres conditions de formes. L'aliénation, qui est le fondement et la mesure du *mutuum*, ne se fera plus avec une balance et en présence de témoins ; elle se fera d'une façon plus simple par la tradition. En effet, il s'agit d'aliéner des choses *nec mancipi*, en général, de l'argent ; et la tradition suffit pour ces sortes d'aliénation. Or, la tradition ne s'opère pas uniquement dans le cas où la chose prêtée passe, sans intermédiaire, de la main du prêteur dans celle de l'emprunteur, elle a encore lieu dans les hypothèses suivantes : — *Première hypothèse*. Je vous confie une somme d'argent. C'est un dépôt. Plus tard, je vous prête cette somme d'argent, je convertis le dépôt en *mutuum*. Il y a ici une tradition tout aussi effective que si les deniers avaient passé de mes mains dans les vôtres. C'est une dation véritable (L. 9, § 9, *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). — *Deuxième hypothèse*. Titius vous a chargé de gérer ses affaires à Rome, et vous faites des recouvrements à son compte. Vous lui écrivez : « J'ai reçu 100 deniers et je les tiens à votre disposition. » Titius vous répond : « Ces 100 deniers, je vous les prête. » Le *mutuum* se formera-t-il dans cette hypothèse ? Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. Africain soutenait qu'il n'y avait pas tradition et, par conséquent, que le *mutuum* n'avait pas pu se former (L. 34, *pr.*, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. 1). Ulpien admettait, au contraire, la formation du *mutuum*. Il disait : « Quand un mandataire écrit à son mandant qu'il tient 100 deniers à sa disposition, c'est comme s'il lui faisait acquérir par une tradition effective ces 100 deniers. » Et si le mandant

répond au mandataire : « Ces 100 deniers je vous les prête. » Il se passe une deuxième tradition, par suite de laquelle le mandant se dessaisit de ses deniers au profit de son mandataire. Il y a, par conséquent, formation du *mutuum* (L. 15, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). — *Troisième hypothèse.* Je veux prêter à Titius 100 deniers, je ne les ai pas chez moi, mais chez mon débiteur Secundus. Je prie Secundus de compter à Titius les 100 deniers qu'il me doit. Ces deniers, en fait, n'ont jamais été entre mes mains ; ils passent directement du patrimoine de mon débiteur dans celui de Titius. Y a-t-il là une véritable *datio*, un véritable *mutuum*? Il a été admis, d'une façon conforme au principe sur la possession, que le *mutuum* pourrait se former. En effet, le débiteur a l'intention de se libérer, et il ne le peut qu'en me rendant propriétaire. Or, lorsqu'il remet les 100 deniers à Titius, sur mon ordre, c'est dans l'intention que je devienne propriétaire. D'un autre côté, l'emprunteur a aussi l'intention de me faire acquérir la propriété de ces 100 deniers, afin que la propriété de ces deniers passe ensuite de moi prêteur, à lui emprunteur. Il reçoit donc cette somme pour moi, et il m'en a rendu possesseur et propriétaire. Ainsi, en résumé, ces deniers, qui, en fait, ont passé directement du patrimoine de mon débiteur dans celui de mon emprunteur, sont censés avoir été reçus de mon débiteur d'abord par moi, et avoir été ensuite transmis par moi à l'emprunteur (L. 15, D., *eod.*). — *Quatrième hypothèse.* J'ai un débiteur qui me doit de l'argent. Je lui dis : « Si vous ne pouvez me payer, gardez l'argent ; vous me le devrez à titre de *mutuum*. » Y a-t-il là une conversion d'un dépôt en *mutuum*? Bien des interprètes modernes enseignent l'affirmative. M. Gide (1) repousse cette opinion. En effet, d'après l'honorable professeur, le contrat

(1) *A son cours.* — Comp. Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, p. 87, note 1.

s'est formé, dans notre espèce, par un simple consentement des parties, il n'y a pas eu une *res*. Or, pour qu'il y ait *mutuum*, il faut une *res*, c'est-à-dire une tradition impliquant une aliénation. — *Cinquième hypothèse*. Je remets à Titius des pièces d'argenterie pour qu'il les vende, et qu'il conserve à titre de prêt le prix qu'il en retirera. Y a-t-il là véritablement un *mutuum*? La raison de douter, c'est que les écus reçus par le vendeur-emprunteur n'ont jamais appartenu au prêteur. Aussi Africain n'admet pas qu'il y ait là un *mutuum* (L. 34, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1). Mais Ulpien s'écarte de cette rigueur de doctrine, et décide que le vendeur-emprunteur est tenu envers le prêteur *ex mutui datione* (L. 11, *pr.*, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

II. DE L'OBLIGATION DE RENDRE DES CHOSES DE MÊME NATURE ET DE MÊME VALEUR QUE CELLES QUE L'ON A REÇUES.

Le *mutuum* contient une aliénation et un prêt. Or, ces deux idées d'aliénation et de prêt semblent, au premier abord, impliquer contradiction. En effet, qu'est-ce qu'aliéner, si ce n'est conférer à quelqu'un un droit définitif sur une chose, un droit absolu? Qu'est-ce que prêter, si ce n'est transférer à quelqu'un un droit temporaire, le charger de conserver pour rendre? Aussi, dans le *mutuum*, l'aliénation et l'obligation se distinguent et ont pour objet deux choses différentes. Quand je fais un prêt, j'aliène, par exemple, *certaines pièces* de monnaie dont vous pouvez disposer comme il vous semble. Mais que vous ai-je prêté, c'est une valeur, une somme? On voit donc que, pour qu'une telle obligation de restituer puisse naître, il faut qu'il s'agisse de choses que l'on ne considère pas quant à leur individualité, mais quant à leur valeur (1) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIV).

(1) Conf. Code civ., 1897, 1902.

Si l'emprunteur rendait la chose même qu'il aurait reçue, il y aurait un *commodat*, mais pas un *mutuum* (L. 2, *pr.*, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

S'il rendait une chose différente, ce ne serait plus un *mutuum*, ce serait, en droit français, un *échange* ; en droit romain, un *contrat innomé*.

Les choses qui peuvent faire l'objet d'un *mutuum* sont les choses *fongibles* (1), c'est-à-dire qui font fonction les unes des autres. Considérées à un autre point de vue, ces choses ont été appelées *choses qui se consomment par le premier usage* (2). C'est la volonté des parties qui rend les choses fongibles. Ce qu'il importe donc de rechercher, c'est non pas la *nature de la chose prêtée*, mais la *nature de l'usage* que les parties ont eu en vue. Ainsi les choses qui paraissent le mieux convenir au *mutuum*, et le plus répugner au *commodat*, peuvent faire l'objet d'un *commodat* ; et réciproquement. Par exemple, des pièces d'or ont ordinairement le caractère de choses fongibles ; mais si je vous emprunte des pièces d'or *pour les employer comme jetons dans une partie de jeu, ou pour compléter une collection de monnaies*, dans ces deux cas, et autres semblables, il n'y aura pas *mutuum*, mais *commodat*. Je serai tenu de vous rendre *in specie* les mêmes pièces d'or que j'aurai reçues. — Au contraire, certaines choses, qui ne se consomment pas *primo usu*, peuvent être fongibles. C'est ainsi qu'un exemplaire d'un ouvrage peut être remis par un libraire à un de ses confrères, à la condition que celui-ci lui en rendra un semblable ; c'est évidemment un *mutuum*. Cet exemplaire est fongible dans l'intention des parties.

Différences entre le mutuum et le quasi-usufruit.

Le *mutuum* diffère du *quasi-usufruit* sous trois principaux rapports : — 1° le droit de l'emprunteur est transmissible à ses héritiers ; celui du *quasi-usufruitier* s'é-

(1) V. *suprà*, liv. II, tit. 1, p. 142. V. aussi Code civ., art. 1893.

(2) *Ibid.*, p. 141 et 142.

teint par sa mort, lors même qu'elle arrive avant le temps fixé pour la restitution, car ce terme est stipulé non pour étendre, mais pour restreindre la durée de l'usufruit ; — 2° le *mutuum* est toujours un contrat ; le *quasi-usufruit*, au contraire, résulte, en général, d'un legs ; — 3° dans le *mutuum*, l'emprunteur peut très bien, sauf convention spéciale à cet effet, n'être astreint à fournir aucune garantie au prêteur ; au contraire, dans le *quasi-usufruit*, l'obligation de donner une satisfaction est de la nature même du quasi-usufruit.

Exceptions au principe que l'emprunteur ne peut pas être tenu, en cas de *mutuum*, à rendre une valeur supérieure à celle qu'il a reçue. — De ce que l'aliénation faite par le prêteur est la cause et la mesure de l'obligation contractée par l'emprunteur, il résulte que le prêteur ne pourrait pas convenir, lorsqu'il prête cent deniers, que l'emprunteur lui en rendra cent cinquante. L'emprunteur ne peut être contraint, en vertu du *mutuum*, de payer plus qu'il n'a reçu (1) (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). Ce principe a cependant reçu plusieurs exceptions : — *Première exception* : elle est relative au prêt d'argent fait en vue d'une opération maritime. Cette somme d'argent peut être au profit du prêteur productive d'intérêts, en vertu d'un simple pacte ajouté au prêt. Ces intérêts se nomment *nauticum fœnus* (L. 7, D., *De nautic. fœn.*, liv. XXII, tit. II). Dans notre droit français ce prêt maritime s'appelle *prêt à la grosse aventure* (2). — *Deuxième exception* : elle est relative à tous les cas où ce sont des denrées qui forment l'objet du prêt ; l'emprunteur peut alors être contraint, suivant ce qui a été convenu, de rendre plus qu'il n'a reçu

(1) Mais il a pu être convenu que l'emprunteur rendra moins qu'il n'a reçu ; dans ce cas, il y a *mutuum* jusqu'à concurrence de ce qui doit être restitué et donation pour la portion abandonnée (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

(2) Comp. Code com., art. 311 à 331. — Voy. notre *Dictionnaire de dr. com., industr. et marit.*, t. IV, v° *Grosse aventure (contrat à la)*.

parce que la valeur des denrées a pu varier (L. 12, C., *De usur.*, liv. IV, tit. xxxii). — *Troisième exception* : elle est relative aux banquiers (*argentarii*) qui pouvaient exiger de ceux à qui ils avaient prêté de l'argent des intérêts dus en vertu de la simple convention entre les parties, sans qu'il y ait eu stipulation. Cette mesure prise par Justinien avait pour but de favoriser les entreprises commerciales (Nov. CXXXVI, ch. iv). — Même privilège pour les prêts faits par le fisc ou par des villes (LL. 30, 43, D., *De usur.*, liv. XXIII, tit. II).

APPENDICE

PRÊT A INTÉRÊT (1).

Définition. — Les intérêts (*usura*, de *usus*, usage) représentent la valeur d'usage d'une quantité de choses fongibles. Aux intérêts s'oppose le capital (*sors*).

Ce capital est le plus souvent une somme d'argent. Mais, dans le langage juridique, une dette quelconque de choses fongibles peut produire des intérêts (2).

Stipulation d'intérêts. — Le *mutuum* par lui-même ne peut donner lieu à une dette d'intérêts, puisque la chose à restituer se mesure exactement à la chose prêtée. Le moyen d'y parvenir est d'ajouter au *mutuum* un contrat accessoire, et ce contrat est la *stipulation*. Une simple convention, un pacte ne suffisent point, en dehors des exceptions que nous venons de citer (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

Taux de l'intérêt. — Le taux de l'intérêt de l'argent, libre à l'origine, fut limité par la loi des Douze Tables. Après de nombreuses variations, il est fixé par Justinien à 6 p. 100 par an entre non commerçants (3) et à 8 p.

(1) Comp. Code civ., 1905 à 1914.

(2) *Ibid.*, art. 1905.

(3) Pour les personnes *illustres*, le taux ne devait pas dépasser 4 p. 100. — Comp. Code civ., art. 1907 ; L. 3 sept. 1807.

400 entre commerçants (L. 26, C., *De usur.*, liv. IV, tit. XXXII).

De plus, le total des intérêts ne peut jamais dépasser le capital ; le cours des intérêts est suspendu lorsque le débiteur a payé en intérêts le montant du capital (LL. 10, 29, C., *eod.*).

Les stipulations d'intérêts usuraires sont nulles pour l'excédent ; elles ne produisent aucun effet, pas même une obligation naturelle. S'ils ont été payés, ils s'imputent sur le capital, ou peuvent être réclamés par la *condictio indebiti* (1) (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XIV, § 2).

Anatocisme. — Une autre restriction apportée aux dettes d'intérêts est la défense de l'*anatocisme*, c'est-à-dire que l'on ne peut pas promettre de payer les intérêts des intérêts, sous peine d'infamie (2) (L. 28, C., *eod.*). Il fallait garantir les débiteurs contre les dangers de la capitalisation.

COMMODAT, DÉPOT, GAGE.

Définition. — Le *commodat*, ou prêt à usage, est un contrat par lequel l'une des parties remet *gratuitement* à l'autre une chose considérée comme corps certain (*in specie*) que celle-ci s'oblige à restituer dans son individualité, après s'en être servie pendant le temps convenu (3) (Instit., § 2, liv. III, tit. XIV).

Le *dépôt* est un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre une chose considérée comme corps certain (*in specie*) que celui-ci s'oblige à garder *gratuitement*, et à restituer quand elle lui sera réclamée (4) (Inst., § 3, *eod.*).

Le *gage* est un contrat par lequel un débiteur ou un

(1) Conf. Loi 19 déc. 1850.

(2) Comp. Code civ., 1154, 1155.

(3) Même Code, art. 1875.

(4) *Ibid.*, art. 1915.

liers pour le débiteur remet à un créancier, pour sûreté d'une dette, un objet que ce dernier s'engage à lui restituer lors du paiement (1) (Inst., § 4, *ead.*).

RÈGLES COMMUNES AU COMMODAT, AU DÉPÔT ET AU GAGE.

Première règle. — Ces trois contrats se forment *re*, comme le *mutuum*. Mais ils diffèrent du *mutuum* sur ce premier point, à savoir que la remise de la chose ne transfère point ici la propriété, ni même la possession civile à l'*accipiens* ; elle ne lui procure qu'une simple détention de la chose. *Conséquence* : il n'est pas nécessaire pour la formation de ces contrats que le *tradens* soit, comme dans le *mutuum*, propriétaire de la chose.

Deuxième règle. — Ces trois contrats ont pour objet une chose considérée dans son individualité (*in specie*). Au contraire, dans le *mutuum*, la chose est considérée dans son genre (*in genere*). *Conséquences* : 1° en cas de *mutuum* l'emprunteur peut rendre une chose pour une autre ; en cas de commodat, de dépôt, de gage, l'*accipiens* est tenu de restituer identiquement l'objet qu'il a reçu ; 2° dans le *mutuum*, si la chose prêtée périt par cas fortuit, l'emprunteur n'est pas libéré, car son obligation a pour objet, non la chose qui a péri, mais un genre qui ne peut pas périr ; dans le commodat, le dépôt et le gage, si la chose périt par cas fortuit, l'obligation de l'*accipiens* est éteinte faute d'objet.

Troisième règle. — Le commodat, le dépôt, le gage, sont des contrats synallagmatiques imparfaits qui donnent lieu à deux actions : — l'une au profit du *tradens* pour contraindre l'*accipiens* à restituer la chose. Cette action est appelée *directe* (*actio commodati, depositi, pignoratitia directa*), parce qu'elle dérive directement et immédiatement du contrat, qu'elle en forme une condi-

(1) Comp. Code civ., art. 2071.

tion essentielle, la chose reçue devant nécessairement être rendue au *tradens*. — L'autre au profit de l'*accipiens* pour contraindre le *tradens* à lui rembourser les dépenses faites pour la chose qui lui a été remise. Cette action se nomme *contraire* (*actio commodati, depositi, pignoratitia contraria*) ; elle naît, à l'occasion du contrat, mais d'un fait postérieur qui peut exister ou ne pas exister. — Le *mutuum* est un contrat unilatéral.

Quatrième règle. — Le commodat, le dépôt, le gage, sont des contrats de bonne foi. — Au contraire, le *mutuum* est un contrat de droit étroit (*stricti juris*) (Inst., § 28, liv. IV, tit. vi).

RÈGLES SPÉCIALES AU COMMODAT (1).

Dans le commodat, le prêteur s'appelle *commodant*, et l'emprunteur *commodataire*.

Caractères du commodat. — Le commodat ne transfère pas au commodataire la propriété, ni même la possession civile (*animo domini*) de la chose prêtée. Le commodataire exerce la possession pour le compte du commodant qui lui a donné seulement la faculté de détenir la chose et d'en faire usage (2) (L. 8, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. vi). — Le commodat est essentiellement gratuit (3) ; du moment que l'on fait intervenir un salaire, un avantage réciproque, il n'y a plus de commodat (Instit., § 2, liv. III, tit. xiv). C'est alors soit un *louage*, soit un *contrat innomé*.

But du commodat. — Le commodat est généralement fait dans une intention bienveillante à l'égard du commodataire. Cependant il peut aussi être fait dans l'intérêt unique du prêteur ou dans l'intérêt commun des deux parties (L. 5, § 10, D., *eod.*).

Des choses qui peuvent faire l'objet du commodat.

(1) Comp. Code civ., art. 1875 à 1891.

(2) Conf. même Code, art. 1875, 1877.

(3) *Ibid.*, art. 1876.

— Toutes les choses qui sont dans le commerce (1) peuvent être prêtées à usage, les immeubles comme les meubles (L. 1, § 1, D., *cod.*), les choses qui s'estiment au poids, au nombre et à la mesure, et qui le plus habituellement sont destinées à la consommation (*primo usu consumuntur*) comme celles qui s'estiment individuellement (L. 3, § 6; L. 4, D., *Commodat.*, liv. XIII, tit. vi).

Des droits du commodataire, et, par suite, des obligations du commodant. — 1° Le commodataire a le droit d'employer la chose prêtée à l'usage naturel et ordinaire auquel elle est propre (2). Mais presque toujours le commodant prend soin de déterminer pour quel usage et pour quel temps il prête sa chose; dans ce cas, les droits du commodataire sont restreints par la convention (3). — 2° Le commodataire a le droit de répéter les dépenses qu'il a faites, lorsqu'elles étaient nécessaires à la conservation de la chose, et il a, dans ce but, l'action *commodati contraria* (4). Quant aux dépenses qu'il a faites, en vue de la jouissance de la chose, par exemple, lorsqu'il nourrit un cheval qui lui a été prêté, il ne peut les répéter, car le commodant s'est engagé, non pas à *le faire user*, mais à *le laisser user* de la chose prêtée. C'est à lui à supporter ces dépenses, puisque c'est lui qui en a le profit (5). — 3° Le commodataire a le droit de se faire indemniser du préjudice que le commodant lui a causé par son dol (6) (L. 18, §§ 2, 3, D., *eod.*).

(1) Conf. Code civ., art. 1878.

(2) Même Code, art. 1880.

(3) Mais dans les limites de la convention, les droits du commodataire sont absolus, et le commodant ne saurait, même en cas de besoin urgent de la chose prêtée, en réclamer la restitution avant l'échéance du terme fixé (L. 7, § 3, D., *Commodat.*, liv. XIII, tit. vi). — *Contra*, Code civ., art. 1889.

(4) Même Code, art. 1890.

(5) *Ibid.*, art. 1886.

(6) *Ibid.*, art. 1891.

Des obligations du commodataire, et, par suite, des droits du commodant. — 1° Le commodataire est tenu de restituer la chose qui lui a été prêtée (1); cette restitution ne comprend pas seulement la chose elle-même, mais encore les fruits et produits de la chose. L'obligation de restituer emporte l'obligation de conserver la chose et d'en prendre soin (2). Le commodataire est responsable de son dol, et de toute faute que ne commettrait pas un père de famille *très diligent* (Instit., § 2, liv. III, tit. XIV). — 2° Le commodataire, n'ayant d'autre droit que celui qu'il tient de la bienveillance du commodant, ne doit employer la chose qu'à l'usage déterminé par la convention intervenue entre lui et le commodant, et ne s'en servir que pendant le temps stipulé (3). Si le commodataire sort avec intention de cet usage limité, il commet un *vol* et il peut être passible de l'action *furti* (Instit., § 6, liv. IV, tit. 1). Si c'est sans mauvaise intention, il commet un *abus*, et il est responsable des dommages qui pourraient en résulter pour la chose (Instit., § 2 *in fine*, liv. III, tit. XIV).

APPENDICE

PRÉCAIRE

Définition. — Le précaire (*precarium*) est le contrat par lequel on abandonne à quelqu'un, à titre de tolérance, l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit.

Ressemblances entre le précaire et le commodat. — Le précaire, comme le commodat, s'inspire d'un sentiment de libéralité, exige la remise effective de la chose prêtée, et la restitution *in specie*.

Différences. — Il se distingue du commodat sous les

(1) Conf. Code civ., art. 1885.

(2) *Ibid.*, art. 1880.

(3) *Ibid.*, art. 1881.

rappports suivants : — 1° Il peut avoir pour objet l'exercice d'un droit, notamment celui d'une servitude (L. 15, § 2, D., *De prec.*, liv. XLIII, tit. xxvi); — 2° sauf convention contraire, il donne la possession juridique; — 3° il est révocable *ad nutum concedentis*, alors même qu'un terme aurait été fixé (LL. 2, § 2; 12, *eod.*); — 4° il cesse de plein droit par la mort du précariste (L. 12, § 1, D., *eod.*); — 5° comme contrat réel innomé, il produit l'action *præscriptis verbis*; et donne en outre au concédant l'interdit *de precario* (L. 2, *pr.*, et § 2, D., *eod.*).

RÈGLES SPÉCIALES AU DÉPÔT (1).

Celui qui fait le dépôt se nomme *déposant* (*deponens*), et celui qui reçoit *dépositaire* (*depositarius*).

Caractères du dépôt. — Le dépôt ne transfère ni la propriété ni la possession de la chose déposée. Le dépositaire n'est que détenteur d'une chose qu'un autre possède (2) (L. 17, § 1, D., *Deposit.*, liv. XVI, tit. III). — De même que le commodat, le dépôt est *essentiellement gratuit* (3) (L. 1, §§ 8-10, D., *eod.*). Du moment que l'on ferait intervenir un salaire, un avantage quelconque, il n'y aurait plus de dépôt, mais un *louage d'industrie* ou un *contrat innomé* (4).

But du dépôt. — Le but du dépôt est la garde d'une chose. C'est dans cette intention qu'elle est livrée au dépositaire.

Des choses qui peuvent être l'objet d'un dépôt. — Le dépôt n'est possible que relativement aux choses *mobilières* (5). Les choses *immobilières* ne peuvent faire l'objet d'un dépôt. Ainsi, lorsque je confie à quelqu'un le soin d'un immeuble, par exemple, lorsque je le

(1) Comp. Code civ., art. 1915 à 1918.

(2) Même Code, art. 1915.

(3) *Ibid.*, art. 1917.

(4) Voy., sur les contrats innomés, *infra*, tit. xxvi.

(5) Conf. Code civ., art. 1918.

charge de donner de l'air à ma maison, de la faire nettoyer et réparer, je ne forme pas un contrat de dépôt, mais de *mandat*.

Différences entre le commodat et le dépôt. — *Première différence* : le commodat s'applique à toutes choses qui sont dans le commerce, *meubles* et *immeubles*. Le dépôt n'a lieu que par rapport aux *meubles*. — *Deuxième différence* : le commodat est uniquement dans l'intérêt du commodataire. Le dépôt a lieu dans l'intérêt du déposant. Le commodataire reçoit un service ; le dépositaire en rend un. De ce principe résultent plusieurs conséquences. *Première conséquence* : le dépositaire qui reçoit la chose pour la garder ne doit aucunement s'en servir (1). S'il s'en servait il commettrait un vol (*furtum*), et il serait passible de l'action *furti* (Instit., § 6, liv. IV, tit. 1). *Deuxième conséquence* : si un terme a été stipulé pour la restitution du dépôt, le dépositaire ne peut pas se décharger du dépôt et forcer le déposant de le recevoir avant le terme convenu, mais le déposant peut en exiger la restitution, à toute époque, quand bon lui semble ; car c'est uniquement dans son intérêt que le terme a été stipulé (2) (L. 1, §§ 45 et 46, D., *eod.*). *Troisième conséquence* : le dépositaire n'est responsable que de son dol, ou de sa faute lourde qui est assimilée au dol, et non de sa simple faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence (*culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentix non tenetur*). Il est donc en sécurité dès l'instant qu'il donne à la conservation de la chose déposée les soins qu'il apporte aux siennes (3). S'il est négligent, inhabile dans l'administration de ses affaires, le déposant n'aura contre lui aucun recours. En effet, celui qui a confié la garde de sa chose à un ami négligent doit s'imputer de s'être

(1) Conf. Code civ., art. 1930.

(2) Même Code, art. 1914.

(3) Même Code, art. 1927.

exposé aux suites de ce défaut (Instit., § 3, liv. III, tit. XIV). S'il en est autrement dans le commodat, c'est que le comodatataire reçoit un service. *Quatrième conséquence* : le dépositaire qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose peut les répéter toutes, sans qu'il y ait à distinguer entre les dépenses qui sont et celles qui ne sont pas charges de la jouissance (1). Si le comodatataire ne peut répéter que les dépenses qui ne sont point faites en vue de la jouissance, c'est que les autres dépenses sont compensées par l'usage qu'il retire de la chose (L. 3, *pr.*, D., *eod.*).

De quelques espèces particulières de dépôt.

Dépôt nécessaire ou misérable (2). — On désigne sous le nom de dépôt *nécessaire* ou *misérable* celui qui est déterminé par des circonstances impérieuses telles qu'un incendie, un tumulte, un naufrage, circonstances qui ne laissent au déposant ni la liberté de ne pas faire le dépôt, ni le temps pour choisir le dépositaire (*ex necessitate descendente, non ex voluntate proficiscentem*). Le dépositaire est tenu à la restitution d'un semblable dépôt d'une manière plus stricte que dans les cas ordinaires ; car il peut, en cas de dénégation fautive, encourir une condamnation *au double* (*in duplum*) (Instit., §§ 17, 26, liv. IV, tit. VI).

Dépôt irrégulier. — Les jurisconsultes modernes désignent sous le nom de dépôt *irrégulier* celui qui a pour objet, non pas une chose considérée comme corps certain (*in specie*), mais une chose d'un certain genre (*in genere*), d'une certaine valeur. Par exemple, je dépose entre vos mains une somme d'argent, et je conviens avec vous que vous aurez la faculté de me rendre, lors du remboursement, non pas les mêmes écus, mais une somme d'une égale valeur. Il y a là un dépôt irrégulier, car, en vertu d'un dépôt ordinaire, vous seriez

(1) Conf. Code civ., art. 1947.

(2) Même Code, art. 1949 à 1954.

tenu de me restituer les écus mêmes que je vous ai remis (L. 24, L. 25, § 1, L. 26, § 1, D., *Deposit.*, liv. XVI, tit. III; L. 31, D., *Locat.*, liv. XIX, tit. II).

Différences entre le dépôt irrégulier et le mutuum. — Entre le dépôt irrégulier et le *mutuum* il y a une grande analogie, mais ils diffèrent : — 1° Par l'intention des parties. Dans le dépôt irrégulier l'intention dominante est que la somme doit être tenue à la disposition du déposant; dans le *mutuum* le but principal est de procurer à l'emprunteur la jouissance de l'argent, l'usage de la somme. — 2° Par la nature même des deux contrats. Le dépôt irrégulier est un *contrat de bonne foi*; le *mutuum* est un *contrat de droit strict*. De cette différence résultent des conséquences nombreuses; notamment, dans ce contrat, des intérêts peuvent être promis par simple pacte, tandis que, dans le *mutuum*, il faut à cet effet employer la stipulation.

Dépôt d'une chose litigieuse ou séquestre (1). — Le séquestre est la remise faite, par deux ou plusieurs personnes, d'une chose litigieuse entre les mains d'un tiers qui se charge de la garder jusqu'à ce que la contestation soit terminée, et de la rendre à celle des parties qui gagnera le procès.

Différences entre le dépôt ordinaire et le séquestre. — 1° Le dépôt ordinaire ne peut avoir pour objet que des meubles; le séquestre, au contraire, peut avoir pour objet non seulement des meubles, mais même des immeubles (2). — 2° Dans le dépôt ordinaire, le dépositaire n'a pas la possession civile de la chose mise en dépôt; au contraire, dans le séquestre le dépositaire a cette possession civile (L. 17, § 1, D., *Deposit.*, liv. XVI, tit. III). — 3° Le dépôt ordinaire peut être fait par une seule personne; le séquestre exige nécessairement l'intervention de deux ou plusieurs personnes ayant des

(1) Comp. Code civ., art. 1955 à 1963.

(2) Conf. Code civ., art. 1959.

intérêts opposés (1) (L. 17, *pr.*, D., *eod.*). — 4° Lorsque le dépôt ordinaire est fait par plusieurs personnes, le dépositaire n'est libre qu'à la condition de restituer la chose à tous les déposants; il n'en est pas de même dans le séquestre, où la restitution faite à celle des parties qui gagne le procès libère pleinement le dépositaire (2) (L. 17, *pr.*, D., *eod.*).

RÈGLES SPÉCIALES AU GAGE (3).

Différentes significations du mot gage. — Le mot gage a plusieurs sens différents; il désigne: — 1° le contrat de gage; — 2° le droit *in re* que le créancier acquiert par suite de ce contrat, lorsque la chose est *in bonis* de celui qui la remet en gage; — 3° l'objet même sur lequel le créancier acquiert le *jus in re*.

Nature du contrat de gage. — Le contrat de *pignus* est un contrat accessoire qui suppose une obligation principale dont il garantit l'exécution. — Il importe peu que l'obligation ait reçu la sanction civile; une obligation naturelle peut servir de base à un droit de *pignus* (4) (L. 5, *pr.*, D., *De pignoribus*, liv. XX, tit. 1). Il n'est pas nécessaire que l'obligation soit présente; elle peut être future ou même conditionnelle. Enfin on peut constituer un gage non seulement pour sa propre obligation, mais encore pour une obligation étrangère (5) (*sive pro sua obligatione, sive pro aliena*. L. 5, § 2, D., *eod.*).

Notions historiques sur le contrat de gage. — Dans le principe, le gage se constituait par la *mancipatio* ou *cessio in jure*, qui rendait le créancier propriétaire de la chose. La clause de *fiducie* s'ajoutait à l'acte solennel

(1-2) Conf. Code civ., art. 1960.

(3) *Ibid.*, art. 2071 à 2091.

(4) V. *suprà*, liv. III, tit. XIII, p. 428.

(5) Consult. Pellat, *Tractat. de Schilling*, p. 10; Maynz, t. II, § 326 *in fine*, texte et note 9; Van Wetter, t. I, § 254, p. 351; Jourdan, *L'hypothèque*, p. 30 et suiv.

de la mancipation ou de la cession, dans le but d'obliger le créancier à remanciper ou à rétrocéder la chose au débiteur après le paiement (Gaius, C. II, § 60; Paul, *Sent.*, liv. II, tit. XIII). Par ce moyen, le créancier avait toute garantie possible; mais le débiteur qui avait cessé d'être propriétaire du gage n'était qu'insuffisamment protégé par l'action personnelle contre la mauvaise foi ou l'insolvabilité du créancier.

Le contrat de *pignus* a été introduit pour remédier à ces inconvénients. Le débiteur remet au créancier une chose, sans lui en transférer la propriété. Lors de la tradition, il intervient un contrat entre les parties, qui fait naître au profit du débiteur une action personnelle pour obtenir la restitution de ce qu'il a livré (*contractus pigneratitius*). — L'intérêt du débiteur est sauvegardé; en effet, il reste propriétaire de la chose donnée en gage et en retient, par conséquent, la revendication. De plus, bien qu'il en ait transféré la possession au créancier, il en conserve cependant le bénéfice quant à l'usucapion. — L'intérêt du créancier est sauvegardé; en effet, le débiteur, en lui transférant la possession de la chose, se met dans l'impossibilité physique d'en disposer; et puisque le créancier reçoit du contrat de *pignus* même le pouvoir d'aliéner le gage à défaut de paiement de sa créance à l'échéance, il est assuré de ne rien perdre si la valeur du gage équivaut au montant de ce qui lui est dû. De plus, comme possesseur, le créancier est protégé par les *interdits possessores*, qui ont pour but de faire maintenir la chose en son pouvoir. — Le *pignus* avait un double inconvénient: 1° de priver, jusqu'au remboursement de la dette, le débiteur de la possession de sa chose; 2° de nuire au crédit. En effet, le débiteur qui livrait à titre de *pignus* un objet dont la valeur excédait le montant de sa dette, épuisait tout le crédit que cet objet pouvait lui procurer, puisque tout autre *pignus* était impossible. Pour éviter ces incommodi-

lés, le droit prétorien imagina le pacte d'*hypothèque* (1).

Constitution du gage. — Le gage est *volontaire* ou *nécessaire*. Le gage volontaire repose sur une convention (*pignus conventionale*), ou sur une disposition de dernière volonté (*pignus testamentarium*). — Le gage nécessaire repose soit sur un ordre du magistrat (*pignus prætorium*), soit sur une disposition légale (*tacitum pignus*). — Le gage ne s'établit jamais par prescription (2).

Des choses qui peuvent être l'objet d'un gage. — Les choses immobilières (*res soli*), comme les choses mobilières, peuvent être données en gage, cependant l'expression de *gage* s'applique plus spécialement aux choses mobilières (3) (L. 238, § 2, D., *De verb. significat.*, liv. L, tit. xvi); et celle d'*hypothèque* désigne ordinairement le contrat de gage sur les immeubles (4) (L. 9, § 2, D., *De pignorat. act.*, liv. XIII, tit. vii). Les choses *incorporelles*, n'étant pas susceptibles de tradition, ne peuvent à la rigueur être l'objet d'un contrat de *pignus*. Cependant, comme le but pratique de ce droit est de donner au créancier une garantie efficace par la vente de la chose engagée, on l'a également appliqué aux choses incorporelles (5) susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent (6). Ainsi, parmi les choses incorporelles celles qui peuvent être l'objet d'un gage sont les suivantes : les créances (7) (*nomina*) ; les servitudes tant personnelles que réelles (L. 11, § 3, L. 12, D., *De pignorib.*, liv. XX, tit. i) ; les offices (*mili-*

(1) Voy., sur ces notions historiques, Machelard, *Texte de dr. rom.*, 2^e part., sur *l'Hypoth.*, p. 106 et suiv. ; Pellat, *loc. cit.* ; Jourdan, *L'hypothèque*, p. 77 et suiv. — En ce qui concerne l'hypothèque, Voy. *infra*, liv. IV, tit. vi.

(2) *Sic*, Maynz, *op. cit.*, § 327, p. 305, texte et note 7 ; Machelard, *op. cit.*, p. 112.

(3) Comp. Code civ., art. 2072.

(4) Même Code, art. 2072, 2085 et suiv.

(5) *Ibid.*, art. 2075.

(6) Consult. Maynz, t. II, § 326, p. 300, note 1 ; Van Wetter, t. II, § 263, p. 358.

(7) Conf. Code civ., art. 2075, 2081.

tiæ), c'est-à-dire certains emplois publics avec traitements et émoluments qui sont aliénables et transmissibles héréditairement; les droits d'emphytéose, de superficie et de gage lui-même. Il résulte donc que le droit de *pignus* peut être établi sur presque toutes les choses qui se trouvent dans le commerce et qui peuvent être aliénées (1). — Il faut en excepter toutefois, depuis Constantin, les esclaves, les animaux et les instruments aratoires (L. 7, C., *Quæ res pign.*, liv. VIII, tit. xvii).

Entre quelles personnes peut se former le contrat de pignus ? — Le contrat de *pignus* se forme ordinairement entre le débiteur et le créancier (2), mais toute autre personne peut dans l'intérêt du débiteur remettre un gage au créancier (3).

Droits du créancier gagiste. — Le créancier gagiste a notamment la faculté de vendre le gage afin de se payer sur le prix dans le cas où il ne serait pas complètement satisfait par le débiteur au terme fixé. Une convention formelle aurait été d'abord nécessaire pour autoriser le créancier à vendre le gage; sinon il n'aurait eu que le droit de rétention (Gaius, C. II, § 64). Plus tard cette faculté a été considérée comme sous-entendue (L. 4, D., *De pig. act.*, liv. XIII, tit. vii), si bien qu'elle ne pouvait même pas, par convention, être enlevée au créancier (4). — Le créancier a le droit de donner en gage la chose qu'il a reçue lui-même en gage (*sub pignus*) (L. 1, C., *Si pign.*, liv. VIII, tit. xxiv). — Enfin il peut au moyen des

(1) Sic, Van Wetter, t. II, § 263, p. 358.

(2) Le gage devait être, en principe, consenti par le propriétaire. Toutefois, l'engagement de la chose d'autrui pouvait devenir valable par le consentement ou la ratification du *dominus* (L. 16, § 1, D., *De pignor.*, liv. XX, tit. 1). — On pouvait encore engager la chose d'autrui, pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire. Voy., sur tous ces points, Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'aff.*, p. 23; Pellat, *op. cit.*, p. 40; Machelard, *op. cit.*, p. 113 et suiv.; de Folleville, *Essai sur la vente de la chose d'autrui*, p. 136, note 1.

(3) Comp. Code civ., art. 2077.

(4) Même Code, art. 2078.

interdits possessoires se faire restituer la chose par tout détenteur (L. 16, D., *De usurp. et usuc.*, liv. XLI, tit. III).

Des obligations du créancier gagiste. — L'obligation principale du créancier gagiste est de restituer le gage après entière satisfaction de sa créance (1) (Instit., § 4, liv. III, tit. XIV). L'obligation de restituer comprend l'obligation de veiller à la conservation de la chose. La responsabilité du créancier gagiste est la même que celle du commodataire (L. 13, § 1, D., *De pignoratitia actione vel contra*, liv. XIII, tit. XIII). Il est responsable non-seulement de son dol, et de sa faute lourde assimilée au dol, mais même de toute faute qu'aurait pu éviter un père de famille diligent (2) (*placuit sufficere exactam diligentiam*). Si, malgré sa vigilance, il perd la chose par quelque cas fortuit, il est à l'abri de toute responsabilité. La chose remise en gage reste, en effet, aux risques du débiteur ; aussi, rien n'empêchera le créancier de poursuivre le paiement de sa créance (3) (Instit., *ibid.*). — *Exception* au principe que le créancier gagiste est tenu de restituer le gage, après le paiement intégral de la créance pour laquelle il avait été constitué. Un rescrit de l'empereur Gordien (L. 1, C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*, liv. VIII, tit. XXVII) a accordé au créancier le droit de retenir, même après l'extinction de la créance garantie, la chose engagée, s'il est, en outre, créancier d'une autre somme actuellement exigible à laquelle cependant le gage n'a pas été affecté. Cette disposition a passé dans notre droit mo-

(1) Comp. Code civ., art. 2082.

(2) Même Code, art. 2080.

(3) Le créancier, tenu des obligations d'un père de famille diligent, doit percevoir les fruits de la chose engagée et les imputer sur sa créance, d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital. Les mêmes règles s'appliquent aux services d'un esclave engagé. Le créancier qui use à son profit de la chose donnée en gage commet un *furtum usus* (L. 11, § 1, D., *De pign.*, liv. XX, tit. I). — Comp. Code civ., art. 2081.

derne (1). — Que décider lorsque le créancier gagiste, n'ayant pas reçu à l'échéance le paiement de sa créance, a procédé à la vente de la chose engagée? Il doit tenir compte au débiteur de cette vente, et lui rendre le surplus du prix, si surplus il y a sur le montant de la dette garantie (L. 42, D., *De pignorat. act.*, liv. XIII, tit. VII). Ces diverses obligations du créancier gagiste donnent lieu au profit du débiteur à l'action *pignoratitia directa*.

Des droits du débiteur ou constituant du gage. — Le débiteur ou constituant du gage reste toujours propriétaire de la chose engagée (2); il peut, en conséquence, la vendre, la grever de servitude en tant que cela ne nuise pas au créancier, en disposer *mortis causa*; il a le droit de revendiquer la chose même contre le créancier, qui, après le paiement intégral de la dette, continuerait à retenir le gage. Enfin il profite des augmentations et supporte seul les diminutions accidentelles de la chose engagée.

Des obligations du débiteur ou constituant du gage. — Le débiteur ou constituant du gage est tenu envers le créancier par l'action *pignoratitia contraria*: — pour les dépenses nécessaires et utiles faites dans l'intérêt de la chose (3); — pour la réparation du préjudice causé par les vices de la chose, et imputable à faute au débiteur; — pour l'éviction que le créancier aurait soufferte de la part du véritable propriétaire, lorsque le débiteur lui a donné en gage une *res aliena*. — Le créancier peut encore exercer la même action lorsque la chose donnée en gage a été précédemment hypothéquée à un tiers.

De quelques conventions accessoires au contrat de gage.

Du pacte d'antichrèse. — Le créancier gagiste, comme le dépositaire et à la différence du commodataire, ne

(1) Conf. Code civ., art. 2082.

(2) Même Code, art. 2079.

(3) Même Code, art. 2080.

doit point, à moins de commettre un *furtum usus*, se servir de la chose engagée. Cependant il peut intervenir entre les parties, au moment où la chose est donnée en gage, une convention aux termes de laquelle le créancier aura le droit de prendre à forfait les fruits que produit le gage pour lui tenir lieu des intérêts de sa créance. Cette convention aléatoire, qu'on appelle *antichrèse*, ἀντίχρησις, est permise pourvu qu'elle ne cache pas un prêt usuraire (1) (L. 11, § 1, D., *De pignor.*, liv. XX, tit. 1; L. 26, § 1, D., *De usuris*, liv. XXII, tit. 1).

Du pacte comissoire ou lex commissoria. — Dans l'ancien droit romain, les parties pouvaient convenir que le créancier gagiste, à l'échéance de la dette et en cas de non-paiement, deviendrait propriétaire de la chose, quelle que fût la disproportion entre le montant de la créance et la valeur du gage. Cette convention était appelée *lex commissoria*, parce qu'elle menaçait le débiteur de la déchéance de son droit d'exiger la restitution (*commissum*). Constantin a prohibé absolument une telle clause pour ce motif qu'elle était trop désastreuse pour le débiteur et qu'elle permettait trop facilement de dissimuler des prêts usuraires (L. 3, C., *De pact. pign. et de lege commiss.*, liv. VIII, tit. xxxv). Cette défense a passé dans le Code civil (2).

TITRE XV

Des obligations verbales.

Définition. — On appelle ainsi les conventions auxquelles la force obligatoire est donnée par l'emploi de paroles solennelles.

(1) Comp. l'antichrèse en droit français, art. 2085 et 2091, C. civ.

(2) Voy. même Code, art. 2078.

Notions historiques. — Dans l'ancien droit, il y avait des obligations verbales qui se formaient *verbis*, mais sans stipulation. Telles étaient la *dictio dotis* et le *jusjurandum liberti* (ou *jurata promissio liberti*, suivant le langage des interprètes). « Ainsi s'explique, dit très bien M. Demangeat (1), l'emploi des expressions *verborum obligatio* dont se servent Gaius et Justinien dans leurs Institutes, au lieu de celles « *stipulationis obligatio* ».

De la dictio dotis.

La *dictio dotis* avait lieu sans interrogation du mari envers lequel on s'engageait à fournir une dot (2). Cet engagement ne pouvait être pris que par certaines personnes déterminées, savoir : — par la femme, — par le débiteur de la femme, sur sa délégation, — et par son ascendant paternel (Gaius, *Epitome*, liv. II, tit. IX, § 3). — Cette forme de s'obliger paraît être sous Justinien tombée en désuétude. Elle était, en effet, devenue inutile dès qu'il fut possible à toute personne, en vertu d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien, de s'obliger valablement par un simple pacte à fournir une dot au mari (L. 6, C., *De dotis promiss. et nuda pollicit.*, liv. V, tit. XI).

Du jusjurandum liberti.

Le *jusjurandum liberti* avait lieu lorsqu'un affranchi promettait à son patron sous serment, soit un don, soit certains offices, soit ses services, sans interrogation préalable de ce patron, ni emploi de termes solennels. (*Uno loquente, et sine interrogatione alio promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit.* Gaius, *Epitome*, liv. II, tit. IX, § 4). Cette manière de s'obliger verbalement existe encore sous Justinien, quoique les Institutes n'en disent rien. Le Digeste, en effet, contient

(1) *Cours élément. de dr. rom.*, t. II, p. 199.

(2) Consult. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 394 et suiv.

plusieurs fragments qui traitent de ce *jusjurandum liberti* (1).

De la stipulation.

La stipulation est une troisième forme d'obligation par paroles.

Une forme d'obligation. — La stipulation, en effet, n'est pas comme les contrats réels, le *mutuum* par exemple, un contrat spécial, ayant une utilité particulière, répondant à un besoin déterminé. Elle est une forme qui sert à rendre obligatoire toute espèce de convention licite entre personnes capables de contracter.

En quoi consiste la stipulation? — La stipulation consiste dans une interrogation (*stipulatio*) de la part de celui qui devient créancier, et dans une réponse conforme (*sponsio* ou *promissio*) de la part de celui qui devient débiteur. — Le créancier se nomme stipulant (*reus stipulandi*), le débiteur promettant (*reus promittendi*).

Double signification du mot stipulation. — Le mot stipulation a deux sens : — dans un sens étroit, la stipulation ne désigne qu'une partie de l'acte : c'est l'interrogation solennelle de celui qui veut devenir créancier ; — dans un sens large, la stipulation comprend le contrat tout entier, c'est-à-dire l'interrogation et la réponse ou promesse.

Origine de la stipulation. — On présume que la stipulation est le dérivé d'une opération juridique plus compliquée, que l'on appelle *nexum*. Le *nexum*, sanctionné par la loi des Douze Tables, servait à former le contrat qui consistait en prêt d'argent. Il y avait deux opérations distinctes dans le *nexum* : — 1° *la pesée*. L'argent était pesé devant témoins par un *libripens* ou portebalance ; — 2° *les paroles solennelles*. L'emprunteur, après

(1) Telle est l'opinion de Demangeat, t. II, p. 201 ; Ortolan, t. III, p. 155 ; Van Wetter, t. II, § 362, p. 82 ; Gérardin et Jozon, *Le droit des obligat.* de de Savigny, 2^e édit., t. II, § 73, p. 369, note 2 ; Accarias, t. II, n. 495, p. 201 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 347 et 348 ; Labbé, à son cours. — Comp. Maynz, t. II, § 330, p. 324, note 9.

avoir reçu l'argent, prononçait certaines paroles consacrées qui l'obligeaient à rendre la somme empruntée au bout d'un certain temps. Plus tard, lorsqu'on voulut contracter une obligation qui n'était pas le prêt d'argent, on laissa de côté la pesée ou plutôt on tint la solennité *per æs et libram* pour accomplie, et on ne conserva que les paroles sacramentelles. C'est de là qu'est sortie la stipulation (1).

Différentes formes de la stipulation. — Avant le règne de Léon, il y avait certains termes consacrés qui seuls pouvaient être employés pour former une stipulation. Voici les plus usitées de ces formules : — *Spondes? Spondeo.* — *Promittis? Promitto.* — *Fidepromittis? Fidepromitto.* — *Fidejubes? Fidejubeo.* — *Dabis? Dabo.* — *Facies? Faciam* (Instit., § 1, liv. III, tit. xv). Il est probable que, dans le principe, les deux parties devaient se servir toutes deux de la langue latine. Plus tard, la langue grecque put être employée (Gaius, C. III, § 93). Enfin, on finit par admettre toute autre langue étrangère (*vel qua alia lingua*), pourvu qu'elle fût comprise des deux parties (*scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat*). — **Observation.** Bien que Justinien, dans le § 1^{er}, liv. III, tit. xv des Institutes, ne signale aucune différence entre les diverses formules de stipulation qu'il énumère, il faut cependant reconnaître avec Gaius (*ibid.*, *in fine*) que la formule « *Spondes? Spondeo* » était exclusivement réservée aux seuls citoyens romains, et ne pouvait être prononcée en aucune autre langue qu'en latin.

Dans le milieu du cinquième siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Léon supprima par un texte de loi la néces-

(1) V. en ce sens, Van Wetter, t. II, § 359, p. 78; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 339, p. 322 et 323; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 2; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 1; Dubois, *id.*, *Obligations*, p. 6. — Toutefois cette origine est contestée par Gide, *De la novation en dr. rom.*, p. 24, note 3; Vainberg, *La faillite d'après le dr. rom.*, p. 43 et suiv. Comp. Huschke, *Nexum*, p. 99 et suiv.; Accarias, t. II, n. 494, p. 156, note 1; Jourdan, *L'hypothèque*, p. 65, note 1.

sité des paroles solennelles (*solemnitate verborum sublata*), depuis longtemps déjà tombées en désuétude dans la pratique (1), tout en laissant subsister les contrats formés *verbis*. Il suffisait, pour la validité d'une stipulation, qu'il y eût eu une interrogation et une réponse affirmative conforme, peu importaient les paroles prononcées. L'accord des volontés se recherchait dans le fond des choses et non plus dans les termes employés (Instit., § 1, *ead.*; L. 10, C., *De contrah. et committenda stipulatione*, liv. VIII, tit. xxxviii).

Avantages que présente la stipulation employée comme forme pour contracter une obligation. — La stipulation, entre autres avantages, présente les deux utilités suivantes : — 1° elle garantit mieux qu'aucune autre forme la volonté sérieuse des parties, et ne laisse aucun doute sur leur intention ; — 2° elle détermine avec une rigoureuse précision l'objet de l'obligation et son étendue. Par là, elle coupe court à ces procès, si nombreux aujourd'hui, en interprétation de la volonté des parties contractantes (2). — C'est, en effet, à cette double idée que les Institutes (*pr.*, liv. III, tit. xv) rattachent l'étymologie du mot *stipulatio*. Ce mot viendrait de *stipulum*, qui autrefois était employé comme synonyme de *firmum* et qui lui-même paraît dériver de *stips* (souche) (3).

Inconvénients qui résultent de la forme de la stipulation. — Entre autres inconvénients, la stipulation présente les suivants : — 1° avant le règne de Léon, alors

(1) Sic, de Savigny, *Le droit des obligat.*, 2^e édit., t. II, § 73, p. 367 (traduct. de Gérardin et Jozon).

(2) Tout porte à croire que chez les Romains la stipulation était la règle et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception. Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. II, n. 494, p. 196 et suiv., et *Contrats innomés*, p. 10 ; Gide, *De la novation en dr. rom.*, p. 20.

(3) D'autres étymologies du mot *stipulatio* nous sont données par Paul, *Sent.*, § 1, liv. V, tit. vii ; Festus, *De verbor. signif.*, au mot *stips* ; Isidore de Séville, *Orig.*, liv. VI, ch. xxiv ; Varro, *De ling. lat.* liv. IV, § 36 (p. 30, éd. Gothofr.).

que la stipulation exigeait, pour se former, des termes consacrés, le moindre changement dans la formule entraînait la nullité de la convention ; — 2° comme l'essence de la stipulation est une interrogation préalable suivie d'une réponse conforme, la stipulation nécessite la présence dans un même lieu des deux parties contractantes. Il résulte donc une impossibilité pour les absents de s'obliger par cette forme (Gaius, C. III, § 136 ; Instit., § 12, liv. III, tit. XIX) ; — 3° même incapacité pour les sourds, qui ne peuvent entendre la réponse de l'autre partie ; et pour les muets, qui ne peuvent prononcer les paroles de la stipulation (Instit., § 7, liv. III, tit. XIX).

Des diverses espèces de stipulations. — Il y a deux espèces de stipulations : la stipulation *certa* et la stipulation *incerta* (L. 74, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. I).

Qu'est-ce qu'une stipulation certa ? — La stipulation est certaine (*certa*) lorsqu'elle a pour objet la dation d'une chose déterminée, sinon dans son individualité (*in specie*), au moins par l'indication de son espèce (*in genere*), de sa qualité et de sa quantité (*quid, quale quantumque sit*) ; par exemple, dix sous d'or, le fonds *Tusculanum*, l'esclave *Stichus*, cent mesures de blé d'Afrique de la meilleure qualité, cent amphores de vin de Campanie de la meilleure qualité (L. 74, D., *eod.*).

Qu'est-ce qu'une stipulation incerta ? — La stipulation est incertaine (*incerta*), lorsque, dans ses termes mêmes, on ne trouve pas l'énonciation du *quid*, du *quale* et du *quantum* de la chose due ; par exemple, la stipulation d'un fonds de terre, d'un esclave, en général ; de tant de pièces de vin, de tant de mesures de froment, sans désignation de la quantité (*sine qualitate*), etc. La stipulation est incertaine dans tous les cas où elle a pour objet soit un fait, soit une abstention (*qui id quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur*). Il en est de même de la stipulation de l'usufruit d'un fonds même certain et déterminé, d'une ser-

vitudo quelconque, etc. (*fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit incertum intelligitur in obligationem deduxisse*) (L. 75, D., *eod.*). — Les stipulations incertaines étaient moins en usage. D'ailleurs elles étaient le plus souvent accompagnées d'une clause pénale qui, fixant la dation d'une somme déterminée pour le cas de non-exécution du fait, ou de contravention, transformait ces stipulations et les rendait certaines d'incertaines qu'elles étaient (Instit., § 7, liv. III, tit. xv).

Des actions qui résultent de la stipulation. — La stipulation n'engendre jamais qu'une obligation unique. Il ne saurait en résulter des obligations réciproques entre les parties. Elle donne lieu à la *condictio*. — La *condictio* prend le nom de *condictio certi*, lorsqu'il s'agit d'une stipulation certaine. C'est là la *condictio* proprement dite. Quand la stipulation est incertaine, la *condictio* prend le nom de *condictio incerti*. Dans ce dernier cas, on la désigne de préférence par l'expression *actio ex stipulatu* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Du reste ces deux actions *condictio certi*, *condictio incerti* ou *actio ex stipulatu*, sont toujours de droit strict (1). Cependant, en cas de contestation, les pouvoirs du juge sont plus étendus lorsqu'il statue sur une stipulation incertaine que sur une stipulation certaine.

TITRE XVI

Des costipulants et des copromettants (2).

Généralités. — En principe, lorsque deux personnes stipulent d'une troisième une somme déterminée, par

(1) Sic, Ortolan, t. III, p. 167, n. 1260 ; Demangeat, t. II, p. 180 ; Namur, 2^e édit., t. II, § 507, p. 308. — Suivant Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 331, p. 330, texte et note 11, les *condictiones incerti* peuvent, selon la nature de l'objet de la prestation, former une obligation de droit strict ou de bonne foi.

(2) Les développements qui suivent correspondent aux articles 1197

exemple cent écus d'or, cette créance se divise en deux créances, de cinquante écus d'or chacune, parfaitement indépendantes l'une de l'autre. Réciproquement, lorsque deux promettants s'engagent envers un même stipulant à lui payer cent écus d'or, chacun d'eux ne s'oblige que fractionnairement ; il y a deux dettes parfaitement distinctes, de cinquante écus chacune.

Dans le premier de ces deux cas, il y a bien deux créanciers, mais non *duo rei stipulandi* ; dans le second, deux débiteurs, mais non *duo rei promittendi*.

L'expression *duo rei* suppose deux créanciers ou deux débiteurs qui ne sont pas l'un par rapport à l'autre dans une position complètement indépendante. Ainsi deux personnes stipulent d'une troisième cent écus d'or, mais de telle façon que chacune d'elles pourra exiger du débiteur la totalité de la dette, et que le paiement des cent écus d'or fait à un seul des créanciers libère le débiteur à l'égard de l'autre (1). Réciproquement, deux promettants s'engagent à payer à un même stipulant cent écus d'or, mais de telle sorte que chacun d'eux puisse être poursuivi pour la totalité de la dette, comme s'il était seul obligé et que cependant le paiement fait par l'un procurera immédiatement à l'autre sa libération. Dans ces deux cas il y a obligation corréale, *duo rei stipulandi* et *duo rei promittendi* (2).

Observation. — La non-corréalité est la règle, la cor-

à 1217 de notre Code civil. Toutefois il est bon de remarquer dès le début que la *solidarité* du droit français n'a emprunté que de rares dispositions à la *corréalité* du droit romain.

(1) Voy., à cet égard, Demangeat, *Des obligations solidaires en dr. rom.*, p. 4.

(2) Les jurisconsultes romains reconnaissaient-ils des obligations *corréales* et des obligations *solidaires*? Voy., pour l'affirmative, Demangeat, *op. cit.*, p. 11 à 13, 77, 97 à 99, 397 à 433 ; de Savigny, *Le dr. des obligat.*, t. I, §§ 16 à 22 ; Molitor, *Les obligations en dr. rom.*, t. I, n. 256 et 257 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 573, *Anm.* 1 ; Windscheid, t. II, §§ 292 et suiv. ; Accarias, t. II, n. 556, *a*, p. 339 et suiv. ; — et pour la négative, Ortolan, t. III, n. 182?, 1823 ; Maynz, t. II, § 271 ; Namur, t. I, § 214, 4° ; Van Wetter, t. II, § 336, p. 54 et 55.

réalité est l'exception. Il faut donc, pour qu'une obligation corréale prenne naissance, une manifestation non équivoque de la volonté des parties (1) (L. 2, § 2, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

Des différentes manières dont les obligations corréales prennent naissance. — L'obligation corréale peut exister soit dans une stipulation, soit en dehors de toute stipulation :

Dans une stipulation l'obligation corréale résulte de la formule même que les parties auront employée. Ainsi *Primus* et *Secundus* voulant être *correi stipulandi* de *Tertius* pour cent écus d'or, *Primus* s'adressant à *Tertius* lui dira : *Spondesne mihi dari centum* (me promets-tu cent écus d'or) ? puis, avant que *Tertius* ait répondu, *Secundus*, de son côté, dira à *Tertius* : *Spondesne mihi eosdem centum aureos dari* (me promets-tu les mêmes cent écus d'or) ? Après quoi le débiteur répond à la fois aux deux stipulants : *Utrique vestrum dare spondeo* (je promets ces cent écus d'or à l'un et à l'autre). Il n'y a dans l'espèce qu'une seule obligation ; les deux stipulations ne forment pour ainsi dire qu'un seul faisceau. Au contraire, si *Tertius* répond d'abord à *Primus*, et qu'ensuite, sur l'interrogation de *Secundus*, il lui réponde également, il y aura deux obligations distinctes, et non pas obligation corréale (*alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse*. Inst., *pr.*, liv. III, tit. XVI). Réciproquement, si *Primus* et *Secundus* veulent être *correi promittendi* de *Tertius*, ce dernier interroge successivement *Primus* et *Secundus* : *Primus*, me promets-tu cent écus d'or ? *Secundus*, me promets-tu les mêmes cent écus d'or ? *Primus* et *Secundus* répondent séparément : Je les promets (2) (L. 4, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Il résulte de l'accomplissement de

(1) Conf. Code civ., 1202.

(2) *Sic*, Accarias, t. II, n. 547, p. 317 et 318 ; Van Wetter, t. II, § 333, p. 51.

ces formalités que la présence de tous les stipulants et de tous les promettants en un même lieu et au même moment est nécessaire.

En dehors de toute stipulation, l'obligation corréale peut résulter même des contrats de bonne foi, tels que la vente, le louage, le dépôt, le commodat; seulement, comme la corréalité ne se présume pas, il faut prouver que l'intention des parties a été d'établir une obligation corréale (1) (L. 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

Dans le *mutuum*, l'obligation corréale peut naître d'un simple pacte (LL. 5, 9, 12, C., *Si cert. pet.*, liv. IV, tit. II).

De même, l'obligation corréale peut naître d'un testament, lorsque le testateur s'est exprimé clairement à ce sujet : par exemple, le testateur ayant institué *Primus* et *Secundus* ses héritiers, ajoute : Que *Primus* ou *Secundus* donne cent écus à *Mavius* (L. 9, *pr.*, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

L'obligation corréale résulte de l'expensilation, comme de la stipulation (L. 9, *pr.*, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

La solidarité peut exister de plein droit dans des obligations qui naissent comme d'un contrat. *Exemple* : plusieurs tuteurs ou curateurs auxquels l'administration des biens d'un mineur de vingt-cinq ans a été confiée sans qu'il y ait eu entre eux division de cette administration, sont responsables solidairement de leur gestion (L. 55, *pr.*, D., *De admin. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. VII).

La solidarité peut enfin résulter d'un délit, entre co-délinquants; quelquefois même elle est produite par l'action noxale, par exemple, lorsque l'animal ou l'esclave qui a causé le dommage appartient à deux propriétaires : chacun d'eux peut être poursuivi pour la totalité (L. 14, § 15, L. 15, D., *Quod met. caus.*, liv. IV, tit. II).

(1) Comp. Maynz, t. II, § 271, p. 59, note 10. — V. conf. Code civ., art. 1202.

Des effets de l'obligation corréale. — Ces effets doivent être étudiés à des points de vue divers : au point de vue des rapports de créanciers à débiteur, et de débiteurs à créancier, de costipulants entre eux ou de copromettants entre eux.

Des rapports de créanciers à débiteur. — Dans le cas de plusieurs costipulants (*duo pluresve rei stipulandi*) : — 1° Chacun d'eux peut agir contre le débiteur commun pour le tout (*in solidum*) ; mais, du moment que l'un d'eux a agi, c'est entre les mains du créancier poursuivant que le débiteur doit payer (1) (L. 16, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II ; L. 31, § 1, D., *De novat.*, liv. XLI, tit. II). — 2° La chose est due en totalité à chacun de ceux qui l'ont stipulée, mais elle n'est due qu'une seule fois. Aussi le paiement fait à l'un des costipulants libère le débiteur, non seulement envers celui qui le reçoit, mais envers tous les costipulants de celui-ci (2) (Inst., § 1, liv. III, tit. XVI). Sont traités comme le paiement tous les modes d'extinction qu'on lui assimile : la dation en paiement, l'acceptilation, le serment (3), les offres réelles avec consignation, le pacte de constitut (4) et même la novation (5). — 3° Le costipulant qui interrompt la prescription, l'interrompt dans

(1) Conf. Code civ., art. 1198.

(2) Même Code, art. 1197.

(3) Accarias, t. II, n. 550, p. 325, texte et note 2 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 312.

(4) C'est un point controversé que celui de savoir si le constitut fait par un débiteur commun avec l'un des créanciers équivaut au paiement de la dette et anéantit le droit des autres créanciers. V. pour l'affirmative, Demangeat, *Obligat. solid.*, p. 84 et suiv. ; Accarias, t. II, n. 550, p. 325, texte et note 2 ; *Confér. sur les Pandect.*, 13 déc., 1873, à son cours ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 312 ; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 35 ; — et, pour la négative, de Savigny, *Le droit des oblig.*, 2^e édit., t. I, p. 185 et 186 (traduct. de Gérardin et Jozon).

(5) Il y avait à cet égard désaccord entre les jurisconsultes romains. Vénuléius (L. 31, § 1, D., *De novat.*, liv. XLI, tit. II) se prononçait pour l'affirmative. Paul (L. 27, *pr.*, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV), au contraire, enseignait la négative. C'est la première opinion qui a prévalu. Accarias, p. 325.

l'intérêt des autres créanciers (1) (L. 5, C., *De duob. reis*, liv. VIII, tit. XL). — 4° S'il se fait donner une hypothèque ou toute autre sûreté, cette garantie profite à tous.

Des rapports de débiteurs à créancier. — Dans le cas de plusieurs copromettants (*duo pluresve rei promittendi*) : — 1° Chacun d'eux peut être actionné par le créancier commun pour la totalité de la dette (*in solidum*), comme s'il était seul obligé (2). Le créancier qui a choisi l'un des *rei promittendi* peut-il diriger son action contre les autres au cas où il n'aurait pas été payé intégralement? Selon l'ancien droit romain et sous le système de la procédure formulaire, le créancier qui avait intenté son action dans la forme d'un *judicium legitimum* contre l'un des *rei promittendi* ne pouvait plus poursuivre les autres débiteurs corréaux. Ceux-ci, en effet, se trouvaient libérés par suite de la novation contenue dans la *litis contestatio* : et ils étaient libérés *ipso jure* (L. 16, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Dans les actions qui formaient un *judicium imperio continens*, le créancier qui avait dirigé son action contre l'un des *rei promittendi* pouvait agir contre les autres ; mais ceux-ci avaient, pour repousser sa demande, une exception dite *rei in judicium deductæ*. L'obligation corréale n'était éteinte que *exceptionis ope* (L. 51, § 4, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Justinien a décidé, par une constitution insérée au Code (L. 28, *De fidejuss.*, liv. VIII, tit. XLI), que les poursuites dirigées contre l'un des *rei promittendi* n'empêcheraient pas le créancier d'agir contre les autres jusqu'au paiement intégral de la dette (3). — 2° La chose est due en totalité par chacun de ceux qui l'ont promise, mais elle n'est due qu'une seule fois. En conséquence, le paiement fait par l'un des copromettants libère en même temps et celui

(1) Conf. Code civ., art. 1199.

(2) Conf. même Code, art. 1200.

(3) Même Code, art. 1204.

qui le fait et tous ses *correi promittendi* (1) (Instit., § 1, liv. III, tit. xvi). — 3° Le créancier qui dirige des poursuites contre l'un des *rei promittendi* interrompt la prescription, non pas seulement à l'égard du débiteur poursuivi, mais à l'égard de tous les *rei promittendi* (2). — 4° Si la chose due, étant un corps certain, vient à périr par le fait (*facto*) de l'un des *rei promittendi*, l'obligation est conservée à l'égard de tous les *rei promittendi*, en ce sens que chacun d'eux est tenu solidairement de payer, à la place de la chose qui a péri, une somme représentative de sa valeur (3) (L. 18, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II). Il n'en est pas de même, lorsque la chose périt après la demeure (*mora*) de l'un des *rei promittendi*. Les autres *rei promittendi* se trouvent libérés (4) (L. 173, § 2, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. xvii; L. 32, § 4, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. I).

Des rapports des costipulants entre eux. — Il faut distinguer s'il y a ou non société entre les *rei stipulandi*. — 1° *Il y a société*, alors celui des créanciers corréaux qui a seul reçu le paiement en doit compte aux autres *correi stipulandi* par l'action *pro socio*. Le bénéfice qu'il en retire se partage donc entre tous les *correi stipulandi*, par portions égales, à moins qu'il n'ait été, par des arrangements particuliers, attribué à chacun d'eux pour des parts inégales (L. 62, *pr.*, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. II). De même, si l'un des créanciers corréaux n'avait eu aucun intérêt personnel dans la stipulation, et qu'il eût stipulé avec un autre dans l'intérêt de celui-ci et en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, il sera tenu, au cas où il aura touché le montant de la créance, d'en rendre compte à l'autre *correus stipulandi* par l'action de mandat ou de gestion d'affaires. — 2° *Il n'y a pas de société*, il n'existe non plus aucune relation de mandat

(1) Conf. Code civ., art. 1200..

(2) *Ibid.*, art. 1206.

(3-4) Comp. Code civ., art. 1205.

ou de gestion d'affaires entre les *rei stipulandi*, alors celui des *rei stipulandi* qui a touché seul le montant de la créance n'est pas tenu d'en partager le bénéfice avec les autres costipulants (L. 62, *pr.*, D., *eod.*).

Des rapports des copromettants entre eux. — La même distinction est ici nécessaire : — 1° Il y a société entre les *correi promittendi*, alors le copromettant qui a payé la dette en totalité a un recours par l'action *pro socio* contre les autres pour les contraindre à supporter leur part de dette (1) (L. 34, D., *De recept.*, liv. IV, tit. VII). De même, si le débiteur *correalis* qui a payé la dette ne s'était obligé qu'en vertu d'un mandat ou d'une gestion d'affaires et dans l'intérêt exclusif des autres *correi promittendi*, il pourra agir contre eux par l'action de mandat ou de gestion d'affaires à l'effet de se faire rembourser l'intégralité de la dette par lui acquittée (2). — 2° Il n'y a ni société, ni mandat, ni gestion d'affaires entre les *correi promittendi*, alors le copromettant qui a payé la dette en totalité ne peut pas exercer de recours contre ses copromettants ; car, en acquittant l'obligation, il n'a fait que sa propre affaire et non celle des autres (3) (L. 7, D., *De stc. Macedon.*, liv. XIV, tit. VI). La rigueur de ce principe, qui est une conséquence du droit strict et formaliste de la stipulation, a été considérablement atténuée par la concession du bénéfice de *cession d'actions* (4) faite au codébiteur tenu de payer toute la dette. — Quant à la question de savoir si l'un des *correi promittendi*

(1) Comp. Code civ., art. 1213.

(2-3) Conf. même Code, art. 1216.

(4) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, que la cession des actions pouvait être exigée même par le *correus promittendi* non associé (L. 65, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II ; L. 2, C., *De duob. reis*, liv. VIII, tit. XL). Machelard, *Rev. de lé. isl.*, 1875, p. 374 et suiv. ; Demangeat, *Cours de dr. rom.*, t. II, p. 303 et suiv. ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 318, note 1 ; Van Wetter, t. II, § 334, p. 52. Comp. Code civ., art. 1251. — L'opinion contraire est toutefois professée par Accarias, t. II, n. 551, p. 329 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 37. — Voy., sur le bénéfice de cession d'actions, *infra*, tit. XX, p. 504-2°.

pouvait opposer au créancier le bénéfice de *division*, on la résout généralement dans le sens de la négative (1).

Des modalités qui peuvent affecter une obligation corréale. — Il est de l'essence de la dette corréale que toutes les obligations dont elle se compose aient la même chose pour objet (*una res vertitur*. Instit., § 1, liv. III, tit. xvi); mais il n'est pas nécessaire que chaque *correus promittendi* la doive de la même manière. Chacun doit promettre la même chose, mais chacun d'eux peut la promettre différemment: l'un purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition (Instit., § 2, *eod.*); et le terme ou la condition apposés à l'obligation des uns n'empêche pas le créancier de poursuivre immédiatement celui dont l'obligation est pure et simple (2) (Instit., *ibid.*)

TITRE XVII

De la stipulation des esclaves.

Principes généraux.

Premier principe. — L'esclave n'a dans le droit civil romain aucune capacité juridique *ex persona sui*. Il ne compte pour rien; il est traité comme une chose.

Deuxième principe. — L'esclave peut, dans certains cas, figurer valablement dans un acte juridique, en empruntant la *persona* de son maître. Ainsi il peut acquérir ou stipuler *ex persona domini*, et la stipulation qu'il fait ainsi est valable et profite au maître comme si celui-ci en avait lui-même prononcé les paroles. L'esclave n'est donc en quelque sorte que l'instrument, l'organe de son maître. D'où il résulte que les stipulations de l'esclave sont

(1) Sic, de Savigny, t. I, § 26; Demangeat, t. II, p. 304 et 305; Maynz, t. II, § 271, p. 61, note 19, et § 348, p. 413, note 25. — *Contrà*, Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 573, *Anm.* 4; Windscheid, t. II, § 293, note 10. — Voy., au surplus, sur le bénéfice de division, *infra*, tit. xx, p. 504-1^o.

2) Conf. Code civ., art. 1201.

nulles lorsqu'elles ne peuvent se fonder sur la capacité du maître (*consistere ex domino*) : tel est le cas du *servus derelictus* ou du *servus pœnæ* (L. 36, D., *De stipul. serv.*, liv. XLV, tit. III).

Troisième principe. — L'esclave qui peut emprunter la capacité de son maître pour l'enrichir, lui procurer une acquisition, et figurer pour lui dans une stipulation comme stipulant, ne peut, d'après la rigueur du droit civil, ni s'obliger (1), ni obliger son maître (L. 133, D., *De regul. jur.*, liv. L, tit. XVII).

De ces principes découlent plusieurs conséquences :

1° Le maître ne peut pas retirer à l'esclave la capacité d'acquérir ; il profite de la stipulation faite par son esclave même malgré lui (Instit., § 3, liv. II, tit. IX).

2° L'esclave qui stipule pour une personne autre que son maître, ne fait rien de valable (*nihil agit*) (Instit., § 4, liv. III, tit. XIX).

3° L'esclave qui stipule, soit pour son maître, soit pour lui-même, ou pour son co-esclave, ou sans désignation de personne, acquiert à son maître la créance qui résulte de la stipulation (Instit., § 1, liv. III, tit. XVII). Toutefois, si la stipulation était de telle nature qu'elle ne pût profiter qu'à l'esclave personnellement, elle serait nulle ; par exemple, l'esclave stipule pour lui un droit (*jus sibi eundi*) : cette stipulation est nulle, car l'esclave ne peut pas avoir un droit. Mais si l'esclave stipule pour lui un fait (*factum*) : par exemple, qu'il lui sera permis de passer par le terrain du promettant (*ut sibi ire agere liceat*), cette stipulation est valable. Le maître profitera de cette stipulation en ce sens qu'il pourra faire passer son esclave, et agir, par l'action résultant de la stipulation (*ex stipulatu*), contre le promettant, si ce dernier s'oppose au passage de l'esclave. Cependant le promettant qui

(1) La dette contractée par l'esclave subsiste à sa charge en qualité d'obligation naturelle, susceptible de devenir efficace après l'affranchissement (L. 32, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. XVII).

ne s'est obligé à laisser passer que l'esclave, peut refuser le passage même au maître de cet esclave (Instit., § 2, *eod.*).

Du servus communis.

En principe. — L'esclave qui appartient à plusieurs maîtres (*servus communis*) et qui fait une stipulation, acquiert à tous ses maîtres et à chacun, proportionnellement au droit qu'ils ont sur lui, le bénéfice de la stipulation (1). — Ce principe s'applique même au cas où l'esclave aurait stipulé *ex re unius domini*, en employant dans l'opération un capital propre à l'un seulement de ses maîtres. La créance appartiendra à tous les maîtres sans distinction. Seulement celui qui a fourni le capital aura un recours contre les autres pour rentrer dans ses déboursés (L. 28, § 1, D., *De stipul. serv.*, liv. XLV, tit. III).

Exception à ce principe.

1° L'esclave a stipulé par l'ordre d'un seul de ses maîtres (*jussus unius eorum*). A qui appartiendra la créance? Il y a eu controverse sur ce point. L'opinion adoptée par Justinien est celle des Sabinien, professée par Julien et combattue par les Proculien. Elle attribue le bénéfice de la stipulation uniquement et pour le tout au maître qui en aura donné l'ordre (Instit., § 3, liv. III, tit. XVII).

2° L'esclave a stipulé nominativement (*nominatim*) pour un de ses maîtres. Dans ce cas, la créance appartiendra exclusivement au maître désigné dans la stipulation (Instit., § 3, *eod.*).

3° L'esclave stipule la dation d'une chose qui appartient déjà à l'un de ses maîtres (*si res quam dari stipulatus est unius domini sit*), alors le maître, déjà propriétaire, n'aura aucun droit dans cette créance qui appartiendra pour le tout aux autres maîtres (Instit., *ibid.*).

Du servus hereditarius.

(1) Voy., sur cette matière, Villequez, *De l'esclavage chez les Romains*, (*Rev. hist. de dr. franc. et étrang.*, t. X, p. 220 et suiv.).

Définition. — Le *servus hereditarius* est l'esclave qui appartient à une hérédité jacente.

Principe. — L'hérédité, jusqu'à l'adition, représente la personne du défunt (*personæ defuncti vicem sustinet*). Relativement à la capacité dont jouit l'esclave pour contracter et pour acquérir, le défunt est censé n'avoir pas cessé de vivre. — C'est d'après ce principe que toutes les stipulations faites par l'esclave, dans l'intervalle entre le décès du maître et l'adition d'hérédité, profitent à la masse héréditaire et, par suite, à l'héritier qui recueillera l'hérédité (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XVII).

Restrictions à ce principe : — 1° L'hérédité jacente ne représente pas le défunt relativement à un droit d'usufruit ou d'usage dont la constitution exige nécessairement l'existence d'une personne physique. L'esclave héréditaire ne pourra donc pas stipuler valablement un droit d'usufruit ou d'usage (L. 26, D., *De stip. serv.*, liv. XLV, tit. III). — 2° L'hérédité jacente ne saurait non plus représenter le défunt à l'effet d'autoriser l'esclave à accepter une hérédité qui lui serait advenue pendant la jacence. L'esclave qui a besoin, pour faire cette acquisition, d'un *jussus*, d'un ordre, devra attendre l'adition de l'héritier qui deviendra son nouveau maître.

Quid du cas où le servus hereditarius stipule pour l'héritier futur nominativement? — Il y a ici deux distinctions nécessaires : — 1° L'héritier futur ne fait pas adition, par exemple, il renonce à l'hérédité. Alors la stipulation faite par l'esclave héréditaire est absolument nulle. En effet, l'héritier qui a renoncé est toujours resté étranger à l'hérédité. L'esclave a donc stipulé pour une personne autre que son maître. — 2° L'héritier futur fait adition, il accepte l'hérédité; la stipulation faite en son nom par l'esclave *ante aditam hereditatem* sera-t-elle valable? Il y avait sur ce point une vive controverse. L'opinion de Cassius et des Sabinieniens combattue par les Proculieniens a fini par prévaloir; elle déclare la stipulation

valable et efficace (L. 16, L. 18, § 2, L. 28, § 4, L. 35, D., *De stip. serv.*, liv. XLV, tit. III).

De l'esclave d'autrui ou de l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave.

Celui qui possède un homme libre comme esclave à juste titre et de bonne foi ou l'esclave d'autrui acquiert les créances qui résultent du fait de cet homme libre ou de cet esclave d'autrui *ex duabus causis*, savoir : — 1° *ex operibus servi*, lorsque, par exemple, l'esclave a loué ses services à un tiers, il devient créancier d'un salaire : cette créance est acquise au possesseur de bonne foi ; — 2° *ex re possessoris*, lorsqu'avec une chose, une valeur que le possesseur met à la disposition de l'esclave, celui-ci acquiert des droits ; ces droits sont acquis au possesseur. Par exemple : l'esclave a vendu une chose appartenant à celui qui le possède de bonne foi, le possesseur de l'esclave acquiert contre l'acheteur la créance du prix de vente (Instit., § 1, liv. III, tit. XXVIII).

Dans les deux mêmes cas, on acquiert également par l'esclave dont on est usufruitier (Instit., § 2, *eod.*). Quant à celui qui a l'*usage* d'un esclave, il faut dire, malgré la décision des Institutes (*ibid.*), qu'il ne peut acquérir par l'esclave que les créances qui proviennent *ex re sua* (Gaius, C. III, §§ 164, 165 ; L. 14, D., *De usu.*, liv. VII, tit. VIII), et non celles qui proviennent *ex operibus servi*.

TITRE XVIII

De la division des stipulations.

Les stipulations se divisent en *conventionnelles*, *judiciaires*, *prétoriennes* et *communes*, c'est-à-dire tant judiciaires que prétoriennes (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XVIII).

Des stipulations conventionnelles. — Les stipula-

tions conventionnelles sont celles qui interviennent, sans l'autorité du prêteur ou du juge, par l'effet libre et spontané de la volonté des parties. Il y en a une variété infinie, autant d'espèces différentes que d'obligations à contracter. Aussi est-il impossible d'en donner l'énumération complète (Instit., § 3, *cod.*).

Des stipulations judiciaires. — Les stipulations judiciaires (1) sont celles que le juge ordonne et peut seul ordonner (*quæ a mero iudicis officio proficiscuntur*) (Instit., § 1, *eod.*).

Exemples de stipulations judiciaires. — Les Institutes nous citent deux exemples de stipulations judiciaires, savoir : la *cautio de dolo* et la *cautio de perseguendo servo qui in fuga est, restituendove pretio*. — Le mot *cautio* a un sens très large ; il désigne toute espèce de *sûretés*, de *garanties*. Ici il indique une promesse, faite par le débiteur dans une stipulation, à l'effet de garantir le créancier contre les suites d'un dol qui pourrait lui préjudicier (Instit., § 1, *eod.*).

1° *Cautio de dolo*. — Je revendique contre *Titius* une chose qui m'appartient. Le juge reconnaît mon droit de propriété, et ordonne à *Titius* de me restituer la chose. Si *Titius* obtempère à cet ordre, il sera absous, c'est-à-dire libéré de toutes les suites de l'action que j'ai intentée contre lui. Cependant il peut se faire que, par esprit de vengeance, ou par une intention frauduleuse quelconque, *Titius* détériore la chose, si, par exemple, il s'agit d'un esclave, qu'il l'empoisonne avant de me le restituer. Pour obvier à cet inconvénient, le juge, au moment même où il ordonne la restitution de l'esclave, impose à *Titius* l'obligation de *cavere de*

(1) Il faut bien se garder de confondre en droit romain le magistrat avec le juge. Le magistrat est un *fonctionnaire permanent*, chargé de l'administration de la justice. Le juge est un *citoyen* qui reçoit du magistrat une mission *spéciale et accidentelle* pour statuer sur un procès déterminé, et qui après le procès rentre dans la masse des particuliers. — V. *infra*, liv. IV, tit. vi.

dolo, c'est-à-dire lui fait promettre qu'il n'a commis ni ne commettra aucun dol (*dolum abfuisse abfuturumve*), et que, s'il en commet, il m'indemniserà. Alors, si plus tard on découvrait que l'esclave restitué avait été endommagé par le dol de *Titius*, ce dernier était tenu de me donner une indemnité par la *condictio* résultant de la stipulation (L. 9, § 7, D., *Quod metus causa*, liv. IV, tit. II).

2° *Cautio de persequendo servo restituendove pretio*. — Je revendique un esclave contre *Titius* qui, *inter moras litis*, devient propriétaire de l'esclave par l'usucapion. Mais, pendant le procès, l'esclave prend la fuite, de telle sorte que *Titius* se trouve dans l'impossibilité de restituer ce qu'il ne possède plus. Trois hypothèses peuvent se présenter. — *Première hypothèse* : *Titius* qui possédait l'esclave en a par méchanceté favorisé la fuite, il commet un dol. La *cautio de dolo* ne trouvera pas ici son application. En effet, *Titius* sera condamné à me payer, pour équivalent du dommage qu'il me cause, une somme que je fixerai moi-même sur la foi du serment (L. 22, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. 1). — *Deuxième hypothèse* : il n'y a ni dol ni faute de la part de *Titius* ; dans ce cas celui-ci sera seulement tenu de me céder toutes les actions qu'il pourra avoir relativement à cet esclave (L. 21, D., *eod.*). La *cautio de dolo* ne trouve pas encore ici son application (1). — *Troisième hypothèse* : la fuite de l'esclave n'est pas imputable à dol à *Titius*, mais seulement à faute. Il est possible, en effet, que *Titius* ait manqué de précaution, de diligence. Dans ce cas, comme *Titius* est propriétaire de l'esclave et que

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 284 ; Labbé et Gide, à leurs cours. — Toutefois, Pellat est d'un avis contraire. Il enseigne, en effet, dans son *Commentaire du livre VI des Pandectes*, p. 203, qu'il y a lieu, dans notre hypothèse, c'est-à-dire au cas où le défendeur n'a commis ni dol ni faute, à l'application de la *cautio de persequendo servo restituendove pretio*. Telle nous paraît être aussi l'opinion d'Ortolan, t. II, p. 189, n. 1315 ; Accarias, t. II, n. 808, p. 986, note 2.

lui seul peut, en cette qualité, le poursuivre et le réclamer entre les mains des tiers, il devra, pour être absous, s'engager par promesse faite sur ma stipulation, à rechercher l'esclave pour me le rendre, ou, s'il ne réussit pas à le retrouver, à m'en payer la valeur. C'est là ce que l'on nomme la *cautio de persequendo servo restituendove pretio* (L. 21, D., *eod.*).

Des stipulations prétoriennes. — Les stipulations prétoriennes sont celles qui ont lieu et ne peuvent avoir lieu qu'en vertu de l'ordre du préteur (*quæ a mero prætoris officio proficiscuntur*). Le préteur indique dans son édit les cas où il ordonnera la stipulation et la formule de cette stipulation. C'est un moyen de faire naître une action là où le droit civil n'en donne pas. — Telles sont les stipulations dites *damni infecti* et *legatorum*. On comprend, sous la dénomination de stipulations prétoriennes, les stipulations édilitiennes : *nam et hæ a jurisdictione veniunt* (Instit., § 2, *eod.*).

1° *Cautio damni infecti*. — La *cautio damni infecti* (de dommage imminent) avait lieu dans l'hypothèse suivante : supposez que ma maison menace ruine. Si elle tombe sur la propriété de mon voisin et lui cause du dommage, je pourrai, en abandonnant les matériaux de ma maison écroulée, me soustraire à l'obligation de réparer le mal. En effet, le principe rigoureux du droit civil romain est que les choses qui nous appartiennent ne doivent pas nous nuire au delà de leur valeur réelle (L. 7, § 1, D., *De damno infecto*, liv. XXXIX, tit. II). Mais le préteur a corrigé ce principe dont les conséquences étaient injustes (1). Il autorisait le voisin menacé de l'écroulement de ma maison à me faire citer devant lui, et, en vertu de son autorité, il me forçait à

(1) La *cautio damni infecti* n'a plus d'utilité en droit français. L'art. 1386 du Code civil porte que « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

garantir à mon voisin, par ma simple promesse (*nuda repromissio*) ou par celle d'un fidéjusseur (*satisfatio*), la réparation de tout le dommage futur possible. Cette stipulation s'appelait *stipulatio* ou *cautio damni infecti*.

Si je refusais de donner la garantie demandée, le préteur envoyait mon voisin en possession de ma maison. Cet envoi en possession se faisait par décret : il n'autorisait pas le voisin à m'expulser de mon immeuble, mais seulement à venir s'installer avec moi dans ma maison. Ce qui était pour moi un ennui, une gêne, et avait été imaginé à l'effet de me contraindre à fournir la *cautio damni infecti*. Si elle était fournie, l'effet de l'envoi en possession provisoire s'évanouissait. Mais si je m'obstinais toujours, le préteur, par un nouveau décret, prononçait un nouvel envoi en possession. En vertu de ce second décret, la propriété de ma maison était transférée au voisin qui avait ma chose *in bonis ejus* et pouvait arriver au *dominium ex jure Quiritium* par l'usucapion (L. 15, §§ 11, 15, 16, 20, 30, D., *De damn. infect.*, liv. XXXIX, tit. II).

2° *Cautio legatorum*. — La *cautio legatorum* avait lieu dans l'hypothèse suivante : je suis légataire en vertu d'un legs qui m'a été fait à terme ou sous condition ; je ne puis par conséquent actionner l'héritier en exécution immédiate de ce legs. Mais j'ai le droit de m'adresser au préteur, qui ordonnera à l'héritier de me promettre d'exécuter le legs lors du *dies venit* et de garantir sa promesse par des fidéjusseurs. Cette garantie avait pour but de me protéger contre les dissipations de l'héritier qui pouvait devenir insolvable avant l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition (L. 5, D., *Ut in poss. legat. vel fideic.*, liv. XXXVI, tit. IV).

Si l'héritier ne voulait pas donner satisfation au légataire, celui-ci était envoyé en possession de tous les biens héréditaires. Mais cet envoi en possession ne don-

nait jamais au légataire la propriété bonitaire de ces biens ; le légataire restait toujours un simple gardien. (*Missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit : nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. L. 5, pr., D., eod.*).

Stipulationes ædilitiæ. — Les édiles intervenaient aussi pour ordonner certaines stipulations ; notamment, pour faire promettre au vendeur d'un esclave ou d'un animal, que cet esclave ou cet animal était exempt de vices rédhibitoires (L. 1, § 1, D., *De ædil. edict.*, liv. XXI, tit. 1).

Des stipulations communes. — Les stipulations communes sont celles qui peuvent être ordonnées tant par le préteur (*in jure*) que par le juge (*in judicio*). Les Institutes nous citent deux exemples de stipulations communes, ce sont : les stipulations *rem pupilli salvam fore et de rato*.

1^o *Rem pupilli salvam fore.* — La loi imposait à certains tuteurs, au moment où ils entraient en fonctions, l'obligation de fournir au pupille une *satisfaction*, c'est-à-dire de présenter des fidéjusseurs qui s'engageaient, suivant certaines formalités, à répondre de la bonne administration de ces tuteurs (1). Régulièrement le soin d'ordonner cette satisfaction entrait dans les attributions du préteur. Mais supposons qu'un tuteur qui doit fournir caution ne l'ait pas fournie, soit parce que le préteur a négligé de lui en imposer la nécessité, soit parce qu'on lui a laissé ignorer cette circonstance. Qu'arrivera-t-il, si ce tuteur poursuit un débiteur du pupille, et le traduit, en vertu d'une action, *in judicio* ? Le juge, sur la demande du débiteur, doit interposer son autorité pour contraindre le tuteur à fournir la *cautio rem pupilli salvam fore*. Cela est tellement important que la sentence rendue contre un tuteur, plaidant

(1) Voy. *suprà*, liv. I, tit. xxiv, p. 127 et suiv.

pour son pupille, avant la satisfaction, ne produirait aucun effet (L. 3, C., *De tutor. vel curat. qui satis non dedit*, liv. V, tit. XLII).

2° *Cautio de rato*. — La stipulation *de rato* avait lieu dans l'hypothèse suivante : *Titius* intente contre moi une action au nom et dans l'intérêt de *Séius* qui est absent. Il agit donc comme *procurator* de *Séius*. L'instance ne créant d'obligations qu'entre les parties qui y ont figuré, il est à craindre que, plus tard, *Séius* ne refuse de reconnaître les actes accomplis par son mandataire, et n'intente contre moi une nouvelle action pour la même affaire (*ne iterum dominus de eadem re experiatur*). Pour remédier à cet inconvénient, je puis contraindre le *procurator* à me garantir soit par simple promesse, soit par fidéjusseurs, que le mandant ratifiera ses démarches et le procès qu'il a intenté contre moi (*ratam rem dominum habiturum*. Gaius, C. IV, § 98). Si, une fois de retour, *Séius* renouvelle contre moi le même procès, j'aurai un recours contre le *procurator*, et s'il y a eu des fidéjusseurs, contre les fidéjusseurs, lorsque le *procurator* est insolvable. Cette *cautio de rato* est ordinairement ordonnée par le préteur, exceptionnellement elle peut être prescrite par le juge.

TITRE XIX

Des stipulations inutiles.

Définition. — On entend par *stipulations inutiles* (*inutiles, nullius momenti*) celles qui sont inefficaces et ne produisent aucun lien, d'après les règles mêmes du droit civil.

Des causes principales de nullité.

La nullité d'une stipulation peut tenir à quatre cau-

ses principales, savoir : — à l'objet ; — à l'incapacité des parties ; — à la forme ; — aux modalités.

I. DE L'OBJET.

Il n'existe point d'obligation sans objet. L'objet de l'obligation est la chose qu'on promet de donner, de livrer ou de faire (1). Tout ce qui a une utilité pour l'homme peut faire l'objet d'une obligation (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XIX).

L'objet de la stipulation doit : — 1° être suffisamment déterminé ; — 2° être existant ou pouvoir exister ; — 3° être dans le commerce des hommes, en général ; — 4° être dans le commerce du stipulant, en particulier ; — 5° être licite, non réprouvé par les lois et par les bonnes mœurs.

1° L'objet de la stipulation doit être *suffisamment déterminé*, sinon la convention est sans objet. Un objet peut être déterminé quant à l'*individu*, quant à l'*espèce*, quant au *genre*. L'obligation est valable lorsque son objet est déterminé quant à l'individu ou quant à l'espèce ; elle ne l'est pas quand il n'est déterminé que quant au genre, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'un genre limité, restreint, *qui habet certam finitionem*. Lorsque le genre désigné est si large, si étendu, qu'il est impossible de déterminer, sans tomber dans l'arbitraire, l'individu qui devra être livré, la stipulation est nulle (2) (L. 115, *pr.*, D., *De verb. obl.*, liv. XLV, tit. 1).

2° L'objet de la stipulation doit être *existant* ou doit *pouvoir exister*. Est donc inutile la stipulation dans laquelle on stipule une chose qui a existé, mais qui n'existe plus, par exemple : l'esclave *Stichus*, que l'on croyait vivant et qui est mort depuis peu ; ou bien une chose

(1) Comp. Code civ., art. 1126, 1127.

(2) Conf. même Code, art. 1129.

qui n'a jamais existé et qui ne peut pas exister, par exemple, un hippocentaure (Instit., § 1, *eod.*).

Mais si la chose promise, quoique n'existant pas, est susceptible d'exister, comme les fruits à venir sur un champ désigné, un esclave à naître, etc., la stipulation n'est pas nulle; seulement l'exécution n'en pourra être exigée que lorsque la chose stipulée aura acquis l'existence, par exemple, lorsque les fruits auront été produits, que l'esclave sera né (1) (L. 75, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1).

3° L'objet de la stipulation doit être *dans le commerce des hommes* (2). Cette condition a besoin d'être étudiée à deux points de vue : — ou bien, au moment même de la stipulation, l'objet est hors du commerce; — ou bien il est à ce moment dans le commerce, mais plus tard il est mis hors du commerce.

L'objet est hors du commerce au moment où intervient la stipulation : par exemple, on stipule une chose sacrée (*rem sacram*) ou religieuse (*religiosam*) que l'on regardait comme profane (*quom humani juris esse credebatur*), ou bien une chose publique (*publicam*) destinée à l'usage perpétuel du peuple, comme un forum, un théâtre, un homme libre que l'on croyait esclave. Il y a nullité radicale. La stipulation est nulle faute d'objet, et, quoi qu'il arrive, elle ne pourra jamais avoir d'effet. Ainsi une chose hors du commerce au moment où intervient la stipulation peut devenir plus tard susceptible de propriété privée : par exemple, un terrain sacré ou public peut cesser de l'être, un homme libre devenir esclave. Bien plus, les parties ont peut-être même prévu cet événement, et stipulé conditionnellement pour le cas où le terrain sacré ou public deviendrait privé, ou bien pour le cas où l'homme libre tomberait en esclavage. Que la stipulation soit pure et simple, ou à terme, ou

(1) Comp. Code civ., art. 1130.

(2) Même Code, art. 1128.

même conditionnelle, peu importe ; la stipulation est frappée de nullité dès sa naissance (*protinus inutilis est*) ; elle reste improductive, quels que soient les événements postérieurs (Instit., § 2, *eod.*).

L'objet est dans le commerce au moment de la stipulation, mais postérieurement il est mis hors du commerce : par exemple, si le fonds promis est devenu sacré ou religieux, si l'esclave est devenu libre. La stipulation est éteinte (*extinguitur stipulatio*). Le promettant se trouve libéré ; il n'est même pas tenu de payer l'estimation de la chose. Mais pour cela il faut que l'événement soit arrivé non seulement sans la faute, mais même sans le fait du promettant (*sine facto promissoris*) (Instit., § 2, *eod.*).

4° Il ne suffit pas que l'objet de la stipulation soit dans le commerce des hommes en général, il faut encore qu'il soit *dans le commerce du stipulant en particulier* ; par exemple, un gouverneur de province stipule un immeuble situé dans cette province ; un hérétique, un juif ou un païen, stipule un esclave chrétien. Ces stipulations ne produisent pas d'effet, parce que la chose stipulée est hors du commerce à l'égard du stipulant (*cujus commercium non habuerit*) (Instit., § 2, *eod.*). — *Première observation* : il n'est pas nécessaire que l'objet de la stipulation soit dans le commerce du promettant : ainsi le gouverneur de province incapable de stipuler peut promettre un immeuble situé dans sa province. Cette stipulation est valable et productive d'obligation (Inst., § 2, *eod.*). — *Deuxième observation* : lorsque la chose stipulée ne se trouve pas hors du commerce du stipulant par sa nature (*natura sui*), d'une manière absolue, mais seulement à cause d'un obstacle temporaire, le stipulant peut se la faire promettre *conditionnellement* pour le cas où l'empêchement relatif à sa personne viendrait à disparaître. Ainsi, un gouverneur de province incapable de stipuler purement et simplement un immeuble situé dans sa province, peut se le faire promettre

sous condition pour le cas où il n'occuperait plus ses fonctions. — De même, lorsque quelqu'un stipule qu'on lui donnera sa propre chose, cette stipulation est nulle, parce qu'il est impossible qu'il devienne propriétaire d'une chose qui est déjà sa propriété. Mais rien ne l'empêcherait de stipuler sa propre chose pour le cas où elle cesserait de lui appartenir (L. 82, *pr.*, L. 31, D., *De verb. obligat.*, liv. XLV, tit. 1).

Quid du cas où celui qui a stipulé une chose qui ne lui appartient pas, en acquiert ensuite la propriété par une cause étrangère à cette stipulation ? Le promettant se trouvera-t-il libéré, et la stipulation sera-t-elle dépourvue de tout effet ? Il faut faire une distinction : — si le promettant avait promis la chose au stipulant par pure libéralité et que celui-ci fût ensuite devenu propriétaire gratuitement, par exemple en succédant comme héritier au propriétaire de la chose, la stipulation est nulle ; et le promettant n'est tenu ni de donner la chose, ni d'en payer la valeur. C'est l'application de cette règle bien connue : « *Duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.* » — Mais si le stipulant est devenu propriétaire à un titre onéreux, par exemple, en vertu d'un achat, la stipulation conservera son efficacité. Le promettant, se fût-il obligé par pure libéralité, devra, dans l'impossibilité de donner la chose, fournir au stipulant l'équivalent de la somme déboursée pour cette acquisition (L. 83, § 6, D., *eod.*).

Peut-on stipuler ou promettre pour autrui ? La négative nous est enseignée par les Institutes (§§ 3, 4, *eod.*). En effet, celui pour lequel on stipule ou pour lequel on promet n'est pas intervenu au contrat ; il ne peut ni en profiter ni en être tenu suivant l'axiôme général : « *Ris inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest* (1). »

(1) Conf. Code civ., art. 1165.

Au surplus, celui qui a stipulé pour un autre, n'ayant aucun intérêt à l'accomplissement de la promesse, ne peut pas avoir d'action (Instit., § 19, *eod.*). Quant à celui qui a promis pour un autre, il ne saurait être actionné puisqu'il n'a promis aucun fait personnel, rien qui dépendît de lui (1) (Inst., § 21, *eod.*).

Mais la stipulation pour un tiers sera valable et efficace toutes les fois que le stipulant y aura un intérêt pécuniaire appréciable ; un intérêt d'affection ne suffirait pas (2). Exemple : un cotuteur cédant à un autre l'administration de la tutelle stipule de lui *rem pupilli salvam fore*. La stipulation, quoique faite pour le pupille, est valable, car le tuteur y a intérêt, puisqu'il est responsable et tenu par l'action de tutelle de la mauvaise administration de son cotuteur. De même est encore plus évident l'intérêt de celui qui stipule qu'on donnera à son procureur ou à son créancier (Instit., § 20, *eod.*). — Enfin, dans les cas mêmes où le stipulant n'a aucun intérêt à l'exécution du contrat, la stipulation peut devenir efficace par l'addition d'une peine au profit du stipulant (Instit., § 19, *eod.*).

La stipulation : « *Mihi aut Seio dare spondes?* » est également valable (Instit., § 4, *eod.*). Ici, le stipulant acquiert seul la créance, seul il peut agir en justice, et obtenir une condamnation contre le promettant. Séius n'a donc pas d'action ; c'est un mandataire chargé uniquement de recevoir le paiement de la dette. On le nomme *adjectus solutionis gratia* (3) (Instit., *ibid.*).

(1) Conf. Code civ., art. 1119.

(2) *Sic*, Bodin, p. 6; Gavouyère, p. 4. — Accarins, t. II, n. 523, p. 261 et suiv., pense toutefois que, dans certains cas très rares et tout à fait exceptionnels, le juge est autorisé à tenir compte d'un simple intérêt d'affection, lorsque cet intérêt d'affection ressort assez clairement de la nature et du but de l'opération pour n'avoir pu échapper à la personne avec qui on a contracté (L. 54, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1). V. aussi Didier-Pailhé et Tartari, p. 283.

(3) Le mandat donné à l'*adjectus* n'est pas, à la différence du mandat ordinaire, révocable à la volonté seule du mandant (L. 106, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). C'est qu'en effet, l'adjection constitue

Cette solution ne s'appliquerait pas absolument à la stipulation *mihî* ET *Seio dare spondes*. Une pareille stipulation est nulle à l'égard de Séius. Mais en ce qui me concerne, elle est valable pour moitié ou pour le tout suivant qu'il s'agit d'un contrat verbal ou d'un contrat de bonne foi (L. 64, D., *De contr. empt.*, liv. XVIII, tit. 1).

Si la promesse du fait d'autrui est en principe inefficace, il n'en est pas de même de celle par laquelle on s'oblige à faire donner ou à faire faire par le tiers (1) (*effecturum se ut Titius daret*. Instit., § 3, *eod.*), ou à donner au nom du tiers (*Titii nomine te soluturum*. L. 97, § 1, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1). — Au surplus, la promesse même pure et simple du fait d'autrui est valable si l'on y ajoute une clause pénale (2) (Instit., § 21, *eod.*).

5° L'objet de la stipulation doit être *licite*, non réproposé par les lois ou les bonnes mœurs (3). Est donc nulle la stipulation qui a pour objet un meurtre, ou un sacrilège (Instit., § 24, *eod.*).

II. DES INCAPACITÉS.

Les causes de nullité des stipulations qui tiennent à l'incapacité des parties peuvent se diviser en deux classes principales, savoir : — nullités qui résultent du défaut d'âge ; — nullités qui résultent des altérations accidentelles des facultés mentales (4).

Nullités qui résultent du défaut d'âge.

Durant l'*infantia* l'incapacité est absolue. L'*infans* est incapable d'intervenir dans une stipulation soit à l'effet de jouer le rôle qui le constituera créancier, soit à l'effet

pour le promettant un droit acquis qui ne peut lui être enlevé malgré lui.

(1) Comp., Code civ., art. 1120.

(2) Même Code, art. 1121.

(3) *Ibid.*, art. 1133.

(4) *Ibid.*, art. 1123 à 1125.

de jouer le rôle qui le constituera débiteur. En effet, pour contracter valablement, il faut avoir l'intelligence de ce que l'on fait. Or l'enfant ne diffère guère du fou, *quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum* (Instit., § 10, *eod.*). Cette période d'incapacité complète dure jusqu'à l'âge de sept ans, suivant le sentiment général (1) (L. 18, C., *De jure delib.*, liv. VI, tit. xxx).

De 7 à 14 ans (âge de la puberté), il faut, pour déterminer la capacité de l'impubère, distinguer suivant que l'impubère est *sui juris* et *in tutela*, ou bien *alieni juris* et *in potestate patris*.

L'impubère *sui juris* et *in tutela* peut intervenir dans les actes juridiques, soit à l'effet de rendre sa *condition meilleure*, soit à l'effet de rendre sa *condition pire*. — Quand il fait sa *condition meilleure*, il peut agir seul, sans l'autorisation de son tuteur ; et il fait sa *condition meilleure* toutes les fois qu'il acquiert un droit quelconque. — Quand il fait sa *condition pire*, il peut intervenir dans l'acte, mais avec l'assistance et l'autorisation de son tuteur ; et il fait sa *condition pire*, toutes les fois qu'il s'oblige ou qu'il aliène, quoi qu'il puisse recevoir en retour de cette obligation ou de cette aliénation (2).

L'impubère *alieni juris* et *in potestate patris* ne peut intervenir dans un acte juridique qu'à l'effet d'acquérir un droit de créance qui passera sur la tête du père de famille. Quant à intervenir dans un acte juridique à l'effet de devenir débiteur, il ne le peut même pas avec le consentement du père de famille (Instit., § 10, *eod.*).

(1) Sic, de Savigny, *System*, t. III, §§ 106 et suiv. ; Demangeat, t. II, p. 2:9 ; Van Wetter, *Cours élément. de dr. rom.*, t. I, § 43, p. 86 ; et t. II, § 368, p. 89 ; Flach, *De la minorité*, p. 10 et 11 ; Goudsmit, *Cours de Pandectes*, § 27, p. 56 ; Labbé, Machelard et Gide, à leurs cours. — Comp. Ortolan, t. III, p. 207, n. 1350 et suiv. — Suivant certains auteurs, il faudrait limiter l'*infantia* à la période dans laquelle l'*infans* ne peut pas encore parler (*fari non potest*) (L. 1, § 13, D., *De oblig., et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Voy. notamment Ducaurroy, t. II, n. 1303.

(2) Ci-dessus, liv. I, tit. XXI, p. 111 et suiv.

De 14 à 25 ans, le pubère a une capacité pleine et entière de contracter, soit à l'effet de devenir créancier, soit à l'effet de devenir débiteur (1). Seulement on lui a accordé certaines protections qui consistent : 1° dans la *restitutio in integrum*, en cas de lésion (2) ; 2° dans l'assistance d'un curateur (3).

Après 25 ans, les majeurs sont pleinement capables, et ne sont plus protégés par la *restitutio in integrum* (4).

Quant aux femmes pubères et *sui juris*, tenues pendant longtemps en tutelle perpétuelle, elles sont incapables de s'obliger *sine tutoris auctoritate*. Même après la disparition de cette tutelle, elles restent encore incapables de toute *intercessio* (5).

Nullités qui résultent des altérations accidentelles des facultés mentales.

L'homme atteint de folie, ou privé de raison, est absolument incapable de donner un consentement valable (6). Or il n'y a point de stipulation sans consentement (7). Toutefois, l'incapacité ne dure qu'autant que dure la folie. Si donc le fou se trouve dans un intervalle lucide, il peut valablement contracter. L'incapacité subit les mêmes intermittences que la folie (Instit., § 8, *eod.*). — Le prodigue interdit peut valablement stipuler, mais non promettre (8) (L. 6, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1).

(1) Le sénatus-consulte Macédonien a retiré aux fils de famille la capacité de figurer à titre de débiteur dans un *mutuum* d'argent. — V. *suprà*, liv. III, tit. XIV, p. 438, et *infra*, liv. IV, tit. VII.

(2) Voy. *suprà*, liv. II, tit. VIII, p. 218.

(3) *Suprà*, liv. I, tit. XXIII, p. 121 et suiv.

(4) Rappelons que les hommes à 20 ans et les femmes à 18 ans peuvent par dispense d'âge (*venia ætatis*), être investis des droits des majeurs. V. *suprà*, liv. I, tit. XXIII, p. 127.

(5) Sic, Accarias, t. II, n. 505, p. 228, note 2. — Voy. *infra*, liv. III, tit. XX, APPENDICE II, p. 507 et suiv.

(6) Comp. Code civ., art. 1123 à 1125.

(7) Même Code, art. 1108 et suiv.

(8) Les absents, les muets et les sourds ne peuvent ni stipuler ni promettre, parce qu'il leur est matériellement impossible d'accomplir les solennités de la stipulation. — V. au surplus, *suprà*, liv. III, tit. XV, p. 465.

III. DE LA FORME.

La stipulation est nulle, lorsqu'elle ne réunit pas les deux éléments suivants : — l'accord des parties dont l'une veut *stipuler* et l'autre *promettre* ; — l'accomplissement de certaines formes destinées à manifester cet accord.

1° *L'accord des parties.* — Il ne suffit pas que l'accord soit *apparent*, il faut qu'il soit *réel*. Par exemple, une stipulation intervient en vue d'un esclave. Chaque partie a prononcé le même nom *Stichus*, mais chacune avait dans l'idée deux esclaves différents du nom de *Stichus*. Bien que les parties aient eu l'intention de stipuler et de promettre, la stipulation sera nulle, parce qu'il n'y aura pas eu accord sur l'identité de l'objet promis ; il y aura eu deux volontés, mais non concours de volontés (1). La stipulation manquera donc d'une des conditions essentielles à tout contrat (Instit., § 24, liv. III, tit. XIX).

2° *L'accomplissement de certaines formes destinées à manifester l'accord des volontés.* — Il ne suffit pas encore que les parties soient d'accord, il faut que cet accord se manifeste dans la forme d'une interrogation préalable et d'une réponse conforme. La stipulation est donc inutile, si la réponse ne concorde pas avec la demande : par exemple, je stipule de vous dix sous d'or, et vous ne m'en promettez que cinq, ou réciproquement. Il n'y a pas de contrat, parce que l'objet de la stipulation ou de la promesse est considéré par les parties comme indivisible. La somme qui fait l'objet de la demande du stipulant n'est pas celle qui est contenue dans la réponse du promettant, et réciproquement (Gaius, C. III, § 102 ; Instit., § 5, *eod.*). — *Observation.* Paul et Ulpien (L. 1, § 4 ; L. 83, § 3, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1) soute-

(1) Comp. Code civ., art. 1108, 1109, 1110.

naient, au contraire, que la stipulation était valable pour cinq sous d'or, parce qu'on pouvait la décomposer en autant de stipulations partielles qu'il y a d'unités dans la somme (1).

Mais *quid* si l'interrogation porte sur plusieurs choses ayant chacune une individualité distincte, et que le répondant n'en promette qu'une ou quelques-unes? Dans ce cas, la stipulation se divise en autant de stipulations qu'il y a d'objets (*tot stipulationes sunt quot corpora*). Des diverses stipulations contenues dans l'interrogation le promettant peut n'en compléter qu'une ou quelques-unes. Ainsi le stipulant a dit à *Titius*: « Me promettez-vous de me donner votre bœuf et votre cheval? » *Titius* a répondu: « Je vous promets mon cheval. » *Titius* est tenu pour ce dernier objet (Instit., § 18, *eod.*). — Mais si la stipulation comprenait plusieurs objets distincts sous une alternative: *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* la stipulation serait nulle, si le promettant ne répondait que pour un seul: *Stichum spondeo*.

Quid, lorsque, l'interrogation ayant été pure et simple, la promesse est faite sous condition ou à terme, et réciproquement? En principe cette stipulation n'est pas valable (*inutilis est stipulatio*). Mais dans la pratique on a fini par déroger à cette rigueur du droit; et on a admis que, si le changement apporté par le promettant à la stipulation est approuvé sur-le-champ (*incontinenti*) par le stipulant, la stipulation est valable (L. 1, § 3, D., *De verb. obligat.*, liv. XLV, tit. 1).

IV. DES MODALITÉS.

La stipulation peut être inutile à raison de la condition ou du terme qui y est apposé.}

(1) Voy., pour plus de détails, Accarias, t. II, n. 500, p. 217 et suiv. — V. aussi *infra*, liv. III, titre xx, p. 502.

De la condition (1).

Conditions impossibles. — La stipulation est inutile lorsque l'obligation est subordonnée à une condition impossible, comme celle de toucher le ciel avec le doigt (2) (*uti si digito cælum tetigeris*). — Mais il n'en est pas de même dans les dispositions testamentaires. Une semblable condition est réputée non écrite (*pro non scripta habetur*), et la disposition de dernière volonté est tenue pour pure et simple (3) (Instit., § 10, liv. II, tit. XIV). — Si, au contraire, on a stipulé sous la condition qu'une chose impossible ne sera pas faite : par exemple, si vous ne touchez pas le ciel du doigt (*si digito cælum non tetigeris*), la stipulation est valable, et l'obligation qu'elle engendre est pure et simple (4) (*pure facta obligatio intelligitur*) (Instit., § 11, liv. III, tit. XIX).

Conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs. — Les conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs, sont assimilées aux conditions impossibles, en ce que, comme elles, elles rendent nuls les actes entre-vifs (Instit., § 24, *cod.*), tandis qu'elles sont réputées non écrites dans les dispositions testamentaires (5).

Toutefois, la condition qui suppose l'accomplissement d'un fait *contra leges vel bonos mores* n'entraîne pas dans tous les cas et sans distinction la nullité de la stipulation. Pour que la stipulation soit nulle, il faut que la condition soit *turpis*, c'est-à-dire conçue dans le but d'exciter à l'accomplissement du fait illicite ou immoral. Exemple : *Titius* promet dix écus d'or sous la condition que le stipulant commettra un assassinat (Instit., *ibid.*). — Mais si, au contraire, le promettant s'est obligé à payer une certaine somme s'il commet un acte réprouvé

(1) Voy. *suprà*, liv. III, tit. XIII, p. 430 et 431. — Consult. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 18-33.

(2) Conf. Code civ., art. 1172.

(3) Même Code, art. 900.

(4) *Ibid.*, art. 1173.

(5) Voy. les articles précités du Code civil.

par la loi ou les bonnes mœurs, la stipulation pourra parfaitement valoir. Par exemple, une femme au moment de son mariage stipule de son mari une certaine somme, s'il renoue, pendant la durée de son mariage, les relations qu'il entretenait auparavant avec une concubine (*si concubinæ, tempore matrimonii, consuetudinem repetiisse*) (L. 121, § 1, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1; L. 50, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV). La condition n'a rien d'immoral, la promesse est efficace. Les parties n'ont contracté qu'avec une intention honnête et dans le but d'empêcher le mal par la crainte d'encourir une peine pécuniaire.

De la stipulation prépostère. — On appelle *prépostère* la stipulation dans laquelle on fixe l'exécution d'une obligation conditionnelle à une époque qui précède l'évènement même de la condition: par exemple, si tel navire arrive un jour d'Asie, me promettez-vous de me donner aujourd'hui (*Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes*)? Une telle stipulation implique contradiction: en effet, l'obligation est exécutée avant qu'elle ait pris naissance; l'effet précède la cause (Instit., § 14, *eod.*).

Jusqu'au règne de Léon, la stipulation prépostère fut toujours nulle: cet empereur la déclara obligatoire dans les conventions relatives à la dot. Justinien a généralisé cette décision dans toutes les stipulations (*non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis*). On annule seulement l'obligation de donner immédiatement, en supprimant le mot *hodie*. Il ne reste plus alors qu'une obligation conditionnelle dont l'exécution ne pourra être exigée qu'après l'arrivée de la condition (1) (Instit., *ibid.*).

Du terme (2).

Était inutile la stipulation dont l'exécution était diffé-

(1) Voy., sur la condition résolutoire dans les stipulations et sur la stipulation prépostère, l'intéressante étude de M. Appleton, *Nouv. revue histor. de dr. franç. et étrang.*, 1879, p. 227 et suiv.

(2) V. *suprà*, liv. III, tit. XIII, p. 429.

rée jusqu'après la mort, soit du stipulant : « *Post mortem meam dari spondes ?* » soit du promettant : « *Quum mortuus eris dari spondes ?* » Gaius nous en donne la raison : c'est qu'il paraissait contraire aux principes que l'obligation pût commencer dans la personne même des héritiers (*inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem*) (Gaius, C. III, § 100 ; Instit., § 13, liv. III, tit. XIX). L'héritier était alors considéré comme une personne indépendante de son auteur, puisqu'il exerçait un droit qui n'aurait pas appartenu au défunt. Stipuler pour son héritier, ou promettre pour lui, c'était donc stipuler ou promettre pour un tiers. Or, on ne pouvait en général ni stipuler ni promettre pour autrui.

De même l'esclave ne pouvait stipuler *post mortem domini*, ni le fils de famille *post mortem patris*, parce que c'était le maître même qui était censé stipuler par son esclave, et le père par son fils de famille (*quia patris vel domini voce loqui videtur*. Instit., § 13, *eod.*).

Était également nulle la stipulation dont l'exécution était différée jusqu'à la *veille* de la mort, soit du stipulant : « *Pridie quam moriar,* » soit du promettant : « *Pridie quam morieris.* » La raison en était, dit Gaius (C. III, § 100 ; Instit., *ibid.*), qu'on ne peut connaître la veille de la mort qu'après la mort même de la personne. C'est donc comme si l'on stipulait pour un temps postérieur à la mort de l'une des parties. Il y avait là une sorte de stipulation prépostère.

Pour éluder cette défense de stipuler *post mortem meam* ou *pridie quam moriar*, on avait recours à l'intervention d'un *adstipulateur* qui stipulait accessoirement la même chose *post mortem prioris stipulatoris* (Gaius, C. III, §§ 110 et suiv.). Le premier stipulant était, en effet, un tiers pour l'*adstipulateur* ; or, on pouvait stipuler *post mortem alterius* (Instit., § 16, *eod.*). Après la mort du premier stipulant, l'*adstipulateur* devenait

créancier, mais il était tenu par l'action de mandat de rendre aux héritiers du *stipulatoris* tout le bénéfice qu'il retirerait de la stipulation (Gaius, C. III, § 117).

Mais *quid* de la stipulation qui a pour terme le moment même de la mort, soit du stipulant : « *Quum moriar, dari spondes?* » soit du promettant : « *Quum morieris dari spondes?* » (Instit., § 15, *eod.*). Cette stipulation était valable. Gaius (C. III, § 100) nous en donne la raison. C'est que l'obligation a ura commencé d'exister du vivant du stipulant ou du vi vant du promettant. En effet, le moment de la mort est aussi le dernier moment de la vie (*non post mortem... sed ultimo vitæ tempore*).

Justinien a supprimé ces distinctions subtiles de l'ancien droit, et a déclaré que les stipulations — *post mortem stipulatoris vel post mortem promissoris*, — ainsi que les stipulations *pridie quam morior* ou *pridie quam morieris*, — inutiles dans l'ancien droit, seraient valables tout comme l'étaient déjà les stipulations — *quum moriar* ou *quum morieris*, ainsi que la stipulation *post mortem alterius*.

TITRE XX

Des fidéjusseurs.

Le cautionnement ou *adpromissio* est l'acte par lequel une personne s'oblige *verbis* accessoirement à un obligé principal dont elle garantit la dette (1).

Avant Justinien, on distinguait trois classes de débiteurs accessoires (*adpromissores*), savoir : — 1° les *spondesores* ; — 2° les *fidepromissores* ; — 3° les *fidejussores*.

1° Des spondesores.

La *sponsio* était la forme la plus anciennement connue de constituer des débiteurs accessoires.

(1) Comp. Code civ., art. 2011 à 2043.

La formule était : — *Spondesne mihi dari centum ? Spondeo* (Gaius, C. III, § 116). — La *sponsio* était réservée aux seuls citoyens romains ; elle exigeait rigoureusement l'emploi de la langue latine (Gaius, C. III, § 93).

2° Des *fidepromissores*.

La formule de la *fidepromissio* était : — *Fidepromittisne mihi dari centum ? Fidepromitto* (Gaius, C. III, § 116). Elle avait été imaginée pour les rapports entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. Mais les citoyens romains eux-mêmes finirent par adopter cette formule, lorsqu'aucune des parties n'était étrangère à la cité. Elle pouvait être faite en langue étrangère.

3° Des *fidéjusseurs*.

Voici la formule de la *fidejussio* : — *Fidejubesne mihi dari centum ? Fidejubeo* (Gaius, C. III, § 116 ; Instit., § 7, liv. III, tit. xx).

Différences entre la *sponsio* et la *fidepromissio*, d'une part, et la *fidejussio*, d'autre part.

1° La *sponsio* et la *fidepromissio* pouvaient garantir toute obligation, même complètement nulle, qui affectait la forme d'une stipulation (Gaius, C. III, § 119). — La *fidejussio* ne pouvait garantir que des obligations civiles ou du moins ayant une existence naturelle (Instit., § 1, liv. III, tit. xx).

2° La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient se rattacher qu'à des obligations principales contractées *verbis* (Gaius, C. III, § 119). — Au contraire, la *fidejussio* servait à cautionner toute espèce d'obligation, soit verbale, soit réelle, soit littérale, soit consensuelle, soit même *ex delicto* (Instit., § 1, *eod.*).

3° La *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient garantir qu'une obligation de *dare*. — La *fidejussio* pouvait garantir non seulement une obligation de *dare*, mais encore une obligation de *præstare* et de *facere*.

4° Le stipulant qui recevait des *sponsors* ou des *ad-*

promissores devait en vertu d'une loi dite *Cicereia* (1) leur déclarer d'avance et publiquement le nombre des cautions qu'il se proposait de recevoir et la quotité de la dette garantie. L'omission de cette *prædictio* donnait à ces cautions le droit de provoquer dans les trente jours une action préjudicielle ou *præjudicium*, dont l'effet était d'entraîner leur libération, s'ils établissaient en fait que la formalité n'avait pas été remplie. — La formalité de la *prædictio* n'était pas à l'origine étendue à l'hypothèse de la fidéjussion : elle ne lui fut appliquée que plus tard par la coutume (Gaius, C. III, § 123).

5° L'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* était personnelle et ne passait pas à leurs héritiers. Ainsi la mort du débiteur accessoire enlevait au créancier sa garantie (Gaius, C. III, § 120). — L'obligation contractée par les *fidejussores* comme toute obligation en général, était transmissible à leurs héritiers (Instit., § 2, *eod.*).

6° Suivant une loi *Apuleia* (2), il y avait de plein droit société entre les *sponsores* et les *fidepromissores* d'un même débiteur. Il en résultait que celui d'entre eux qui payait au delà de sa part virile, obtenait par l'action *prosocio* la répartition du surplus entre ses coobligés, et cela sans avoir besoin d'établir une communauté d'intérêts. — Au contraire, le fidéjusseur qui n'a pas eu la précaution de se faire céder les actions du créancier est absolument dépourvu de recours contre ces cofidéjusseurs.

7° D'après une loi *Furia de sponsu* (3), l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* se divisait de plein droit entre les divers *sponsores* et les *fidepromissores* existant

(1) Il y a un *Cicereius*, préteur en 581. Dubois, *Instit.* de Gaius, d'après Studmund, p. 334, note 401.

(2) Probablement rendue en l'année 652 de Rome. Didier-Pailhé et Tartari, p. 330. Accarias, t. II, n. 570, p. 380, note 1, n'accepte pas cette date et propose l'an 364.

(3) La date de cette loi est incertaine. Toutefois, la plupart des auteurs la rapportent à l'an 659 (*R. f.*). Demangeat, t. II, p. 317,

au moment de l'échéance, que ces débiteurs accessoires fussent solvables ou non (Gaius, C. III, § 121). — Au contraire, dans le cas où il y avait plusieurs fidéjusseurs la dette ne se divisait pas entre eux. Le créancier pouvait demander le tout à l'un quelconque des fidéjusseurs (*liberum est creditori a quo velit solidum petere*). Toutefois, en vertu d'un rescrit d'Adrien, le fidéjusseur poursuivi pour le tout pouvait demander au prêteur une division de la dette entre ses divers cofidéjusseurs solvables (*si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat*. Instil., § 4, *ead.*). C'est le bénéfice de division (1).

8° Enfin d'après la même loi *Furia* l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* s'éteignait par le laps de deux années (*biennio liberabantur*) (Gaius, C. III, § 121). Quel était le point de départ de ce délai de deux ans ? C'était le moment de l'échéance de la dette, non le moment où elle était contractée (2). Au contraire, l'obligation des fidéjusseurs n'était pas limitée par un laps de temps ; elle était perpétuelle (*perpetuo tenentur*. Gaius, *ibid.*).

La *sponsio* et la *fidepromissio* étaient tombées en désuétude sous Justinien. Aussi n'en est-il plus question dans les Institutes.

DE LA FIDÉJUSSION.

Quelles conséquences peut-on tirer du principe que la fidéjussion est une obligation accessoire ?

On peut en tirer plusieurs conséquences, savoir :

1° La fidéjussion ne peut exister qu'autant qu'il existe une obligation principale qui la justifie (3). Il est vrai

(1) Telle est du moins l'opinion de Machelard, *Obligations naturelles*, p. 454 et suiv. ; Demangeat, p. 320 ; Accarias, t. II, n. 560, p. 350 ; Didier-Paillhé et Tartari, p. 332 ; Labbé, à son cours.

(2) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 315, note 3. Comp. Machelard, *loc. cit.*

(3) Comp. Code civ., art. 2012.

que la fidéjussion peut se former avant l'obligation principale; mais, dans ce cas, l'obligation du fidéjusseur est suspendue jusqu'à ce que l'obligation principale se soit constituée (Instit., § 3, *cod.*).

2° La fidéjussion ne saurait avoir un autre objet que l'obligation principale (1). Donc, est nulle la promesse du fidéjusseur qui consisterait à fournir du blé, alors que l'obligation principale se rapporterait à une somme d'argent (L. 42, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. 1).

3° La fidéjussion ne peut être plus étendue que l'obligation principale (*nec plus in accessione esse potest, quam in principali re*). Ainsi, lorsque le débiteur principal a promis cinq, le fidéjusseur ne peut promettre dix; de même si le débiteur principal a promis à terme ou sous condition, le fidéjusseur ne peut promettre purement et simplement (2). Mais qu'arrive-t-il au cas où le fidéjusseur s'est obligé *in durio rem causam*, c'est-à-dire a promis plus que ne doit le débiteur principal? La *fidejussio* sera-t-elle ramenée et restera-t-elle valable dans les limites de l'obligation principale? Par exemple, si le fidéjusseur a promis dix, alors que l'obligation principale ne contenait que cinq, le fidéjusseur sera-t-il lié jusqu'à concurrence de cinq? L'affirmative est enseignée par quelques interprètes autorisés (3); elle s'appuie sur les LL. 11, § 1, 12, D., *De const. pec.*, liv. XIII, tit. v; 8, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. 1; 33, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1). M. Labbé cependant a professé à son cours une opinion contraire. D'après notre savant maître, le fidéjusseur qui s'est obligé *in durio rem causam* n'est en aucune façon engagé. Il n'y a là qu'une promesse sans valeur. La raison en est que la fidéjussion est un contrat de droit strict qui ne peut pas être modifié, qui est va-

(1) Comp. Code civ., art. 2011.

(2) Même Code, art. 2013, 1°.

(3) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 316; Thézard, *Répét. éc.*, p. 244; Gide, à son cours. V. aussi conf. *suprà*, liv. III, titre XIX, p. 493 et 494; Code civ., art. 2013, 3°.

lable en son entier, ou nul pour le tout (1). Toutefois, le lien produit par la fidéjussion peut être plus étroit que celui qui résulte de l'obligation principale. C'est ce qui arrive lorsqu'on garantit par la fidéjussion une obligation naturelle (Instit., § 5, *eod.*).

Le fidéjusseur qui ne peut être obligé *in duriolem causam* peut l'être *in leviolem causam*. Il peut promettre moins. Si donc le débiteur principal doit dix, le fidéjusseur s'engagerait valablement pour cinq. Pareillement, le fidéjusseur pourrait s'obliger sous condition ou à terme pour un débiteur qui serait tenu purement et simplement (2) (Instit., § 5, *eod.*).

Recours du fidéjusseur qui a payé la dette contre le débiteur principal.

Il y avait plusieurs distinctions à faire : — 1° si le fidéjusseur s'était obligé en vertu d'un mandat que lui avait donné le débiteur principal, il pouvait exercer son recours par l'action de mandat contraire (*mandati contraria*. Instit., § 6, *eod.*); — 2° si le fidéjusseur s'était obligé spontanément à l'insu du débiteur principal, il pouvait exercer son recours par l'action de gestion d'affaires (*negotiorum gestorum*); — 3° si le fidéjusseur s'était obligé *malgré* le débiteur principal, ou *dans l'intention de lui faire une libéralité*, il n'avait pas de recours contre le débiteur principal (L. 24, C., *De negot. gest.*, liv. II, tit. XIX; L. 6, § 2, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. 1).

Des différents bénéfices accordés aux fidéjusseurs.

Trois bénéfices ont été introduits dans le but d'améliorer la situation des fidéjusseurs et de favoriser l'adjonction de débiteurs accessoires qui donnaient à l'obli-

(1) Voy., en ce sens, de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 142; Maynz, t. II, § 347, p. 408, texte et note 8; Namur, *Cours d'Inst.*, 2^e édit., t. II, § 323, p. 86; Van Wetter, t. II, § 314, p. 34; Accarias, t. II, n. 563, p. 361; Didier-Pailhé et Tartari, p. 327; Gavouyère, p. 41; Bodin, p. 33.

(2) Conf. Code civ., art. 2013-2°.

gation plus de sûreté. Ces bénéfices sont : — les bénéfices de division, — de cession d'actions, — d'ordre ou de discussion.

1° Du bénéfice de division.

Ce bénéfice, introduit par un rescrit d'Adrien appelé *epistola divi Adriani*, se produisait quand il y avait plusieurs fidéjusseurs. Il permettait à celui des cofidéjusseurs qui était poursuivi seul d'exiger du créancier qu'il divisât son action entre lui et les cofidéjusseurs solvables (1) et présents au moment de la *litis contestatio* (Instit., § 4, *eod.*).

A quel moment devait être demandée la division? — Le bénéfice de division devait être invoqué devant le magistrat (*in jure*), lorsque le préteur délivrait la formule aux parties.

Quels fidéjusseurs ne pouvaient pas invoquer le bénéfice de division? — Le bénéfice de division était refusé : — 1° aux fidéjusseurs qui, présentés par un tuteur, avaient promis *rem pupilli salvam fore* (L. 12, D., *Rem pup. salv. fore*, liv. XLVI, tit. vi); — 2° aux fidéjusseurs qui avaient commencé par nier leur qualité de fidéjusseurs (L. 10, § 1, D., *De fidej.*, liv. XLVI, tit. 1).

2° Du bénéfice de cession d'actions.

Le bénéfice de cession d'actions était le droit qu'avait le fidéjusseur de contraindre le créancier à lui céder ses actions soit contre le débiteur principal, soit contre les autres cofidéjusseurs (2). Ainsi, le fidéjusseur ne payait pas à proprement parler la dette; il achetait les droits et actions du créancier moyennant un prix égal au montant de la dette, prix qui était versé entre les mains du magistrat (L. 36, D., *eod.*).

A quel moment ce bénéfice devait être invoqué? — Le fidéjusseur qui voulait, par la cession, obtenir tous les droits du créancier, devait invoquer ce bénéfice avant le paiement; car, une fois le paiement fait, les actions

(1) Conf. Code civ., 2026, 2027.

(2) Même Code, art. 1251, 2029.

étaient éteintes ; et des actions éteintes ne peuvent plus être cédées (1). — Il fallait, en outre, que le fidéjusseur ne laissât pas s'accomplir la *litis contestatio* (LL. 30, 76, D., *eod.*).

Caractère de ce bénéfice. — La cession d'actions ne transférait pas la qualité de créancier, mais permettait au fidéjusseur d'agir comme *procurator* au nom du créancier. Il y avait là une espèce particulière de mandat connu sous le nom de *mandatum in rem suam*. Ce mandat différait du mandat ordinaire sous deux rapports : — 1° le fidéjusseur *procurator in rem suam* n'avait pas de compte à rendre au créancier ; — 2° il était mandataire à ses risques et périls et n'avait aucun recours contre le créancier son mandant.

Des effets de la cession d'actions. — La cession d'actions avait pour effets de faire profiter le fidéjusseur des droits de gage, d'hypothèque et de privilège qui pouvaient être attachés à la créance principale (L. 59, D., *eod.* ; LL. 11, 14, C., *De fidej.*, liv. VIII, tit. xli). — Observons, cependant, que le fidéjusseur ne pouvait recourir en vertu de cette cession d'actions contre son cofidéjusseur que pour la part de ce cofidéjusseur dans la dette.

3° Du bénéfice d'ordre ou de discussion.

Ce bénéfice introduit ou plutôt rétabli par une nouvelle de Justinien (Nov. IV, c. 1), consistait en ce que le fidéjusseur, attaqué par le créancier, pouvait renvoyer le créancier à la discussion préalable du débiteur principal (2). Discuter le débiteur principal (*discutere*), c'était voir s'il n'y avait pas dans ses biens de quoi payer la dette.

Si le débiteur principal payait tout, le fidéjusseur

(1) Mais, comme le fait remarquer fort judicieusement Accarias, t. II, n. 565, p. 368, le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions pour les céder au fidéjusseur ; il ne lui doit que celles dont il est resté nanti, telles qu'elles existent et sans garantie aucune de leur efficacité. — *Contrà*, Code civ., art. 2037.

(2) Conf. Code civ., art. 2021 à 2024.

était libéré; s'il ne payait qu'une portion, le fidéjusseur n'était tenu que pour le surplus (Nov. IV, préf. et c. 1).

Le bénéfice de discussion était expressément refusé aux banquiers (*argentariis*) (Nov. CXXXVI, préf. et c. 1).

APPENDICE

I. DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ.

Dans quels cas il y a *mandatum pecuniæ credendæ*.

— Il y a *mandatum pecuniæ credendæ* toutes les fois que, sur mon ordre et à mes risques et périls, vous consentez à devenir créancier d'une personne déterminée. Si je ne désigne pas la personne avec qui vous devez contracter, il y a simple conseil et pas mandat (LL. 32, 48, § 2, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. 1).

Conséquences. — L'accomplissement de ce mandat procure au mandataire deux débiteurs : le tiers avec lequel il a contracté en exécution du mandat et le mandant lui-même. Le *mandatum pecuniæ credendæ* n'est donc qu'une *intercessio* qui tend dans la pratique au même but que la fidéjussion avec laquelle elle présente de nombreuses ressemblances et aussi des différences utiles à signaler.

Ressemblances avec la fidéjussion. — 1° Les *mandatores pecuniæ credendæ* jouissent, depuis le rescrit d'Adrien, du bénéfice de division au même titre que les fidéjusseurs; — 2° Justinien accorde aux uns comme aux autres le bénéfice de discussion; — 3° Lorsqu'ils paient le créancier, ils ont le même recours contre le débiteur principal par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum*; — 4° La défense portée par le sénatus-consulte Velléien s'étend au *mandatum pecuniæ credendæ* aussi bien qu'à la fidéjussion.

Différences. — 1° Le *mandatum pecuniæ credendæ* étant un contrat consensuel peut se former entre ab-

sents, entre sourds et muets. La *fidéjussion* est au contraire un contrat *verbis* ; — 2° Le *mandatum* est synallagmatique et de bonne foi. La *fidéjussion* est unilatérale et de droit strict ; — 3° Le *mandatum* est un contrat principal, entièrement distinct du contrat postérieur qui le réalise. La *fidéjussion* est un contrat accessoire ; — 4° Le *mandatum* précède la dette qu'il garantit, et ne peut jamais, comme la *fidéjussion*, s'appliquer à une obligation préexistante ; — 5° L'obligation du *mandator* n'a jamais pour objet qu'une indemnité ; celle du *fidéjusseur* a le même objet que l'obligation principale. Il en résulte que la poursuite dirigée contre le *mandator* ne libère pas le débiteur de plein droit, tandis que celle dirigée contre le *fidéjusseur*, libère le débiteur principal *ipso jure* ; — 6° La restriction de la loi *Cornelia* qui limitait dans une certaine mesure le cautionnement fourni par promesse verbale, et la nécessité de la *prædicatio* imposée par la loi *Cicereia* ne s'appliquèrent jamais au *mandatum pecuniæ credendæ* (1).

II. DE L'INTERCESSION DES FEMMES ET DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Qu'est-ce que le sénatus-consulte Velléien ? — C'est un décret rendu sur la proposition des consuls Marius Silanus et Velleius Tutor, et ayant pour but de défendre aux femmes de s'obliger pour la dette d'autrui (*pro aliis reæ fieri*) ou, pour employer l'expression consacrée, d'*intercéder pour autrui* (*In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur*).

La date incertaine de ce sénatus-consulte semble se placer entre l'avènement de Claude (L. 2, D., *Ad. sen.*

(1) Sic, Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 35 ; Demangeat, t. II, p. 388 et 389.

cons. Vellej., liv. XVI, tit. 1) et la mort de Vespasien (1) (L. 16, § 1, D., *cod.*).

Dans quel but fut-il rendu ? — Ce sénatus-consulte ne fut pas rendu au profit des femmes et dans l'intérêt de leur dot; il ne constituait pas une extension des édits d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes d'intercéder en faveur de leurs maris. Il était inspiré par le principe traditionnel qui excluait les femmes de tout office viril. Le sénatus-consulte Velléen fut donc rendu *contre* les femmes, dans le but de restreindre leur capacité et de réprimer leur influence; ce fut un débris de leur ancienne tutelle (2) (L. 2, § 1, D., *cod.*).

Cas d'application du sénatus-consulte Velléen. — La femme intercède pour autrui, lorsque, allant trouver un débiteur, elle se joint à lui pour partager la charge de sa dette, ou se substitue à lui pour le libérer. D'ailleurs l'intercession peut consister dans une *expromissio*, dans une *sponsio*, dans une *fidepromissio*, dans une *fidejussio*, dans un *mandatum credendæ pecuniæ*, dans un *constitut* aussi bien que dans la constitution d'un gage ou d'une hypothèque. — Il ne suffit pas que la femme s'oblige, il faut encore qu'elle s'oblige *pour autrui*. Si, en s'engageant, elle ne prend pas à sa charge l'obligation d'autrui, elle est liée; car elle n'est point incapable de s'obliger, mais seulement d'intercéder (L. 13, *pr.*, L. 25, § 1, D., *Ad senat. Vell.*, liv. XVI, tit. 1). — Il faut de plus que la femme s'oblige non seulement pour

(1) Sic, Gide, *Etud. sur la condition privée de la femme*, p. 173, note 4. — Comp. Ortolan, t. III, n. 1410; Etienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 153; Maynz, t. II, § 350, p. 418; Namur, 2^e édit., t. II, § 331, p. 92; Van Wetter, t. II, § 319, p. 38; Accarias, t. II, n. 575, p. 387.

(2) Voy., en ce sens, Gide, *op. cit.*, p. 174; Bodin, 2^e année, p. 33. — Au contraire, M. Labbé, à son cours, voit dans le sénatus-consulte un moyen de protection pour la femme qui a pu s'obliger d'une manière irréflectie. — Comp. Laboulaye, *Recherches sur la condition privée de la femme*; Dubois, *Condition de la femme sous le rapport du stc. Velléen*; Maynz et Namur, *loc. cit.*; Accarias, t. II, n. 575, p. 388.

autrui, mais dans l'intérêt d'autrui. Si, en s'obligeant pour autrui, elle retire de cet acte quelque profit personnel, si elle a quelque arrière-pensée intéressée, elle n'intercède pas dans le vrai sens du mot (L. 27, § 2 ; L. 8, § 2, D., *eod.*). Ce qui importe donc, c'est l'intention de la femme ; toutes les fois qu'elle a voulu faire sa propre affaire, il n'y a pas intercession, quelque préjudice qu'elle puisse souffrir. Mais si, en s'obligeant, la femme a eu en vue en même temps son intérêt propre et l'intérêt d'autrui, et qu'elle se soit engagée pour sa propre affaire jusqu'à due concurrence et en faveur d'autrui pour le surplus, son engagement n'est valable que pour partie (L. 1, § 4, D., *De pign. et hypoth.*, liv. XX, tit. 1). C'est ce qui a lieu souvent quand la femme s'engage comme codébitrice solidaire (1). — Enfin, il faut que l'acte de la femme, bien qu'accompli dans l'intérêt d'autrui, ne constitue pas une donation. Car la femme est incapable d'intercéder, mais non de donner (2).

Le bénéfice accordé par le sénatus-consulte vient encore à cesser lorsque la femme s'est rendue coupable de dol (L. 2, § 3, D., *eod.*), ou bien lorsqu'elle renonce après coup à son droit (3) (L. 32, § 4, D., *eod.*).

Moyen de défense tiré du sénatus-consulte Velleïen.

— La femme qui s'est obligée peut, au cas où le créancier l'attaque, se défendre par l'exception tirée du sénatus-consulte (*ei per exceptionem Vellejani senatus-consulti succuritur*), ou même répéter, par la *condictio indebiti*, ce que, dans l'ignorance du secours que lui donne le sénatus-consulte, elle a payé d'une semblable

(1) Demangeat, *Des obligat. solid. en dr. rom.*, p. 345.

(2) Accarias, t. II, n. 576, p. 389.

(3) La renonciation de la femme au moment de l'intercession ne saurait avoir aucune valeur ; autrement la renonciation serait devenue de style et le but du sénatus-consulte eût été manqué. Sic, Maynz, t. II, § 350 ; Van Wetter, t. II, § 320, p. 39 ; Accarias, t. II, n. 576, p. 389, note 4. Comp. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 581, *Anm.* 1.

dette (1) (LL. 3, 16, C., *Ad senat. cons. Vellej.*, liv. IV, tit. XXIX. — La nullité créée par le sénatus-consulte Velléen peut être invoquée par les héritiers de la femme, par ceux qui ont constitué des gages pour elle, et par ses mandataires (LL. 20, 30, § 1, D., *eod.*; L. 7, § 1, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1).

Droit de Justinien. — Justinien a apporté au sénatus-consulte Velléen diverses innovations. Il a distingué entre l'intercession au profit d'un tiers et l'intercession au profit du mari. — *Est-ce pour un tiers*, c'est-à-dire pour tout autre que son mari, que la femme s'est obligée, Justinien maintient l'obligation, pourvu qu'elle ait une juste cause (LL. 24, 25, C., *eod.*), ou que l'on reconnaisse chez la débitrice une volonté sérieuse et constante de s'obliger. Ainsi l'intercession est valable si la femme la réitère après deux ans d'intervalle (L. 22, C., *eod.*); elle est encore valable, si la femme déclare qu'elle a reçu quelque chose pour prix de son intercession, si invraisemblable que soit cette affirmation; enfin l'intercession est valable, toutes les fois qu'elle est constatée dans un écrit public, revêtu de la signature de trois témoins (L. 23, § 2, C., *eod.*). — *Est-ce pour son mari* que la femme s'est obligée, l'intercession est nulle, d'une nullité radicale et absolue, malgré toutes les ratifications, toutes les renonciations et toutes les solennités possibles. Justinien n'admet qu'une exception à cette règle; c'est dans le cas où l'obligation tourne de toute évidence au profit de la femme (Nov. CXXXIV, c. VIII).

Ainsi, comme l'a fait remarquer très judicieusement M. Gide (2), à l'ancienne incapacité Velléienne se trouve substituée une incapacité toute nouvelle. Désormais

(1) Au contraire le paiement fait contrairement aux dispositions du sénatus-consulte Macédonien ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Voy. *infra*, liv. IV, tit. VII.

(2) *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 220.

l'incapacité de la femme ne tient plus à son sexe (*sexus imbecillitati*), mais à sa position de femme mariée ; elle n'est plus fondée sur des nécessités d'ordre public, mais sur des rapports de famille et des intérêts d'ordre privé. Garantir la dot, non seulement contre les dissipations du mari, mais encore contre les complaisances ou les faiblesses de la femme elle-même, tel est l'objet de la réforme de Justinien (1).

TITRE XXI

Des obligations littérales.

Définition. — L'obligation littérale est celle qui a sa cause et son principe générateur dans la formule écrite, comme l'obligation verbale résulte de la solennité de l'interrogation et de la réponse.

Des adversaria. — A Rome, tout père de famille était dans l'usage d'inscrire jour par jour sur un cahier brouillard, qui correspond au *livre-journal* de nos commerçants et qu'on appelait *adversaria*, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature (2).

Des tabulæ ou codex. — A la fin de chaque mois le père de famille faisait le dépouillement des opérations portées sur les *adversaria*, et les consignait avec ordre et méthode dans les *tabulæ* ou *codex*, sorte de registre

(1) Voy., sur l'influence exercée par le sénatus-consulte Velléien dans les pays de droit écrit, Gide, p. 143 et suiv. ; Arth. Desjardins, *Le sénatus-consulte Velléien dans la législat. franç.*, Rev. crit. de législat., t. XXX, p. 148.

(2) Sic, Didier-Paillhé et Tartari, p. 348 ; Van Wetter, t. II, § 360, p. 79 et 80 ; Accarias, t. II, n. 577, p. 393, note 1 ; Ortolan, t. III, n. 1416 ; Keller, *Institut.*, § 125 ; Gide, *Et. sur la novation*, p. 201, note 5.

qui offre beaucoup d'analogie avec le *grand-livre* de nos commerçants (1).

De l'autorité des adversaria et des tabulæ ou codex. — Les *adversaria* étaient presque sans autorité juridique, tandis que les *tabulæ* faisaient en justice foi pleine et entière (Cicéron, *Pro Q. Roscio*, or. 3, § 2).

Des arcaria nomina et des transcriptitia nomina.

Les inscriptions de créances au nom d'une personne désignée, sur les tables domestiques, prenaient la dénomination générale de *nomen*, *nomina*. Le mot *nomen* était synonyme de *créance* (2).

Toutes les énonciations portées sur les *tabulæ* ou sur le *codex* n'avaient pas la même valeur juridique : tantôt l'écriture ne servait que comme un moyen de preuve ; tantôt elle était la source même d'une obligation et formait un contrat *sui generis*, un contrat littéral.

On nommait *arcaria* (3) *nomina* les mentions qui ne constituaient que des instruments de preuve et non une source d'obligation. Si, par exemple, le père de famille portait sur son registre, au nom et au compte de tel individu, qu'il lui avait donné en prêt telle somme d'argent, cette inscription n'était qu'un moyen de constater le fait qui avait eu lieu. Car ce qui seul avait pu engendrer le *mutuum*, c'était la numération, la dation des espèces (Gaius, C. III, § 131). Ces *arcaria nomina* pouvaient, par conséquent, servir à constater les engagements intervenus entre pérégrins, puisque l'obligation était engendrée, non par l'inscription sur le regis-

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 326 ; Labbé, à son cours. — Suivant Maynz (t. II, § 332, p. 338, note 7), Gide (*op. cit.*, p. 186 et suiv.), Accarias, t. II, n. 577, p. 393, texte et note 1), les *tabulæ* ou *codex* correspondraient au *livre de caisse* de nos négociants et non au *grand-livre*.

(2) Dirksen, *Manuale latinitatis*, v° *Nomen*.

(3) *Arca* signifiait *caisse*. Les *nomina arcaria* étaient les créances de la caisse. L'*arca* était placée à la porte du *tablinum*, comme on le voit encore dans les maisons de Pompéï (Marquardt, *Röm. privatalt.*, t. I, p. 215), et le *codex* ou *tabulæ*, dans le *tablinum* (Bekker, *Galus*, t. II, p. 216 (3^e édit.).

tre, mais par la numération des espèces, ce qui est du droit des gens (*quod genus obligationis juris gentium est*) (Gaius, C. III. § 132).

On nommait *transcriptitia nomina* les mentions qui, portées sur les *tabulæ* suivant la formule consacrée, formaient par elles-mêmes une obligation littérale. Le fait de l'obligation était l'écrit, l'opération d'écriture seulement. Si, par exemple, un père de famille, du consentement de *Sempronius* qui veut se constituer son débiteur, écrit sur ses *tabulæ* la formule suivante : *Expensum Sempronio decem* ; ce père de famille par le seul fait de cette inscription se trouvera créancier de *Sempronius* pour dix, comme si, dans une stipulation, il s'était fait promettre dix par *Sempronius*. — Le mot *expensilatio* dont on se sert pour désigner le contrat littéral dérive du mot *expensum*, employé dans la formule qui engendre l'obligation (1).

Ordinairement la mention que le créancier inscrivait sur ses *tabulæ* : *Expensum Sempronio decem*, était confirmée par une mention corrélatrice mise sur les *tabulæ* du débiteur : *Acceptum a Titio decem*. Mais la coexistence de ces inscriptions était-elle indispensable pour l'accomplissement du contrat littéral ? Ce contrat n'était-il parfait qu'autant que le débiteur avait inscrit sur son registre, à son passif, la somme que le créancier avait consignée, sur son registre, à son actif ? La négative est aujourd'hui généralement enseignée (2) ; une écriture sur le registre du

(1) Buonamici, *Sulle litterarum obligationes dell. antico diritto rom.*, a exposé, dans l'*Archivio giuridico*, t. XVI, année 1876, p. 3 à 72, une théorie nouvelle et hardie sur le contrat *litteris* qui n'aurait, selon lui, aucun rapport avec le *codex accepti et expensi* et qui pourrait assez exactement être comparé à la lettre de change telle qu'on l'entend en Allemagne et en Suisse.

(2) Sic, Oriolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. III, n. 1421, p. 249, et *Du contrat formé par l'écriture chez les Romains*, Rev. de légis. et de jurispr., t. XIV, p. 67 et suiv. ; de Fresquet, t. II, p. 155 ; Demangeat, t. II, p. 328 ; Maynz, t. II, § 332, p. 341, note 32 ; Accarias, t. II, n. 577, p. 393, note 2 ; Gide, *Etude sur la novation*, p. 203 ; Labbé,

débiteur n'était donc pas nécessaire pour l'existence de l'obligation littérale.

Ressemblances entre l'expensilation ou contrat littéral, et la stipulation ou contrat verbal.

1° Dans la stipulation deux parties intervenaient, le stipulant et le promettant : dans l'expensilation, il y avait également un créancier qui portait sur son registre la somme comme pesée et livrée à son débiteur, et ce débiteur qui la portait, sur le sien, comme pesée et reçue de son créancier.

2° Dans la stipulation, des paroles solennelles devaient être prononcées ; dans l'expensilation, des formules consacrées devaient être écrites.

3° La stipulation et l'expensilation étaient des contrats de droit strict d'où naissait la *condictio certi*.

4° La stipulation et l'expensilation étaient plutôt des manières de s'obliger que des contrats particuliers. Elles étaient toutes deux très fréquemment employées à l'effet de nover une obligation préexistante soit en une obligation verbale, soit en une obligation littérale (1).

Différences entre l'expensilation et la stipulation.

1° La stipulation ne pouvait se former qu'*inter præsentes* ; l'expensilation, au contraire, pouvait avoir lieu *inter absentes* (Gaius, C. III, § 138).

2° La stipulation s'étendait à toute sorte d'engagements. Elle pouvait avoir pour objet de donner une chose déterminée, alors elle était dite *certaine* et produisait la *condictio certi* ; ou bien elle pouvait consister en un fait que l'on promettait d'exécuter, ou dont on promettait de s'abstenir ; elle était alors dite *incertaine* et donnait lieu à l'action *ex stipulatu* ou *condictio incerti*. — Au contraire, l'expensilation était restreinte aux obligations de quantités certaines, de sommes d'argent (*pectu-*

à son cours. — Comp. Namur, 2^e édit., t. II, § 73 ; Van Wetter, t. II, § 360, p. 80.

(1) Voy. *infra*, liv. III, tit. xxx.

niæ certæ). Elle ne pouvait avoir d'autre objet, ni engendrer, par conséquent, d'autre action que la *condictio certi*.

3° La stipulation était souvent modifiée par des conditions diverses; l'expensilation n'était pas susceptible d'être faite sous condition (*Frag. Vatic.*, § 329).

De combien de manières s'opéraient les nomina transcriptitia ? — De deux manières, savoir : *a re in personam*, ou *a persona in personam*.

A re in personam, lorsqu'un créancier portait écrit sur son registre, comme pesé (*expensum*) pour le compte d'une personne, ce qu'elle devait déjà pour cause d'achat, de louage, de société ou pour tout autre motif préexistant. L'ancienne obligation se trouvait éteinte et remplacée par l'obligation nouvelle contractée *litteris* (Gaius, C. III, § 129). — Le créancier retirait de cette opération un double avantage : 1° l'objet de sa créance était désormais un *certum* dont il pouvait poursuivre le paiement par une *actio stricti juris* ; 2° la novation qui avait eu lieu le mettait à l'abri des exceptions que le débiteur aurait pu soulever dans les actions *venditi*, *locati*, *pro socio*, etc.

A persona in personam, lorsque je portais sur mon registre comme pesé pour le compte de *Titius* ce que *Séius* me devait déjà en vertu d'un contrat littéral. Ce qui n'avait lieu que lorsque *Séius* me déléguait *Titius* comme débiteur à sa place (1) (Gaius, C. III, § 130). La mention qui rendait *Titius* débiteur annulait l'ancienne mention faite à la charge de *Séius*. — Ce mode de transfert se pratiquait surtout entre banquiers.

Les pérégrins pouvaient-ils s'obliger dans la forme des nomina transcriptitia ? — Ordinairement les citoyens romains pouvaient seuls figurer dans une expensilation (*quia quodammodo juris civilis est talis obligatio*). — Mais, à l'époque de Gaius, il y avait controverse à l'effet de

(1) Comp. Code civ., art. 1275.

savoir si les pérégrins ne pourraient pas s'obliger par une *transcriptio a re in personam*. Les Proculiens et Nerva soutenaient que même la *transcriptio a re in personam* n'était pas faite pour les pérégrins. Les Sabinien croyaient, au contraire, qu'il fallait étendre le bénéfice de la *transcriptio a re in personam* aux pérégrins comme aux citoyens romains. — Quant à la *transcriptio a persona in personam*, il n'existait aucune controverse ; elle était toujours réservée aux seuls citoyens romains (Gaius, C. III, § 133).

Mais à côté de l'institution civile des *nomina transcriptitia* vint bientôt se placer l'institution du droit des gens : les *chirographa* et les *syngraphæ*.

Des chirographa et des syngraphæ.

Les *chirographa* étaient des écrits émanés de la main du débiteur et conservés par le créancier. Les *syngraphæ* étaient des écrits signés par le créancier et le débiteur, et conservés par les deux parties contractantes en double (Asconius, *ad Ciceronem, in Verrem*, act. II, liv. I, § 36).

Caractères des chirographa et des syngraphæ. — Il y a sur ce point deux opinions rivales : — d'après les jurisconsultes allemands, les *chirographa* et les *syngraphæ* n'étaient que des moyens de preuve, des *cautiones* ou *instrumenta* (1). — En France, l'opinion qui a prévalu est que les *chirographa* et les *syngraphæ* constituaient une forme d'obligation par l'écriture. L'écriture était donc ici une cause efficiente de l'obligation. C'est d'ailleurs ce qui nous semble confirmé par ce passage de Gaius : « *Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis* » (C. III, § 134) (2). Ce mode de s'obliger par

(1) Sic, Gncist, *Die form. vert.*, p. 476 et suiv. — Cette opinion a été aussi défendue, avec un talent incontestable, par un auteur français, Gide, *Etude sur la novation*, p. 218 et suiv.

(2) Voy., en ce sens, Ortolan, t. III, n. 1431, et Bonnier, sur Ortolan, 10^e édit., 1876, appendice VIII ; Demangeat, t. II, p. 332 et 333 ; Maynz, t. II, § 332, p. 342 ; Namur, 2^e édit. t. II, § 311, p. 72 ; Van Wetter, t. II, § 360, p. 80 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 352 ; Bodin, 2^e année, p. 8 ; Labbé, à son cours.

l'écriture était particulièrement usité parmi les *peregrini* (Gaius, *ibid.*), et donnait lieu à la *condictio certi*.

Droit de Justinien. — Sous Justinien, le *codex accepti et expensi*, les *nomina* tant *arcaria* que *transcriptitia*, sont tombés en désuétude (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXI). Les *syngraphæ* ont disparu. Quant aux *chirographa*, on les trouve encore mentionnés dans quelques textes du Digeste et du Code, mais avec une signification différente. Ils sont employés comme synonymes de *cautio*, c'est-à-dire de l'écrit simplement destiné à servir de preuve de l'existence d'un contrat quelconque (1).

DE L'EXCEPTION NON NUMERATÆ PECUNIÆ.

Dans quel cas pouvait-on invoquer l'exception non numeratæ pecuniæ ? — Il arrivait souvent que l'écrit, le *nomen transcriptitium*, le *syngraphus*, le *chirographum*, ou la *cautio*, était rédigé avant que le débiteur eût reçu la somme à raison de laquelle il s'était engagé ; puis, le créancier, soit par erreur, soit par mauvaise foi, refusait de réaliser le prêt et de faire la numération des espèces (Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXI ; L. 7, C., *De non numer. pec.*, liv. IV, tit. xxx). Cependant le débiteur lié par la force de l'écrit obligatoire, restait exposé à payer des sommes qu'il n'avait pas touchées. Pour remédier à cet inconvénient, les prêteurs imaginèrent une exception *non numeratæ pecuniæ* dont l'effet était de mettre le demandeur dans la nécessité de prouver qu'il y avait eu numération des espèces. Ici on dérogeait à la règle générale : *Qui excipit, probare debet quod excipitur*. Ainsi il ne suffisait plus au créancier de dire au débiteur : « Vous me devez par cela seul

(1) V. conf. Unterholzner, t. I, § 37, 9^o ; Thibaut, t. I, § 488 ; de Savigny, *System V, Beillage* xiv, n^o ix, p. 531 ; Puchta, *Pand.*, § 305, note 9 ; Keller, § 298 ; Gneist, *Die formell. vertr.*, *Abtheil.* iv, § 7, p. 388 et suiv. ; Accarias, t. II, n. 580, p. 398, note 6 ; Van Wetter, t. II, § 364, p. 84 et 85 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 353 ; Bodin, *ibid.*, p. 9.

que j'ai contre vous une créance littérale, peu importe que mon écrit n'indique pas qu'il y a eu numération des espèces. » Il devra démontrer l'existence de la cause réelle de l'obligation, c'est-à-dire qu'il y a eu *numerata pecunia* (1).

Dans quel délai pouvait être opposée l'exception non numeratæ pecuniæ ? — Cette obligation pour le créancier de prouver la numération des espèces ne lui fut pas imposée sans limite. Justinien en donne la raison aux Institutes (*pr.*, liv. III, tit. XXI) ; c'est qu'il ne fallait pas mettre le créancier à la merci du débiteur, en l'obligeant, trop longtemps après la réalisation du prêt, à une époque où les éléments de preuve eussent été impossibles à réunir, d'établir la validité de sa créance. Ce délai était d'abord de *un an*. Porté ensuite à *cinq ans* par Marc-Aurèle, il fut réduit à *deux ans* par Justinien (*Instit.*, *pr. in fine*, liv. III, tit. XXI).

Cas où le créancier restait inactif. — Le débiteur qui n'a pas reçu les espèces pouvait ne pas attendre la poursuite du créancier, et intenter contre lui une *condictio sine causa* à l'effet d'obtenir la restitution du billet, ou bien la libération de l'obligation engendrée par l'écrit (L. 7, C., *De non numer. pec.*, liv. IV, tit. XXX ; L. 4, C., *De condict.*, liv. IV, tit. IX).

Bien plus, le débiteur avait, dans le droit de Justinien, un moyen de rendre perpétuelle l'exception *non numeratæ pecuniæ* ; il lui suffisait de faire contre le billet une protestation écrite qui devait être adressée soit au prétendu créancier, soit au magistrat. L'effet de cette protestation était de permettre au débiteur d'opposer en tout temps au créancier l'exception *non nu-*

(1) Notre Code civil ne reconnaît pas l'exception *non numeratæ pecuniæ*. — Toutefois un décret du 17 mars 1808, édicté pour dix ans, dans l'hypothèse d'une obligation souscrite par un non-commerçant au profit d'un juif, soumettait le porteur à la nécessité de prouver que la valeur avait été fournie entière.

meratæ pecuniæ (LL. 4, 14, *pr.*, et § 4, C., *De novæ num. pec.*, liv. IV, tit. xxx).

Cas où le délai de deux ans s'était écoulé sans qu'il y eût eu poursuite de la part du créancier, ni protestation de la part du débiteur. — Dans ce cas, le silence du débiteur était considéré comme un aveu, comme une reconnaissance de la numération des espèces ; aussi, le débiteur n'était plus admis à prouver contre le billet ; il n'avait aucun moyen d'échapper à la force de l'écriture (LL. 8, 14, C., *eod.*) (1). Voilà comment il arrive, sous Justinien, que le débiteur soit tenu en réalité par suite de l'écriture, puisqu'il peut se faire que la numération des espèces n'ait pas eu lieu et qu'il n'y ait pas eu de cause valable de l'obligation. — Mais y a-t-il là une véritable obligation *litteris* ? C'est ce qui est nié par les interprètes les plus autorisés du droit romain (2).

TITRE XXII

Des obligations consensuelles.

Définition. — Le contrat consensuel est celui qui est parfait par le seul consentement des parties (*consensu*), sans qu'il y ait besoin ni de la remise d'une chose (*nec dari quidquam necesse est*), ni d'écritures (*neque scriptura*), ni de stipulation (*neque præsentia*) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxii).

(1) Voy., en ce sens, sur cette question controversée, Mülllenbruch, t. II, § 376 ; Gneist, *Die form vert., Abtheil 1*, §§ 9, 10, p. 89 à 106 ; Vangerow, t. I, § 167, *Anm.* ; Windscheid, t. II, § 372 ; Accarias, t. II, n. 582, p. 403 ; Maynz, t. II, § 333, p. 344, texte et note 7, et p. 345, note 16 ; Demangeat, t. II, p. 333, 334 ; Namur, 2^e édit., t. II, § 312, p. 75. — *Contrà*, Unterholzner, *Lehre des röm. rechts von den schulden*, t. I, § 37 ; Puchta, *Pand.*, § 305, et *Vorles*, t. II, § 305 ; Van Wetter, t. II, § 430, p. 162.

(2) *Sic*, Maynz, t. II, § 332, p. 342, texte et note 28 ; Demangeat et Namur, *ubi supr.* ; Van Wetter, t. II, § 364, p. 84 ; Gide, *ubi supr.*, p. 226 et suiv. ; Labbé, à son cours. — Comp. toutefois, Ortolan, t. III, p. 265, n. 1440.

Combien y a-t-il de contrats consensuels. — Il y en a quatre, la vente (*emptio-venditio*), le louage (*locatio-conductio*), la société (*societas*), le mandat (*mandatum*).

Caractères des contrats consensuels. — 1° Les contrats consensuels peuvent avoir lieu entre absents, par exemple par lettre missive, ou par messenger (*veluti per epistolam vel per nuntium*) ; ils ressemblent en ce point au contrat *littéral* ; mais ils diffèrent de l'obligation *verbale* qui ne peut avoir lieu entre absents (Gaius, C. III, §§ 136, 138 ; Instit., *ibid.*). — 2° Les contrats consensuels sont des contrats synallagmatiques ; ils font naître entre les parties des obligations réciproques : toutefois il faut signaler ici une différence entre les quatre contrats consensuels. D'un côté, la vente, le louage, la société, sont des contrats synallagmatiques *parfaits*, car il est de leur essence même d'engendrer des obligations réciproques. Au contraire, le mandat est un contrat synallagmatique *imparfait* qui ne produit d'obligations réciproques que plus tard, selon les circonstances. Sur ce point les contrats consensuels se rapprochent des trois contrats réels, commodat, dépôt et gage, et diffèrent du *mutuum*, du contrat verbal et du contrat littéral qui sont essentiellement *unilatéraux* (Gaius, C. III, § 137 ; Instit., *ibid.*). — 3° Les contrats consensuels sont des contrats de *bonne foi*, c'est-à-dire que les effets de ces obligations réciproques se déterminent d'après l'équité (*ex bono et æquo*), tandis que le *mutuum*, le contrat verbal et le contrat littéral produisent des actions de pur droit strict (Instit., *ibid.*).

TITRE XXIII

De la vente.

Définition. — La vente est un contrat par lequel une des parties s'oblige à procurer la possession utile et du-

nable d'une chose à l'autre partie qui s'oblige à donner un prix consistant en monnaie (1). Il résulte de cette définition que le contrat de vente contient trois éléments essentiels : — 1° une chose qui en fait l'objet (*res*) ; — 2° un prix (*pretium*) ; — 3° l'accord des volontés des parties sur la chose et sur le prix (*consensus*).

Quand la vente est-elle parfaite? — La vente est parfaite dès que les parties sont tombées d'accord sur la chose et sur le prix, quoique la chose n'ait pas été livrée, ni le prix payé (2). — Sur ce point Justinien apporte une innovation : quand les parties avaient subordonné la vente à la condition qu'il y aurait un écrit (*instrumentum*), le contrat n'était parfait que lorsque l'acte était régulièrement dressé, jusque-là il n'y avait qu'un projet, qu'un pacte non obligatoire (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxiii). — Observons que la vente, objet d'un *instrumentum*, ne devenait pas pour cela un contrat *littéral* ; l'écrit était exigé *conditionis implendæ causa*, comme moyen de preuve, mais il ne constituait pas une cause d'obligation.

Des arrhes.

On entend par *arrhes* une somme d'argent que l'une des parties contractantes livre à l'autre lors de la conclusion du contrat. — Dans l'ancien droit, les arrhes n'étaient qu'un moyen de preuve (*argumentum est emptionis et venditionis contractæ*) (Gaius, C. III, § 139). — Sous Justinien, elles prirent un autre caractère ; au lieu d'être un signe de la perfection du contrat, elles devinrent un moyen de *dédit*. Si le contrat était abandonné par celui qui avait donné les arrhes, elles étaient perdues pour lui ; s'il était abandonné par celui qui les avait reçues, elles devaient être restituées au double. Mais jusqu'à quel moment les parties peuvent-elles ainsi se rétracter ?

(1) Conf. Code civ., art. 1582.

(2) Même Code, art. 1583.

D'après Demangeat (1), « s'il ne doit point y avoir d'écrit, c'est jusqu'à l'exécution, par exemple, jusqu'à la tradition faite par le vendeur; si, au contraire, un écrit doit être dressé, c'est jusqu'au moment où il ne manque plus rien à la perfection de l'écrit. » Telle est l'interprétation généralement admise (2) (L. 17, C., *De fide instrument.*, liv. IV, tit. XXI; Instit., *pr.*, liv. III, tit. XXIII).

Vinnius et Pothier (*Vente*, n. 508) ont donné une interprétation différente à la constitution de Justinien (L. 17, C., liv. IV, tit. XXI) et au passage des Institutes (*pr.*, liv. III, tit. XXIII). Elle consiste à distinguer deux espèces d'arrhes : — 1° celles qui se donnent dans une vente *pure et simple*, vente *actuelle* : dans ce cas, les arrhes conservent le caractère qu'elles avaient au temps de Gaïus : elles ne sont qu'une preuve de la perfection du contrat ; par conséquent, les parties ne peuvent se dégager en perdant les arrhes ou leur valeur ; — 2° celles qui se donnent dans une *promesse de vente*, c'est-à-dire dans une vente *à conclure*, dans une vente dont la réalisation est reportée dans l'avenir. Si des arrhes ont été remises par l'une des parties à l'autre, ces arrhes ne sont plus une preuve du contrat, mais un moyen de dédit ; elles supposent que les parties se sont réservé la faculté de se rétracter jusqu'à la réalisation du contrat (3). Que décider, dans ce système, au cas où les parties sont convenues de constater leur vente par écrit ? D'après l'interprétation probable des parties, il y a lieu de déclarer que dans cette hypothèse la vente est imparfaite, subordonnée à la rédaction de l'écrit. Jusqu'à ce moment, les

(1) *Cours élém. de dr. rom.*, t. II, p. 341.

(2) Voy., en ce sens, Ducaurroy, *Institutes de Justinien*, t. III, n. 1036 ; Ortolan, t. III, p. 270, n. 1449 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 384 ; Bodin, p. 9. — Comp. de Savigny, *Le droit des oblig.*, 2^e édit., t. II, § 79, p. 435 et suiv. (traduct. de Gérardin et Jozon).

(3) C'est, ce nous semble, le système consacré par le Code civil (art. 1590).

parties conservent la faculté d'abandonner le marché. Si donc des arrhes ont été données, elles ne constituent qu'un moyen de *dédit* (1).

Des choses qui peuvent être vendues.

Tout ce qui est dans le commerce peut faire l'objet d'un contrat de vente, — soit un corps certain et déterminé, comme une maison, un cheval, — soit une quantité fixée, comme cent boisseaux de blé, — soit des choses incorporelles (2); — soit des choses futures, comme la récolte de tel vignoble.

Vente d'une hérédité future. — Bien qu'une succession non encore ouverte soit une chose future, le droit romain en défend la vente comme immorale et dangereuse. Cependant, ce principe souffre une exception. La vente d'une succession future est valable, lorsque celui de l'hérédité duquel il s'agit y consent (D., *De hereditate vel actione vendita*, liv. XVIII, tit. iv). Le droit français n'admet pas cette exception et prononce la nullité de la vente même autorisée par le *de cuius futur* (3).

(1) M. Labbé, à son cours, nous a paru admettre de préférence cette dernière explication. — D'après Boissonade, *Rev. hist. de droit franç. et étrang.*, t. XII, p. 136 et suiv., les arrhes n'ont changé de caractère, sous Justinien, que dans les ventes *quæ scriptura conficiuntur*, où elles sont devenues un signe de *dédit*; mais dans les ventes qui ne sont pas subordonnées à la rédaction d'un écrit, elles sont restées avec leur ancienne signification d'un *argumentum emptiois et venditionis contractæ*. Telle est aussi l'opinion d'Accarias, t. II, n. 601, p. 444 et 445, texte et notes. — Enfin, Maynz, professeur à l'Université de Liège, pense que rien n'indique dans les écrits de Justinien l'intention de modifier l'ancienne législation sur les arrhes. Justinien ne s'occupe pas même de la question de savoir si les arrhes constituent un *dédit*. Seulement, en parlant des cas où les parties veulent se départir d'une vente, Justinien dit qu'elles peuvent le faire impunément lorsque la vente n'est pas encore parfaite, mais que, même dans ce cas, elles ne le feront pas impunément si des arrhes ont été données : car alors la partie coupable perd les arrhes ou doit en restituer la double valeur (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 344, p. 401, texte et note 15). Voy. aussi, dans ce dernier sens, Namur, 2^e édit., t. II, § 257, p. 7; Van Weiter, t. II, § 311, p. 30.

(2) Voy., sur le transport des créances, *infra*, p. 537 et suiv.

(3) Suivant l'art. 1600 du Code civil, on ne peut vendre la succession d'une personne vivante, *même de son consentement*.

Vente de la chose d'autrui. — La chose d'autrui peut, en droit romain, faire l'objet d'une vente (L. 28, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1). C'est que la vente n'est pas un acte d'aliénation, mais un contrat productif d'obligation. On ne peut donc pas *aliéner* la chose d'autrui; car *aliéner* c'est transférer la propriété; mais on peut la *vendre*, car *vendre* c'est contracter une obligation (1).

Vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce (2). — La vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce, comme d'un homme libre *pro servo*, d'un lieu sacré, public ou religieux (*loca sacra vel religiosa, item publica*), est nulle en ce sens que la chose hors du commerce ne pourra pas être valablement livrée et acquise à l'acheteur, et que le vendeur ne pourra pas en exiger le prix; mais elle est valable à un autre point de vue; en effet, l'acheteur de bonne foi, qui ignorait que la chose fût hors du commerce, et dont l'erreur est excusable, pourra agir contre le vendeur par l'action *ex empto* pour l'intérêt qu'il aurait à l'exécution de la vente. Cette action est donnée contre le vendeur non seulement en cas de dol de sa part, mais même au cas où il aurait ignoré que la chose fût hors du commerce (Instit., § 5, *cod.*; L. 70, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1; L. 39, § 3, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. 11). — Il est bon de remarquer que l'acheteur qui achète avec connaissance de cause une chose hors du commerce n'a aucune action contre le vendeur (*frustra quis sciens emit*. Instit., *id.*). Dans la stipulation, il n'y aurait eu aucune action semblable, parce que le défaut d'objet licite dans l'obli-

(1) En droit français, la vente de la chose d'autrui est nulle (C. civ., art. 1599). Le Code civil ne considère que l'intention des parties; partant de cette idée que l'acheteur entend devenir propriétaire, il décide que l'obligation contractée par l'acheteur manque de cause si on ne lui transmet pas la propriété de la chose vendue: chez nous, *vendre* et *acheter* signifient donc *aliéner* et *acquérir*.

(2) Comp. Code civ., art. 1598.

gation la rend inutile *ipso jure*, et qu'on doit appliquer le droit strict en cette matière. Or l'action du contrat ne donne pas droit à des dommages-intérêts.

Vente d'une chose qui avait déjà péri lors du contrat. — Si la chose vendue n'existe plus au moment du contrat, la vente est nulle, car l'obligation du vendeur n'a pas pu naître, faute d'objet; et, par conséquent, celle de l'acheteur n'a pas pu naître, faute de cause (1). Il n'y a donc lieu à aucune action (L. 15, *pr.*, L. 57, § 1, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1).

Du prix.

Le prix est un élément essentiel de la vente; *nam nulla emptio sine pretio esse potest* (Instit., § 1, *eod.*). Le prix doit :

1° *Être certain (certum)*, c'est-à-dire déterminé par le contrat ou au moins déterminable en vertu d'une clause du contrat indiquant un moyen de détermination indépendant de la volonté des parties (2). — Exemple d'un prix déterminé d'une manière absolue par le contrat : je vous vends mon cheval *cent écus d'or*; — Exemple d'un prix déterminable d'après le contrat : je vous vends tant de mesures de blé *au prix qu'il a été vendu à tel marché*; ou bien moyennant *tout l'argent que vous avez dans votre bourse*. — Ainsi, quand le prix est laissé à la détermination de l'une des parties, par exemple, *si le vendeur s'en remettait à la discrétion de l'acheteur et à l'évaluation qu'il fera lui-même de la chose* (L. 35, § 1, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1), la vente est nulle par défaut de lien. — Peut-on convenir que le prix sera déterminé par un tiers que les parties désignent; exemple, par *Titius*? Il y avait sur ce point une vive controverse entre les jurisconsultes romains (Gaius, C. III, § 140). Justinien, adoptant l'avis d'Ofilius et de Proculus, contraire à celui de Labéon et de Cassius,

(1) Conf. C. civ., art. 1601.

(2) Même Code, art. 1591.

reconnaît dans cette convention une vente conditionnelle. Si donc le tiers détermine le prix, l'acheteur est tenu de payer et le vendeur de livrer suivant cette estimation. Mais si ce tiers meurt avant d'avoir déterminé le prix ou s'il refuse de le déterminer, la vente ne vaut pas, car la condition sous laquelle elle est faite est défaillie (Instit., § 1, *eod.*). Cette décision a passé dans notre Code civil (1).

2° *Être sérieux et non simulé (verum)*. — Mais, pour être valable, le contrat de vente n'exige pas un prix proportionné à la valeur réelle de la chose (*justum pretium*) (2).

3° *Consister en argent monnayé* (3). — C'était entre les anciens jurisconsultes une question de savoir si le prix ne pourrait pas consister en toute autre chose, par exemple en un esclave, en un fonds, en une toge. Les Sabiniens admettaient à ce sujet l'affirmative; ils citaient, pour appuyer leur opinion, certains vers d'Homère où l'échange est qualifié de vente, et ils soutenaient qu'à l'origine les ventes n'avaient dû consister qu'en échanges (Gaius, C. III, § 141). L'opinion contraire de Proculus avait prévalu; en effet, si je donne un bœuf pour avoir un cheval ou réciproquement, il est impossible de savoir quel est de ces deux objets celui qui forme la chose vendue (*merx*), et celui qui forme le prix d'achat (*pretium*); et, par suite, de savoir quel est le vendeur (*venditor*) et quel est l'acheteur (*emptor*). Il importe cependant de les distinguer, parce que leurs obligations ne sont pas les mêmes (Instit., § 2, *eod.*).

Différences entre la vente et l'échange. — Il existe entre la vente et l'échange d'importantes différences: — La vente est un contrat *consensuel*; l'échange est un contrat

(1) Conf. Code civ., art. 1592.

(2) Il en est de même en droit français. Voy. Code civ., art. 1674 et suiv.

(3) Conf. Code civ., art. 1591, 1650 et suiv.

qui se forme *re* (1). — Dans la vente, le vendeur n'est pas précisément tenu de transférer la propriété de la chose vendue à l'acheteur ; au contraire, l'acheteur doit rendre le vendeur propriétaire du prix. Dans l'échange, chaque partie doit transférer la propriété de la chose à l'autre (2).

Des obligations du vendeur.

Le vendeur n'est point tenu de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue (L. 30, § 1, D., *De act. emp.*, liv. XIX, tit. 1). Il ne doit que lui en procurer une possession utile et durable (3) (*vacuam possessionem tradere*). Cette obligation se divise en trois obligations :

Première obligation. — Celle de conserver la chose jusqu'à la tradition. Le vendeur est donc responsable de la perte et des détériorations survenues à la chose soit par son dol, soit même par sa faute (4) (*non solum dolo, sed et culpa*) (L. 13, § 16, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1).

Deuxième obligation. — Celle de livrer la chose (*rem tradere*) avec tous ses accessoires, à l'époque et au lieu convenus (5) (L. 11, § 2, D., *ead.*).

Troisième obligation. — Celle de garantir l'acheteur, de le mettre à l'abri de toute éviction qui proviendrait d'une cause antérieure à la vente (*ut rem emptori habere liceat*) (6).

Observons que la loi ne se préoccupe que d'une éviction juridique et ne protège l'acheteur qu'autant qu'il a fait tout ce qu'il a pu pour se mettre à l'abri de l'action des tiers, notamment qu'il a averti le vendeur en temps utile du danger qui le menaçait (L. 29, D., *De eviction.*, liv. XXI, tit. 1). — Outre la garantie de l'évic-

(1) *Contrà*, Code civ., art. 1703.

(2) *Comp.* Code civ., art. 1702, 1704.

(3) *Même* Code, art. 1604.

(4) *Ibid.*, art. 1137, 1624.

(5) *Ibid.*, art. 1609 à 1624.

(6) *Ibid.*, art. 1625 à 1640.

tion, le vendeur est encore obligé à la garantie des vices cachés qui se découvriraient dans la chose après la vente et qui la rendraient impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou qui en diminueraient sensiblement la valeur (1) (L. 1, § 1, L. 31, *pr.*, D., *De ædil. edict.*, liv. XXI, lit. 1).

L'obligation de garantie est de la nature du contrat de vente; elle n'est point de son essence. En effet, le vendeur peut convenir qu'il ne devra point de garantie à l'acheteur (2) (L. 11, § 18, L. 68, *pr.*, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1). En pareil cas, si la chose périt, l'acheteur n'est pas même dispensé de l'obligation de payer le prix convenu, et, s'il l'a payé, il ne peut le répéter (3) (L. 68, *pr.*, D., *eod.*). — Observons toutefois que, même dans l'hypothèse d'une stipulation de non garantie, le vendeur est toujours responsable des évictions provenant d'un fait qui lui est *personnel* (4). Exemple : je vous vends ma maison que j'ai hypothéquée à l'acquittement d'une obligation, et je stipule que je vous la vends sans garantie. Cette stipulation est nulle, parce que le vendeur l'a faite avec l'intention frauduleuse de s'enrichir sciemment aux dépens de l'acheteur. L'acheteur évincé aura donc, malgré la stipulation de non garantie, le droit de demander des dommages-intérêts.

Des obligations de l'acheteur.

L'acheteur contracte plusieurs obligations : — La principale est de *payer le prix* au terme convenu : et il doit *dare*, c'est-à-dire transférer la propriété des écus

(1) Comp. Code civ., art. 1641 à 1649; L. 20 mai 1838.

(2) Même Code, art. 1627.

(3) *Sic*, Unterholzner, *Lehre des röm. rechts von den schuld.*, t. I, § 145, note m; Thibaut, t. I, § 422, b; Windscheid, t. II, § 391, 6^o, et note 38; Vangerow, t. III, § 610; Maynz, t. II, § 297, note 48; Namur, t. II, § 263; Didier-Pailhé et Tartari, p. 387; Van Wetter, t. II, § 387, p. 117; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 11; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 12. — *Contrà*, Puchta, *Vorles.*, t. II, § 362; Molitor, *Obligat.*, t. II, n. 464.

(4) Conf. Code civ., art. 1628.

qui composent le prix (1) (L. 11, § 2, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1). — Les autres obligations de l'acheteur sont *accessoire*s, telles sont l'obligation de rembourser les *impenses* faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente (L. 13, § 22, D., *eod.*), celle de payer les intérêts de son prix, sans mise en demeure, du jour de la tradition, si le paiement n'est pas à terme, et cela alors même que la chose vendue ne produirait pas de fruits (2) (L. 13, §§ 20, 21, D., *eod.*), celle enfin de prendre livraison au jour indiqué faute de quoi le vendeur pourrait se libérer de la garde de la chose en consignat.

Dès risques de la chose vendue.

Les risques de la chose vendue sont à la charge du vendeur ou de l'acheteur d'après les distinctions suivantes :

1° *Vente pure et simple ou à terme d'un corps certain.* — Dès que le contrat de vente est parfait, les risques de la chose vendue sont à la charge de l'acheteur, bien que la tradition ne lui ait pas encore été faite (3). Si donc l'esclave vendu meurt, ou est gravement blessé ; si l'édifice est consumé en tout ou en partie par l'incendie ; si le fonds est emporté en tout ou en partie par la violence du fleuve ; si, par l'inondation ou par la tempête qui a renversé les arbres, il se trouve considérablement réduit ou détérioré, le dommage est pour l'acheteur, obligé qu'il est, même quand il n'a pas reçu la chose, d'en payer le prix. En effet, le vendeur, n'étant tenu que de l'obligation de livrer, ne peut souffrir de ce que, sans sa faute, il se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation (*debitor speciei certæ interitu ejus liberatur*). Observons qu'au moment où la chose périt, l'acheteur n'en a pas encore été rendu propriétaire. La règle *res perit domino* est donc absolument

(1) Comp. Code civ., art. 1650 à 1657.

(2) *Ibid.*, art. 1652.

(3) *Ibid.*, art. 1138.

fausse en droit romain ; car la chose périt pour le créancier, et non pour le propriétaire qui se trouve lib er e de l'obligation de la livrer (1). — Si la chose est volée ou détruite par un tiers, sans la faute du vendeur, les actions telles que la revendication, la *condictio furtive*, les actions *furti* et *damni injuri e* qui seront données au vendeur en sa qualité de propriétaire, devront être cédées à l'acheteur (2) (Instit.,   3, liv. III, tit. xxiii).

Réciproquement, si depuis la vente le fonds s'est accru par alluvion, le profit en est à l'acheteur qui ne doit payer que le prix convenu, et rien de plus ; *nam et commodum ejus esse debet cujus periculum est* (3) (Instit., *ibid.*).

2^o *Vente conditionnelle d'un corps certain*. — Lorsque la chose vendue périt par cas fortuit dans l'intervalle entre la vente et la réalisation de la condition, il faut, pour déterminer lequel du vendeur ou de l'acheteur devra supporter les risques de la chose, distinguer suivant que la p erte est totale ou partielle. — *En cas de perte totale*, les risques sont à la charge du vendeur. La vente n'a pu se former faute d'objet, par conséquent, l'acheteur ne pourra être contraint à payer le prix convenu. — *En cas de perte partielle*, les risques sont à la charge de l'acheteur qui devra le prix convenu, sans diminution. En effet, au moment où la condition se réalise, l'obligation du vendeur prend naissance ; il en est de même de l'obligation de l'acheteur. Alors s'opère une rétroactivité qui reporte tous les effets du contrat au jour même de la vente (4) (L. 8, *pr.*, D., *De peric. et comm. rei vend.*, liv. XVIII, tit. vi).

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 350 ; Bodin, p. 11 ; Gavouyère, p. 11 ; Accarias, t. II, n. 612, p. 475, texte et note 2, et p. 476 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 402, note 1 ; Van Wetter, t. II, à 299, p. 16. — Voy., en outre, sur la maxime *res perit domino* en droit romain et dans le droit français actuel, Labbé, *Etud. sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n. 127 et suiv.

(2) Comp. Code civ., art. 1303.

(3) Même Code, art. 1614 et 1615.

(4) Même Code, art. 1182.

Réciproquement, si, *pendente conditione*, la chose avait augmenté de substance, l'acheteur aurait le droit de demander cette augmentation sans accroissement de prix.

3° *Vente à l'essai ou moyennant dégustation*. — Une telle vente est conditionnelle, et n'est parfaite, sous tous les rapports, que lorsque l'acheteur a agréé les marchandises après l'essai ou la dégustation. Jusque-là, les marchandises demeurent aux risques et périls du vendeur (1). — Une question des plus controversées est celle de savoir si la qualité de la chose doit être appréciée suivant le goût individuel de l'acheteur qui pourrait capricieusement la refuser, ou suivant le goût général, si bien que le marché doive être considéré comme conclu, malgré le refus de l'acheteur, au cas où la chose est loyale et marchande, *boni viri arbitrio*. Suivant nous, c'est là une question d'intention et de circonstances qui ne comporte pas une solution absolue (2).

4° *Vente d'une chose de genre (genus)*, comme de vingt sacs de blé, d'un cheval, d'un esclave. Les risques sont toujours pour le vendeur jusqu'à la livraison, parce qu'il est de règle que les choses qui ne sont pas des corps certains ne périssent point et sont remplacés par d'autres du même genre (*genera non pereunt*) (3) (L. 35, §§ 5, 6, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1).

Des modalités du contrat de vente.

La vente peut être faite purement ou simplement, ou sous condition, ou à terme (*Instit.*, § 4, *eod.*).

De quelques pactes accessoires au contrat de vente.

De l'addictio in diem. — L'*addictio in diem* est le pacte par lequel il est convenu entre les parties que, si le vendeur trouve, dans un temps déterminé, l'occasion d'un marché plus avantageux pour lui (*meliore allata condi-*

(1) Comp. Code civ., art. 1587, 1588.

(2) *Contra*, Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 635, observat. 2; Arndts, *id.*, t. II, § 301, observat. 2; Windscheid, *id.*, t. II, § 387; Namur, 2^e édit., t. II, § 258, p. 8; Van Wetter, t. II, § 299, p. 17.

(3) Comp. Code civ., art. 1585, 1586.

tion), la vente n'aura pas lieu si elle a été faite *sub conditione*, ou se trouvera résolue si elle a été contractée pure (L. 2, D., *De in diem addict.*, liv. XVIII, tit. II).

Du pacte commissoire ou *lex commissoria*. — La *lex commissoria* est le pacte par lequel on convient que, si le prix n'est pas payé avant tel ou tel délai, la vente sera résolue (1) au gré du vendeur, et la chose sera considérée comme non achetée (2) (*ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit*) (D., *De lege commissoria*, liv. XVIII, tit. III). — Le mot *lex*, *leges* désigne souvent les clauses d'un contrat.

Du pacte de réméré ou *pactum de retro vendendo*. — Par le pacte de réméré on convient que le vendeur pourra faire considérer la vente comme non avenue et reprendre la chose en remboursant le prix dans un certain délai (3). La vente à réméré est donc un moyen de se procurer de l'argent sans perdre l'espoir de reprendre la propriété de la chose vendue (L. 2, C., *De pactis inter empt. et vendit.*, liv. IV, tit. LIV).

Du pacte de désistement ou *pactum displicentia*. — C'est la clause par laquelle l'acheteur se réserve la faculté de se désister de la vente, dans un délai déterminé, au cas où la chose cesserait de lui plaire (*si intra certum tempus restibi displicuerit, res erit inempta*). Cette clause offrait cet avantage considérable qu'elle dispensait l'acheteur de faire la preuve d'un vice quelconque (L. 3, D., *De contr. empt.*, liv. XVIII, tit. I).

Dans les cas de *lex commissoria*, de pacte de réméré et de pacte de désistement, la vente est pure et simple; c'est sa résolution qui est conditionnelle.

(1) En principe le pacte commissoire renferme une condition résolutoire. Mais le point de savoir si la *lex commissoria* ne peut pas être ajoutée à la vente sous forme de condition suspensive est fort controversé par les interprètes (L. 1, D., *De leg. commiss.*, liv. XVIII, tit. III; L. 2, D., *Pro empt.*, liv. XLI, tit. IV).

(2) Comp. Code civ., art. 1184, 1654.

(3) Mêm. Code, art. 1659 à 1673.

De la rescision de la vente pour cause de lésion.

Au Bas-Empire, deux rescrits des empereurs Dioclétien et Maximien ont décidé que le vendeur d'immeubles aurait le droit de faire rescinder la vente pour vileté de prix. Il y avait vil prix (*minus pretium*), lorsqu'il était inférieur à la moitié de la véritable valeur qu'avait la chose au moment de la vente. C'est la lésion d'outre moitié de notre ancienne jurisprudence. L'acheteur, dans ce cas, peut rendre l'immeuble et réclamer le prix qu'il a payé, ou garder l'immeuble en payant le supplément du juste prix (LL. 2, 8, C., *De rescind. vendit.*, liv. IV, tit. xxiv). Les rescrits de Dioclétien et de Maximien ne s'appliquent pas aux meubles, dont la valeur est trop sujette aux variations (1); ils ne profitent qu'au vendeur, et non pas à l'acheteur qui aurait été également lésé outre moitié, et ne sauraient être étendus aux autres contrats onéreux de bonne foi (2). — Ces dispositions ont passé en principe dans notre législation (3).

Des actions qui se rencontrent dans le contrat de vente.

Le contrat de vente produit deux actions directes, toutes deux de bonne foi :

L'action *venditi* ou *ex vendito* donnée au vendeur pour réclamer le paiement du prix, le remboursement des impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente, etc.

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 355; Labbé, à son cours. — Suivant d'autres auteurs, au contraire, le raisonnement des empereurs est absolu, et les motifs de leurs décisions s'appliquent aussi bien aux choses mobilières qu'aux immeubles. Sic, Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 611, n. 2; Ortolan, t. III, n. 1487, p. 289; Maynz, t. II, § 299 p. 212, note 11; Namur, 2^e édit., t. II, § 268, p. 20; Accarias, t. II, n. 604, p. 454, note 3; Didier-Pailhé et Tartari, p. 405.

(2) Voy., conf., sur ces deux points, Ortolan, Maynz, Namur, Didier-Pailhé et Tartari, *ubi supra*; Puchta, *Pand.*, § 364, et *Vortes*, t. II, § 364; Molitor, t. II, n. 522; Vangerow, t. III, § 611, *Ann.*, n. 1; Windscheid, t. II, § 396, 2^o, et note 2; Van Wetter, t. II, § 391, p. 124. — *Contra*, Unterholzner, t. II, § 452; Thibaut, t. II, § 430.

(3) Comp. Code civ., art. 1674 à 1685.

L'action *empti* ou *ex empto*, donnée à l'acheteur pour réclamer la tradition de la chose et tous les accessoires qu'elle comprend *ex æquo et bono* ; pour obtenir une indemnité en cas d'éviction, ou lorsque, par sa faute, le vendeur ne peut pas livrer la chose, etc. (D., *De act. emp. et vendit.*, liv. XIX, tit. 1; C., liv. IV, tit. XLIX).

On rencontre en outre dans le contrat de vente les actions suivantes :

1° L'action *rédhibitoire* (*actio redhibitoria*), qui permet à l'acheteur de rendre au vendeur la chose dans laquelle des vices cachés et non apparents ont été découverts après la vente, et d'exiger une indemnité pour le préjudice qu'il éprouve (1) (L. 21, D., *De ædilit. edict.*, liv. XXI, tit. 1).

2° L'action *quanti minoris* ou *æstimatoria*, qui fait obtenir à l'acheteur ce qu'il aurait donné en moins comme prix s'il avait eu connaissance des vices qui se sont découverts dans la chose après la vente (2).

L'acheteur est donc libre de choisir l'une ou l'autre de l'action *rédhibitoire* ou de l'action *quanti minoris*, sans pouvoir les cumuler. Ces deux actions, introduites par l'Édit des édiles, se distinguent par les différences suivantes : — 1° l'action *rédhibitoire* ne dure que six mois ; l'action *quanti minoris* dure un an (L. 19, § 6, D., *De ædilit. edict.*, liv. XXI, tit. 1) ; — 2° l'action *rédhibitoire* une fois exercée s'épuise définitivement ; l'acheteur est désintéressé. L'action *quanti minoris* peut se renouveler librement à chaque découverte d'un nouveau vice (L. 31, § 16, L. 48, § 7, D., *eod.*) ; — 3° une aliénation totale ou partielle de la chose met l'acheteur dans l'impossibilité d'exercer l'action *rédhibitoire*, tandis qu'elle ne lui enlève pas la faculté d'user de l'action *quanti minoris* (L. 43, § 8, D., *eod.*) ; — 4° par l'action *rédhibitoire*, l'acheteur, avec la résolution du contrat, peut obtenir

(1-2) Comp. Code civ., art. 1641 à 1649 ; L. 20 mai 1838.

la réparation intégrale du dommage causé par les vices de la chose, et l'importance de ce dommage peut être supérieure à la valeur de la chose; par l'action *quantum minoris*, il ne demande qu'une réduction de prix, et si grande que soit cette réduction, elle se limite au prix même (L. 23, §§ 1, 8; L. 27, L. 43, § 6, D., *eod.*).

3° L'action *ex stipulatu*, qui fait obtenir à l'acheteur le double du prix dans le cas où il est évincé de la possession de la chose vendue. Cette stipulation était d'usage dans les ventes d'une certaine importance; elle était même ordonnée par les édiles dans les ventes d'esclaves et d'animaux (L. 37, § 1, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Quand la stipulation a été faite, l'acheteur évincé a deux moyens de recourir contre le vendeur, il a l'action *ex empto* ou l'action *ex stipulatu*. Ces deux actions se séparent par de nombreuses différences: — *Relativement à la nature des actions.* L'action *ex stipulatu* est une action de droit étroit; l'action *ex empto* est une action de bonne foi. — *Relativement à la qualité.* L'action *ex stipulatu* fait obtenir à l'acheteur le double du prix d'achat, quelle que soit la valeur de la chose au moment de l'éviction. L'action *ex empto* donne à l'acheteur la valeur même de la chose au moment de l'éviction; elle est une réparation exacte du dommage qu'éprouve l'acheteur (L. 70, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II). Il en résulte que, dans certains cas, l'acheteur obtiendra une indemnité plus considérable par l'action *ex stipulatu* que par l'action *ex empto*: par exemple, au moment de l'éviction la chose vendue 150 écus ne vaut plus que 60 écus. Par l'action *ex empto* l'acheteur ne pourrait obtenir que 60 écus, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé par l'éviction, et rien de plus (1). Par l'action *ex stipulatu*, il peut exi-

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 348; Accarias, t. II, n. 606, p. 458, note 3, et p. 459. — Dumoulin (*De eo quod interest*, n. 68, 69), Pothier (*Ven'e*, n. 69), ont prétendu que l'acheteur, recourant en garantie par l'action *ex empto*, recouvrait toujours l'intégralité de son prix, alors même que la chose avait diminué de valeur. Cette opinion, una-

ger le double du prix d'achat, c'est-à-dire 300 écus. Dans d'autres cas, l'acheteur aura plus d'intérêt à exercer l'action *ex empto* que l'action *ex stipulatu*: par exemple, au moment de l'éviction, la chose vendue 150 écus en vaut 700. Par l'action *ex stipulatu* l'acheteur ne pourrait obtenir que le double du prix d'achat, c'est-à-dire 300 écus; par l'action *ex empto* il ne souffrira pas de l'éviction puisqu'il entrera dans la valeur même de la chose 700 écus. — *Relativement aux cas d'application.* L'acheteur a traité avec un *non dominus*; puis il devient l'héritier du véritable propriétaire de la chose. Il est donc assuré de n'être pas inquiété dans sa possession. Il ne pourra pas agir contre le vendeur par l'action *ex stipulatu*; car il n'y a pas éviction dans le sens strict du mot. Mais comme il n'a pas la chose en vertu de la vente, il intentera avec succès contre le vendeur l'action *ex empto* (L. 41, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. 11). Réciproquement, il y a des cas où l'action *ex empto* n'aurait aucune efficacité, tandis que l'action *ex stipulatu* peut fournir à l'acheteur le double du prix d'achat: par exemple, un tiers intente une action en revendication contre l'acheteur d'un esclave. Durant le procès l'esclave meurt. Le juge, saisi de l'affaire, n'en devra pas moins résoudre la question de propriété; et si elle est résolue en faveur du demandeur contre l'acheteur, il y aura une éviction qui donnera lieu à l'action *ex stipulatu*. L'acheteur obtiendra le double du prix qu'il a payé au vendeur, bien qu'en réalité l'éviction ne lui cause, dans l'espèce, aucun préjudice. Au contraire, il ne saurait y avoir lieu à l'action *ex empto* (1) (L. 16, pr., D., *De rei vindic.*, liv. VI, tit. 1).

niment rejetée aujourd'hui, est passée dans le Code civil (art. 1630, 1631) où d'ailleurs, comme l'ont justement fait observer Didier-Pailhé et Tartari, p. 391, note 1, elle peut s'expliquer par les principes nouveaux qui régissent la vente en droit français.

(1) Consult., sur tous ces points, l'intéressante dissertation de notre savant maître M. Labbé, *Des conséquences de l'éviction*, etc., Rev. prat. de dr. franç., 1872, t. II, p. 289 et suiv.

APPENDICE

DU TRANSPORT DES CRÉANCES.

Controverses. — La cession ou transport de créances est une des matières les plus obscures du droit romain, sur laquelle cependant de récents travaux publiés en Allemagne et en France viennent de jeter un peu de lumière.

Deux opinions sont en présence : — l'une qui proclame l'inaliénabilité des créances, c'est-à-dire l'impossibilité de transférer à une autre personne le droit d'obligation considéré en lui-même, indépendamment du résultat pécuniaire ou de la valeur de ce droit; — l'autre qui soutient qu'en droit romain, aussi bien qu'en droit moderne (1), les créances sont aliénables, tout aussi aliénables qu'une maison ou qu'un fonds de terre, bien qu'elles le soient par des moyens différents. Résumons les arguments invoqués de part et d'autre :

Suivant la plupart des interprètes (2), l'inaliénabilité de la créance tient à la nature même de l'obligation, telle du moins que les Romains l'avaient comprise. Qu'est-ce, en effet, que l'obligation ? Un lien tout personnel qui unit l'une à l'autre deux personnes déterminées. Que l'une de ces personnes vienne à disparaître, et soudain le lien se rompt, l'obligation se dissout. En d'autres termes, le créancier ne peut être forcé d'accepter un autre débiteur, ni le débiteur de subir un autre

(1) Comp. Code civ., art. 1689-1701.

(2) Sic, Doneau, *Comment.*, liv. XV, c. 44, n. 15; de Savigny, *System des röm. Rechts*, t. III, § 105, note f; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 272, p. 65 et suiv.; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. II, p. 161; Namur, 2^e édit., *Cours d'Institut.*, t. I, § 233, p. 318 et suiv.; Mühlenthal, *Die Lehre von der cession der forder.*, §§ 2 et 3; Vangerow, t. III, § 574, *Ann.* 1; Didior-Pailhé et Tartari, p. 538; Gavouyère, p. 54; Bodin, p. 30; Labbé et Machelard, à leurs cours.

créancier. Sans doute, à la mort du créancier, ses droits passent à ses héritiers, et il est également possible de remplacer un créancier par un autre au moyen de la novation. Mais, ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a transfert véritable du droit de créance : d'un côté, les héritiers sont censés ne faire qu'une seule personne avec leur auteur, et d'un autre côté la novation, loin de transférer le rapport obligatoire existant, l'anéantit, en produisant une créance nouvelle entièrement distincte de l'ancienne. Sans doute encore, au moyen de la constitution d'un *procurator in rem suam*, le créancier peut transférer à une autre personne le résultat pécuniaire ou la valeur de la créance. Mais la créance elle-même reste jusqu'à son extinction attachée à la personne du mandant : c'est au nom de ce dernier qu'elle est réclamée en justice. Donc tout transport réel est impossible, comme contraire à la nature même des choses.

En faveur de l'aliénation des créances se présentent des considérations tirées les unes de la raison pure, les autres des nécessités pratiques, enfin d'autres fournies par des arguments de texte. M. Gide (1) vient de les développer dans une savante dissertation que nous essaierons de résumer. — D'abord, tout droit pécuniaire est, en règle générale, un droit aliénable. Or, le caractère d'une créance est toujours pécuniaire ; donc, à un point de vue rationnel, le droit de créance doit pouvoir être aliéné (2). — De plus, l'aliénabilité des créances était chez les Romains une nécessité pratique, puisque l'on ne pouvait,

(1) *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, p. 231 et suiv. — Cette thèse a été soutenue en Allemagne, par Brinz, *Kritische Blätter*, n. 2, 1852 ; Delbruck, *die Uebnahme fremder Schulden*, 1853 ; Windscheid, *die Singular succession in Obligationen Kritische Ueberschau*, t. I, p. 27, 1853 ; Salpius, *Novation und Delegation*, p. 311 et suiv. ; Rudorff, *Zu Puchta's pand.*, § 280 ; Schmid, *Die grundl. der cession*, t. II, § 18 ; Van Wetter, t. II, § 348, p. 68. — Consult. aussi la thèse de doctorat soutenue, devant la Faculté de droit de Paris, par M. René Garraud.

(2) Gide, *loc. cit.*, p. 236.

comme chez nous, contracter et stipuler par mandataire. Celui qui stipulait, fût-ce par ordre et dans l'intérêt d'autrui, devenait créancier lui-même et pour son propre compte, et ce n'est qu'à l'aide d'un transfert que la créance pouvait passer ensuite du mandataire au mandant. Tout mandat de contracter entraînait donc à sa suite un transfert de créance. Déclarer impossible le transfert, c'eût été rendre impossible le mandat(1). — Enfin, si l'on interroge les textes, on trouve un mode de transmission qui, de l'aveu de tous, s'applique au droit de créance tout comme au droit de propriété ; c'est la transmission à titre universel. Et ce n'est pas seulement l'héritier qui succède aux créances, ce sont aussi tous les autres successeurs universels, l'emptor bonorum, le sector bonorum, l'adrogator (2). Si la créance peut se transmettre avec l'ensemble du patrimoine, pourquoi ne pourrait-elle pas tout aussi bien faire l'objet d'un transfert spécial? En général, tous les droits qui se transmettent à titre universel peuvent se transmettre également à titre particulier (3). Lorsque Gaius, dans le second commentaire de ses Institutes (§§ 38-39), après avoir examiné les modes d'aliénation des choses corporelles, passe au transfert des créances, déclare-t-il que ce transfert est impossible, comme contraire à la nature même de l'obligation? Pas le moins du monde. Voici comment il s'exprime. : « Obligaciones quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt ; nam quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad aliam transferantur id efficere possumus, sed opus est ut, jubente me, tu ab eo stipuleris ; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri ; quæ dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere ; sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut pro-

(1) Gide, *loc. cit.*, p. 236 et 237.(2-32) *Ibid.*, p. 237 et 238.

curator meus, experiri (1). » En d'autres termes, Gaius répond : « Je ne pourrai opérer ce transfert par l'un des modes usités pour transférer les choses corporelles, mais il faudra que, sur mon ordre, vous stipuliez de mon débiteur (ce qu'on appelle une novation) ou que vous le poursuiviez en justice à ma place. » Traduire les mots : « *Obligaciones nihil eorum recipiunt* » par ceux-ci : « les obligations ne sont susceptibles d'aucune espèce de transfert » ; c'est faire rien moins qu'un contresens (2). Ce que Gaius déclare inapplicable à l'obligation, ce n'est pas le transfert en lui-même, ce sont certaines formes de transfert, la tradition, la mancipation, la cession en justice ; mais, en écartant ces trois formes, il les remplace par deux autres qu'il présente comme leur équivalent. Les deux modes de transfert indiqués par Gaius sont deux procédés servant à la même opération, deux voies conduisant au même but ; aussi les réunit-on sous une dénomination commune, celle de *délégation* : « *Fit delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.* » (LL. 1, 2, 11, § 1, 34, § 2, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II ; L. 19 *in fine*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III ; LL. 1, 3, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII ; *Frag. vatic.*, 263). — Si les modes d'aliénation sont moins aisés, moins nombreux pour les créances que pour les choses corporelles, la raison en est facile à comprendre : c'est que tout transfert de créance nécessitait, dans les idées romaines, la présence et l'intervention du débiteur, Mais, en exigeant l'intervention du débiteur, la loi romaine n'exige pas son consentement : elle donne en effet deux moyens d'opérer le transfert, stipuler du débiteur ou le poursuivre en justice ; dans la stipulation, l'intervention du débiteur est active et volontaire ; dans la poursuite en justice, son intervention est passive

(1) Texte de l'édition de M. Ernest Dubois, d'après Studmund, p. 138 et 139.

(2) Gide, *loc. cit.*, p. 240.

et forcée; en un mot, la créance ne peut se transférer sans lui, mais elle peut se transférer malgré lui. Ce mécanisme, défectueux dans quelques détails, répond si bien dans son ensemble aux besoins de la pratique, que nous le retrouvons, sous des formes nouvelles, jusque dans les lois modernes. En exigeant, dans l'art. 1690, que le transport de la créance soit notifié au débiteur ou accepté par lui, les rédacteurs de notre Code civil ont involontairement reproduit, du moins dans ses traits essentiels, l'ancienne théorie romaine. En droit français, comme en droit romain, il faut, pour que le transfert se réalise, une intervention du débiteur, tantôt passive et forcée, tantôt active et volontaire; seulement les formes se sont simplifiées: plus de poursuites en justice, mais une simple notification; plus de stipulation solennelle, mais une simple acceptation du débiteur (1).

Objet de la cession de créance. — La cession peut comprendre en thèse générale toutes les actions, tant réelles que personnelles. Mais tandis que la cession des actions réelles ne se réalise que rarement, celle des actions personnelles est d'un usage très fréquent.

Conditions de la cession. — Ces conditions sont les suivantes: — 1° Le cédant doit avoir dans son patrimoine la créance qu'il s'agit de céder, et être capable d'aliéner; — 2° la créance doit être cessible; certaines créances sont incessibles (2); — 3° il faut une juste cause de cession. Cette juste cause est tantôt une convention ou un quasi-contrat, ayant pour objet le transfert de la créance, tantôt la loi elle-même qui impose la cession au créancier. D'où la division moderne des cessions en cessions volontaires et cessions nécessaires.

Effets de la cession. — *Entre le cédant et le cessionnaire,* les effets de la cession de créance se règlent suivant la

(1) Gide, *loc. cit.*, p. 243 à 245

(2) V. *infra*, p. 542 et 543.

nature et les caractères du *negotium juris* intervenu entre les parties. Ainsi la cession a-t-elle pour cause une constitution de dot, une donation ou un legs, on suivra les règles admises en matière de dot, de donation ou de legs.

Le plus souvent la cession de créance constitue une aliénation ordinaire; ce sont les principes généraux sur les aliénations qui sont alors applicables. Le cédant doit, en pareil cas, procurer au cessionnaire le bénéfice de la créance avec tous ses accessoires; s'il l'en prive par son fait, il est tenu de lui payer des dommages-intérêts. Mais le cédant ne répond pas de la solvabilité du débiteur (*nomen bonum*); il ne garantit que l'existence de la créance ainsi que son montant lorsqu'il est indiqué au contrat (*nomen verum*) (1) (LL. 4, 5, D., *De hered.*, liv. XVIII, tit. iv).

Vis-à-vis du débiteur, cédé et des tiers, le cessionnaire est investi d'une part de toutes les actions et de tous les droits qui compétaient au cédant; il est passible, d'autre part, de toutes les exceptions et de tous les moyens de défense que le débiteur ou les tiers auraient pu opposer au cédant, pourvu que ces moyens de défense aient été acquis sans dol et avant la signification de la cession, et ne soient pas personnels à ce dernier (2) (L. 23, *pr.*, D., *De hered.*, liv. XVIII, tit. iv).

Incessibilité. — Certaines créances sont incessibles, soit à raison de leur nature, soit en vertu d'une disposition spéciale de la loi.

A raison de leur nature: — Les actions résultant des droits attachés à la personne, comme les droits d'usage, d'habitation, les *operæ officiales libertorum*; les actions publiques et les actions populaires; les actions *quæ vindictam spirant*, comme l'*actio injuriarum*, la *querela inofficiosi*

(1) Comp. Code civ., art. 886, 1693, 1694, 1695.

(2) Même Code, art. 1295, 1690, 1691, 1692.

testamenti. Toutes ces actions ne font pas, pour ainsi dire, partie de notre patrimoine.

En vertu d'une disposition spéciale de la loi : — Les actions introduites en justice, à partir de la *litiscontestatio*; car on ne doit pas trafiquer des procès; les cessions de créances faites au tuteur ou curateur contre la personne soumise à leur tutelle ou curatelle, dans un but de protection de l'incapable; celles faites *ad potentio rem*, c'est-à-dire afin de susciter au débiteur un créancier plus puissant et plus redoutable (LL. 1, 2, C., *Ne lic.*, liv. II, tit. xiv).

Faisons enfin observer qu'en vertu d'une constitution d'Anastase, plus tard renouvelée et confirmée par Justinien, l'acheteur d'une créance qui a pour objet une somme d'argent, ne peut réclamer du débiteur que le prix de la cession avec les intérêts à partir du jour du paiement. Le but de la loi Anastasienne était d'empêcher le trafic des créances par les spéculateurs éhontés en leur enlevant toute espérance de gain (1) (LL. 22, 23, C., *Mandat.*, liv. IV, tit. xxxv).

TITRE XXIV

Du louage.

Définition. — Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci, pendant un temps convenu, l'usage et la jouissance d'une chose, soit à rendre un service appréciable en argent, soit à confectionner un ouvrage (2).

Des diverses variétés de louage.

Il y a trois espèces de louage, savoir : — 1° le louage

(1) Comp. Code civ., art. 1699, 1700, 1701.

(2) *Ibid.*, art. 1708 à 1712

de choses (*locatio, conductio rerum*), par exemple d'une maison ou d'une ferme (1); — 2° le louage de services (*locatio, conductio operarum*), par exemple, d'un serviteur à gages (2); — 3° le louage d'un ouvrage à exécuter (*locatio, conductio operis*), par exemple, le marché fait avec un architecte pour qu'il construise une maison (3).

On appelle *locator* (bailleur, locateur) celui qui s'oblige à fournir soit la chose, soit son industrie; *conductor* (preneur, locataire), celui qui s'engage à payer la rétribution. Dans le troisième cas (*locatio, conductio operis*), ces dénominations sont souvent interverties. Si l'on considère les soins et la surveillance, l'architecte ou entrepreneur est *locator* de ses soins et de sa surveillance (*operarum*), et celui qui lui a commandé l'ouvrage est *conductor*. Mais, dans la plupart des textes, l'entrepreneur est appelé *conductor*, ou *redemptor operis*. Alors on considère la construction en elle-même comme un projet qui appartient à celui qui en a commandé la réalisation et qui est *locator operis*. L'entrepreneur, par conséquent, ne fait que prendre à bail l'ouvrage (*opus conduxit*); d'où lui est venue la dénomination de *conductor*. — Outre les noms génériques de *locator, conductor*, le contrat de louage offre quelques dénominations particulières. Ainsi, le locataire d'un bien rural s'appelle *colonus* (4), celui d'une maison *inquilinus*.

I. RÈGLES COMMUNES A TOUTES LES VARIÉTÉS DE LOUAGE.

Conditions essentielles à tout contrat de louage. — Trois conditions sont essentielles au contrat de louage:

(1) Comp. Code civ., art. 1713 à 1778.

(2) *Ibid.*, art. 1780.

(3) *Ibid.*, art. 1787 à 1799.

(4) Ce *colonus*, simple fermier, ne doit pas être confondu avec les *coloni* qui, dans les derniers temps de l'Empire, forment une classe de personnes intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves. Voy. *suprà*, liv. I, tit. VIII, p. 49.

le consentement des parties, une chose à fournir, un prix.

1° Le consentement. — Le contrat de louage est un contrat consensuel. Comme la vente, il est parfait aussitôt que les parties sont tombées d'accord sur la chose qui devra être fournie par l'une, et sur la somme que l'autre devra payer (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxiv). — Bien entendu, si les parties n'ont traité qu'avec l'intention de rédiger ensuite un écrit (*instrumentum*), le contrat ne sera parfait que lorsque l'écrit aura été dressé et qu'il ne manquera plus rien à sa régularité (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxiv).

2° Une chose à procurer. — De même qu'en matière de vente, l'objet de l'obligation doit être suffisamment déterminé ; sans quoi, il dépendrait du bailleur de rendre illusoire son obligation. L'objet du contrat de louage peut être de diverse nature et consister soit dans certains services, soit dans un ouvrage à confectionner.

3° Un prix. — Ce qui est appelé *pretium* dans la vente se nomme en matière de louage *merces*. Tel est, du moins, le terme générique. Quant aux immeubles, urbains ou ruraux, le prix du loyer prend le nom de *pensio* ou de *reditus* (L. 24, §§ 1, 2 et 4, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit. ii). — La *merces* doit :

Être déterminée (*certa*) ou du moins être déterminable d'après le contrat, de manière que sa fixation ne dépende plus de la volonté de l'une des parties (1). Si donc je remets au foulon ou au tailleur des vêtements à nettoyer, à soigner, ou à raccommoder sans fixation immédiate de salaire, mais avec l'intention de payer plus tard ce dont il sera convenu entre nous, il n'y aura pas là, à vrai dire, un louage (*locatio operarum*). Quelle est la nature de ce contrat ? Après bien des discussions (Gaius, C. III, § 143), on a décidé qu'il n'y avait là qu'un contrat innomé pouvant donner lieu à l'action *pres-*

(1) Comp. Code civ., art. 1716.

criptis verbis. Tant que l'ouvrier n'aura pas accompli sa tâche, il n'y a qu'un pacte non obligatoire; lorsqu'il l'aura accomplie, cette exécution sera naître pour lui une action contre moi (Instit., § 1 *in fine*, liv. III, tit. XXIV).

Être sérieuse et non simulée (*vera*).

Consister en argent monnayé. — Si donc deux personnes étaient convenues que chacune d'elles pourrait respectivement jouir ou user d'une chose appartenant à l'autre; par exemple, si deux voisins consentaient à se prêter mutuellement leurs bœufs pendant dix jours pour labourer leurs champs, pourrait-on voir dans une pareille convention un vrai louage? La question était discutée entre les jurisconsultes romains. Les Sabinien pensaient qu'il y avait là un louage. Les Proculien, au contraire, y voyaient un contrat innomé donnant lieu à l'action *præscriptis verbis* pour la partie qui aurait exécuté son engagement. C'est cette dernière opinion que consacrent les Institutes (§ 2, *eod.*). — On ne saurait non plus assimiler une telle convention à un commodat. En effet, le commodat est un contrat essentiellement gratuit. Ici chaque voisin n'use pas gratuitement des bœufs de l'autre, puisqu'il est obligé de prêter les siens (Instit., *ibid.*).

Des actions relatives au contrat de louage. — Le contrat de louage produit deux actions :

L'action *locati* donnée au bailleur : 1° pour se faire payer le prix du loyer aux termes convenus (1) (L. 54, *pr.*, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit. II); 2° pour exiger la restitution de la chose louée à l'expiration du bail (L. 48, § 1, D., *eod.*); 3° pour obtenir une indemnité si la chose a péri ou a été détériorée par la faute du locataire qui doit veiller à la conservation de cette chose comme un bon père de famille (2) (L. 25, § 7, D., *eod.*).

L'action *conducti* donnée au preneur : 1° pour obte-

(1) Conf. Code civ., art. 1728.

(2) Même Code, art. 1732, 1733, 1734, 1735.

nir la jouissance de la chose louée, pendant le temps convenu (1) (L. 9, *pr.*, D., *eod.*); 2° pour se faire indemniser de tous troubles juridiques contrariant cette jouissance (2) (LL. 7, 8, 9, *pr.*, D., *eod.*); 3° pour se faire rembourser les impenses nécessaires et celles qui ont augmenté l'utilité de la chose louée (L. 55, § 1, L. 61, *pr.*, D., *eod.*); 4° enfin, pour contraindre le locataire à entretenir la chose en bon état de réparation (3) (L. 15, § 1, D., *eod.*).

D'ailleurs, les obligations respectives du bailleur et du preneur doivent, à défaut de conventions expresses, se régler d'après l'équité (*ex bono et æquo debet præstare*. *Instit.*, § 5, liv. III, tit. XXIV).

II. DE QUELQUES RÈGLES PARTICULIÈRES AU LOUAGE DE CHOSSES.

La vente et le louage de choses ont entre eux une grande analogie. Mais ils diffèrent à certains points de vue.

Différences entre le louage de choses et la vente. —

1° La vente par elle-même ne transfère pas la propriété; mais la tradition faite en vertu de la vente opère translation de propriété au profit de l'acheteur, lorsque la chose appartenait au vendeur; dans tous les cas, la vente a pour objet de procurer la possession *ad usucapionem* de la chose à l'acheteur. Au contraire, la tradition faite en vertu du louage ne transfère jamais la propriété ni même la possession *ad usucapionem* de la chose, mais seulement l'usage et la jouissance de cette chose (L. 25, § 1, D., *De acquir. poss.*, liv. XLI, tit. II). — 2° Si la chose vendue périt par cas fortuit, même avant la délivrance, elle périt pour l'acheteur qui est obligé de payer tout son prix, nonobstant la perte de la chose. Dans le louage, au contraire, la chose périt pour le bailleur. En effet, le louage est un contrat successif. L'obligation de payer

(1) *Comp.* Code civ., art. 1719.

(2) *Ibid.*, art. 1725, 1726, 1727.

(3) *Ibid.*, art. 1720.

le loyer ou fermage est corrélatif à l'obligation où est le locateur de procurer, *singulis momentis*, la jouissance de la chose. Cette jouissance, qui se répète *quotidie*, est la cause de l'obligation du preneur. Si donc la chose louée vient à périr par cas fortuits, le bailleur sera libéré de son obligation de faire jouir le preneur; mais le preneur ne devra point, de son côté, la continuation d'un salaire qui désormais serait sans cause. (1) (L. 9, § 1, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit II; L. 15, D., *eod.*);

Différences entre le droit du preneur et celui de l'usufruitier. — La principale différence est que le preneur n'a qu'un droit *personnel*, tandis que l'usufruitier a un droit *réel*, un démembrement de la propriété. De cette différence capitale découlent les conséquences suivantes : — *Premièrement*, lorsque le preneur est troublé dans la jouissance de la chose par des tiers, lorsqu'il souffre d'une dépossession, il ne peut exercer contre eux d'action réelle en revendication de son droit; il n'a que l'action personnelle résultant du contrat pour forcer son bailleur à l'indemniser ou à faire cesser le trouble apporté à sa jouissance. Au contraire, l'usufruitier a contre les tiers des moyens de défense et d'attaque; il est protégé par une action réelle, l'action confessoire (2) et par des interdits quasi-possessoires (3). — *Deuxièmement*, si le bailleur, après avoir loué sa maison à *Titius*, la vend à *Sempronius*, celui-ci sera-t-il tenu de respecter le bail et de laisser *Titius* jouir jusqu'au terme convenu? Non, *Sempronius* pourra expulser *Titius* qui ne pourra pas lui opposer le droit qu'il tient du bail. Ce droit, en effet, n'est qu'un droit de créance contre l'ancien propriétaire. *Titius* ne pourra donc exiger de son bailleur que des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'expulsion. Quant à l'acquéreur, il n'est

(1) Conf. Code civ., art. 1722, 1769 à 1771.

(2-3) Voy., sur l'action confessoire, *infra*, liv. IV, tit. VI, et sur les interdits quasi-possessoires, *infra*, liv. IV, tit. XV *in fine*.

point tenu à l'égard du locataire (L. 9, C., *De locat.*, liv. IV, tit. LXV). En droit français la solution est différente (1). Au contraire, l'usufruitier, ayant un droit réel sur la chose, ne souffrira point de l'aliénation consentie par le nu-propriétaire. Celui-ci, en effet, n'a pu procurer au tiers que la propriété moins l'usufruit en vertu du principe bien connu : *Nemo plus juris*, etc. L'acheteur sera donc tenu de respecter le droit de l'usufruitier. — *Troisièmement*, le bailleur est obligé non seulement de livrer la chose, mais encore de faire jouir le preneur, en ce sens qu'il est tenu d'entretenir la chose en bon état et de faire les réparations nécessaires (L. 15, § 1, L. 19, § 3, D., *Locat. cond.*, liv. XIX, tit. II). Au contraire, une fois le droit d'usufruit constitué, c'est à l'usufruitier qu'incombe l'entretien de la chose. — *Quatrièmement*, le louage ne peut s'établir qu'en vertu d'une convention ou d'un contrat. Au contraire, l'usufruit peut se constituer par testament. — *Cinquièmement*, le louage exige un prix. Au contraire, l'usufruit peut se constituer à titre gratuit. — *Sixièmement*, le droit du preneur est transmissible à ses héritiers (2). Au contraire, l'usufruit prend fin nécessairement avec la vie de l'usufruitier (*Instit.*, § 6, liv. III, tit. XXIV).

Sous-location. — En principe, le preneur peut sous-louer la chose reçue en bail (3), car son droit de jouissance n'a rien de personnel. Mais la sous-location ne dégage pas le preneur de ses obligations envers le bailleur; elle constitue pour ce dernier une *res inter alios acta*; son seul effet est de créer des obligations réciproques entre le preneur et le sous-locataire (L. 6, C., *Loc.*, liv. IV, tit. LXV).

Extinction du contrat de louage de choses.

Le louage de choses prend fin :

(1) Voy. Code civ., art. 1743 à 1751,

(2) Conf. même Code, art. 1742,

(3) *Ibid.*, art. 1711.

1° Par l'expiration du temps convenu (1). — Mais si, à l'échéance du terme, le preneur continue de jouir, il résulte de ce fait une présomption que les parties ont voulu renouveler entre elles l'ancien contrat de louage. Il y a alors ce que nous appelons *tacite réconduction* (L. 13, § 11, L. 14, D., *eod.*). A la tacite réconduction s'appliquent les règles du bail originaire (2), sauf en ce qui concerne la durée. En effet, s'agit-il d'un fonds rural, le nouveau bail est censé fait pour une année, délai indispensable au fermier pour faire la récolte. S'agit-il de bâtiments (*prædii urbanis*), aucun terme n'est fixé à la réconduction ; il s'ensuit que, comme dans le bail sans fixation de durée, chaque partie peut y renoncer quand elle veut, à moins que la durée du bail originaire n'ait été déterminée par écrit, auquel cas la réconduction tacite a lieu pour le même laps de temps (3) (*nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*) (L. 13, § 11, D., *eod.*).

2° Par la perte de la chose louée. — Le propriétaire, ne pouvant plus procurer au preneur la jouissance promise, cesse dès cet instant d'avoir droit au prix du louage (4) (L. 9, § 1, D., *eod.*).

3° Par la sentence du juge, pour abus de jouissance ou défaut de paiement du prix pendant deux ans (5) (L. 54, § 1, D., *eod.*).

4° Par le fait du bailleur qui n'assure pas la jouissance de la chose louée (L. 13, § 7, D., *eod.*).

(1) Conf. Code civ., art. 1737.

(2) Conf. même Code, art. 1738, 1739, 1759, 1776.

(3) Sic, Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 614, n. II, 2° ; Windscheid, *id.*, t. II, § 402, 3° ; de Fresquet, t. II, p. 176 ; Namur, 2^e édit., t. II, § 278, p. 29 ; Demangeat, t. II, p. 318. — D'autres interprètes pensent que le texte précité doit être ainsi traduit : « à moins que les parties n'aient, dans le contrat originaire, déterminé d'avance le temps pour lequel la réconduction tacite éventuelle serait censée se faire. » Sic, Schilling, *Lehrb.*, t. III, § 307, texte et note 1 ; Maynz, t. II, § 302, p. 221, note 13 ; Van Wetter, t. II, § 409, p. 144. Comp. Accarias, t. II, n. 617, p. 495, note 5.

(4) Conf. Code civ., art. 1741.

(5) Même Code, art. 1729.

5° Par la nécessité où est le bailleur de reprendre sa chose. — En effet, celui qui loue sa maison est censé la louer parce qu'il n'a pas besoin de l'habiter lui-même. Mais si plus tard il prouve qu'il a indispensablement besoin de sa maison, il peut déloger son locataire et venir occuper les lieux (1) (L. 3, C., *De locato et conducto*, liv. IV, tit. LXX).

6° Par l'aliénation de la chose louée (2) (L. 9, C., *eod.*).

7° Par le mutuel consentement des parties.

La mort du preneur (*conductor*) ni celle du bailleur (*locator*) ne mettent fin au louage de choses (Instit., § 6, liv. III, tit. XXIV), parce qu'en général, les droits et les obligations sont transmissibles aux continuateurs de la personne (3).

III. DE QUELQUES RÈGLES PARTICULIÈRES AU LOUAGE DE SERVICE ET AU LOUAGE D'OUVRAGE.

Analogie entre le louage d'ouvrage et la vente. —

Il y a une grande analogie entre le louage d'ouvrage et la vente. Ainsi, supposons qu'un industriel s'engage à confectionner un ouvrage ; par exemple, un orfèvre à faire des anneaux d'or d'un certain poids et d'une certaine forme pour un prix déterminé, dix écus. Deux hypothèses peuvent se présenter : — *Première hypothèse.* L'orfèvre a reçu de celui qui a commandé l'ouvrage la matière première, c'est-à-dire l'or destiné à la confection des anneaux. Dans ce cas le prix n'a été fixé que pour la main-d'œuvre, c'est un contrat de louage ; on n'en a jamais douté (*quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit*). — *Deuxième hypothèse.* Il a été convenu que l'orfèvre, outre sa main-d'œuvre, fournirait l'or né-

(1) *Contra*, Code civ., art. 1761.

(2) *Contra*, même Code, art. 1743.

(3) *Conf.* même Code, art. 1742.

cessaire à la confection des anneaux. Y a-t-il là un louage ou un contrat de vente? Cassius était d'avis de séparer l'opération en deux opérations distinctes et de dire qu'il y avait vente relativement à la matière, et louage relativement à la main-d'œuvre. Mais c'était là une complication. Aussi l'opinion qui a prévalu est que le contrat est en tout une vente (1) (Inst., § 4, liv. III, tit. XXIV).

Extinction du louage de service et du louage d'ouvrage.

Les différentes règles sur la fin ou la résiliation du louage de choses sont applicables au louage de service ou d'ouvrage, mais avec les modifications réclamées par la nature particulière de ces deux variétés du contrat de louage. — Il y a, en outre, une cause d'extinction spéciale à ces deux sortes de louage. Ainsi, la *locatio operarum* prend fin par la mort du *locator* (2), car avec lui périt la chose louée; la *locatio operis faciendi* finit par la mort du *conductor*, de l'entrepreneur (3), car les talents, les soins et la probité de celui avec qui l'on traite pour la confection d'un ouvrage entrent le plus souvent en grande considération dans la *locatio operis faciendi*. Or ces qualités disparaissent avec la personne.

De l'emphytéose (4).

Définition. — L'emphytéose est un contrat par lequel le propriétaire d'un terrain concède, moyennant une

(1) Le Code civil semble considérer cette opération comme un louage, art. 1788.

(2) Conf. Code civ., art. 1780.

(3) Même Code, art. 1795.

(4) L'art. 543 du Code civil qui énumère les différents droits que l'on peut avoir sur les biens, passe sous silence l'emphytéose; d'où la question de savoir si ce droit réel a été maintenu dans notre législation. Dans le sens de l'affirmative, Tr. plong *Louage*, t. I, n. 50, et *Hypoth.*, t. II, n. 405; Duvergier *Louage*, t. I, n. 155 et suiv.; Demante, *Cours anal.*, t. II, n. 878 bis IV; Lehallour, *Hist. de l'em-*

redevance annuelle, à quelqu'un, pour lui et ses héritiers, la jouissance de ce terrain à perpétuité ou pour un temps très long (*cent ans par exemple*).

Origine de l'emphytéose.

L'emphytéose doit son origine à la location des terrains publics, affermés à perpétuité par l'État ou par un municpe, moyennant un revenu appelé *vectigal* (Gaius, C. III, § 145 ; L. 1, *pr.*, D., *Si ager vectigalis*, liv. XI, tit. III). — Plus tard l'usage de ces locations perpétuelles s'étendit aux biens des églises, enfin aux biens des particuliers (1).

Quel est le caractère du contrat d'emphytéose ?

Le concédant reste propriétaire du fonds, mais le droit du concessionnaire est plus étendu que dans un louage ordinaire. En effet, le prêteur a accordé à ce locataire une sorte de droit réel, un démembrement du droit de propriété. Par l'action réelle, utile (*utilitatis causa*), le concessionnaire était suffisamment protégé contre les tiers, en cas de trouble dans sa possession. — Mais, dans les rapports du concédant et du concessionnaire, comment fallait-il considérer le contrat d'emphytéose ? Était-ce un louage ou une vente ? La question était controversée entre les jurisconsultes romains ; elle offrait une grande importance au point de vue des risques. En effet, si l'on assimilait l'emphytéose au louage, on mettait les risques à la charge du propriétaire ; en cas de perte de la chose, le concessionnaire était libéré du service de la redevance. Au contraire, si on l'assimilait à la vente, le concessionnaire, comme tout acheteur de corps certain, était soumis aux risques et tenu de payer la redevance, malgré la perte

phytéose, p. 339 et suiv. — En sens contraire, Loqué, *Exposé*, t. XVI, p. 253 ; Grenier, *Privil. et hypoth.*, t. I, n. 143 ; Aubry et Rau, t. II, p. 456 ; Demolombe, t. IX, n. 490, 491 et 529 ; Valette, *Privil. et hypoth.*, p. 191 et suiv.

(1) Voy., pour plus de détails, Garsonnet, *Hist. des locations perpét.*, p. 161 et suiv.

de la chose. Toutefois l'opinion qui assimilait le contrat d'emphytéose au contrat de louage avait fini par prévaloir. Or, cette solution était loin d'être satisfaisante, et d'être conforme à une saine interprétation de la volonté des parties. Aussi, au Bas-Empire, l'empereur Zénon a décidé qu'il y aurait en ce cas un contrat *sui generis* participant à la fois du contrat de louage et du contrat de vente. Il a donné à ce contrat le nom d'emphytéose. D'où on a nommé emphytéote (*emphyteuta*) celui qui a ce démembrement particulier du droit de propriété, et qui jadis s'appelait *conductor*; et *prædium emphyteuticarium*, l'immeuble qui en fait l'objet (jadis *ager vectigalis*) (Instit., § 3, liv. III, tit. xxiv).

Comment s'établit l'emphytéose ?

De trois manières, à savoir :

1° Par convention. Il y a controverse sur le point de savoir si la tradition est nécessaire pour l'acquisition du droit réel d'emphytéose (1) ;

2° Par acte de dernière volonté ;

3° Par usucapion. Mais ce point est également controversé (2).

Différences entre l'emphytéote et le locataire ordinaire d'un immeuble.

1° Au point de vue de la jouissance. — Le locataire jouit de la chose conformément à la destination qu'elle avait au moment de la location ; il n'a pas le droit d'en changer la manière d'être ni la substance. Par exemple, le locataire d'un terrain planté en vigne ne pour-

(1) Pour la nécessité de la tradition, Mackeldey, *Lehrb.*, t. II, § 298 ; Thibaut, *System*, t. I, § 327 ; Sintenis, *Das prat. gem. Zivilr.*, t. I, § 55, note 28 ; Van Wetter, t. I, § 215, p. 308. — En sens contraire, Arndts, *Weiske's Recht.*, p. 869 ; Keller, *Pand.*, § 215 ; Puchta, *Pand.*, § 177, et *Vorles.*, t. I, § 174 à 177.

(2) *Sic*, Arndts, *loc. cit.*, p. 872 et suiv. ; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 221, note 8 ; Van Wetter, t. I, § 215, p. 308, texte et note 7. — *Contra*, Unterholzner, *Gesm. Verjäh.*, t. II, § 239 ; Puchta, *Pand.*, § 177 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 360 ; Namur, 2° édit., t. I, § 189, p. 261 ; Maynz, t. I, § 236.

rait détruire les vignes et transformer le vignoble en prairies. Au contraire, l'emphytéote a le droit de jouir de la façon la plus large, de transformer la substance de la chose, pourvu qu'il ne la détériore pas.

2° *Au point de vue des risques.* — Le locataire ne supporte ni les risques de la perte totale de la chose louée, ni les risques de la perte partielle. Les pertes restent toujours à la charge du bailleur. Au contraire, l'emphytéote supporte les risques de la perte partielle, il doit la redevance annuelle tant qu'il n'y a pas perte totale. Sous ce rapport l'emphytéose se rapproche de la vente. Ce n'est que lorsque la perte est totale que la redevance cesse d'être exigible, comme en matière de louage (1) (Instit., § 3, liv. III, tit. xxiv).

3° *Au point de vue de la transmissibilité.* — Le contrat de louage se transmet après la mort de l'une ou de l'autre des parties à leurs héritiers ou successeurs *in universum jus*. Le contrat d'emphytéose peut être transmis non-seulement à des héritiers ou successeurs *in universum jus*, mais encore à des successeurs à titre particulier. L'emphytéote peut donc vendre son droit. Mais il y a des conditions spéciales à remplir. Justinien impose à l'emphytéote qui veut aliéner son droit sur la chose l'obligation d'avertir le *dominus*, lequel a deux mois pour exercer une préemption, c'est-à-dire qu'il a le droit d'être préféré à l'acquéreur et qu'il peut reprendre possession de sa chose en payant à l'emphytéote le prix que lui offre l'acquéreur éventuel. Si le propriétaire n'exerce pas cette préemption, il doit subir la vente et la transmission sur la tête de l'acquéreur des obligations de l'emphytéote. Mais alors le propriétaire

(1) Nous ne pouvons admettre, avec certains auteurs (Mühlenbruch, *Pand.*, t. I, p. 792; Garsonnet, *loc. cit.*, p. 155) que l'emphytéote qui supporte seul, depuis Zénon, la perte partielle, puisse faire supporter au propriétaire une partie du risque spécial résultant de la diminution des récoltes et réduire, en pareil cas, la redevance convenue. *Sic*, Vangerow, t. I, p. 792.

doit toucher le cinquantième ou 2 pour 100 du prix de la vente faite par l'emphytéote (L. 1, C., *De jure emphyt.*, liv. IV, tit. LXVI).

Extinction de l'emphytéose.

L'emphytéose prend fin :

1° Par la perte totale de la chose (L. 1, C., *eod.*).

2° Par la mort de l'emphytéote, sans héritiers quelconques.

3° Par la prescription, dans l'un des trois cas suivants : — Lorsque l'emphytéote acquiert la chose d'un non-proprétaire et parvient à l'usucaper ; — lorsqu'un tiers ayant acquis la chose d'un non-proprétaire la possède pendant la possession de longtemps contre le propriétaire et contre l'emphytéote ; — lorsque le propriétaire laisse prescrire son action personnelle contre l'emphytéote.

4° Par la renonciation de l'emphytéote.

5° Par le non-paiement de la redevance pendant trois ans, ou seulement pendant deux ans, si l'emphytéose est constituée sur un bien ecclésiastique (L. 3, C., *eod.* ; Nov. VII, c. III, § 2, et CXX, c. VIII).

TITRE XXV

De la société.

Définition. — La société est un contrat consensuel, à titre onéreux, par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, dans le but de partager les bénéfices et les pertes qui en proviendront (1).

Conditions essentielles au contrat de société.

Trois conditions sont essentielles au contrat de so-

(1) Conf. Code civ., art. 1832.

ciété : le consentement des parties, un apport réciproque, un intérêt commun.

1° *Le consentement des parties.* — Car pas de contrat sans consentement. Pour être parfait; c'est-à-dire pour produire des actions, le contrat de société n'a besoin ni de tradition, ni d'écrit (1), ni de paroles solennelles, il suffit que les parties soient tombées d'accord sur les apports à fournir (L. 4, *pr.*, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II).

2° *Un apport réciproque.* — L'apport peut consister dans la propriété d'une chose à mettre en commun, ou dans la jouissance seulement d'une chose, ou en une industrie (2) (Instit., § 2, liv. III, tit. xxv). Il résulte que si je conviens avec un tiers qui ne fait aucun apport ni en biens, ni en argent, ni en industrie, de l'associer aux bénéfices que je pourrai faire dans telle entreprise, cette convention ne formera pas un contrat de société, mais une pure donation (L. 5, § 2, D., *eod.*).

3° *Un intérêt commun* (3). — Il faut d'abord que chaque partie ait la perspective d'un partage des bénéfices au cas où la société en réaliserait. Ainsi, la clause qui accorderait à l'un des associés la totalité des bénéfices serait nulle et annulerait le contrat dans son entier. Il y aurait ce que les jurisconsultes romains nommaient une société léonine (*leonina*). — Il faut en outre que chaque partie s'expose à une perte au cas où la société se ruinerait. Ainsi la clause qui affranchirait la mise d'un associé de toute contribution aux pertes serait nulle, et annulerait le contrat dans son entier (4) (L. 29, § 2, D., *eod.*).

4° *Un but licite* (5). — Le but social peut affecter les formes les plus diverses; il peut être pécuniaire, scientifique, littéraire ou de pur agrément; mais il doit toujours être

(1) Comp. Code civ., art. 1834.

(2-3) Même Code, art. 1833.

(4) Ces dispositions ont passé dans notre Code civil (art. 1855).

(5) Même Code, art. 1172, 1833.

licite et non réprouvé par les bonnes mœurs (*nulla societas ex maleficio*) (L. 57, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II).

Personnalité civile de la société. — En principe, la société n'implique pas l'existence d'une personne morale, laquelle pour se constituer exige toujours une autorisation législative (LL. 68, *pr.*, 74 et 82, D., *eod.*). — Exceptionnellement, une personnalité morale a été reconnue à certaines sociétés qui touchent à de grands intérêts publics, telles que les associations pour la perception des impôts (*societas vectigalis*), ou pour l'exploitation des mines ou salines (1) (L. 59, *pr.*, D., *eod.*).

Des diverses espèces de société.

Les sociétés peuvent se diviser, au point de vue de l'étendue du fonds social, en sociétés à titre universel et en sociétés à titre particulier (2).

Sociétés à titre universel. — Elles sont au nombre de deux : la société de tous biens et la société d'acquêts (3).

1° La société de tous biens (*totorum bonorum*) comprend tous les biens présents et futurs et tous les bénéfices qui peuvent survenir aux associés, même par succession, donation ou legs (4). En droit français, la

(1) Dans notre droit moderne, la personnalité morale n'est pas reconnue aux sociétés civiles. Cass., 29 juin 1853 (D. 54. 1. 288) ; Nancy, 18 mai 1872 (D. 73. 2. 103) ; Aubry et Rau, t. 3, § 377, note 14 ; Alauzet, *Comment. C. com.*, t. II, n. 371 ; Boistel, *Précis de dr. com.*, n. 163 ; Lyon-Caen et Renault, *id.*, n. 290 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc., indust. et marit.*, v° Société, n. 97. — Mais la personnalité des sociétés civiles est admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'elles ont adopté une forme commerciale. Cass., 3 févr. 1868 (D. 68. 1. 225) ; Alauzet, n. 371 ; Boistel, n. 167 ; Lyon-Caen et Renault, n. 536 ; Ruben de Couder, *op. et loc. cit.* — Quant aux sociétés commerciales, leur personnalité ne fait point de doute, bien que, suivant une remarque fort juste, le principe n'en soit formulé nulle part en termes exprès. Certaines dispositions de nos Codes en supposent toutefois le principe et en tirent des conséquences importantes (V. notamment C. civ., art. 529 ; C. proc., art. 69). Ruben de Couder, *Dict. de dr. commerc., indust. et marit.*, v° Société, n. 150.

(2) Comp. Code civ., art. 1835.

(3) Conf. Code civ., art. 1836.

(4) Poissnel, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Ro-*

société universelle de tous biens ne comprend pas les biens provenant de successions ou donations (1) (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxv).

2° La société *omnium quæ ex questu veniunt* comprend toutes les acquisitions à titre onéreux, tous les bénéfices que chaque associé peut acquérir autrement que par succession, legs ou donation (2) (LL. 7-13, D., *eod.*).

Sociétés à titre particulier. — Il y a trois sociétés à titre particulier : la société *alicujus negotiationis*, la société *unius rei* et la société *vectigalis* (3).

3° La société *alicujus negotiationis* formée pour exercer en commun un commerce déterminé et en partager les bénéfices et les pertes. Exemple : pour l'achat et la vente des esclaves, en général (Instit., *pr.*, *eod.*).

4° La société *unius rei* formée pour l'accomplissement d'une seule opération commerciale. Exemple : pour l'exploitation d'une mine, pour l'achat et la vente de la cargaison d'un vaisseau (L. 5, *pr.*, D., *eod.*).

5° La société *vectigalis* formée entre les publicains pour le recouvrement des impôts. Cette société est régie par des principes particuliers (D., *ibid.*).

Présomption légale. — Si les parties, en contractant une société, ne se sont pas exprimées sur l'espèce de société qu'elles veulent adopter, on présumera qu'il existe entre elles une société universelle de tous gains (4) (L. 7, D., *eod.*).

Des parts de chaque associé dans les gains et pertes.

La part de chacun des associés est déterminée ou par la convention des parties, ou par un arbitre que les parties ont désigné dans l'acte de société, ou par la loi.

mains, Nouv. Revue historiq. de dr. français, année 1879, p. 431 et suiv., 531 et suiv.

(1) *Contra*, Code civ., art. 1837.

(2) *Conf.* même Code, art. 1838.

(3) *Ibid.*, art. 1841 et 1842.

(4) *Comp.* même Code, art. 1839.

1° *Règlement des parts par la convention des parties* (1).

— Les associés peuvent fixer la proportion suivant laquelle les bénéfices seront répartis et les pertes supportées; et cette proportionnalité permet ordinairement d'établir une proportionnalité entre les diverses mises des coassociés. Par exemple, il est convenu que *Titius* prendra le tiers des bénéfices et supportera le tiers des dettes, que *Primus* aura les deux tiers des bénéfices et des dettes (Instit., § 1, *eod.*; L. 29, *pr.*, D., *eod.*).

Mais les parties peuvent-elles convenir de parts autres dans le gain que dans la perte? Par exemple, *Titius* et *Séius*, en s'associant, conviennent qu'à *Titius* reviendraient les deux tiers du bénéfice et le tiers de la perte, à *Séius* les deux tiers de la perte et le tiers du bénéfice. Cette convention est-elle valable? Quintus Mutius la considérait comme contraire à l'essence même de la société. Mais Servius Sulpicius, dont l'avis a prévalu, soutenait le contraire parce que l'industrie d'un associé peut être tellement précieuse que l'équité exige qu'il jouisse dans la société d'une condition meilleure que les autres. — On peut même convenir, d'après Servius Sulpicius, que l'un des associés participera au gain sans participer à la perte (Instit., § 2, *eod.*). Sur ce point encore l'opinion de Sulpicius a prévalu. Ici deux observations deviennent nécessaires : — 1° Il ne faut établir les droits de chaque associé que sur le résultat définitif de la société; de telle sorte que, si le total des pertes excède le total des gains, l'associé, dispensé des pertes, n'aura ni gain ni perte; que si, au contraire, le total des gains acquis excède le total des pertes éprouvées durant la société, cet associé ne prendra sa part que sur l'excédent; mais on ne pourrait pas dire que dans chaque opération avantageuse de la société il prendra une certaine portion de gain; que dans chaque opération désa-

(1) Comp. Code civ., art. 1855.

avantageuse, il ne supportera aucune partie de la perte (Institut., § 2 *in fine*). — 2° Il semble que la convention par laquelle l'un des associés est dispensé de toute contribution aux pertes soit contraire à un principe essentiel du contrat de société, à savoir : la contribution aux pertes de chaque associé, si la société fait de mauvaises affaires. En effet, on ne peut pas exonérer l'associé de la perte de son apport ; mais on peut convenir qu'il ne supportera pas le *damnum* au delà de son apport, et il en est ainsi, quelle que soit la nature de l'apport fait par l'associé, que cet apport consiste en biens corporels ou en industrie. En effet, l'associé qui a fait l'apport de son industrie, alors même qu'il est affranchi des pertes, perdra toujours au moins son apport, c'est-à-dire le fruit de son travail et de ses talents pendant la durée de la société.

Il est hors de doute que, si les associés n'ont fixé de parts que pour le gain, sans qu'ils aient parlé de la perte, ou réciproquement, la fixation établie pour l'un sert de base pour la répartition de l'autre (Institut., § 3, *eod.*).

2° *Règlement des parts laissé à l'arbitrage d'un tiers ou même de l'un des associés.* — Les parties au lieu de fixer elles-mêmes les parts, pourraient abandonner cette fixation à l'arbitrage d'un tiers ou de l'une d'elles seulement. Dans ce cas, la décision de l'arbitre ne pourrait être critiquée qu'autant qu'elle serait évidemment contraire à l'équité (1) L. 6, D., *eod.*).

3° *Règlement des parts par la loi.* — A défaut de règlement par les parties ou par un arbitre, les bénéfices et les pertes se répartissent, d'après les Institutes, par portions égales (*æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur*). Mais faut-il interpréter le texte des Institutes (§ 1, *eod.*) dans le sens d'une égalité mathématique absolue, ou d'une égalité proportionnelle ? Celui qui a fait un ap-

(1) Conf. Code civ., art. 1851.

port de quatre sur cinq aura-t-il quatre cinquièmes dans les bénéfices et les pertes, le cinquième restant appartenant à l'autre associé : ou bien chacun des deux associés aura-t-il la moitié dans les bénéfices et les pertes sans tenir compte de la quotité des apports ? L'opinion qui doit prévaloir est celle d'une égalité mathématique absolue, c'est-à-dire d'une part virile. Par conséquent chacun des associés aura moitié dans les bénéfices et les pertes. En effet, l'industrie de celui qui a le moins apporté peut, avec cet apport moindre, égaler ou même surpasser l'apport effectif de l'autre associé : d'ailleurs le droit romain n'a pas donné à l'apport en industrie une valeur légale ; il n'y aurait donc aucune base pour la déterminer à défaut de convention : d'où l'impossibilité absolue d'appliquer la règle de l'égalité proportionnelle (1). Le législateur français a suivi un autre système (2).

Effets de la société. — Les effets de la société doivent s'envisager dans les rapports respectifs des associés et dans les rapports des associés avec les tiers.

Rapports respectifs des associés. — La société est un contrat synallagmatique parfait qui engendre autant d'actions et d'obligations qu'il y a de parties contractantes. Mais, comme chacune des parties joue le même rôle, toutes les actions du contrat de société sont identiques et ne forment qu'une seule action, qui, sous le nom d'action *socii* ou *pro socio*, appartient à chacun des membres de la société pour faire exécuter les engage-

(1) Voy., en ce sens, sur cette question controversée, Puchta, *Pand.*, § 370 ; Unterholzner, t. II, § 524 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 655 ; Keller, *Pand.*, § 346, p. 656 ; Ortolan, t. III, p. 304, n. 1530 ; de Fresquet, t. II, p. 186 ; Demangeat, t. II, p. 326 ; Thézard, p. 255 ; Maynz, t. II, § 311, p. 253, texte et note 23 ; Namur, 2^e édit., t. II, § 284, p. 36 ; Van Welter, t. II, § 435, p. 167 ; Accarias, t. II, n. 626, p. 515 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 427 ; Labbé et Machelard, *à leurs cours*. — *Contra*, Gœschen, *Vorles*, t. II, § 521 ; Mühlenbruch, *Lehrb.*, t. II, § 419.

(2) *Contra*, Code civ., art. 1853.

ments résultant du contrat. Dans la vente et le louage nous avons vu des actions différentes : cela vient de ce que dans ces contrats les obligations des parties ne sont pas semblables. De cette différence des obligations résulte la différence des actions. — L'action *pro socio* présente les deux particularités suivantes : savoir, d'abord que les associés, par suite du caractère fraternel du rapport social (*societas jus quodammodo fraternitatis in se habet*) ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens, *in quantum facere potest* : c'est ce qu'on nomme vulgairement le bénéfice de compétence (L. 63, *pr.*, et §§ 1 à 3; D., *eod.*); ensuite, que la condamnation résultant de l'action *pro socio* entraîne l'infamie (L. 1, D., *Qui not. inf.*, liv. III, tit. II).

L'action *socii* ou *pro socio*, action de bonne foi (*bonæ fidei*), a pour but : — 1° de contraindre chacun des associés à faire l'apport qu'il a promis et à indemniser tous les associés, en capital et intérêts, de son défaut d'apport, ainsi que des choses communes qu'il aurait appliquées à son usage personnel, ou qu'il serait en demeure de restituer (1) (L. 21, L. 67, *pr.* et § 1, D., *eod.*); — 2° de lui faire rendre compte; — 3° d'obtenir une indemnité pour les pertes causées à la société par le dol ou la faute d'un associé (2). Chaque associé, quoique responsable de ses fautes dans la gestion sociale, n'est tenu néanmoins d'y apporter que le soin qu'il met à ses propres affaires, et non celui du père de famille le plus diligent. On ne peut en effet rien exiger de plus. Celui qui s'est associé un homme peu actif et négligent

(1) Conf. Code civ., art. 1845, 1846, 1847.

(2) Il va sans dire que le dommage résultant du dol ou de la faute d'un associé ne se compense jamais avec les bénéfices que cet associé aurait pu procurer dans d'autres affaires. Car celui-là qui est tenu de plusieurs obligations ne s'affranchit pas des unes en exécutant les autres (LL. 23, § 1; 25 et 26, D., *eod.*). — Conf. Code civ., art. 1137, 1850.

doit s'imputer à lui-même d'avoir fait un mauvais choix (Instit., § 9, *eod.*); — 4° de faire obtenir à l'associé qui a subi des pertes, fait des dépenses, contracté des obligations dans l'intérêt de la société, une indemnité de chacun de ses coassociés (1) (L. 38, § 1, L. 52, §§ 4, 10, 12, 15, D., *eod.*).

Mais l'action *pro socio* n'est pas donnée pour faire cesser, après la dissolution de la société, la communauté, l'indivision qui survit à la société. Ce sera l'action *communī dividundo* qui sera donnée aux associés pour se partager la chose commune (L. 1, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III).

Rapports des associés avec les tiers. — La société est sans existence vis-à-vis des tiers; pour ceux-ci les associés ne sont que des individus. Dès lors, il y a lieu de distinguer deux hypothèses.

Où les associés agissent tous ensemble; par exemple, ils se réunissent pour vendre; alors la créance ou la dette se partage entre eux dès l'origine; ils deviennent créanciers ou débiteurs chacun pour une part virile, et non proportionnellement aux parts dans la société; ils ne le deviennent pour leur part sociale que si les tiers ont su qu'ils traitaient avec des associés en tant qu'associés (2) (L. 11, §§ 1, 2, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II; L. 4, *pr.* D., *De exerc. act.*, liv. XIV, tit. I).

En vertu d'une disposition spéciale, les banquiers associés sont de plein droit créanciers ou débiteurs solidaires des tiers avec lesquels ils contractent (L. 25, *pr.*, L. 27, *pr.*, D., *De pact.*, liv. II, tit. XVI).

Où bien un seul des associés ou quelques-uns d'entre

(1) Conf. Code civ., art. 1852.

(2) *Sic*, Puchta, *Vorles*, t. II, § 370 à 372; Maynz, t. II, § 312, texte et note 2; Namur, t. II, § 286; Van Wetter, t. II, § 439, p. 170. — *Contra*, Thibaut, t. I, § 474; Molitor, t. II, n. 657; Vangerow, t. III, § 653, *ann.*; Windscheid, t. II, § 407, note 7; Accarias, t. II, n. 627, p. 517, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 425. — Conf. Code civ., art. 1863.

eux contractent avec les tiers ; en ce cas, celui ou ceux qui ont contracté deviennent seuls propriétaires ou possesseurs, créanciers ou débiteurs ; seuls ils peuvent poursuivre ou être poursuivis. — Quant aux associés qui n'ont pas figuré à l'acte, ils ne peuvent être tenus qu'en vertu des principes du mandat ou de la gestion d'affaires, alors que le contrat passé avec le tiers constitue l'exécution d'un mandat ou d'une gestion d'affaires (1) (L. 82, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II).

Causes de dissolution de la société.

La société se dissout de quatre manières d'après Ulpien : *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (L. 63, § 10, D., *Pro socio*, liv. XVII, tit. II). A ces quatre modes de dissolution il faut en ajouter un cinquième : *ex tempore* (L. 1, *pr.*, D., *eod.*).

I. Ex personis.

1° Par la mort de l'un des associés (2). La société ne continue pas avec les héritiers de l'associé décédé, parce que la société est toujours formée en considération des personnes avec lesquelles ou s'associe. Elle ne continue même pas entre les associés survivants. La loi a considéré que les qualités personnelles de l'associé décédé ont peut-être été, pour les associés survivants, la cause qui les a déterminés à faire partie de la société. Toutefois on peut convenir qu'au cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec les associés survivants (Instit., § 5, *eod.*). — Mais il n'est pas permis de convenir par avance que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé (L. 35, L. 59, *pr.*, D., *eod.*). Une pareille clause est au contraire valable en droit français (3). — Observons que, si la société est dissoute pour l'avenir, l'héritier succède néanmoins

(1) Conf. Code civ., art. 1862, 1864.

(2) Conf. même Code, art. 1865, 3°.

(3) Même Code, art. 1868.

aux bénéfiques et aux pertes résultant des opérations antérieures à la dissolution.

Dans la société formée pour la ferme des impôts (*societas vectigalis*), il pouvait être valablement convenu d'avance que, si l'un des associés venait à mourir, la société continuerait avec les héritiers de l'associé décédé. — Même en l'absence de toute convention particulière, les héritiers de l'associé participaient, en profit ou en perte, au résultat des opérations postérieures au décès de leur auteur, bien qu'ils ne fussent pas eux-mêmes associés (L. 59, L. 63, § 8, D., *eod.*).

2° Par la *maxima* et la *media capitis deminutione* dans le droit de Justinien (L. 63, § 10, D., *eod.*); et même par la *minima capitis deminutione* dans le droit de Gaius (C. III, § 153).

3° Par la confiscation (*publicatio*) de tous les biens d'un associé, même indépendamment de toute *capitis deminutio*, — par la *venditio bonorum* poursuivie au nom de l'Etat ou de particuliers, et, sous Justinien, par la cession des biens (Instit., §§ 7, 8, *eod.*).

II. Ex rebus.

1° Par la fin de l'opération pour laquelle la société a été contractée (1) (Instit., § 6, *eod.*).

2° Par la perte de la chose qui constituait le fonds commun, ou par sa mise hors du commerce (2) (L. 63, § 10, D., *eod.*).

III. Ex voluntate.

Par la volonté des parties ou de l'une d'elles de ne plus rester en société (3) (*cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas*). Cependant cette renonciation ne doit être ni inopportune ni frauduleuse. *Inopportune* (*intempestive*), c'est-à-dire faite à un moment où elle est préjudiciable à la société. Lorsque les associés sont convenus de rester en société pendant un temps limité,

(1-2) Conf. Code civ., art. 1865, 2°.

(3) Même Code, art. 1865, 5°.

la renonciation de l'un des associés avant le terme fixé est considérée comme inopportune, sauf le cas où de graves motifs engageraient l'associé à sortir de la société (1). — *Frauduleuse (callide)*, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun (2) : par exemple, si, dans la société *totorum bonorum*, l'un des associés, auquel est échue une succession, se retire de la société pour l'accepter et en profiter seul. La renonciation ne sera pas valable, et le renonçant, qui n'est pas libéré envers ses coassociés, sera tenu de mettre en commun ce profit (*cogitur hoc lucrum communicare*) (L. 65, §§ 3 à 7, D., *eod.*). Quant aux associés envers qui a été faite la renonciation frauduleuse, les bénéfices qu'ils ont pu acquérir depuis la renonciation leur restent entièrement à l'exclusion du renonçant (3) (Instit., § 4, liv. III, tit. xxv).

IV. Ex actione.

Par une novation soit conventionnelle (par une stipulation), soit judiciaire (par la *litis contestatio*), dont l'effet est de transformer les rapports juridiques créés par le contrat de société (L. 63, § 10 ; L. 65, *pr.*, D., *eod.*).

V. Ex tempore.

Par l'expiration du terme convenu, en ce sens qu'alors chaque associé devient libre de se retirer, sans encourir aucune responsabilité ; car l'arrivée du terme ne dissout pas nécessairement la société (4) (L. 65, § 6, D., *eod.*).

(1) Comp. Code civ., art. 1869.

(2) Même Code, art. 1870.

(3) Cette solution n'a pas paru équitable au législateur français. Comp., Code civ., art. 1870.

(4) Conf. Code civ., art. 1865, 1°.

TITRE XXVI

Du mandat.

Définition. — Le mandat est un contrat consensuel par lequel une personne charge gratuitement d'une affaire honnête une autre personne qui accepte (1). Le mandant s'appelle *mandans*, *mandator* ou *dominus*, et le mandataire *procurator*.

Caractère essentiel du mandat. — Le mandat est essentiellement gratuit : c'est par cette gratuité que le mandat se distingue du louage de services (2) (*nam, mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Instit., § 13, liv. III, tit. xxvi.*) — Cependant si le mandat répugne à un prix des services rendus, il ne répugne pas à toute espèce de rémunération : une rémunération *honoris gratia* pourrait s'ajouter au mandat sans le dénaturer. De là est venue l'expression d'*honoraires*. Comment distinguer les honoraires du loyer ? Les services dans lesquels l'intelligence et le dévouement ont une certaine part, ne se louent pas, à proprement parler, car ils ne sont pas appréciables en argent. Par exemple, un avocat, un médecin, peuvent recevoir une récompense rémunératoire de celui à qui ils ont prêté leur ministère et le secours de leur science, sans que leur action perde le caractère d'un bon office (L. 1, § 10, D., *De extraord. cognit.*, liv. L, tit. xiii). Toutefois celui qui réclame des honoraires n'obtient ni l'action contraire de mandat, ni aucune autre action : dans cette hypothèse, le préteur statuera *extra ordinem*, c'est-à-dire sans renvoyer devant un juge, sans donner d'action (L. 1, L. 10, § 1, et *pr.*, D., *De extraord. cognit.*, liv. L, tit. xiii).

(1) Comp. Code civ., art. 1984.

(2) Conf. même Code, art. 1986.

Différences entre le mandat et le dépôt. — 1° Le dépôt se forme *re*, le mandat *solo consensu*; — 2° Le dépositaire s'oblige à garder purement et simplement la chose du déposant; il la surveille, il en empêche le détournement. Le mandataire s'oblige à exécuter un acte dans l'intérêt du mandant, à créer une situation nouvelle au profit de ce dernier.

Quand le mandat est-il parfait? — Le mandat est parfait dès que le mandataire a accepté la mission qui lui était offerte. Dès ce moment, en effet, le mandant a contre lui une action pour le contraindre à exécuter le mandat (Instit., § 11, *eod.*).

De combien de manières peut se contracter le mandat ?

Le mandat se contracte de cinq manières : — dans l'intérêt du mandant seul, — dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire, — dans l'intérêt d'un tiers, — dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, — dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers (Instit., *pr.*, *eod.*).

1° *Dans l'intérêt du mandant seul*; par exemple, lorsqu'il charge le mandataire de gérer ses affaires, d'acheter un fonds, de répondre pour lui (Instit., § 1, *eod.*).

2° *Dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire*; par exemple, quand le mandant charge le mandataire de prêter à intérêt de l'argent à un tiers qui doit l'employer aux affaires de ce même mandant. L'intérêt du mandant est que son procureur ait de l'argent. L'intérêt du mandataire est que ses fonds ne restent pas improductifs et lui rapportent un revenu. — Le mandat est également contracté dans un intérêt mutuel lorsqu'un débiteur charge son créancier de stipuler *ipsius periculo* de son propre débiteur qu'il lui délègue. En effet, le mandant est libéré de sa première obligation, et s'il peut être poursuivi plus tard, ce ne peut être qu'en vertu du mandat, et dans le cas où le délégué n'acquitterait pas son obligation. De son côté, le

mandataire retire du contrat cet avantage qu'il aura deux débiteurs au lieu d'un (1) (Instit., § 2, *ead.*). — Le mandat est également contracté dans un intérêt mutuel lorsqu'un fidéjusseur, que son créancier était sur le point d'actionner, charge ce créancier de poursuivre le débiteur principal aux risques et périls de lui mandant (Instit., § 2, *ead.*). Pour comprendre l'utilité d'un pareil mandat, il faut se placer dans le droit antérieur à Justinien. Ce mandat était dans l'intérêt du créancier qui le recevait. En effet, ce créancier n'avait pas le droit de poursuivre successivement le débiteur principal et le fidéjusseur ; il n'avait réellement que le choix entre eux : en attaquant l'un, il libérait l'autre. C'était là un effet de la *litiscontestatio*, qui opérait une sorte de novation dans la créance. Si donc la partie poursuivie par le créancier se trouvait hors d'état de payer l'intégralité de la dette, le créancier se trouvait en perte, car il avait épuisé tout son droit. Au contraire, quand le créancier poursuivait le débiteur principal, en vertu d'un mandat du fidéjusseur, il absorbait bien à l'égard du fidéjusseur son ancien droit résultant de la fidéjussion ; mais il acquérait contre lui une action *mandati contraria* pour le cas où il ne parvenait pas à obtenir du débiteur principal un paiement intégral. Le créancier avait donc deux débiteurs au lieu d'un. Ce mandat était aussi dans l'intérêt du fidéjusseur qui échappait au moins pour un temps à la poursuite du créancier et à la nécessité de payer le montant de la dette. — *Sous Justinien*, l'utilité d'un pareil mandat a disparu. Cet empereur, par une constitution de l'an 531 (L. 28, C., *De fidejuss.*, liv. VIII, tit. xli), avait décidé que le créancier qui avait un débiteur principal et des débiteurs accessoires pouvait exercer son action *successivement* contre chacun de ses débiteurs jusqu'au paiement intégral de la dette. Plus

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. xvi, p. 471 et 472.

tard, Justinien a complété la législation sur ce point en accordant par la nouvelle IV au débiteur accessoire pour suivi le droit de renvoyer le créancier à la discussion préalable du débiteur principal. C'est ce que l'on a appelé le bénéfice d'*ordre* ou de *discussion* (1).

3° *Dans l'intérêt d'un tiers* ; par exemple, quand le mandant charge le mandataire de gérer les affaires de *Titius*, de lui acheter un fonds, ou de répondre pour lui (Instit., § 3, *eod.*). Un pareil mandat ne peut, avant son exécution, donner lieu à aucune action. Car l'intérêt est la mesure des actions ; et le mandant n'a pas intérêt à ce que le mandataire fasse les affaires d'autrui. Cet intérêt naît seulement lorsque le mandat est exécuté. En effet, le mandant devient responsable envers le tiers, dans les affaires duquel il s'est immiscé, de la gestion entreprise par ses ordres. Cet intérêt est suffisant pour que le mandant puisse agir contre le mandataire par l'action *mandati directa* à l'effet de le contraindre à l'exécution du mandat. D'un autre côté, le mandataire qui a exécuté le mandat a l'action *mandati contraria* contre le mandant pour se faire indemniser des suites de l'affaire dont celui-ci l'a chargé (L. 8, §§ 3, 6, D., *Mandat.*, liv. XVII, tit. 1).

4° *Dans l'intérêt du mandant et d'un tiers* ; par exemple, quand le mandant charge le mandataire de gérer des affaires communes à *Titius* et à lui, d'acheter un fonds ou de répondre pour *Titius* et pour lui (Instit., § 4, *eod.*).

5° *Dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers* ; par exemple, quand le mandant charge le mandataire de prêter de l'argent à intérêt à *Titius* (Instit., § 5, *eod.*).

Quid du mandat donné seulement dans l'intérêt du mandataire ? Par exemple, le mandant engage le mandataire à placer son argent en achats de biens-fonds, plu-

(1) Voy., pour plus de détails sur ce bénéfice, *supra*, liv. III, tit. xx, p. 505.

tôt que de le prêter à intérêt, ou réciproquement. Il n'y a là qu'un simple conseil qui ne produit aucune obligation (*magis consilium quam mandatum est*). Car nul ne s'oblige par un conseil, quand même il serait préjudiciable, puisque celui à qui il est donné est libre de le suivre ou de le négliger (Instit., § 6, *eod.*). — On a même élevé la question de savoir si la personne qui a mandé à *Sempronius* de prêter son argent à intérêt à *Titius* est tenue de l'action de mandat (*an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut Titio fœnares*). Mais l'opinion de *Sabinus*, qui considérait ce mandat comme obligatoire, a prévalu. Il est probable en effet que *Sempronius* n'aurait pas prêté son argent à *Titius*, si l'ordre ne lui en avait pas été donné (Instit., § 6 *in fine*).

Quid d'un mandat qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ? Le mandat n'est pas obligatoire lorsqu'il est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ; par exemple, si *Titius* te charge de commettre un vol, un dommage, ou une injure. Il est évident que *Titius* n'aurait pas d'action contre toi pour te contraindre à exécuter le mandat. Réciproquement, si tu as exécuté ce mandat et que tu aies subi à cet effet une peine, tu n'aurais pas contre *Titius* l'action *mandati contraria* pour te faire indemniser des conséquences désastreuses du mandat (Instit., § 7, *eod.*).

Étendue du mandat. — Le mandat est *général* ou *spécial*, selon qu'il a pour objet l'administration de tous les biens du mandant ou seulement une ou plusieurs affaires déterminées (1). Le mandataire *général* peut faire toute sortes d'actes d'administration. Mais il n'a qualité pour passer des actes de disposition, qu'autant que ce pouvoir lui a été accordé d'une manière expresse (2); et même, dans ce cas, il ne peut disposer à titre gratuit. Quant au mandataire *spécial*, ses pouvoirs

(1) Conf. Code civ., art. 1987,

(2) Même Code, art. 1988,

sont délimités par l'objet même de sa mission (LL. 60, 63, D., *De proc.*, liv. III, tit. III).

Des différentes modalités qui peuvent être apposées au contrat de mandat. — Le mandat peut être pur et simple, à terme, ou sous condition (*et in diem differri et sub conditione fieri potest*) (Instit., § 12, liv. III, tit. xxvi). — *A terme.* Par exemple, je vous donne actuellement mandat de gérer mes affaires à partir de l'année 1883. — *Sous condition.* Par exemple, le pouvoir donné au créancier gagiste d'aliéner la chose remise en gage à défaut de paiement à l'échéance de sa créance constitue un mandat conditionnel.

Des actions qui naissent du mandat. — Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait. Il produit *toujours et immédiatement* une obligation essentielle, qui est pour le mandataire de rendre exactement compte de la manière dont il a usé des pouvoirs qui lui avaient été donnés (1). Il peut y être contraint par l'action *mandati directu* accordée au mandant. — Accidentellement, *ex post facto*, le mandat peut produire une action *mandati contraria* donnée au mandataire contre le mandant. Il est possible, en effet, que le mandataire soit devenu créancier du mandant à raison des déboursés qu'il a faits, ou des pertes qu'il a essuyées pour remplir la mission qui lui avait été confiée (2). Dans ce cas, il aura, pour se faire rembourser, l'action *mandati contraria*.

Des effets du mandat. — Il faut se placer à deux points de vue, relativement aux rapports du mandant et du mandataire, et des tiers qui ont contracté avec le mandataire.

Relativement au mandant et au mandataire. — Le mandataire doit se renfermer dans les limites du man-

(1) Conf. Code civ., art. 1993.

(2) Même Code, art. 1998, 1999, 2000, 2001.

dat (1) (Gaius, C. III, § 161 ; Instit., § 8, *eod.*). S'il en excède les bornes, il fait autre chose que ce qui a été ordonné. Par conséquent, il n'aura pas contre le mandant l'action *mandati contraria* pour se faire indemniser. Bien plus il pourra, pour n'avoir pas rempli le vœu du mandant, être poursuivi par l'action *mandati directa* (2). Par exemple, ayant reçu mandat d'acheter un bœuf, le mandataire achète un cheval. — Mais que décider, si, ayant reçu mandat d'acheter une chose pour un certain prix, le mandataire y met un prix supérieur ? Exemple, je donne mandat à *Titius* de m'acheter le fonds Cornélien pour 100 écus d'or ; il l'achète 120. Il est de toute évidence que *Titius* ne pourra pas agir contre moi pour 120. On a même douté qu'il pût agir pour 100 écus d'or. Les Sabinien s'en refusaient toute action d'après ce principe : « *Qui excessit, aliud quid facere videtur.* » Mais les Proculien s, dont l'opinion a prévalu, lui accordaient l'action *mandati contraria* jusqu'à concurrence des 100 écus d'or, déterminés dans le mandat (3). — En sens inverse, que faut-il décider pour le cas où le mandataire aurait acheté moins cher que ne le portait le mandat ? Exemple : je donne mandat à *Titius* de m'acheter le fonds Cornélien 100 écus d'or ; il l'achète 50. Même dans l'opinion des Sabinien s, ce point ne faisait l'objet d'aucune difficulté. *Titius* avait l'action *mandati contraria* pour se faire rembourser les 50 écus d'or. En effet, dans le mandat d'acheter un fonds pour 100 écus d'or se trouve évidemment compris celui de l'acheter pour un prix inférieur, si cela est possible (Gaius, C. III, § 161 ; Inst., § 8, liv. III, tit. xxvi).

Relativement aux tiers, qui ont contracté avec le man-

(1) Conf. Code civ., art. 1989, 1997.

(2) Même Code, art. 1991, 1992.

(3) Cette disposition du § 8, liv. III, tit. xxvi, Instit., a été critiquée par Demangeat, dans son *Cours élémentaire de dr. rom.*, t. II, p. 393. — Comp. Ortolan, t. III, p. 323, n. 1570.

dataire. — En droit civil, le mandataire, qui contractait pour le compte du mandant, agissait toujours en son propre nom; il ne représentait pas son mandant. C'était donc lui qui était obligé envers les tiers, et c'était envers lui que les tiers étaient obligés (1). — Toutefois il y avait un cas où, d'après le droit civil, le mandataire représentait son mandant; c'était celui du *mandat judiciaire* dans lequel le mandataire s'appelait *cognitor*.

Le droit prétorien et la jurisprudence ont apporté de graves modifications aux principes du droit civil en cette matière.

D'abord le préteur a accordé aux tiers, dans les hypothèses spéciales aux actions *exercitoire* et *institoire* (2), la faculté de passer par-dessus l'intermédiaire et d'atteindre directement le mandant lui-même (L. 1, § 17; L. 5, § 1, D., *De exercit. act.*, liv. XIV, tit. 1).

Les jurisconsultes ont généralisé l'idée prétorienne; ils ont admis d'abord les tiers, en toutes hypothèses, à poursuivre le mandant par l'action *institoria utilis*. Puis, et par une conséquence logique, ils ont permis au mandant d'exercer lui-même à titre utile, contre les tiers, les actions acquises par le mandataire, en le dispensant de la formalité d'une cession effective (L. 10, § 5, D., *Mand.*, liv. XVII, tit. 1; L. 13, § 25, D., *De act. empt.*, liv. XIX tit. 1).

Les tiers avaient donc le choix entre la poursuite du mandataire et celle du mandant, et ils pouvaient eux-mêmes être poursuivis, soit par le mandataire, soit par le mandant. La vraie théorie moderne de la représentation, qui substitue le mandant au mandataire et dégage ce dernier des conséquences de ses actes, n'a donc pas été admise par les jurisconsultes romains même dans le dernier état du droit. Aussi nous con-

(1) Voy. *supra*, liv. II, tit. ix, p. 226. Voy. encore, liv. III, tit. xix, p. 488 et 489.

(2) Voy. *infra*, liv. IV, tit. vii.

sidérons comme une erreur de certains romanistes (1), la prétendue réforme qui se serait opérée sous Justinien et qui consisterait à enlever aux tiers la faculté de poursuivre le mandataire, lorsque celui-ci a nommé le mandant et s'est renfermé dans les limites de ses instructions (2).

Du droit du mandataire de se substituer un tiers. —

Le mandataire peut se substituer une autre personne pour l'exécution du mandat, à moins que sa mission ne lui ait été confiée à raison de son aptitude spéciale. Mais, malgré cette substitution, le mandataire continue à répondre personnellement de la bonne exécution du mandat; les fautes du substitué lui sont imputées comme s'il les avait commises lui-même (3). Toutefois, lorsque le mandataire a été autorisé à se faire remplacer par un tiers de son choix, sa responsabilité se limite au choix défectueux du substitué et elle cesse même complètement si le mandant lui a désigné tel tiers déterminé (4).

Causes de dissolution du mandat.

Le mandat prend fin :

1° *Par la révocation* que fait le mandant. — Lorsque la révocation intervient pendant que les choses sont encore entières (*dum adhuc integra res sit*), c'est-à-dire avant toute exécution, le mandat est censé n'avoir jamais existé (Instit., § 9, *eod.*). — Si la révocation a lieu après l'exécution commencée, les actes accomplis produisent leur effet. Au reste, tant que la révocation n'est pas notifiée au mandataire et connue de lui, il exécute valablement le mandat, et doit avoir pour cette exécu-

(1) *Sic*, Unterholzner, t. I, § 95; Thibaut, t. I, §§ 455, 457 à 459; Maynz, t. II, § 307; Van Wetter, t. II, § 420.

(2) V. en ce sens, Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 661, *ann.*; Windscheid, t. II, § 482, texte et note 17; Accarias, t. II, n. 637, p. 542; Didier-Pailhé et Tartari, p. 440.

(3) *Conf.* Code civ., art. 1994.

(4) *Sic*, Maynz, t. II, § 306; Namur, t. II, § 290; Van Wetter, t. II, § 419, p. 151. *Comp.* Windscheid, t. II, § 410.

tion l'action *contraria mandati* contre le mandant (1) (L. 15, D., *Mandati*, liv. XVII, tit. 1).

2° *Par la mort du mandant.* — En effet, le mandataire n'avait accepté le mandat qu'en considération de la personne du mandant. Si cette personne disparaît, le mandat doit donc prendre fin (2). Mais il ne cesse que pour l'avenir ; et par conséquent l'action *mandati* subsistera pour tout ce qui aura été fait avant la mort du mandant. — *Observation* : Le mandataire qui accomplit le mandat après la mort du mandant, mais *dans l'ignorance de cette mort*, pourra exercer l'action *mandati contraria*, comme si le mandant vivait encore. Le mandataire en effet ne doit pas souffrir d'une ignorance légitime et plausible (3) (Gaius, C. III, § 160 ; Instit., § 10, *eod.*).

3° *Par la mort du mandataire.* — Les qualités personnelles du mandataire qui avaient déterminé le mandant à lui confier le soin de ses affaires périssent avec la personne du mandataire ; aussi le mandat doit-il cesser par la mort de ce dernier (4) (Instit., *ibid.*). — Toutefois les héritiers du mandataire peuvent et doivent continuer une affaire commencée par leur auteur, lorsque les choses sont dans un tel état que les intérêts du mandant se trouveraient gravement compromis s'ils les abandonnaient (5) ; mais pour cette continuation de gestion, il n'ont que l'action *negotiorum gestorum*, et non pas l'action *mandati contraria* (L. 27, § 3, D., *eod.*).

4° *Par la renonciation du mandataire.* — Le mandataire, après avoir accepté le mandat, peut y renoncer ; mais il ne faut pas que cette renonciation cause un dommage au mandant. Le mandataire qui renonce doit donc s'arranger de manière que le mandant puisse, sans préjudice, suivre, soit par lui-même, soit par un autre mandataire, l'opé-

(1) Conf. Code civ., art. 2003, 1°, 2004, 2005, 2006.

(2) Même Code, art. 2003, 3°.

(3) *Ibid.*, art. 2008, 2009.

(4) *Ibid.*, art. 2003, 3°.

(5) *Ibid.*, art. 2010.

ration abandonnée. Car, si la renonciation n'est pas faite de manière à laisser au mandant entière facilité pour cet accomplissement, l'action de mandat aura toujours lieu contre le mandataire (1). — Il existe cependant un cas où le mandataire n'est pas obligé d'indemniser le mandant du dommage qu'il lui a causé par sa renonciation ; c'est celui où il a de justes excuses à faire valoir (2) (*nisi justa causa intercessit*) ; par exemple, une maladie, une inimitié capitale survenue entre le mandant et lui, l'insolvabilité du mandant (Instit., § 11, *eod.* ; LL. 23, 25, D., *eod.*).

5° Par la conclusion de l'affaire pour laquelle il a été donné.

6° Par l'arrivée du terme ou l'événement d'une condition résolutoire.

APPENDICE I

DES PACTES

Définition. — Par opposition aux contrats, les pactes sont des conventions qui n'ont pas été reconnues comme obligatoires et n'ont pas été munies d'une action propre par l'ancien droit civil des Romains. Aussi, en dehors des contrats dont nous avons parcouru la liste, l'accord des volontés de deux individus sur un même objet ne devait produire rigoureusement aucun lien de droit (3).

Des atténuations ont été bientôt apportées à ce principe. Certains pactes sont devenus obligatoires au moyen d'actions. Cependant, malgré cette transformation l'ancienne dénomination consacrée par l'usage a continué de s'appliquer, dans sa généralité, même à ces

(1-2) Conf. Code civ., art. 2007.

(3) *Contra*, même Code, art. 1134.

conventions nouvellement pourvues d'effets juridiques.

Division des pactes. — Les pactes se divisent : — soit relativement à leur origine, — soit relativement à leur manière d'être, — soit relativement à leurs effets.

I. *Relativement à leur origine*, les pactes viennent ou du droit civil, ou du droit prétorien, ou du droit impérial. — Les pactes de droit civil, sont ceux qui ont été rendus obligatoires par la jurisprudence. Leur nombre est indéfini ; l'exécution s'en poursuit, comme nous le verrons *infra*, p. 580 et suiv., 584 et suiv., soit par l'action d'un contrat du droit civil, soit par une action qualifiée d'*actio in factum* ou *præscriptis verbis*. — Les pactes de droit prétorien (*pacta prætoria*) sont ceux que le préteur a munis d'une action. Tels sont, notamment, la convention d'hypothèque (1), le constitut (2), la convention relative à un serment extrajudiciaire (3). — Les pactes de droit impérial, ou pactes dits *légitimes* (*pacta legitima*), sont ceux qui ont été rendus obligatoires et munis d'action par des constitutions impériales. Telle est, notamment, la convention de fournir une dot depuis Théodose II et Valentinien III (4). Telle est encore celle de donner entre ascendants et descendants, depuis Antonin le Pieux, et entre toutes personnes, depuis Justinien (5). L'exécution des pactes légitimes se poursuit par la *condictio ex lege* à défaut d'une action spéciale.

II. *Relativement à leur manière d'être*, les pactes existent accessoirement à un contrat ou par eux-mêmes indépendamment de tout contrat. Dans le premier cas, ils sont qualifiés par la doctrine de pactes adjoints (*pacta adjuncta*) ; dans le second, de pactes isolés.

a. Les effets des *pacta adjuncta* varient suivant que le

(1-2) Voy. *infra*, liv. IV, tit. vi, p. 707 et 713.

(3) Sic, Ortolan, t. III, n. 1617 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 443, note 1 ; Labbé, à son cours. — *Contra*, Maynz, t. II, § 335, p. 361, texte et note 4.

(4) Voy. *supra*, liv. II, tit. vii, p. 212.

(5) Voy. *supra*, liv. II, tit. vii, p. 200.

pacte a été ajouté au moment même du contrat (*in continenti*) ou après coup (*ex intervallu*).

Supposons un pacte ajouté à un contrat *in continenti*, au moment même où le contrat se forme. Les effets du pacte sont différents suivant qu'il s'agit d'un contrat de *bonne foi* ou d'un contrat de *droit strict*.

Dans les contrats de bonne foi (le commodat, le dépôt, le gage, la vente, le louage), le pacte ajouté *in continenti* à un contrat fait, pour ainsi dire, corps avec le contrat lui-même. Aussi l'exécution s'en poursuit par l'action même du contrat (L. 7, § 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Dans les contrats de droit strict, il faut distinguer : — S'agit-il d'une stipulation, le pacte ajouté *in continenti* a fini par être considéré comme faisant partie intégrante de l'obligation principale (*stipulationi inesse creditur*). Et soit qu'il retranche, soit qu'il ajoute à l'obligation, le pacte a la même force que le contrat dont il forme une des clauses, et doit être exécuté par l'action résultant de la stipulation. C'est donc l'application des mêmes principes que dans les contrats de bonne foi (1) (L. 4, § 3, D., *eod.*; L. 40, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). — S'agit-il d'un *mutuum*, le pacte ajouté *in continenti* ne produit d'effet que lorsqu'il a pour but de diminuer l'obligation du débiteur. Mais s'il est intervenu en faveur du créancier et dans le but d'aggraver la situation du débiteur, il n'y aura pas lieu pour le surplus à la *condictio* résultant du *mutuum* (*amplius condictio non potest*) (2). Il en est ainsi, du moins, en matière de prêt d'argent (3) (L. 11, § 1, D., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1).

(1) *Sic*, sur cette question controversée, Demangeat, t. II, p. 397 et suiv. ; Thézard, p. 264 ; Accarias, t. II, n. 646, p. 565 et suiv. ; Didier-Paillhé et Tartari, p. 417. — *Contra*, Vernet, *Text. chois. sur les oblig.*, p. 44 et suiv. ; Maynz, t. II, § 334, p. 346, note 2 ; Ortolan, t. III, n. 1584 et suiv.

(2) Comp. Accarias, t. II, n. 646, p. 567 ; Didier-Paillhé et Tartari, p. 447 et 448 ; Vernet, *Text. choisis sur les obligat.*, p. 44 et suiv. ; Demangeat, p. 401.

(3) C'est une question controversée que de savoir si les prêts de

Supposons un pacte ajouté à un contrat *ex intervallo*, après coup. L'effet d'un tel pacte varie suivant qu'il a pour but de diminuer l'obligation du débiteur, ou de l'aggraver. — S'il diminue l'obligation du débiteur, il est efficace et le débiteur peut s'en prévaloir au moyen d'une exception (L. 7, § 5, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV). — S'il aggrave la situation du débiteur, il ne produit pas d'effet (*nec valebit*) (L. 7, § 5, D., *eod.*). Il n'y a pas lieu ici de distinguer entre les contrats de bonne foi et ceux de droit strict. — Cependant une observation doit être faite relativement aux contrats consensuels (vente, louage, société, mandat). Le pacte qui est intervenu *ex intervallo*, toutes choses étant encore entières, et qui porte sur des points substantiels au contrat, peut être considéré comme destiné, dans l'intention des parties, à remplacer l'ancien contrat. Il y a une nouvelle vente, un louage nouveau, etc., dont l'exécution peut être poursuivie par les actions *empti, venditi, locati*, etc. (L. 72, D., *De contrah. empt.*, liv. XVIII, tit. 1).

b. Les pactes isolés les plus importants sont ceux qui sont connus dans la doctrine sous la dénomination de *contrats innomés*. La théorie des contrats innomés offre une importance capitale, et demande par cela même des développements particuliers (1).

III. *Relativement à leurs effets*, car en dehors des pactes munis d'actions, d'autres ont continué de subsister sans produire de lien juridique. Ce sont les pactes *nus* (*nuda pactio, pactum nudum*). Ils ne sont point cependant dépourvus de tout effet, car ils peuvent servir de base à une exception (L. 7, *pr.*, et § 4, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV), et engendrent, selon l'opinion générale, une obliga-

données ou autres marchandises doivent être assimilés ou non au prêt d'argent. — Voy., pour l'affirmative, Demangeat, t. II, p. 401; Ortolan, t. III, n. 1585. — Et pour la négative, de Savigny, *System*, t. VI, § 268; Thézard, p. 265; Accarias, Didier-Paillhé et Tartari, *loc. cit.*

(1) Voy. *infra*, p. 582 et suiv.

tion naturelle (1) (L. 5, § 2, D., *De solut.*, liv. XLVI, lit. III).

APPENDICE II

DES CONTRATS INNOMÉS (2).

Cette expression sert, dans la doctrine, à désigner ces conventions avec engagements réciproques qui n'ont été ni classées, ni même reconnues par l'ancien droit, par opposition à la dénomination de *contrats nommés* appliqués à ces dernières.

Le nombre des contrats innomés est indéfini : il ne se limite que par les limites mêmes de l'imagination humaine (3). Cependant, malgré cette multiplicité, ils peuvent se résumer dans l'une de ces quatre opérations — *do ut des*, — *do ut facias*, — *facio ut des*, — *facio ut facias*, — selon que l'obligation de chacun consiste, soit dans une dation, soit dans l'accomplissement d'un fait (L. 5, *pr.*, D., *De præscript. verb.*, liv. XIX, tit. v). Ainsi, par exemple, je m'engage à vous donner un cheval pour que vous me donniez votre bœuf, ou pour que vous répariez ma maison, etc. Quelle est la valeur de pareilles conventions ?

Tant que les choses restent entières, une convention de cette nature n'engendre aucune action ; elle n'est

(1) *Sic*, sur cette question controversée, Van Wetter, t. II, § 365, p. 87 ; Ortolan, t. III, n. 1619 ; de Fresquet, t. II, p. 259 ; Thézard, p. 65 ; Maynz, t. II, § 278, texte et note 17 ; Machelard, *Oblig. natur.*, p. 29 ; Demangeat, t. II, p. 537 et suiv. ; Accarias, *Cours des Pandect.*, année 1873, Leçon du mois de janv. ; et *Précis de dr. rom.*, n. 644, p. 562, texte et note 3 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 441 et 445 ; Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 28. — Voy. aussi de Savigny, *Le dr. des obligat.*, 2^e édit., t. I, § 9, p. 60 et suiv. (traduct. de Gérardin et Jozon).

(2) Voy., sur cette importante matière, Accarias, *Théor. des contrats innomés*, etc. ; et *Précis de dr. rom.*, t. II, n. 648 et suiv. ; Albert Desjardins, *De l'action præscript. verb.*

(3) Les principaux contrats innomés sont l'échange, le contrat estimatoire, le précaire, la transaction, la dation d'arrhes, le partage amiable.

qu'un pacte *nu*, dépourvu d'effet juridique. Mais si l'une des parties exécute son engagement, il en résulte une situation plus délicate. Refuser toute force obligatoire à la convention serait manquer à ces deux principes formellement reconnus par la jurisprudence civile : que nul ne doit s'enrichir injustement du bien d'autrui, ni occasionner à autrui un préjudice par son manque de foi. Aussi la jurisprudence est-elle intervenue et a-t-elle accordé à la partie qui avait rempli son engagement une action en répétition qui la rétablissait dans la propriété aliénée ou dans le droit éteint dont elle se trouvait privée sans cause. C'est la *condictio causa data, causa non secuta*, ou *condictio ob causam datorum*. Cette action n'avait donc pas pour effet de procurer l'exécution de la convention, mais simplement de replacer les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la convention (D., *De condict. caus. dat...*, liv. XII, tit. iv; C., *Ob caus. dator.*, liv. IV, tit. vi).

Suffisante toutes les fois qu'il s'agissait de la dation d'une chose ou de l'extinction de quelque droit susceptible de rétablissement, cette action ne pouvait s'appliquer lorsqu'il s'agissait de faits accomplis, de services rendus, de pertes essuyées par l'une des parties en exécution de la convention. Dans tous ces cas, en effet, l'exécution du pacte ne saurait procurer un avantage qui pût être répété. Il fallait aller plus loin, et sauvegarder par une sanction plus efficace le respect des conventions. Or, par quels moyens y parvenir ? C'est ici qu'apparaissent chez les juriconsultes romains des hésitations, et dans les textes des contradictions sans nombre. Les uns veulent procéder par voie d'innovation, les autres par voie d'interprétation ; tantôt le même juriconsulte se sert indifféremment de l'un et de l'autre de ces moyens. Deux grandes théories sont en présence, la théorie des Proculiens et celle des Sabinien.

Les Proculiens, et notamment Labéon, proposaient d'introduire une action qui serait donnée non plus pour la restitution de l'avantage procuré, mais pour une exécution complète de la convention. Ils la désignaient sous les dénominations, tantôt seules, tantôt réunies, d'*actio in factum*, ou *præscriptis verbis* (1) (L. 1, § 1, L. 22, D., *De præscr. verb.*, liv. XIX, tit. v). Mais il fallait, à l'imitation des contrats du droit civil, trouver une cause d'obligation (*causa civilis*). C'est au jurisconsulte Ariston qu'appartient l'honneur d'avoir fixé la théorie de cette *causa civilis obligationis*. Il a assimilé ces conventions ainsi exécutées par l'une des parties aux contrats réels. Dans les quatre contrats formés *re*, la *causa civilis* consiste dans la dation ou la livraison de la chose. Ici, elle consistera dans l'exécution par l'une des parties de ce qu'elle avait promis. Le pacte se trouvera, dès ce moment, pourvu d'une cause suffisante d'obligation réelle et muni d'une action (L. 7, §§ 1, 4, D., *De pact.*, liv. II, tit. xiv).

L'action *præscriptis verbis* était de bonne foi. Justilien le dit expressément dans les deux cas d'application les plus fréquents, en matière d'échange et de contrat estimatoire (Inst., § 28, liv. IV, tit. vi). Il ne faut donc rien voir dans ce texte de limitatif (2).

Les Sabinien résistaient à l'introduction de la nouvelle action *præscriptis verbis* et s'en tenaient à l'action *causa data, causa non secuta*. C'est ce qui explique le si-

(1) Ces dénominations tiennent à l'impossibilité de qualifier laconiquement, d'un mot qui serait le nom propre du contrat, la nature du fait générateur de l'obligation, et à la nécessité où se trouve le préteur d'expliquer en détail, dans la première partie de la formule (la *demonstratio*), la nature de l'opération. Exemple, la formule du commodat porte : *Quod A. Agerius, N. Negidio rem commodavit*. Celle du pacte *do ut des* est ainsi conçue : *Quod A. Agerius, N. Negidius bovem dedit, ea lege ut N. Negidius equum daret*, etc. — Voy. encore *infra*, liv. IV, tit. vi, p. 724 et suiv., le paragraphe consacré aux actions *in jus et in factum*.

(2) Sic, Ortolan, t. III, n. 1602; Demangeat, t. II, p. 665 et 666; Didier-Pailhé et Tartari, p. 454, note 1; Labbé, à son cours.

lence que Gaius garde dans ses commentaires sur cette action : il n'en fait même aucune mention. Mais comment suppléer à l'insuffisance de la *condictio causa data, causa non secuta*? Les Sabinienens croyaient plus sage de se servir de l'expédient suivant : ils étudiaient la convention en elle-même, et l'assimilaient à quelqu'un des contrats reconnus par le droit civil, vente, louage, mandat, société, avec lequel elle offrait le plus d'analogie. Cette assimilation se faisait avec une liberté d'interprétation des plus larges ; elle avait pour effet de suppléer au manque de sanction par l'action du contrat analogue. Ainsi, nous avons vu au titre *de la Vente* (1), que les Sabinienens faisaient entrer l'échange dans la définition de la vente, et le sanctionnaient par les mêmes actions (Instit., § 1, liv. III, tit. xxiii). Cependant certaines conventions se refusaient par leur nature particulière à toute assimilation même éloignée avec les contrats du droit civil, il fallait alors recourir à l'action de dol (L. 5, §§ 2, 3, D., *De præscr. verb.*, liv. XIX, tit. v). Or, l'action de dol offrait des inconvénients ; elle n'existait que sous certaines conditions, et n'était donnée contre les héritiers que jusqu'à concurrence du profit qu'ils avaient retiré du dol de leur auteur. Aussi la doctrine des Proculienens a-t-elle fini par prévaloir.

Dans le dernier état de la jurisprudence romaine, la partie qui a exécuté la convention a le choix entre la *condictio causa data, causa non secuta* et l'action *præscriptis verbis*. Mais quel intérêt présentent deux actions différentes, puisque chez les Romains, toutes les actions aboutissent nécessairement à une condamnation pécuniaire ? Dans la *condictio causa data, etc.*, la condamnation est calculée sur la valeur réelle de la chose livrée, et, à défaut de restitution, c'est cette valeur qui doit être attribuée au réclamant. Au contraire, dans

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. xxiii, p. 526.

l'action *præscriptis verbis*, la condamnation est calculée sur l'intérêt que le réclamant peut avoir à l'exécution de la convention (L. 5, § 5, D., *eod.*). Il est donc facile de comprendre que, suivant les circonstances, il y aura avantage à se servir de l'une plutôt que de l'autre de ces actions (L. 5, § 1, D., *eod.*).

Une singularité digne de remarque qui nous paraît se maintenir encore dans le dernier état du droit, est que, à l'égard des pactes *facio ut des*, la jurisprudence, par un motif de sévérité très justifiable, refuse d'admettre l'action *præscriptis verbis* et donne alors l'action infamante de dol (L. 5, § 3, D., *eod.*).

TITRE XXVII

Des obligations qui naissent comme d'un contrat.

Définition. — Les deux sources principales des obligations sont les contrats et les délits. Mais il y a certains faits qui, quoique ne rentrant ni dans la classe des contrats ni dans celle des délits, produisent néanmoins des liens juridiques. Lorsque ces faits ont des rapports avec des contrats reconnus, on dit que l'obligation naît *quasi ex contractu*; d'où nous est venue, dans notre droit moderne, l'expression impropre de *quasi-contrat* (Instit., *pr.*, liv. III, tit. xxvii). — Le trait le plus saillant qui distingue le quasi contrat du contrat, c'est l'absence de tout consentement (1).

Diverses espèces d'obligations nées quasi ex contractu.

Les Institutes citent cinq cas distincts dans lesquels une obligation naît *quasi ex contractu*. Ce sont : — la gestion d'affaires, fait ayant de l'analogie avec le man-

(1) Comp. Code civ., art. 1370, 1371.

dat ; — la tutelle et la curatelle, s'y rapportant également ; — la communauté ou indivision, fait qui a du rapport avec le contrat de société ; — l'addition d'hérité, fait qui ne peut se rattacher à aucun contrat déterminé : la loi répute l'héritier lié envers le légataire comme s'il y avait eu convention (1) ; — le paiement de l'indû, fait qui offre quelque trait de ressemblance avec le *mutuum*, lorsqu'il s'agit d'un paiement indû de choses *quæ pondere, numero, mensurave constant*.

I. DE LA GESTION D'AFFAIRES.

Définition. — Il y a gestion d'affaires lorsque quelqu'un administre les affaires d'une autre personne, sans mandat et à l'insu de celle-ci (Instit., § 1, liv. III, tit. XXVII) : d'où il résulte qu'il n'y a pas gestion d'affaires, mais mandat tacite, lorsque le maître connaît la gestion et ne s'y oppose pas (2).

La personne qui s'immisce dans les affaires d'autrui s'appelle gérant d'affaires, *negotiorum gestor* ; celle dont le patrimoine est géré se nomme maître de la chose gérée *dominus rei gestæ*, ou simplement *dominus*.

Analogie entre la gestion d'affaires et le mandat.

La gestion d'affaires donne lieu, comme le mandat, à deux actions réciproques : — 1^o l'action *negotiorum gestorum directa* est accordée au maître de la chose contre le gérant pour le forcer à rendre compte de son administration (3) ; — 2^o l'action *negotiorum gestorum contraria* est accordée au gérant contre le maître (même

(1) Suivant Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. II, § 358, p. 452, texte et note 3), ce fait offrirait une grande analogie avec la stipulation. Le légataire a, en effet, de ce chef une *condictio*, qu'on appelle communément *actio ex testamento*, comme on donne le nom d'*actio ex stipulatu* à la condictio qui sert à poursuivre l'exécution d'une obligation verbale. Voy. aussi même auteur, t. III, § 504, p. 566, texte et notes 17-18 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 456.

(2) *Contra*, Code civ., art. 1372.

(3) *Conf.* Code civ., art. 1372, 1373, 1374.

incapable de consentir) pour se faire indemniser des dépenses nécessaires ou utiles par lui faites (1) (Inst., § 1, *eod.*). Toutefois, le gérant n'aurait pas cette action dans trois cas : — 1° s'il avait entrepris la gestion malgré l'opposition et la défense du maître (*invito domino*) ; — 2° s'il l'avait entreprise dans une intention libérale à l'égard du maître (*animo donandi*) ; — 3° s'il avait fait l'affaire du maître croyant faire sa propre affaire (L. 6, § 2, D., *De neg. gest.*, liv. III, tit. v ; L. 24, C., *eod.*, liv. II, tit. XIX).

Quant aux tiers qui ont traité avec le gérant, ils ont contre le maître les actions *utiles* qu'ils auraient eues *directement* contre le gérant ; et le maître a contre eux les actions utiles que le gérant aurait pu leur intenter *directement*(2).

Différence entre la gestion d'affaires et le mandat.

— Le mandataire qui a fait ce qu'on lui a mandé de faire a droit au remboursement de ses dépenses, *alors même qu'elles n'ont procuré aucun profit au mandant*. — Le gérant d'affaires, au contraire, n'a droit qu'aux dépenses qui ont été *utilement faites*, que l'intérêt du maître exigeait qu'on fit pour lui (*utiliter gessit negotia*) (3) ; il suffit d'ailleurs que l'affaire ait été gérée utilement *ab initio* ; peu importe qu'en définitive le maître n'en retire aucun profit (L. 10, § 1, D., *De negot. gestororum*, liv. III, tit. v).

De la ratification du dominus. — La ratification faite par le maître ne change point, du moins par rapport au gérant, le caractère de l'opération accomplie antérieurement. Le gérant ne peut donc être poursuivi que par l'action *negotiorum gestororum*. Mais, par rapport au maître, la ratification produit les effets suivants : elle le soumet à l'action *mandati* ; elle le rend non recevable à impugner les actes passés par le gérant, et l'o-

(1-2-3) Conf. Code civ., art. 1375.

blige à rembourser à ce dernier toutes ses dépenses, sans restriction aucune(1).

+

II. DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE.

Les tuteurs tenus de l'action de tutelle ne sont pas non plus obligés, à proprement parler, en vertu d'un contrat ; car nulle convention n'intervient entre le tuteur et le pupille ; cependant, comme ils ne sont pas obligés en vertu d'un délit, ils semblent obligés comme par un contrat, comme s'il y avait eu contrat de mandat. Il en est de même des curateurs (Inst., § 2, *eod.*).

Des actions qui naissent de la tutelle et de la curatelle.

Le pupille a contre le tuteur l'action *tutelæ directæ* pour le forcer à rendre compte de son administration. — Le tuteur a contre le pupille l'action *tutelæ contraria* pour se faire indemniser par lui des dépenses faites, des obligations contractées et des hypothèques données dans son intérêt (2) (Instit., § 2, *eod.*).

En cas de curatelle on emploie les actions *negotiorum gestorum* utiles (3) (L. 4, § 3, D., *De tutel. et ration.*, liv. XXVII, tit. III).

III. DE LA COMMUNAUTÉ OU DE L'INDIVISION.

Lorsque plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles un contrat de société (*sine societate*), se trouvent avoir la copropriété indivise d'une chose ou d'une

(1) Nous avons suivi, sur cette question controversée, la doctrine généralement enseignée. Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, t. III, § 664, p. 524 et suiv. ; Maynz, t. II, § 359, p. 453 et 454, texte et note 9 ; Demangeat, t. II, p. 413 ; Van Wetter, t. II, § 473, p. 196, texte et note 19. Comp. Accarias, t. II, n. 656, p. 592 et 593 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 460. — Voy. aussi une intéressante monographie de M. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires.*

(2) Voy. *supra*, liv. I, tit. XXII, p. 116.

(3) Voy. *supra*, liv. I, tit. XXIII, p. 123.

masse de biens, soit parce qu'une même chose leur a été léguée ou donnée, soit parce qu'elles sont appelées ensemble à une même hérédité, cette communauté accidentelle crée entre elles des obligations analogues à celles des associés. Une seule et même action est ouverte à chaque communiste : l'action *communi dividundo* entre copropriétaires d'un objet particulier; l'action *familix erciscunda* entre cohéritiers (1) (Instit., §§ 3, 4, *eod.*).

Le but principal de ces actions est de faire opérer le partage et cesser ainsi l'indivision. Accessoirement, ces actions obligent celui qui seul a perçu les fruits de la chose commune à en tenir compte aux autres; réciproquement, elles donnent à celui qui a fait des dépenses nécessaires ou utiles pour la conservation ou l'amélioration de la chose commune, le moyen de s'en faire indemniser par les autres (Instit., *ibid.*). Les communistes, de même que les associés, ne sont responsables vis-à-vis les uns des autres que des négligences qu'ils ne commettraient pas dans leurs propres affaires; ils ne sont pas tenus *ad exactissimam diligentiam* (L. 8, § 2, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III).

IV. DE L'ADITION D'HÉRÉDITÉ.

L'héritier est obligé envers le légataire, non en vertu d'un contrat, puisqu'on ne peut pas dire que le légataire ait fait aucun contrat soit avec l'héritier, soit avec le défunt; et cependant, comme l'héritier n'est pas obligé non plus à raison d'un délit, on dit qu'il est tenu *comme par un contrat* (Instit., § 5, *eod.*).

L'action personnelle accordée au légataire contre l'héritier pour la délivrance de son legs est l'action *ex testamento*.

(1) Voy. *infra*, liv. IV, tit. vi, p. 721 et suiv.

V. DU PAIEMENT DE L'INDÛ.

Définition. — Payer indûment, c'est payer par erreur ce que l'on ne doit pas (1).

De l'obligation qui naît du paiement de l'indû.

C'est une obligation unilatérale, pour celui *qui pecuniam indebitam accepit*, de rendre ce qu'il a ainsi reçu (2). Cette obligation est sanctionnée par une action personnelle, de droit strict, la *condictio indebiti*. Évidemment, il n'y a pas là une obligation résultant d'un contrat, encore moins d'un délit; aussi dit-on que l'*accipiens* est tenu *quasi ex contractu*. Les Institutes vont même jusqu'à assimiler cette obligation à celle qui naît d'un *mutuum*, et disent que l'*accipiens* est tenu comme par un *mutuum* (*obligatur, ac si mutuum illi daretur*) (Instit., § 6, *cod.*).

Analogies entre le mutuum et le paiement de l'indû.

Il y a entre le *mutuum* et le paiement de l'indû beaucoup de points de ressemblance: — 1° L'analogie ne peut exister qu'autant qu'il s'agit du paiement de l'indû ayant pour objet une somme d'argent, ou une chose *quæ numero, pondere, mensurave constat*. Il y a alors identité d'objet entre le paiement de l'indû et le *mutuum*. — 2° En principe, le paiement de l'indû, comme le *mutuum*, opère translation de propriété; et, dans les deux cas, l'obligation de rendre n'est qu'une conséquence de cette translation de propriété. — 3° Le *tradens* qui livre des écus dont il n'est pas propriétaire, soit en *mutuum*, soit en paiement d'une dette imaginaire, ne transfère pas la propriété des écus, et n'a pas par conséquent la *condictio ex mutuo* ou *indebiti* (3). Ce n'est que lorsque l'*acci-*

(1) Conf. Code civ., art. 1317.

(2) Même Code, art. 1235, 1376.

(3) Cela n'est absolument exact que pour le *mutuum* qui suppose toujours une *datio*. La *condictio indebiti* ne saurait être refusée au *tradens* des deniers d'autrui pour se faire restituer la possession de

piens a consommé de bonne foi, que la *condictio ex mutuo* ou *indebiti* naît au profit du *tradens* (L. 15, § 1, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. vi). — 4° Le *tradens* incapable d'aliéner, en livrant des écus qui lui appartiennent, ne peut ni contracter un *mutuum*, ni faire un paiement indû qui donnerait naissance à la *condictio*. Tant que les écus ne sont pas consommés par celui qui les a reçus, le *tradens* peut les réclamer par la revendication. Mais la *condictio indebiti* ou *ex mutuo* prendra naissance par la consommation des écus faite par l'*accipiens* (Instit., § 2, liv. II, tit. viii). — 5° L'*accipiens* incapable de s'obliger ne peut être tenu ni par le *mutuum*, ni par la *solutio indebiti* (Instit., § 1, liv. III, tit. xiv). Mais il est soumis à une *condictio sine causa*, jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi (*in quantum locupletior factus est*. L. 66 *in fine*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. iii).

Différences entre le mutuum et le paiement de l'indû. — 1° Le *mutuum* implique toujours une dation ou translation de propriété ; la *solutio indebiti* la contient le plus souvent mais non point nécessairement. — 2° Le *mutuum* engendre toujours une *condictio certi*, tandis que la *condictio indebiti* peut être *incerta* toutes les fois, notamment, que le paiement de l'indû consiste dans une obligation de faire (L. 22, § 1, D., *De cond. ind.*, liv. XII, tit. vi).

Conditions essentielles pour qu'il y ait lieu à la condictio indebiti.

Trois conditions sont essentielles pour qu'il y ait lieu à la répétition de l'indû. Il faut : — 1° que la chose payée ne soit pas due (*indebitum*) ; — 2° que le paiement ait été fait par erreur (*per errorem solutum*) ; — 3° que le paiement ne puisse pas être considéré comme fait à titre de transaction.

1° *Dans quels cas il y a indebitum.* — Il y a *indebitum* ces deniers, tant qu'ils se retrouvent en nature dans les mains de l'*accipiens*. *Accarias*, t. II, n. 661, p. 608.

toutes les fois que l'on paye ce que l'on ne doit ni civilement ni naturellement. Une obligation naturelle est donc une juste cause de paiement et ne permet pas au *tradens* d'exercer la répétition (1) (L. 26, § 12, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. vi). — Celui qui, pouvant invoquer une exception perpétuelle, a payé par erreur, alors que l'exception ne laissait subsister à sa charge aucune dette même naturelle, a payé indûment et peut exercer la *condictio indebiti* (2) (L. 26, § 3, D., *eod.*). — Il en est de même de celui qui *pendente conditione* acquitte par erreur l'obligation conditionnelle. Tant que la condition n'est pas accomplie, il n'y a point dette (3), par conséquent il y aura lieu à la *condictio indebiti*. Au contraire, celui qui par erreur a payé une obligation à terme *ante diem*, n'a point la *condictio indebiti*; car la dette existe avant l'échéance du terme (4) (L. 16, *pr.*, L. 17, D., *eod.*).

2° *Dans quels cas le paiement est fait par erreur (per errorem solutum)*. — Payer par erreur, c'est payer ce que l'on *croit devoir*, et que l'on *ne doit pas* réellement. Celui-là donc qui a payé une chose *qu'il savait ne pas devoir*, n'a pas le droit d'en exercer la répétition contre l'*accipiens*. Il est censé avoir voulu faire une donation, déguiser une libéralité sous l'apparence d'un paiement. En effet, si on ne lui suppose cette intention, il faut alors, de toute nécessité, supposer qu'il a voulu faire un acte dérisoire ou une malice. Cette seconde interprétation ne saurait être admise (L. 53, D., *De reg. juris*, liv. L, tit. xvii).

Mais il y a deux espèces d'erreurs : l'erreur de fait et

(1) Conf. Code civ., 1235.

(2) Le sénatus-consulte Velléien nous a présenté un exemple d'exception de ce genre. Voy. *supra*, liv. III, tit. xx, p. 509. — Il en est autrement de l'exception résultant du sénatus-consulte Macédonien. Voy. *infra*, liv. IV, tit. vii, p. 761.

(3) Comp. Code civ., art. 1180, 1181.

(4) Conf. même Code, art. 1186.

l'erreur de droit (*juris et facti ignorantia*). — Lorsqu'il s'agit d'une erreur de fait, aucune difficulté ne s'élève. La prestation de l'indû, déterminée par une erreur de fait, donne lieu à la répétition. — Lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit, il y a désaccord parmi les jurisconsultes romains. Ainsi, Paul nous dit (L. 9, D., *De jur. et fact. ignor.*, liv. XXII, tit. vi) que l'erreur de droit ne peut jamais être invoquée. Seulement il porte à ce principe un si grand nombre d'exceptions qu'il en atténue singulièrement la force. Papinien est d'avis que l'erreur de droit ne peut être invoquée par ceux qui veulent s'enrichir (*juris ignorantia non prodest adquirere volentibus*), mais qu'elle ne doit pas nuire à ceux qui luttent pour ne pas perdre ce qui leur appartient (*suum vero petentibus non nocet*) (L. 7, D., *col.*). En résumé, de la combinaison des textes on peut déduire la règle suivante : que l'erreur de droit ne nuit pas à celui qui l'a commise, toutes les fois qu'elle est excusable et qu'elle n'est pas une cause d'enrichissement (1).

3^o *Dans quels cas le paiement de l'indû peut être considéré comme fait à titre de transaction.* — Il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti* toutes les fois que le paiement peut être considéré comme fait à titre de transaction (2), ce qui arrive dans les cas suivants : — *a. Cas de l'action judicati.* Lorsqu'une personne contre laquelle une sentence a été rendue nie l'existence de cette sentence : elle s'expose, si elle succombe, à être condamnée au double de la première condamnation. Aussi, lorsque cette personne, dans le doute, consent à payer, au lieu de contester l'existence de la condamnation, elle ne peut ensuite

(1) Sic, de Savigny, *System*, t. III, p. 447 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 625, rem. 1^{re} ; Namur, 2^o édit., t. II, § 338, p. 100 ; Demangeat, t. II, p. 422 et 423 ; Maynz, t. II, § 362, p. 464, texte et note 15 ; Van Wetter, t. I, § 74, p. 133, 134, t. II, § 480, p. 200 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 465 ; Goudsmit, *op. cit.*, § 52, p. 128 et suiv. (traduit du néerlandais par Wuylssteke) ; Labbé et Gide, à leurs cours. — Comp. Accarias, t. II, n. 659, p. 603 et 604.

(2) *Contra*, Accarias, t. II, n. 659, p. 605, note 1.

réclamer comme ayant payé indûment. En effet, elle a payé avec cause, puisqu'elle a voulu éviter le danger de payer plus. — *b. Cas de la loi Aquilia.* Si, dans l'un des trois cas de la loi *Aquilia*, le défendeur paye ce qui lui est demandé, quoiqu'il puisse ne pas le devoir, mais dans la crainte que sa résistance n'entraîne la condamnation au double, il paye avec cause et n'a pas l'action en répétition. — *c. Cas d'un legs ou d'un fidéicommiss fait au profit des églises, monastères, etc.* Lorsqu'un héritier, poursuivi pour un legs fait à des églises, à des monastères ou à d'autres lieux saints, le paye sur-le-champ, avant même de vérifier s'il est dû, mais dans la crainte de se voir condamner au double pour l'avoir refusé, il n'y a pas lieu à répétition (*quæ, si indebita solventur, non repetuntur*). — Dans tous ces cas, le paiement est fait à titre de transaction, pour éviter une condamnation supérieure (1) (Instit., § 7, liv. III, tit. xxvii).

Preuve. — Par application des principes généraux sur la preuve, le demandeur à la *condictio indebiti* est tenu d'établir le triple fondement de son action. — Exceptionnellement, si le défendeur nie le paiement, la preuve exigée du demandeur se limitera à ce point; s'il parvient à le prouver, ce sera au défendeur d'établir qu'il était créancier, ou du moins que le demandeur a fait le paiement en connaissance de cause; en effet, celui qui déclare n'avoir pas reçu une chose, s'engage implicitement à la rendre pour le cas où il serait établi qu'il l'a réellement reçue (2) (L. 25, *pr.*, D., *De probat.*, liv. XXII, tit. III).

Détermination et montant de la condamnation résultant de la condictio indebiti. — La condamnation se détermine d'après les principes suivants: — 1° l'accipiens de mauvaise foi doit restituer la valeur intégrale du

(1) *Contra*, Accarias, t. II, n. 659, p. 605, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 466.

(2) *Sic*, Accarius, *loc. cit.*, p. 606.

capital reçu et des accessoires (1); — 2° l'*accipiens* de bonne foi n'est tenu qu'en tant qu'il se trouve encore enrichi au moment de l'action intentée et jusqu'à concurrence seulement de cet enrichissement (2) (L. 63, §§ 6 à 8, L. 66, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. vi). — 3° si l'*accipiens* a commencé par être de bonne foi et est devenu de mauvaise foi plus tard, on applique proportionnellement les deux règles précédentes (3).

APPENDICE I

DE LA PRESTATION DES FAUTES.

Généralités.

La faute peut être qualifiée une violation du droit. Le droit dans les obligations est la convention, puisque le contrat est la loi des parties. Le contrat est plus ou moins étendu. Il y a en effet des obligations de *droit strict*, et des obligations de *bonne foi*. La violation du droit se présente plus rarement dans les premières que dans les secondes. — Ainsi, vous m'avez promis sur ma stipulation de me donner l'esclave *Stichus*. Votre obligation est de me transférer la propriété de l'esclave *Stichus*, et rien de plus. Dans quels cas y aura-t-il violation du droit? Lorsque vous tuez *Stichus*. Mais si vous le laissez mourir faute de le soigner en état de maladie, êtes-vous responsable? Non, car vous n'avez pas violé votre obligation qui ne consiste pas à soigner l'esclave *Stichus*, ni à le nourrir. Votre obligation, prise à la lettre, ne consiste qu'à *dare* (L. 91, D., *De verbor. obligat.*, liv. XLV, tit. 1). Toutefois ces conséquences souvent injustes recevaient deux atténuations : 1° celui qui stipulait, pouvait faire insérer la formule *ex fide bona* dont

(1) Conf. Code civ., art. 1378, 1379, 1381.

(2) Même Code, art. 1380.

(3) *Sic*, Accarias, t. II, n. 660, p. 607, 608.

le résultat était d'étendre la responsabilité du promettant dans les limites d'une obligation de bonne foi ; 2° le stipulant pouvait exercer un recours contre le promettant par l'action de *dol*. — Dans les contrats de bonne foi, il n'y a pas une obligation aussi précise, aussi étroitement déterminée. La responsabilité du débiteur et l'appréciation de ses fautes varient suivant les différentes espèces de contrats. Cependant, malgré la variété des contrats de bonne foi, il y a deux principes qui sont communs à tous : 1° le débiteur est toujours tenu de son *dol* ; 2° il n'est pas responsable des cas fortuits.

Du dol, du cas fortuit, de la faute.

Du dol. — Le *dol* (*dolus*) est le fait de ma volonté par lequel je vous nuis en connaissance de cause et avec l'intention de vous nuire. Le débiteur répond toujours de son *dol*. Aucune convention ne peut le décharger de cette responsabilité. Mais rien n'empêche que le créancier renonce à exiger réparation des conséquences d'un *dol* déjà commis (L. 23, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. xvii).

Du cas fortuit. — Le cas fortuit (*casus*) est un événement indépendant de la volonté du débiteur, et qui ne peut en aucune façon lui être imputé : par exemple, la foudre, l'inondation, etc. En général, le débiteur ne répond pas du cas fortuit (L. 23, D., *eod.*).

Mais, relativement au cas fortuit, les conventions contraires sont permises et licites. Le débiteur peut s'engager à réparer les conséquences fâcheuses du cas fortuit. Souvent le seul fait de l'estimation de la chose qui fait l'objet de la convention, suppose une convention implicite mettant à la charge du débiteur la responsabilité des cas fortuits. Il en est ainsi dans le *commodat* (L. 15, § 3, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. vi).

Entre le *dolus* et le *casus* se place la faute (*culpa*).

De la faute. — Quand y a-t-il faute ? Je prends un exemple : des voleurs sont entrés chez moi et ont volé des objets qui vous appartiennent. Si j'avais pris soin de

bien fermer les portes et que les voleurs se fussent introduits par effraction, il y a *casus*, il n'y a point faute. Mais si j'avais oublié de fermer les portes, il y a *culpa*, il n'y a point *casus*. Ce fait est alors un résultat de mon imprudence. La faute est donc l'acte qui aurait pu être empêché par une volonté prévoyante. Être tenu de la faute, c'est être tenu d'une certaine diligence. La faute, de même que le dol, peut se manifester d'une manière positive ou négative, par un fait (*in committendo*) ou par une omission (*in omittendo*). C'est de cette dernière façon qu'elle se manifeste le plus fréquemment.

Des degrés de la faute. — Il y a des degrés dans la faute. Elle est lourde (*lata*) ou légère (*levis*).

De la faute lourde. — Dans quels cas la faute est-elle lourde? La faute est *lourde* toutes les fois qu'elle est le résultat d'une négligence tellement exagérée que l'homme le moins attentif ne l'aurait pas commise (*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*) (L. 213, § 2, L. 223, *pr.*, D., *De verb. signif.*, liv. L, tit. xvi). Aussi cette faute lourde est-elle mise sur la même ligne que le dol, en ce sens que tous les débiteurs, sans exception, en répondent (*mala culpa dolus est*). Par exemple, lorsque les Institutes (§ 3, liv. III, tit. xiv) nous disent que le dépositaire est responsable de son dol et non de sa faute, il faut entendre par le mot *dol* non seulement le dol proprement dit, mais encore la faute lourde.

De la faute légère. — Dans quels cas la faute est-elle légère? Pour apprécier la faute légère, il faut se placer à deux points de vue : — 1° à un point de vue *concret* (*in concreto*) ; alors on tient compte des habitudes, du caractère du débiteur ; — 2° ou bien à un point de vue *abstrait* (*in abstracto*) ; alors on compare la conduite du débiteur, dont la responsabilité est en question, avec la conduite qu'aurait tenue un propriétaire diligent, le type abstrait du bon père de famille (*diligentissimus*

paterfamilias). Les jurisconsultes romains ont préféré ce dernier point de vue au premier.

En général, le débiteur est responsable de la faute légère *in abstracto*. L'appréciation de la faute légère *in concreto* n'est donc admise que par exception, dans un certain nombre de cas où on témoigne au débiteur une grande indulgence. Ces exceptions peuvent résulter soit de la volonté des parties, soit de la loi.

De la volonté des parties. — Ainsi, je puis convenir avec mon débiteur qui, d'après la nature du contrat, doit répondre de la faute légère *in abstracto*, qu'il ne sera tenu que de la faute légère *in concreto*, et même qu'il n'en sera pas tenu du tout ;

De la loi, dans deux catégories d'actes. Le débiteur n'est pas tenu de sa faute, mais seulement de son dol, lorsqu'il ne tire aucun avantage du contrat. Exemple : dans un contrat de dépôt (Instit., § 3, liv. III, tit. xiv), le dépositaire qui rend un service purement gratuit n'est pas tenu de sa faute *in abstracto*, on n'exige de lui que l'absence de dol. Il en est de même du prêteur dans le commodat, du donateur (L. 18, § 3, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. v). Il en faudrait dire autant du mandataire, car le mandat est, en général, formé dans l'intérêt exclusif du mandant. Tel était, en effet, le principe (*Collatio leg. mosaïc.*, § 3, tit. x, ch. II). Mais ce principe a reçu par la suite de nombreuses exceptions. Ainsi le mandataire était tenu de sa faute *in abstracto* : — toutes les fois qu'il s'était offert au mandat ; — toutes les fois que l'affaire dont il s'était chargé exigeait par sa nature même une grande diligence ; — toutes les fois qu'il recevait des honoraires. Ces cas ont fini par être si nombreux, que les jurisconsultes ont confondu quelquefois l'exception avec le principe, et prétendu que le mandataire était tenu de sa faute légère *in abstracto* (L. 13, G., *Mandati*, liv. IV, tit. xxxv). — Cependant le gérant d'affaires était tenu de sa *culpa levis in abstracto*, bien qu'il ne re-

tirât aucune utilité de la gestion. La raison de cette sévérité à l'égard du gérant d'affaires est que, s'il ne s'était pas offert à la gestion, un autre plus diligent que lui l'aurait entreprise (Instit., § 1, liv. III, tit. xxvii).

Dans certains contrats, le débiteur est tenu de sa faute, mais il peut en éviter les conséquences fâcheuses, s'il prouve qu'il est tout aussi négligent pour ses affaires personnelles qu'il l'a été pour les affaires de son créancier. Dans quels cas le débiteur aura-t-il cette faculté? Toutes les fois qu'il aurait lui-même un intérêt à la bonne gestion de la chose; toutes les fois qu'il pourrait répondre au créancier: « J'ai traité la chose comme mienne parce qu'elle était mienne pour une certaine partie. » Par exemple, l'associé n'est tenu que de sa faute *in concreto*, et non de sa faute *in abstracto*; il ne doit apporter dans la gestion des affaires communes que les soins qu'il porte à ses propres affaires (Instit., § 9, liv. III, tit. xxv). Il en est de même pour le communiste (L. 25, § 16, D., *Fam. ercisc.*, liv. X, tit. ii), et pour le mari qui administre les biens dotaux de sa femme (L. 17, *pr.*, D., *De jur. dot.*, liv. XXIII, tit. iii). Peut-être faut-il comprendre, dans cette énumération, le tuteur et le curateur, qui doivent être traités avec d'autant plus de ménagement qu'ils remplissent gratuitement une charge qu'il n'était pas en leur pouvoir de décliner (1) (L. 1, *pr.*, D., *De tut. et curat.*, liv. XXVII, tit. iii).

(1) Cette théorie des fautes indiquée par Doneau (*Comment. jur. civ.*, liv. XVII, ch. vi et vii), et défendue assez maladroitement par Lebrun, dans une dissertation publiée en 1764 par Pothier, a été pour la première fois établie sur des bases irréfutables par Hasse (*Die Culpa des Römischen Rechts*, Kiel, 1815). Elle est généralement adoptée par les romanistes modernes. *Sic*, Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 107; Mommsen, *Beitr. zum oblig.*, t. III, p. 315 et suiv.; Ducaurroy, t. III, n. 1067 et suiv.; Octolan, t. III, n. 1633 et suiv.; de Fresquet, t. II, p. 78 et suiv.; Demangeat, t. II, p. 522 et suiv.; Thézard, p. 261; Maynz, t. II, § 258 et suiv.; Namur, 2^e édit., t. I, § 226, p. 307 et suiv.; Van Wetter, t. I, § 88, p. 152 et suiv.; Goudsmit, *op. cit.*, § 76, p. 206 et suiv. (traduct. de Wuylstoke); Accarias, t. II, n. 662 et suiv.; Didier-Pailhé et Tartari, p. 468 et suiv.; Bodin, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 20; Machelard,

APPENDICE II

DE LA DEMEURE.

Définition. — La demeure (*mora*) est un retard coupable apporté à l'exécution de l'obligation, soit par le débiteur, soit par le créancier. La demeure est donc plus qu'un simple retard matériel; elle suppose une faute.

De la demeure du débiteur.

Conditions. — La demeure du débiteur exige deux conditions : 1° une *interpellatio* régulière; 2° une résistance frauduleuse.

1° *Une interpellatio régulière.* — La *mora* ne peut naître en principe que d'une interpellation (ou sommation) faite par le créancier au débiteur (1) (L. 32, D., *De usur.*,

Labbé et Gide, à leurs cours. — Les anciens interprètes, notamment Accurse, Vinnius, Ant. Faber, Heineccius et Pothier lui-même suivaient un autre système et distinguaient trois degrés de faute, *culpa lata*, *levis* et *levissima*. La *culpa lata* constituerait une négligence très grossière, que l'individu le moins attentif aurait évitée : aussi est-elle assimilée au dol. La *culpa levis* consisterait dans l'omission des soins que prend habituellement un propriétaire vigilant, un bon père de famille. La *culpa levissima*, enfin, consisterait dans des soins plus minutieux, plus délicats que ceux d'un bon père de famille. Il faudrait pour l'éviter une vigilance extrême, une attention toute particulière. A cette division des fautes correspondrait une division des contrats en trois classes suivant l'intérêt des parties. Ainsi le contrat peut avoir été formé, dans l'intérêt du créancier seulement, dans l'intérêt des deux parties, créancier et débiteur, dans l'intérêt du débiteur seulement. — Lorsque le contrat a été formé dans l'intérêt du créancier seul, par exemple, en cas de dépôt, la responsabilité du débiteur est aussi peu étendue que possible, il n'est tenu que de la *culpa lata* assimilée au dol. — Lorsque le contrat a été formé dans l'intérêt des deux parties, par exemple, en cas de vente ou de louage, le débiteur répond de la *culpa lata* et de la *culpa levis*. — Enfin, si le contrat a été formé dans l'intérêt du débiteur seul, par exemple, en cas de commodat, il y a lieu à la responsabilité non seulement de la *culpa lata* et de la *culpa levis*, mais encore de la *culpa levissima*. — Ce système s'appuierait sur les textes suivants : L. 5, § 2 ; L. 18, *pr.*, D., *Commod.*, liv. XIII, tit. vi ; L. 1, § 4, D., *De oblig et act.*, liv. XLIV, tit. vii. — Il est bon d'observer que les rédacteurs du Code civil n'ont pas suivi cette doctrine. Voy. l'art. 1137.

(1) Comp. Code civ., art. 1139.

liv. XXII, tit. 1). — La sommation n'est soumise à aucune condition de forme ; il suffit qu'elle soit sérieuse (L. 32, § 1, D., *eod.*). — Elle doit être postérieure à l'époque d'exigibilité de la dette (L. 88, D., *De reg. jur.*, liv. XL, tit. xvii), et doit être adressée à une personne capable de payer qui soit tenue de la dette. Elle peut être faite et reçue par mandataire (L. 24, D., *De verb. oblig.*, liv. XLV, tit. 1).

Par exception, la *mora* peut avoir lieu *ipso facto* : — lorsque, de mauvaise foi, le débiteur se soustrait aux poursuites (L. 23, § 1, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. 1) ; — lorsque l'obligation de restituer est née d'un acte illicite (1) (L. 8, § 1, D., *De cond. furt.*, liv. XXIII, tit. 1) ; — lorsque le retard équivaut à une inexécution complète (L. 17, § 3, LL. 21, 22, 23, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. 1).

Dans les créances à terme, la seule échéance du terme emporte-t-elle demeure, ce que l'on a formulé dans cet adage qui n'est pas romain : *dies interpellat pro homine* ? — Certains auteurs l'ont soutenu (2), mais à tort suivant nous, et pour deux raisons. D'abord le terme étant apposé dans l'intérêt du débiteur, ce serait le retourner contre lui que de faire résulter la mise en demeure de sa seule échéance ; ensuite, la demeure suppose une faute, et toutes les fois que le terme n'impose pas au débiteur l'obligation précise de payer au jour convenu, le débiteur ne commet aucune faute en s'abstenant de payer (3) (L. 17, § 4, D., *eod.*).

(1) Comp. Code civ., art. 1302, dernier paragraphe.

(2) Sic, Thibaut, *System*, t. I, § 101 ; Madai, *Die lehre von der mora*, §§ 16 à 24 ; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 588, ann. 2 ; Windscheid, t. II, § 278 ; Ortolan, t. III, n. 1657.

(3) Voy., en ce sens, Unterholzner, *Lehre des röm. rechts von den schuld.*, t. I, § 55 ; Puchta, *Pand.*, § 269 ; Molitor, *Les obligat. en dr. rom.*, t. I, n. 348 à 357 ; Mommsen, *Beitr. zum oblig.*, § 10 ; Maynz, t. II, § 264 ; Accarias, t. II, n. 714, p. 761, note 2 *in fine* ; Van Weter, t. II, § 301, p. 22 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 534 et 535. — Conf. Code civ., art. 1146, 1187, 1230, 1656.

2° *Une résistance frauduleuse.* — Lorsque le débiteur a des raisons plausibles de se croire déchargé de son obligation, lorsqu'il a des motifs légitimes pour se refuser à l'exécution de sa dette, ou lorsqu'il a perdu sans dol ni faute la détention de ce qu'il devait, le refus qu'il oppose à une interpellation même légitime ne le constitue pas en demeure (LL. 21, 22, D., *eod.*).

Effets. — Quand l'obligation a pour objet un corps certain, la demeure déplace les risques et les transporte du créancier au débiteur; ce dernier ne sera plus libéré par la perte totale et répondra de toute perte partielle, à moins que la chose eût également péri chez le créancier (1) (L. 24, § 2, D., *eod.*; L. 14, § 11, D., *Quod met., caus.*, liv. IV, tit. II; L. 12, § 4, D., *Ad. exhib.*, liv. X, tit. IV). — Le créancier peut demander les fruits, les autres accessoires, et même les intérêts à partir de la mise en demeure (LL. 2, 3, *pr.*, et § 1; L. 38, §§ 1, 7, 11, 15, D., *De usur.*, liv. XXII, tit. I). — Par dérogation à ces règles, les fruits et les intérêts moratoires ne sont dus dans les obligations de droit strict qu'à partir de la *litis contestatio* (L. 3, § 1, D., *eod.*). — La condamnation peut être basée sur la valeur de la chose au jour de la *mora* (L. 21, § 3, D., *eod.*).

Faisons observer que la demeure d'un *correus debendi* ne rejaillit pas sur les autres (2), tandis que la demeure encourue par le débiteur principal rejaillit sur le fidéjusseur (L. 24, § 1, L. 32, § 4, D., *eod.*). — La *mora* du fidéjusseur ne nuit pas au débiteur principal (L. 32, § 5, D., *eod.*).

De la demeure du créancier.

Conditions. — La demeure du créancier exige deux conditions : 1° des offres valables de paiement; 2° un refus inexorable.

1° *Offres valables de paiement.* — Le débiteur doit avoir

(1) Conf. Code civ., art. 1138, 1302.

(2) Même Code, art. 1205.

fait inutilement des offres de paiement qui réunissent tous les caractères requis pour un paiement effectif; si l'un des caractères fait défaut, le créancier qui refuse les offres, ne se rend coupable d'aucune faute, et partant ne saurait se trouver en demeure (1) (L. 41, § 1, D., *eod.*; L. 39, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

2° *Refus inexcusable.* — Ici, comme pour la demeure du débiteur, il peut y avoir de justes causes d'excuse (L. 72, *pr.*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

Effets. — Le créancier en demeure supporte toutes les conséquences dommageables du retard qu'il a apporté à l'exécution de l'obligation et que nous exposerons au paragraphe relatif aux *offres et consignation* (2).

De la cessation de la demeure.

La demeure est purgée (*purgatio moræ*): — 1° par l'extinction de la dette; la dette étant éteinte, la demeure n'a plus d'objet (L. 8, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. I); — 2° par l'offre du débiteur de payer ou par l'offre du créancier de recevoir le paiement, selon que c'est le débiteur ou le créancier qui est en demeure (L. 17, D., *De peric.*, liv. XVIII, tit. VI); — 3° par la renonciation de la part de l'adversaire au bénéfice de la demeure (L. 54, D., *De pacto*, liv. II, tit. XIV).

TITRE XXVIII

Par quelles personnes nous acquérons une obligation.

Une obligation nous est acquise, c'est-à-dire nous devenons créanciers, non seulement par nous-mêmes, mais encore par les personnes qui sont en notre puissance, comme par nos esclaves et par nos fils de famille.

Voyez les développements que nous avons donnés en

(1) Comp. Code civ., art. 1257.

(2) Voy. *infra*, liv. III, tit. XXIX, p. 608.

plusieurs chapitres antérieurs (Liv. II, tit. IX, p. 221 et suiv.; liv. III, tit. XVII, p. 474 et suiv., et tit. XIX, p. 488 et suiv.).

TITRE XXIX

De quelles manières s'éteint une obligation.

Division. — Les modes d'extinction des obligations se divisent en deux classes, savoir: — 1° les modes d'extinction qui opèrent *ipso jure*, d'après le droit civil même. L'obligation est alors complètement éteinte; — 2° les modes d'extinction qui opèrent *exceptionis ope*. L'obligation subsiste d'après le droit civil; mais si le créancier poursuit le débiteur, celui-ci peut paralyser son action par une exception.

Importance de cette division. — 1° Lorsque l'extinction opère *ipso jure*, elle profite indistinctement à toute personne intéressée à la dissolution de l'obligation. Au contraire, quand l'extinction n'opère qu'*exceptionis ope*, elle peut ne profiter qu'à quelques-uns et non pas à tous les obligés. — 2° Lorsqu'une dette est éteinte *ipso jure*, elle ne peut plus être reconstituée; elle est anéantie à jamais. Aucune puissance ne peut la faire revivre. Au contraire, lorsque la dette n'est éteinte qu'*exceptionis ope*, elle n'est pas réellement anéantie, puisqu'elle subsiste toujours d'après le droit civil, mais elle est plutôt paralysée dans son efficacité. Or un fait nouveau peut enlever au débiteur le bénéfice de l'exception. Si donc le moyen de défense disparaît, l'ancienne dette revit et retrouve sa force première.

Des modes d'extinction des obligations *ipso jure*.

Dans le titre XXIX des Institutes, Justinien ne s'occupe que des modes d'extinction des obligations *ipso jure*, savoir: du paiement et de la dation en paiement, de la novation, de l'acceptilation, et du mutuel dissentiment. —

Il existe encore certains autres modes d'extinction *ipso jure* que Justinien ne mentionne pas; ce sont: la perte de la chose due, la confusion, le terme extinctif, etc. (1).

Quant aux autres modes d'extinction des obligations qui n'opèrent pas de plein droit (*ipso jure*), mais qui procurent seulement au débiteur une exception (*exceptionis ope*) pour se défendre contre l'action du créancier, nous nous en occuperons au titre des *Exceptions* (liv. IV, tit. XIII).

I. DU PAIEMENT ET DE LA DATION EN PAIEMENT.

Définition. — Le mot paiement (*solutio*) a deux sens : — 1° un sens large, par lequel il désigne tous les modes extinctifs d'obligation, soit l'accomplissement de l'engagement pris, soit la libération par l'acceptilation, la novation, etc. (*solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam. L. 54, D., De solution., liv. XLVI, tit. III*); — 2° un sens plus étroit qui est celui de notre titre XXIX, et qui signifie la prestation précise de la chose due (*præstatio vera rei debitæ*), la réalisation exacte de l'objet même de l'obligation. Exemple : Vous me payez lorsque vous me rendez propriétaire du cheval que vous avez promis de me *dare*.

Qui peut payer ?

Le paiement peut être fait aussi bien par la première personne venue, par un tiers qui n'a pas figuré au contrat, que par le débiteur principal ou accessoire (2). Le paiement fait par un tiers soit au su, soit à l'insu, ou même contre le gré du débiteur, opère libération (Inst., *pr.*, liv. III, tit. XXIX). Cette règle a été admise dans l'intérêt réciproque du créancier et du débiteur.

Exception à cette règle. — Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, il est possible que le fait dû soit le fait

(1) Comp. Code civ., art. 1234.

(2) Conf. même Code, art. 1236.

d'une personne dont l'habileté particulière a été prise en considération lors de la formation du contrat. Dans ce cas, l'obligation ne peut être acquittée que par le débiteur lui-même (1) (L. 31, D., *eod.*).

Condition nécessaire à la validité du paiement fait par un tiers non obligé. — Pour qu'un tiers fasse un paiement valable de la dette d'autrui, il faut qu'il ait la volonté de libérer autrui. Car s'il paye par erreur, croyant acquitter sa propre dette, il pourra répéter ce qu'il aura payé par la *condictio indebiti* (2) (L. 19, § 1, L. 55, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. vi).

Du cas où l'obligation a pour objet une datio de chose. — Lorsque l'obligation a pour objet une *datio* de chose, il faut, pour faire un paiement valable, deux conditions : 1° être propriétaire de la chose ; 2° être capable de l'aliéner. D'ailleurs, le paiement fait par un *non dominus* ou par un incapable peut devenir valable et efficace, notamment si le créancier consomme la chose de bonne foi, ou l'usucape (3) (L. 60, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

A qui le paiement doit-il être fait ?

Le paiement doit être fait au créancier lui-même (4). Toutefois si le créancier est incapable d'aliéner ou mieux de rendre sa condition pire, par exemple, un pupille non autorisé, le paiement n'est pas valable (5). C'est qu'en effet l'acceptation d'un paiement entraîne l'aliénation de la créance. Le paiement peut encore être fait à l'*adjectus solutionis gratia*, au tuteur ou au curateur du créancier, à un mandataire autorisé à recevoir (6).

Quid du cas où le paiement est fait à un tiers qui n'a pas

(1) Conf. Code civ., art. 1237.

(2) Même Code, art. 1235, 1376, 1377.

(3) *Ibid.*, art. 1238.

(4) *Ibid.*, art. 1239.

(5) *Ibid.*, art. 1241.

(6) *Ibid.*, art. 1239.

mandat de recevoir ? En principe ce paiement est nul, mais il peut devenir efficace par la ratification du créancier (1) (L. 49, D., *eod.*).

Qu'est-ce qui doit être payé ?

Le paiement, pour être valable, doit être de la chose même comprise dans l'obligation, peu importe que l'objet offert soit d'une valeur égale ou même supérieure (2) (L. 1, § 2, D., *eod.*).

La chose due, bien qu'elle soit parfaitement divisible, doit être payée en totalité; elle ne peut l'être par parties, malgré le créancier (3) (L. 13, § 8, D., *Empt.*, liv. XIX, tit. 1). — Ce principe reçoit cependant un assez grand nombre d'exceptions, entre autres : l'exception résultant du bénéfice de division dont jouissent les débiteurs accessoires (4).

Enfin l'obligation doit être exécutée à l'époque fixée et dans le lieu convenu (5).

Des offres et consignation. — Si le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut se libérer en lui faisant des offres qu'il fait suivre d'une consignation au lieu indiqué par l'autorité judiciaire. La consignation procure au débiteur tous les avantages d'un paiement valable : ainsi, elle arrête le cours des intérêts lorsque l'objet de l'obligation est une somme d'argent. En second lieu, elle fait cesser les risques de la perte de la chose due qui pesaient sur la tête du débiteur, et les transporte sur la tête du créancier (6) (L. 19, C., *De usuris*, liv. IV, tit. XXXII).

Des effets du paiement. — Le paiement fait valablement libère non seulement le débiteur, mais aussi les personnes qui sont intervenues pour lui, comme les

(1) Conf. Code civ., art. 1239.

(2) Même Code, art. 1243.

(3) *Ibid.*, art. 1244.

(4) Voy. *suprà*, liv. III, tit. xx, p. 501.

(5) Conf. Code civ., art. 1247.

(6) *Ibid.*, art. 1257 à 1261.

fidéjusseurs. De même, il anéantit les autres sûretés, notamment les droits de gage et d'hypothèque ; car ces accessoires, une fois la dette éteinte, n'ont plus de raison d'être (Inst., *pr.*, liv. III, tit. xxix ; L. 43, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

Imputation des paiements. — Lorsqu'un même débiteur est tenu envers le même créancier de plusieurs obligations semblables par leur objet, par exemple, de sommes d'argent, et qu'il fait un paiement insuffisant pour les éteindre toutes, il importe alors de savoir laquelle de ces dettes doit disparaître : l'indication de la dette qui a fait l'objet du paiement s'appelle *imputation*.

Le droit de faire cette imputation appartient au débiteur ; car il est le maître de disposer de son argent comme il l'entend. Ce droit est seulement tempéré par celui du créancier de refuser un paiement partiel pour l'une de ses créances. — Si le débiteur néglige de faire l'imputation, ce droit passe au créancier, pourvu qu'il ne fasse pas un choix préjudiciable au débiteur (1) (LL. 1, 2, 3, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

Dans le silence des deux parties, l'imputation s'opère de plein droit : 1° sur les intérêts avant le capital ; 2° sur la dette échue ; 3° entre dettes pareillement échues, sur la plus onéreuse ; 4° entre dettes pareillement onéreuses, sur la plus ancienne en date ; 5° entre dettes pareillement onéreuses et de même date, sur toutes proportionnellement (2) (LL. 1 à 8, 97, 103, D., *eod.*).

Preuve du paiement. — En principe, cette preuve est soumise à la théorie générale de la preuve ; elle incombe au débiteur qui invoque le paiement comme une exception (3). — Le plus souvent elle se fait par la production d'une quittance libératoire, ou par témoins. Cinq témoins jouissant d'une bonne réputation sont nécessai-

(1) Comp. Code civ., art. 1253, 1254, 1255.

(2) Même Code, art. 1256, 1908.

(3) Conf. même Code, art. 1315.

res dans le cas où la dette se trouve constatée par écrit (L. 18, C., *De test.*, liv. IV, tit. XX).

De la datio en paiement.

Définition. — La dation en paiement est la prestation faite au créancier d'une chose autre que la chose due (*aliud pro alio*). Mais, pour cela, il faut le consentement du créancier (1). Exemple : je vous offre mon cheval en paiement d'une somme que je vous dois ; vous acceptez ; il y a *datio in solutum* : *datio*, c'est-à-dire translation de la propriété du cheval ; *in solutum*, c'est-à-dire à titre de paiement.

Des effets de la dation en paiement. — La dation en paiement a-t-elle, comme le paiement lui-même, pour effet de dissoudre l'obligation *ipso jure* ? Il y avait sur ce point controverse entre les Proculiens et les Sabinieniens : — Les Proculiens pensaient que la *datio* en paiement se distinguait du paiement en ce qu'elle ne produisait pas d'extinction *ipso jure*. Mais ils accordaient à ce débiteur, qui restait obligé dans la rigueur du droit civil, une exception de dol pour se défendre contre l'action du créancier. — Les Sabinieniens, au contraire, croyaient qu'il pouvait résulter de la *datio* en paiement une extinction radicale, *ipso jure*, de la dette, comme s'il y avait eu un paiement réel. L'opinion des Sabinieniens a prévalu (Gaius, C. III, § 168 ; *Instit.*, *pr.*, liv. III, tit. XXIX.)

Que décider au cas où le créancier est évincé de la chose donnée en paiement *pro alio* ? — Il y a encore controverse sur cette question : — Certains jurisconsultes, parmi lesquels on compte Marcien, prétendent qu'il n'y a rien de fait, que l'obligation primitive subsiste, comme s'il n'y avait pas eu *datio in solutum* (*manet pristina obligatio*) (L. 46, *pr.*, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). — D'autres jurisconsultes, au nombre desquels

(1) Conf. Code civ., art. 1243.

figure Ulpien, accordent au créancier ainsi évincé une action *utilis ex empto* contre le débiteur (L. 24, *pr.*, D., *De pignorat. act.*, liv. XIII, tit. VII). — *Cas dans lequel il y aurait intérêt pour le créancier à agir par l'action de la créance primitive.* Le créancier évincé aurait avantage à agir contre le débiteur par l'action de la créance primitive, si ce dernier était insolvable et que la créance primitive fût munie d'une hypothèque ou garantie par des fidéjusseurs. Sous ce rapport, la doctrine de Marcien était plus favorable au créancier. — *Cas dans lequel il y aurait intérêt pour le créancier à invoquer l'action utilis ex empto.* Mais le créancier aurait avantage à agir par l'action *utilis ex empto*, si le débiteur était solvable et que la chose donnée en paiement eût augmenté de valeur. En effet, par l'action de sa créance primitive, le créancier n'obtiendrait que le montant de ce qui lui était dû ; au contraire, par l'action *utilis ex empto* il peut contraindre le débiteur à l'indemniser de tout le tort que lui cause l'éviction (*quantum interest ejus rem evictam non fuisse*). Sous ce rapport, la doctrine d'Ulpien protège plus efficacement le créancier (1).

(1) Les essais de conciliation n'ont pas manqué pour mettre d'accord les deux textes de Marcien et d'Ulpien. Ces efforts qui remontent aux glossateurs se sont continués jusqu'à nos jours. Ainsi, selon Labbé, *De la garantie*, p. 93, le créancier aurait le droit de choisir, suivant son intérêt, entre l'action primitive de la créance et l'action *ex empto*, et même de cumuler, au besoin, les avantages de l'une et de l'autre action jusqu'à concurrence de la condamnation la plus forte. C'est aussi, en ce sens, que notre savant maître s'est prononcé à son cours. — Nous pensons avec Demangeat, t. II, p. 495, qu'il y a impossibilité de concilier ces textes dont la contrariété résulte de la divergence d'opinions entre les Sabinien et les Proculien relativement aux effets de la dation en paiement. Le texte de Marcien aurait été écrit d'après la doctrine des Sabinien qui confondaient la dation en paiement avec le paiement, tandis que le texte d'Ulpien serait inspiré par la doctrine des Proculien qui distinguaient la dation en paiement du paiement même. V. aussi, en ce sens, Accarias, t. II, n. 691, p. 697, note 1 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 509. — Comp. Code civ., art. 2038.

II. DE LA NOVATION.

Définition. — La novation est la transformation d'une dette en une autre. « *Novatio est*, dit Ulpien au Digeste (L. 1, pr., *De novat.*, liv. XXIX, tit. II), *prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio; hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione.* »

Utilité de la novation. — Le plus souvent, quand sur ma stipulation vous consentez à me promettre 100 sesterces, c'est que vous me les deviez déjà à un autre titre. Exemple : vous me devez une certaine somme comme mandataire ou comme gérant d'affaires. Au lieu de porter le règlement de cette dette en justice, ce qui exigerait un procès, nous faisons la liquidation à l'amiable, et vous consentez à me devoir, comme reliquat de compte, 100 sesterces. Alors je stipule de vous 100 sesterces. Cette stipulation est une novation. En effet, par elle, nous remplaçons l'ancienne obligation par une obligation toute nouvelle. Voici l'avantage : si j'avais agi contre vous en vertu du contrat primitif, mandat, gestion d'affaires, etc., j'aurais été obligé, pour établir ma dette contre vous devant le juge, de démontrer les actes de mandat, de gestion d'affaires. Il y aurait eu une preuve difficile à établir. De plus, je ne sais jamais à l'avance la condamnation que j'obtiendrai contre vous. Par la stipulation nous fixons cette somme. Désormais, devant le juge, l'action sera simplifiée. Il n'y aura plus à examiner les actes souvent compliqués de mandat ou de gestion d'affaires. La stipulation, en effet, se passe de cause; elle se tient lieu de cause à elle-même. Je n'aurai à prouver qu'une chose bien simple : c'est que sur ma stipulation vous m'avez promis 100

sesterces (1). Pour vous contraindre à l'exécution de votre obligation, j'aurai la *condictio certi*.

En résumé, la novation a pour objet de donner à une dette préexistante une forme déterminée qui la rend plus facile à exercer en justice (2).

Conditions nécessaires pour opérer une novation. — Quatre conditions sont requises pour faire une novation valable, savoir : — Le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (*animus novandi*) ; — une stipulation et une stipulation valable (*stipulatio*) ; — une obligation préexistante et valable (*idem debitum*) ; — un élément nouveau qui fait différer en quelque chose la seconde obligation de la première (*aliquid novi*).

Première condition. — *Le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (animus novandi).* — Comme dans tout contrat, le consentement des parties est ici nécessaire pour la création de l'obligation nouvelle. Mais quand la novation s'accomplit par le changement de débiteur, il n'est pas nécessaire que le débiteur primitif consente. Car, de même qu'un tiers peut payer malgré le débiteur, de même il peut le libérer, malgré lui, par une promesse. — Il faut que l'intention des parties d'opérer novation (*animus novandi*) soit certaine. Dans l'ancien droit, la question de savoir si, dans tels cas déterminés, il y avait eu novation, était une question d'intention qui se résolvait par l'examen des faits. Il en résultait des difficultés d'appréciation inextricables qui donnaient lieu à de nombreux procès. C'est pour couper court à ces procès que Justinien a décidé que désormais la novation ne s'opérerait qu'autant que les parties l'auraient *expressément* déclaré ; qu'à défaut de cette expression de vo-

(1) Gide, *De la novation en dr. rom.*, p. 36 et suiv.

(2) Voy. en outre, *infra*, p. 621, le § relatif aux effets de la novation.

lonté, la première obligation continuerait de subsister à côté de la seconde (1) (Instit., § 3, liv. III, tit. XXIX).

Deuxième condition. — Une stipulation valable. — C'est la stipulation qui sert à opérer la novation ; il n'y a pas de novation sans stipulation. Pourrait-on employer également à cet effet la forme du contrat *litteris*? Les interprètes les plus autorisés du droit romain enseignent que les *nomina transcriptitia* pouvaient servir à opérer une novation (2).

(1) L'interprétation de la constitution de Justinien (L. 8, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII), à laquelle renvoient les Institutes, soulève encore de graves controverses entre les commentateurs. Faut-il la prendre dans toute sa rigueur, et dire, avec la majorité des interprètes, que la législation de Justinien n'admet plus que des novations *expresses*, ou bien doit-on penser que la novation peut encore être *tacite*, pourvu que la volonté des contractants se révèle d'une manière positive? — V. conformément à la première opinion, Cujas, *ad L.* 58, t. VI, col. 399; Doneau, *Comment.*, liv. XVI, ch. xx, n. 24; Mackeldey, *Lehrb.*, t. II, § 505; Sintenis, *Civiltrecht*, t. II, § 105, I, 4^e et note 25; Thibaut, *System*, t. I, § 525; Salkowski, *Zur lehre von der nov.*, § 8, p. 256 et suiv.; Accarias, t. II, n. 695, p. 712; Didier-Pailhé et Tartari, p. 511; Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 619; Namur, 2^e édit., t. II, § 359, p. 128, 5^e; Demangeat, t. II, p. 510; Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 51; — et conformément à la seconde, Unterholzner, *Lehrb.*, t. I, § 290; Windscheid, *id.*, t. III, § 354, note 15; Arndts, *Lehrb.*, § 258; Puchta, *Pand.*, § 291; Salpius, *De la novation*, §§ 42-44; Maynz, t. II, § 377, 3^e; Van Wetter, t. II, § 517, p. 238, texte et note 21; Gide, *De la novation en droit romain*, p. 179 et suiv. — Comp. Cod. civ., art. 1273.

(2) *Sic*, Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 51; Ortolan, t. III, p. 382, n. 1692; Demangeat, t. II, p. 511; Maynz, t. II, § 377, p. 534, texte et note 12; Domenget, *Instit. de Gaius*, p. 415; Namur, 2^e édit., t. II, § 360, p. 128, 6^e; Van Wetter, t. II, § 517, p. 237; Didier-Pailhé et Tartari, p. 510; Labbé, à son cours. Comp. Machelard, *Obligat. natur.*, p. 85. — Cependant M. Gide (à son cours) a soutenu l'opinion contraire. Voici sur quelles considérations il a appuyé son argumentation : 1^o Gaius, quand il traite de la novation (C. III, §§ 176 et suiv.), ne parle pas du contrat *litteris*, et réciproquement quand il s'occupe du contrat *litteris* (C. III, §§ 128 et suiv.), il ne dit rien de la novation. Or ce silence ne s'expliquerait pas, si le contrat *litteris* pouvait servir à opérer une novation ; 2^o la forme même du contrat *litteris* repousse toute idée de novation. En effet, si, lorsque vous êtes mon débiteur d'un prix de vente, je veux convertir cette créance en un contrat *litteris*, je suis dans la nécessité de faire deux écritures : à la colonne des recettes je porterai cette somme comme ayant été reçue ; à la colonne des déboursés je porterai la même somme comme vous ayant été comptée. Or ces deux écritures sont indépendantes l'une de l'autre. Il y a là deux actes distincts,

Il faut, en outre, une stipulation *valable*. Ainsi un esclave promet pour son maître, dans le but de novver la dette de celui-ci. L'esclave n'a point de capacité juridique qui lui soit personnelle. Au point de vue du droit civil, il n'est pas une personne, il n'est rien. Il n'a que la capacité de son maître qu'il peut emprunter pour figurer comme stipulant dans la stipulation, mais non comme promettant et à l'effet d'obliger ce maître. Lorsque l'esclave intervient *ex persona sui*, c'est comme si personne n'était intervenu. Alors le premier débiteur reste obligé de même que si la stipulation postérieure n'avait pas eu lieu (Instit., § 3, *eod.*).

Mais il suffit que la stipulation soit *valable en la forme*, il n'est pas besoin qu'elle soit *utile, efficace au fond* (1) : par exemple, un pupille non autorisé par son tuteur figure comme promettant dans une stipulation ayant pour but de novver une obligation préexistante. La novation pourra parfaitement s'accomplir, car la stipulation est valable en la forme. Le pupille, en effet, a une capacité juridique qui lui est *personnelle*, et qui lui permet de figurer *ex persona sui* dans une stipulation, même comme promettant (2). Mais le pupille ne peut pas s'obliger efficacement *sine tutore auctore* ; il en résultera que cette stipulation, valable en la forme, se trouvera cependant inutile au fond. Le stipulant n'aura pas d'action contre le pupille. Néanmoins il y a, dans ce cas, une stipulation suffisante. L'obligation primitive est éteinte (3) (Instit., § 3, *eod.*).

deux opérations qui ne se tiennent pas. La novation, au contraire, est un acte unique comme le paiement. Sans doute, la novation produit deux effets ; mais si l'effet est double, l'acte en lui-même est simple. Ainsi il n'y a pas de novation sans stipulation. Tout autre contrat serait impropre. — Voy. aussi, du même professeur, *De la novation en dr. rom.*, 17 et suiv., et surtout p. 208 et suiv., 216 et suiv., *Du contrat qui se forme tiliteris*.

(1) Gide, *De la novation*, p. 51 et suiv.

(2) Comp. Code civ., art. 1272.

(3) Il faudrait décider autrement si, au lieu d'un pupille, l'on supposait un fou : en ce dernier cas, la stipulation étant absolument

Troisième condition. — Une obligation préexistante et valable. — Pour qu'il y ait novation, il faut nécessairement qu'il existe une première obligation (*idem debitum*). Mais la première obligation peut avoir pris naissance d'une façon quelconque. Ainsi une obligation qui n'est que naturelle peut être novée par une obligation civile (L. 1, § 1, L. 2, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). La novation; en effet, équivaut au paiement. Or le paiement d'une dette naturelle ne donne pas lieu à la *condictio indebiti*. Que résultera-t-il donc, si une promesse est faite dans le but de nover une obligation qui n'a pas d'existence? Par exemple, je stipule de vous les 100 sesterces que vous croyez me devoir; mais vous ne me les devez pas. Vous aurez une *condictio indebiti promissa* qui vous permettra de répéter ce que vous m'avez promis indûment: je serai obligé de vous faire remise de cette promesse.

Quatrième condition. — Un élément nouveau établissant une différence entre la nouvelle obligation et l'obligation primitive. — Quel peut être cet élément nouveau (*aliquid novi*)? Il peut se rencontrer dans les trois ordres de faits suivants :

La novation se fait : — soit par changement de dette, sans changement de parties ; — soit par changement de débiteur, sans changement de créancier ; — soit par changement de créancier sans changement de débiteur (1).

1° *Par changement de dette, sans changement de parties.* — L'obligation peut être novée entre le même créancier et le même débiteur, lorsque le changement porte soit sur l'objet, soit sur la cause, soit sur les modalités, soit sur les accessoires de l'obligation primitive. — L'objet de l'obligation peut être nouveau *in posteriore stipulatione* : par exemple, vous me devez un cheval en vertu d'une stipulation ; nous convenons ensemble que

nulle, il ne peut y avoir de novation. *Sic*, Gide, *op. cit.*, p. 57, note 2.

(1) *Conf.* Code civ., art. 1271.

je vous tiendrai quitte de votre obligation si vous me promettez, sur ma stipulation, 100 sesterces (1) (L. 28, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — La cause de l'obligation peut être nouvelle : par exemple, vous êtes mon débiteur en vertu d'un contrat de vente, je stipule de vous ce que vous me devez déjà. Il y a ici quelque chose de nouveau, c'est la cause de l'obligation, c'est l'action. Dans le premier cas, en effet, il y avait lieu à l'action résultant de la vente : dans le second, il y a lieu à la *condictio*. — *Certaines modalités* peuvent être nouvelles : par exemple, on modifie l'ancienne obligation qui était à terme en la rendant pure et simple, et réciproquement. De même, on substitue une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle. Mais que décider lorsque, l'obligation étant d'abord pure et simple, les parties ont voulu y substituer, *animo novandi*, une obligation conditionnelle? Nous avons vu que, pour qu'une novation s'opère, il faut nécessairement qu'une obligation nouvelle prenne naissance. Ce n'est que par cette constitution de l'obligation nouvelle que l'ancienne obligation se trouve éteinte. Or, l'obligation conditionnelle n'a d'existence que si la condition s'accomplit. Donc, jusqu'à l'arrivée de la condition, il n'y aura pas novation, l'obligation primitive subsistera. Ce n'est que lorsque la condition se sera réalisée, et que la nouvelle obligation aura pris naissance, que la novation s'accomplira et entraînera l'extinction de l'obligation primitive (2) (Instit., § 3, *cod.*). — Enfin le

(1) Sic, Accarias, n. 695, p. 712 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 518. — Gide, *De la novation en dr. rom.*, p. 117 et suiv., a cependant, avec une certaine vigueur d'argumentation, défendu cette thèse que la novation, par changement d'objet, n'est qu'une invention de la jurisprudence moderne et n'a jamais existé en droit romain. — Voy. aussi Cujas, *Paratitla*, t. I, col. 879 ; Pothier, *Pand.*, t. II, n. 19 ; Liebe, *Die stipul. und das einf. Verspr.*, p. 158, 338 ; Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 38 et suiv. — Comp. *Code civ.*, art. 1271-1^{er}.

(2) Consult. Accarias, t. II, n. 693, p. 707 ; Gide, p. 105 et suiv. Bufnoir, *Théor. de la condition*, p. 267 et suiv.

changement peut porter sur *un accessoire de l'obligation*. Justinien nous dit que l'adjonction ou la suppression d'un fidéjusseur entraîne novation. — *Première espèce*. Les parties se proposent de garantir l'obligation préexistante par l'adjonction d'un fidéjusseur (*si forte fidejussor adjiciatur*). Quelques interprètes ont prétendu que c'était là une erreur de texte commise par les rédacteurs des Institutes qui auraient mis avec quelque irréflexion le mot *fidejussor* à la place de *sponsor*. L'intervention d'un *sponsor*, disent-ils, était considérée par Gaïus et son école comme entraînant novation (Gaïus, C. III, § 178). La raison en était dans cette circonstance que, le *sponsor* ne pouvant intervenir qu'au moment où l'obligation principale était contractée, il fallait, si l'on voulait garantir son droit par une telle adjonction, faire un contrat nouveau. Justinien répète cette disposition à l'égard des fidéjusseurs; mais elle n'a plus de raison d'être, ces derniers pouvant intervenir après la formation de l'obligation principale (1). D'après une seconde interprétation, Gaïus aurait employé le mot *sponsor* dans le sens général d'*adpromissor* qui comprend le *fidejussor*. Les parties auraient donc deux moyens de fortifier une obligation préexistante par l'adjonction d'un fidéjusseur; tout dépendait seulement de leur volonté. En effet, les parties pouvaient, sans faire novation, ajouter un fidéjusseur après coup à l'obligation principale qui continuait à subsister, ou bien elles pouvaient, si elles voulaient opérer une novation, éteindre l'obligation primitive et la remplacer par une autre obligation identique en faisant intervenir un fidéjusseur. Par exemple, *Primus* devait à *Titius*, en vertu d'une obligation verbale, 100 sesterces. Les parties con-

(1) Sic, Ducaurroy, *Instit. de Justinien*, t. III, p. 228, note 1; Domenget, *Instit. de Gaïus*, p. 415. — Ortolan, t. III, p. 385, n. 1700, semble préférer cette explication; toutefois, il ne repousse pas la seconde interprétation, mais il la croit peu probable parce qu'elle offre peu d'utilité dans la pratique.

viennent de nover cette obligation par l'adjonction d'un fidéjusseur, *Secundus*. Voici comment on procédera. *Titius*, qui est le créancier, stipulera de *Primus*, son débiteur, les 100 sesterces que ce dernier lui doit déjà, puis il stipulera la même somme de *Secundus* qui se présente comme fidéjusseur. Il y aura alors novation par l'adjonction d'un fidéjusseur. Ce que Justinien dit du fidéjusseur, il le répète à propos de l'adjonction d'un gage. Ainsi on peut ajouter un gage sans faire novation ; et pourtant Justinien dit très formellement qu'il y a novation, *si pignus adjiciatur* (1) (L. 8, C., *De novat.*, liv. VIII, tit. XLII). — *Deuxième espèce*. Les parties se proposent de supprimer un fidéjusseur (*si forte fidejussor detrahatur*). Il y a novation, lorsque les parties éteignent la première obligation et la remplacent par une seconde identique uniquement pour libérer le fidéjusseur qui l'avait garantie (Instit., § 2, liv. III, tit. XXIX).

2° *Par changement de débiteur, sans changement de créancier*. — La novation peut avoir lieu entre le même créancier et un nouveau débiteur (2) et de deux manières différentes : — Ou bien le nouveau débiteur s'engage spontanément, à l'insu du premier débiteur ; il est possible même qu'il s'engage contre la volonté de l'ancien débiteur (3). Dans ces cas, il y a ce qu'on appelle une *expromissio*. L'ancien débiteur sera dégagé même contre son gré ; il suffit en effet du concert des volontés du créancier et de l'*expromissor* pour opérer novation (L. 8, § 5, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — Ou bien le nouveau débiteur sera présenté au créancier par l'ancien débiteur. C'est ce qui s'appelle une *délégation* (4).

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 507 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 518 ; Labbé, à son cours. Comp. Accarias, t. II, n. 694, p. 709, texte et note 2, p. 713 ; Gide, *op. cit.*, p. 112 et suiv.

(2) Conf. Code civ., art. 1271-2°.

(3) Même Code, art. 1274.

(4) La délégation ne contient pas toujours une novation. Ce sont là deux actes juridiques différents qui ont chacun leur domaine à part. — Voy. Gide, p. 210 et suiv.

La délégation est donc l'offre faite au créancier d'un nouveau débiteur à la place de l'ancien. Elle suppose trois personnes, et le concert de trois volontés, savoir : celle du créancier ou délégataire, celle de l'ancien débiteur ou délégant, celle du nouveau débiteur ou délégué (1) (LL. 12, 13, D., *eod.*).

3° *Par changement de créancier.* — La novation s'opère par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien. Par exemple, *Primus*, à qui vous devez 100 sesterces, vous propose cet arrangement : « Je vous déchargerai de l'obligation dont vous êtes tenu envers moi, si vous voulez vous obliger à payer ces 100 sesterces à *Secundus*. » Vous acceptez ; l'objet de la dette et le débiteur sont les mêmes, le créancier seul est changé : la dette dont vous étiez tenu envers moi est éteinte et remplacée par celle que vous avez souscrite au profit de *Secundus*.

Que décider relativement au cas où le délégué s'est engagé envers le délégataire, parce qu'il se croyait être débiteur du délégant, en vertu d'une cause dont il n'a reconnu que plus tard le peu de fondement ou même la fausseté ? Le délégué pourra-t-il se prévaloir à l'égard du délégataire de l'erreur qu'il a commise ? En droit civil, il est tenu ; mais le droit prétorien plus équitable distingue suivant que la délégation a été pour le délégataire un acte à titre onéreux, ou un acte à titre gratuit : — La délégation a été pour le délégataire un acte à titre onéreux : alors le délégataire *certat de damno vitando*, il ne cherche pas à réaliser un bénéfice, mais seulement à éviter une perte. Sous ce rapport, sa position est aussi digne d'intérêt que celle du délégué qui, lui aussi, *certat de damno vitando*. Mais, en outre, le délégataire en stipulant du délégué n'a commis aucune faute : il avait tout lieu de croire que le délégué était obligé envers le

(1) Comp. Code civ., art. 1275, 1277.

délégant. Au contraire, le délégué qui a promis ce qu'il ne devait pas réellement, a manqué de prudence, il a agi légèrement. Il doit donc supporter les conséquences de sa faute. Il ne pourra pas opposer au délégataire d'exception (*quia ille suum recepit*), mais il aura un recours contre le délégant par la *condictio sine causa* (1) (L. 12, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. II). — La délégation a été pour le délégataire un acte à titre gratuit : par exemple, je délègue mon débiteur à une personne à qui je veux faire donation du montant de la dette. Dans ce cas, le délégué pourra, au moyen d'une exception, repousser l'action du délégataire, comme il aurait pu repousser celle du délégant (*exceptione doli mali se tueri poterit*) ; de plus, il aura une *condictio incerti* pour forcer le délégataire à lui faire remise de sa promesse (L. 2, § 3, D., *De donat.*, liv. XXXIX, tit. V). En effet, le délégataire lutte, dans l'espèce, pour s'enrichir gratuitement, tandis que le délégué cherche à éviter une perte. Le délégataire est donc moins digne d'intérêt.

Des effets de la novation. — La novation produit les mêmes effets que le paiement ; elle s'applique à toute espèce de dettes, quelles qu'elles soient, et les éteint toutes d'une manière radicale. — Il en résulte, d'une part, que le délégant est libéré envers le délégataire et ne répond pas à son égard de l'insolvabilité préexistante ou future du délégué. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la délégation ait été faite aux risques et périls du délégant (2) ; on l'appelle alors *imparfaite*, parce qu'elle n'entraîne pas une vraie novation (Instit., § 2, liv. III, tit. xxvi). En outre, la novation fait tomber avec l'obligation principale tous ses accessoires, privilèges, droits de gage et d'hypothèque, actions contre les fidéjusseurs, etc. L'obligation nouvelle ne profite pas de ces

(1) Comp. même Code, art. 1377.

(2) Comp. Code civ., art. 1275, 1276.

accessoires (1). Cependant la novation est une extinction facultative, dont le créancier peut limiter les effets. Le créancier, en opérant novation, peut convenir que les privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne dette passeront à la nouvelle. Cette disposition se retrouve dans notre législation (2). Enfin la novation fait cesser les intérêts (LL. 18, 27, D., *De usur.*, liv. XXII. tit. 1), les effets de la demeure et de la *stipulatio pœnæ* (L. 8, *pr.*, D., *eod.*; L. 17, D., *De cond. furt.*, liv. XIII, tit. 1). — D'autre part, le débiteur perd également les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancienne dette (3) (LL. 2, 19, D., *De novat.*, liv. XLVI, tit. 1).

III. DE L'ACCEPTILATION.

Définition. — L'acceptilation est un mode solennel d'extinction appliquée aux obligations *verbis* et qui exige l'emploi d'une formule verbale.

Analogies entre l'acceptilation et le paiement.

1° L'acceptilation produit le même effet qu'un paiement, celui d'éteindre l'obligation *ipso jure*; — 2° s'il y a plusieurs débiteurs *correales*, l'acceptilation faite à l'un d'eux entraîne l'extinction de la dette à l'égard de tous les autres; il en est de même du paiement fait par l'un des débiteurs corréaux (4). A l'inverse, s'il y a plusieurs créanciers corréaux, l'acceptilation faite par l'un d'eux libère le débiteur vis-à-vis de tous les autres. La même libération résulte du paiement reçu par l'un des créanciers corréaux (5) (L. 13, § 12; L. 16, *pr.*, D., *De acceptil.*, liv. XLVI, tit. 1v); — 3° l'acceptilation, comme le paiement, ne peut se faire à terme ou sous condition

(1-2) Conf. Code civ., art. 1278, 1279, 1281.

(3) Nous avons mis en relief, *infra*, liv. IV, tit. vi, p. 679, les différences entre les effets de la novation et ceux de la litiscontestation.

(4) Conf. Code civ., art. 1210, 1284, 1285, 1287.

(5) Même Code, art. 1198.

(LL. 4, 5, D., *eod.*) ; il doit porter sur la dette entière si celle-ci est indivisible (1) (L. 13, § 1, D., *eod.*).

Différences entre l'acceptilation et le paiement.

1° L'acceptilation n'est qu'un paiement *fictif* (*imaginarium*). En effet, le créancier qui, par l'acceptilation, fait remise de l'obligation au débiteur, abdique son droit sans recevoir ce qui lui est dû, indépendamment de toute satisfaction. Au contraire, le paiement implique une satisfaction de la part du créancier ; — 2° l'acceptilation ne peut pas être faite par une femme en tutelle, sans l'autorisation de son tuteur (*sine tutore auctore*), bien que du reste, elle puisse recevoir un paiement (*solvi ei potest*) sans cette autorisation (Gaius, C. III, § 171) ; — 3° du temps de Gaius, il y avait doute sur le point de savoir si l'acceptilation pouvait être valablement faite pour une partie seulement de la dette (*an in partem acceptum fieri possit quæsitum est*. Gaius, C. III, § 172). Cependant à la même époque, la validité d'un paiement partiel avec le consentement du créancier ne faisait l'objet d'aucun doute. Sous Justinien, cette différence entre l'acceptilation et le paiement est effacée. Les Institutes nous disent, en effet, que de même qu'on peut payer, de même on peut faire acceptilation pour une partie seulement de la dette (2) (Instit., § 1 *in fine*, liv. III, tit. XXIX).

Parallèle entre l'acceptilation et la stipulation.

L'acceptilation correspond exactement à la stipulation, soit dans son application, soit dans sa forme, soit dans son objet, soit dans ses effets.

1° *Dans son application.* — En effet, l'acceptilation s'applique exclusivement aux obligations *verbis*, c'est-à-dire aux obligations formées par la stipulation (3). Elle

(1-2) Comp. Code civ., art. 1244.

(3) Il n'est pas douteux que, dans le droit primitif, l'acceptilation se restreignit exclusivement à la stipulation. Mais, après controverse, les jurisconsultes l'étendirent aux obligations nées de la *dictio dotis*

ne consiste qu'en une simple formule. Or la formule n'a de puissance pour détruire que ce qui a été créé par une autre formule ; elle ne saurait mettre à néant une obligation contractée *re* (Instit., § 1, liv. III, tit. xxix).

2° *Dans sa forme.* — La forme de l'acceptilation est exactement correspondante à celle de la stipulation. Comment se fait la stipulation ? par une demande, et par une réponse. Il en est de même de l'acceptilation, sauf cette seule différence que, dans l'acceptilation, c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond. Voici la formule de l'acceptilation. Le débiteur dit : « *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* » (Ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu ?) Le créancier répond : « *Acceptum habeo.* » (Je le tiens pour reçu). Justinien ajoute que l'acceptilation peut aussi se faire en grec, pourvu qu'on emploie des expressions présentant le même sens. Ainsi le débiteur dit : *Εχεις λαβων δηναρια τσσα* ; le créancier répond : *Ἐγω λαβων* (Instit., § 1, *eod.*).

3° *Dans son objet.* — L'acceptilation correspond *in specie* à la stipulation qu'elle a pour but d'éteindre. Ainsi l'acceptilation doit avoir le même objet, intervenir entre les mêmes parties entre lesquelles est intervenue la stipulation (LL. 3, 13, §§ 3 et 10, D., *eod.*).

4° *Dans ses effets.* — L'effet de la stipulation est de se passer de cause naturelle : elle se suffit à elle-même. Seulement si, croyant par erreur vous devoir 100 écus à un autre titre, je vous les promets sur votre stipulation, j'aurai contre vous une *condictio* pour vous forcer à me libérer de mon obligation. De même de l'acceptilation qui se passe de cause ; seulement, si je vous fais acceptilation par erreur, je pourrai, en prouvant mon erreur, agir contre vous par la *condictio sine causa* (L. 9, § 7, D., *Quod met. caus.*, liv. IV, tit. II).

De la stipulation Aquilienne. — L'acceptilation s'ap-

ou de la *jurata promissio liberti*, c'est-à-dire à toutes les obligations verbales (L. 13, *pr.*, D., *De accept.*, liv. XLVI, tit. IV).

plique exclusivement aux obligations verbales. Comment donc devra s'y prendre le créancier qui veut faire remise au débiteur d'une obligation qui ne s'est point formée *verbis*, par exemple d'un *mutuum*, de manière à libérer le débiteur *ipso jure* ? Voici le moyen introduit par *Aquilius Gallus*, le collègue et l'ami de Cicéron. On commence par transformer l'obligation qu'il s'agit de dissoudre en une obligation verbale au moyen d'une novation (*Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes*). Le créancier dit : « *Quidquid te mihi ex quacunq[ue] causa dare facere oportet, oportebit, præsens in diemve ; id mihi dare facere spondesne* » (Tout ce que, par une cause quelconque, tu dois ou tu devras donner ou faire pour moi, actuellement ou à terme, me promets-tu de me le donner ou de me le faire) ? Le débiteur répond : « *Spondeo* » (Je le promets). Après avoir ainsi transformé l'obligation primitive en une obligation verbale, les parties n'ont plus qu'à appliquer l'acceptilation à cette dernière obligation pour l'éteindre *ipso jure*. Le débiteur interroge à son tour : « *Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem sponendi, id omne habesne acceptum* » (Tout ce que je t'ai promis aujourd'hui par stipulation Aquilienne, le tiens-tu pour reçu) ? Le créancier répond : « *Habeo acceptumque tuli* » (Je le tiens et je l'ai porté pour reçu) (1) (*Instit.*, § 2, *eod.*).

Quid, du cas où, sans novation préalable, une acceptilation était appliquée directement à une obligation non verbale ? Elle n'opérait pas libération *ipso jure*, mais elle pouvait valoir comme pacte et procurer au débiteur une exception (*L. 27, § 9, D., De pact., liv. II, tit. xiv*).

(1) Gide, *De la novation en dr. rom.*, p. 141 et suiv., a très clairement démontré à quels besoins pratiques venait répondre la stipulation aquilienne, et quels progrès elle réalisait. V. aussi Accarias, t. II, n. 707 et suiv.

IV. DU MUTUEL DISSENTIMENT.

Le mutuel dissentiment est l'accord des parties à résoudre l'obligation qu'elles ont contractée (1). Le mutuel dissentiment ne peut dissoudre que les obligations consensuelles. Il est naturel, en effet, que les obligations auxquelles donne naissance le consentement des parties s'éteignent aussi par le consentement contraire. Ce que les parties ont voulu, elles peuvent ne plus le vouloir. C'est l'application de la règle : *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est : ideo verborum obligatio verbis tollitur ; nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur* (L. 35, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. xvii). Par exemple, *Titius* a vendu à *Séius* le fonds *Tusculanum* pour 100 écus d'or. Puis, avant tout fait d'exécution, c'est-à-dire avant qu'il y ait eu ni paiement de prix ni livraison du fonds les deux parties conviennent d'anéantir cette vente. Cet accord de volontés suffit pour éteindre les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur. De même dans le louage, et dans tous les contracts formés par le seul consentement (Instit., § 4, liv. III, tit. xxix). — Que décider au cas où les choses ne sont plus entières ? Lorsque le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution de la part de l'une ou de l'autre des parties, il y a autre chose à détruire que le consentement donné ; il y a un fait qui s'est réalisé et que le consentement contraire est impuissant à anéantir. On ne peut, en effet, empêcher ce qui a eu lieu d'avoir existé. Par exemple, si la chose vendue a été livrée par le vendeur à l'acheteur, les parties ne peuvent pas détruire le fait de la tradition par l'effet seul de leur volonté. Il faut en outre, s'il est convenu que la chose

(1) Conf. Code civ., art. 1134.

sera rendue au vendeur, que l'acheteur fasse une tradition. Il y aura donc un nouveau contrat, une revente (L. 58, D., *De pact.*, liv. II, tit. XIV).

Observations. — La simple convention qui suffit pour faire naître une obligation naturelle suffit également pour l'éteindre. Cette règle produit souvent un résultat remarquable : c'est que la simple convention pourra, dans certains cas, détruire une obligation civile. Il faut supposer une obligation *principale* et une obligation civile *accessoire* : par exemple, des fidéjusseurs sont intervenus pour garantir une obligation naturelle. L'obligation des fidéjusseurs est une obligation accessoire et civile. Un simple pacte intervenu entre le créancier et le débiteur principal, à l'effet d'éteindre l'obligation de ce dernier, entraînera l'extinction *ipso jure* de la dette des fidéjusseurs. La fidéjussion, en effet, ne peut exister sans obligation principale (L. 95, D., *De solution.*, liv. XLVI, tit. III). Il y a même quelques obligations civiles qui s'éteignent directement et *ipso jure* par le simple pacte : telles sont l'action d'injures et l'action de vol (L. 17, § 1, D., *De pactis*, liv. II, tit. XIV).

V. DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE (1).

Lorsque l'obligation a pour objet une chose déterminée dans son individualité (*in specie*), le débiteur est libéré si cette chose a péri par cas fortuit, c'est-à-dire sans faute imputable à ce débiteur, et avant sa mise en demeure (2). La même libération se produit pour le

(1) Nous ne pouvons mieux faire au surplus que de renvoyer nos lecteurs, pour les développements de ce sujet, à l'excellente étude de notre savant maître M. Labbé, *Sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*.

(2) Les législateurs modernes ont consacré cette solution. Voy. Cod. civ., art. 1215 et 1302. Ce dernier article porte, § 1^{er}, que lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en

cas où la chose due est mise hors du commerce (LL. 23, 82, D., *De verbor. obligat.*, liv. XLV, tit. 1). Cependant, comme le remarque fort judicieusement Ortolan (1), il y a plutôt ici un obstacle matériel provenant de la chose, à l'exécution de l'obligation, qu'une véritable extinction de l'obligation. D'où les conséquences suivantes : — 1° le débiteur n'est entièrement libéré que par la perte totale de la chose due ; s'il lui reste quelques droits ou actions, il doit les céder au créancier (2) ; — 2° si cette chose, que l'on considérait comme détruite était rétablie, l'obligation du débiteur restait toujours en vigueur. De même si la chose était remise dans le commerce, l'ancienne obligation, plutôt paralysée qu'éteinte, renaissait avec toute sa force (3) (L. 79, § 2, D., *Delegat.*, liv. XXXII, tit. III ; L. 98, § 8, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III).

VI. DE LA CONFUSION.

La confusion est la réunion, sur la même tête, des qualités de créancier et de débiteur de la même chose (4) ; ces deux qualités de créancier et de débiteur, étant incompatibles dans la même personne (on ne saurait être, en effet, débiteur ou créancier de soi-même), se détruisent réciproquement ; la dette et la créance sont éteintes. La confusion n'est pas une véritable cause d'extinction ; c'est plutôt un obstacle matériel, une impossibilité de fait à l'exécution de l'obligation. Aussi les effets de la confusion se limitent à

ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

(1) *Explic. hist. des Instit.*, t. III, n. 1713, p. 392.

(2) *Comp. Code civ.*, art. 1303.

(3) *Contra*, Accarias, t. II, n. 713, p. 758 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 533.

(4) *Conf. Code civ.*, art. 1300.

cette impossibilité même (1). Ainsi, par exemple, le débiteur est institué héritier par son créancier, sous la charge de legs assez nombreux pour qu'il y ait lieu d'appliquer la Falcidie. Au moment de l'adition d'hérédité la confusion de la dette s'est accomplie; néanmoins, dans le calcul de la Falcidie, l'obligation dont l'héritier était tenu sera considérée comme existant encore. Il en résulte une double conséquence: 1° l'actif de l'hérédité sera augmenté du montant de la dette de l'héritier, la créance du défunt contre l'héritier y figurera comme ses créances contre les tiers; 2° ce que l'héritier devait au défunt et doit à l'hérédité sera imputé à l'héritier sur sa quarte (L. 1, § 18, D., *Ad leg. Falc.*, liv. XXXV, tit. 11). La même règle s'appliquerait et conduirait à un résultat inverse, si l'héritier était créancier de son auteur (2) (L. 87, § 2, D., *eod.*). — De même, si la confusion a lieu dans la personne d'un fidéjusseur qui succède au créancier, le fidéjusseur est affranchi de l'obligation, car il ne peut pas en exiger de lui-même l'exécution; mais rien ne s'oppose à l'exécution de la dette par le débiteur principal; elle continue donc d'exister quant à ce dernier (L. 71, *pr. in fine*, D., *De fidejuss. et mandator.*, liv. XLVI, tit. 1). — De même encore, la confusion du créancier et de l'un de plusieurs débiteurs solidaires n'éteint la dette corréale que pour autant que le débiteur ait été exposé au recours de ses codébiteurs (3) (L. 71, *pr.*, D., *eod.*).

La confusion, comme le paiement et l'acceptilation auxquels elle est assimilée, a pour effet d'éteindre la dette *ipso jure* dans la proportion dans laquelle elle a

(1) Voy., à cet égard, Labbé, *De la confusion considérée comme cause d'extinction des obligations*, n. 132 et suiv.

(2) Sic, Labbé, *op. cit.*, n. 168 et suiv.; Pellat, *Text. chois. des Pand.*, p. 296; Accarias, t. II, n. 712, p. 755, note 1.

(3) Comp. Cod. civ., art. 1301, 2035.

lieu (1) (L. 75, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III; L. 41, § 2, D., *De evict.*, liv. XXI, tit. II).

VII. DU TERME EXTINCTIF.

En principe les créances ne s'éteignent pas *lapsu temporis*. Il en était autrement dans quelques cas exceptionnels. Nous savons, en effet, que, dans l'ancien droit, le *sponsor* et le *fidepromissor* étaient libérés *ipso jure* par le laps de deux ans (2).

VIII. DE LA COMPENSATION.

Nous examinerons plus tard, liv. IV, tit. vi, p. 748 et suiv., avec un certain développement, cette cause d'extinction des obligations.

(1) *Sic*, sur cette question controversée, Labbé, *op. cit.*, n. 160; Maynz, t. II, § 381, p. 552, texte et note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 519; Demangeat, t. II, p. 520.

(2) Voy. *suprà*, liv. III, tit. xx, p. 501.

LIVRE QUATRIÈME

TITRE I

Des obligations qui naissent d'un délit.

Définition du délit. — On appelle délit chez les Romains un fait illicite, préjudiciable à autrui, qui a été prévu et qui est réprimé par une loi (1). Ainsi l'intention de nuire ne constitue pas un élément essentiel du délit.

Division des délits.

Les délits se divisent en *publics* et *privés*. — Les premiers appelés plus particulièrement *crimina*, sont ceux qui troublent directement l'ordre social; ils donnent lieu à des poursuites ouvertes à tout citoyen, intentées, suivant une procédure spéciale, devant des juridictions à part; ils sont frappés de peines corporelles ou autres, mais qui ne profitent pas à la partie lésée (2). — Les seconds, connus sous le nom de *delicta privata* ou simplement *delicta*, sont ceux qui ne troublant qu'indirectement l'ordre social, lèsent avant tout des intérêts privés; ils ne peuvent être poursuivis que par la personne lésée, d'après les règles et dans les formes de la procé-

(1) Les personnes juridiques ou civiles (*universitates*) sont-elles capables de commettre un délit? La question est controversée. — Voy., pour l'affirmative, Thibaut, *System*, t. I, § 221; Muhlenbruch, *Lehrb.*, t. I, § 197, 6°; Sintenis, *Civilrecht*, t. I, § 15. note 52, 7; — et pour la négative, de Savigny, *System*, t. II, p. 310 et suiv.; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 55; Maynz, t. I, § 109, note 5.

(2) Comp. Code pén., art. 1.

dure ordinaire, aussi bien lorsqu'il s'agit de la réparation du préjudice causé que de l'amende qui frappe le délinquant au profit de la victime du fait illicite (1).

Du reste, le même fait peut constituer tout ensemble un délit public et un délit privé : par exemple, le meurtre d'un esclave (L. 3, D., *De delict. priv.*, liv. XLVII, tit. 1).

DES DÉLITS PRIVÉS

Les délits privés donnent lieu à deux espèces d'actions, savoir : — 1° une action *privée* pour la réparation du préjudice causé ; — 2° une action *pénale* consistant dans une condamnation pécuniaire, sorte d'amende infligée à titre de châtement au profit de la personne lésée.

Les obligations qui naissent des délits naissent toutes *ex re*, c'est-à-dire du fait même constitutif du délit (*ex ipso maleficio*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. 1).

Des principaux délits privés. — Les Institutes (*pr.*, *ead.*) en citent quatre : — le vol (*furtum*) ; — l'enlèvement des biens par violence ou rapine (*rapina*) ; — le dommage causé injustement (*damnum*) ; — les injures (*injuria*).

En dehors de cette énumération, il existe encore d'autres délits : par exemple, les délits spéciaux de *tingo juncto*, et de *arboribus furtim cæsis* (2).

DU VOL.

Définition et étymologie. — Le vol est l'action de s'emparer frauduleusement d'une chose, ou simplement de l'usage ou de la possession de cette chose avec l'intention d'en tirer profit (*furtum est contractatio rei fraudu-*

(1) Comp. Code civ., art. 1382.

(2) Sic, Didier-Pailhé et Tartari, p. 476 ; Desjardins, *Vol*, p. 239 et suiv. — *Contra*, Van Wetter, t. II, § 484, p. 206 ; Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 19. Comp. Accarias, t. II, n. 665, p. 618, note 2.

losa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve) (1) (Instit., § 1, *eod.*).

Le mot *furtum* vient ou de *furvum*, synonyme de *nigrum* (noir), parce qu'il se commet clandestinement, dans l'obscurité et même le plus souvent la nuit; ou bien encore de *fraus* (fraude); ou de *ferre*, dans le sens de *aufferre* (enlever); ou du mot grec $\varphi\omega\rho\upsilon\varsigma$ (voleur), mot qui vient lui-même de $\varphi\epsilon\rho\epsilon\iota\nu$ (emporter) (2) (Instit., § 2, *eod.*).

Conditions exigées pour qu'il y ait vol.

Le délit de vol exige trois conditions essentielles, savoir : — 1° une *contractatio rei*; — 2° une *contractatio fraudulosa*; — 3° une *contractatio fraudulosa lucri faciendi gratia*.

1° Une *contractatio rei*. — Le mot *contractatio* comprend toute soustraction, tout attouchement de la chose, et même tout détournement de la destination qui était donnée à la chose. — Ainsi il y a vol toutes les fois que l'on s'approprie indûment la chose d'autrui *cum animo domini*, soit la chose entière, soit l'usage seul de cette chose. Le commodataire, qui fait de la chose un autre usage que celui qui était convenu, commet un vol. Il en est de même du créancier gagiste ou du dépositaire qui se sert de la chose qui lui a été remise; du nu propriétaire qui s'empare de la chose dont un autre a l'usufruit (Instit., § 6, *eod.*). Lorsque le vol est de la chose entière, on dit qu'il y a *furtum ipsius rei*; lorsqu'il est de l'usage seul, on dit qu'il y a *furtum usus*. — On peut même commettre un vol sur sa propre chose. Dans ce cas, le vol porte sur la possession de la chose : il y a *furtum possessionis*. Par exemple, un débiteur a remis en gage une chose à son créancier; le créancier possède la chose, et a des interdits possessoires qu'il peut opposer même au débiteur. Si le débiteur dérobe la chose

(1) Comp. Code pénal, art. 379 et suiv.

(2) Voy., sur ces étymologies, Hotman, in *Instit.*, IV, I, c. 711, *Op. omnia*, t. III; Rein, *Das crim. der Roem.*, p. 293.

au créancier, le *furtum* porte sur la possession (Instit., § 10, *cod.*). — Il peut également y avoir *furtum* même relativement à une chose hors du commerce. Tel est, par exemple, le vol d'un enfant *qui in potestate est* (Instit., § 9, *cod.*). Gaius (C. III, § 199) citait encore les cas où l'on aurait enlevé au chef de famille sa femme *in manu* ou l'individu libre *in mancipio*.

Il faut qu'il y ait *contractatio rei*, soustraction, détournement, déplacement de la chose ; d'où l'on a conclu : 1° que la tentative ne suffit pas (1) (Gaius, C. III, § 195) ; 2° que le vol ne peut se commettre que relativement à une chose mobilière. Les immeubles n'étant pas susceptibles de soustraction, de détournement, de déplacement, ne peuvent faire l'objet d'un vol (2) (L. 38, D., *De usurpat.*, liv. LXI, tit. III).

2° Une *contractatio rei fraudulosa*. — La soustraction doit être nécessairement *frauduleuse*, c'est-à-dire accomplie dans une intention mauvaise (*dolo malo*), préjudiciable à autrui (3). Ainsi toute erreur raisonnable, même une erreur de droit, empêcherait le *furtum* d'exister. Par exemple, l'usufruitier d'une femme esclave croit par ignorance du droit que le part est un fruit ; il s'approprie en conséquence l'enfant qui naît de cette esclave avec la conviction que cet enfant lui appartient. Il ne commet pas de *furtum* (Instit., § 5, liv. II, tit. VI). — De même encore, le commodataire qui emploie la chose à un usage autre que celui pour lequel il l'a reçue, ne commet de vol qu'autant qu'il le fait sachant bien

(1) Comp. Code pén., art. 3, 388, 401.

(2) Voy. Desjardins, *Vol*, p. 68.

(3) D'où il faut conclure que les choses sans maître, ni détenteur intéressé à les conserver (*res derelictæ* ou *sine domino*) ne peuvent être l'objet d'un vol, parce que la *contractatio* ne saurait en être frauduleuse. — Il en est de même des *res hereditariæ* pendant tout le temps qui s'écoule entre l'ouverture de l'hérédité et la prise de possession réelle de l'hérédité ; l'hérédité est alors considérée comme sans possesseur, et la loi favorise l'usucapion *pro herede*. Accarias, t. II, n. 667, p. 625 et 626 ; Desjardins, p. 70 et suiv., 73 et suiv.

que c'est contre le gré du propriétaire, et que celui-ci, s'il en était instruit, ne le permettrait pas. Mais s'il s'est cru certain de la permission, il n'y a pas de délit (Instit., § 7, liv. IV, tit. 1). — Enfin la réception de l'indû, constitue aussi un vol, lorsque l'*accipiens* a recouru à la simulation, c'est-à-dire à des manœuvres frauduleuses, afin de se faire passer pour créancier ou pour mandataire du créancier (1) (L. 43, *pr.*, L. 80, § 6, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. 11).

De plus la *contractatio*, pour être constitutive d'un *furtum*, doit avoir lieu *invito domino*. Si, en effet, le propriétaire consent à la soustraction, au détournement de la destination de la chose, il n'y a plus de vol : par exemple, le commodataire qui croit faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du commodant ne commet pas de vol, si en réalité cet usage a lieu selon la volonté de ce dernier (Instit., § 8, *eod.*).

Les Institutes nous citent un exemple assez embarrassant : *Titius* sollicite l'esclave de *Mævius* de dérober à son maître divers objets et de les lui apporter. L'esclave ne se laisse pas corrompre et découvre à son maître la tentative de corruption et de vol. Le maître, afin de surprendre *Titius* en flagrant délit, et d'avoir les actions qui naissent du vol, dit à l'esclave de se prêter en apparence au vol, et lui permet de porter à *Titius* quelques objets. Y aura-t-il délit de vol, ou de corruption d'esclave, ou bien ni l'un ni l'autre ? La plupart des jurisconsultes, entre autres *Gaius* (C. III, § 198), décidaient que le maître n'avait ni l'action de vol, ni l'action en corruption d'esclave. Il n'y avait pas vol, parce que le maître avait consenti à l'enlèvement de la chose. Il n'y avait pas corruption d'esclave, car l'esclave était resté

(1) Certains textes vont même plus loin et considèrent comme voleur tout *accipiens* qui reçoit sciemment l'indû et se l'approprie personnellement (L. 18, D., *De convict. furt.*, liv. XIII, tit. 1; L. 38, § 1, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. 11). — Cette doctrine trop sévère n'a point prévalu. *Accarias*, t. II, n. 660, p. 607, note 2; *Desjardins*, p. 83.

fidèle à son maître. — Justinien, trouvant ce résultat scandaleux, a décidé que le maître aurait les deux actions, tant celle de vol que celle de corruption d'esclave. (Instit., § 8, *eod.*).

Puisque le vol résulte de l'intention (*ex affectu consistit*), l'impubère ne peut être considéré comme coupable de vol que lorsqu'il est *doli capax*, c'est-à-dire en état de comprendre la portée du délit qu'il commet (*intelligit se delinquere*). Or l'impubère est présumé tel, quand il est *pubertati proximus* (1) (Instit., § 18, *eod.*).

3° Une *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*. — L'intention du voleur n'est pas de causer simplement un dommage à autrui; son but est de tirer un profit de la chose détournée. Celui-là donc qui, après avoir enlevé la chose d'autrui, la détruit immédiatement, sans avoir même essayé d'en tirer un profit quelconque, n'est pas un voleur, et, par conséquent, n'est pas tenu de l'action *furti*. — Mais il en serait autrement et il y aurait vol si le voleur donnait à un tiers la chose volée, car suivant la judicieuse remarque de Gaius, c'est une façon de bénéficier que de donner (L. 54, § 1, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. II).

Diverses espèces de vol.

Dans l'ancien droit, on distinguait six espèces de vol, savoir : — le vol *manifeste*, — le vol *non manifeste*, — le vol *conceptum*, — le vol *oblatum*, — le vol *prohibitum*, — et le vol *non exhibitum*. A vrai dire, le vol manifeste et le vol non manifeste constituaient seuls des espèces particulières de vol, les autres n'en étaient que des diversités qui tenaient aux circonstances accidentelles survenues lors du délit.

Vol manifeste. — Il y avait vol *manifeste* toutes les fois que le voleur était saisi, encore nanti de l'objet volé, avant qu'il eût eu le temps de le porter dans l'endroit

(1) Desjardins, *op. cit.*, p. 107. — Comp. Code pén., art. 63, 67, 69

où il avait l'intention de le cacher. C'est à cette opinion du moins qu'après bien des controverses, on s'est définitivement arrêté (Instit., § 3, *eod.*).

Vol non manifeste. — Tout vol qui n'était pas un vol manifeste était par cela même *non manifeste* (Instit., § 3, *eod.*).

Cette distinction présentait un grand intérêt, surtout dans la législation des Douze-Tables, qui punissait le vol manifeste de peines plus sévères que le vol non manifeste. Dans le premier cas, le voleur subissait toujours la flagellation. — S'il était impubère, on s'en tenait là. — S'il était pubère, ce n'était que le commencement de la répression : esclave, il était précipité du haut de la roche Tarpéienne ; homme libre, il était adjugé (*addictus*) au volé par une sentence du magistrat et devenait en quelque sorte sa chose. — Quant au voleur non manifeste, il n'encourait qu'une peine pécuniaire égale au double du préjudice causé (1).

Vol conceptum. — Il y avait *furtum conceptum* lorsqu'une chose volée était trouvée dans la maison d'un recéleur ; bien que ce recéleur ne fût pas le voleur, il était exposé à une action particulière donnée au triple et appelée *furti concepti* (Instit., § 4, *eod.*).

Vol oblatum. — Il y avait *furtum oblatum* lorsqu'une personne avait remis une chose volée à une autre personne chez qui la chose a été plus tard recherchée et saisie. Cette remise avait été faite par le premier détenteur avec cette intention que la chose fût, au cas où elle viendrait à être découverte, trouvée chez un autre plutôt que chez lui. On donnait alors à celui chez qui la chose a été saisie contre celui qui la lui avait remise,

(1) Cette distinction, comme l'a fait justement remarquer Accarias, t. II, n. 669, p. 632, présentait quelque chose de faux en elle-même et d'immoral ; car elle aboutissait à donner une prime à l'adresse et à l'habileté du voleur. — Dans notre législation pénale, au contraire, le flagrant délit est puni de la même peine que le délit ordinaire. V. aussi Ortolan, t. III, n. 1919 ; Ihering, *L'esprit du dr. rom.*, (trad. de Meulenaere), t. I, p. 129 ; Desjardins, p. 114 et suiv.

bien qu'il ne fût pas le voleur, une action particulière au triple appelée *furti oblati* (Instit., *ibid.*).

Vol prohibitum. — Il y avait *furtum prohibitum*, lorsqu'une personne refusait de laisser faire chez elle, en présence de témoins, la perquisition d'une chose volée. Ce refus donnait lieu à l'action au quadruple *furti prohibiti* (Instit., *ibid.*).

Vol non exhibitum. — Il y avait *furtum non exhibitum*, lorsqu'après une réquisition demeurée sans effet, l'objet volé était cependant trouvé chez le détenteur récalcitrant. Le préteur donnait alors une action au quadruple (1) appelée *furti non exhibiti* (Instit., *ibid.*).

Dans le droit de Justinien, le vol *conceptum*, le vol *oblatum*, le vol *prohibitum* et le vol *non exhibitum* sont tombés en désuétude. Il ne reste plus que le vol *manifeste* et le vol *non manifeste*, ainsi que les actions particulières qui y étaient attachées. — C'est d'ailleurs dans cette dernière classe de vol que viennent s'absorber le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum* de l'ancien droit (Instit., § 4 *in fine*).

Des actions qui naissent du vol.

Le vol donne lieu à deux sortes d'actions : — à des actions civiles tendant à faire obtenir à la personne volée la restitution de sa chose ou bien une indemnité pour le préjudice qu'elle aura éprouvé ; — à une action pénale tendant à la répression du délit.

Actions civiles. — Les actions civiles *rei persecuendæ causa* sont : l'action en revendication, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*.

1^o Les actions en revendication et *ad exhibendum* (2) se donnent, suivant le droit commun, au propriétaire, pour réclamer la chose volée ; elles s'exercent contre tout détenteur, le voleur ou tout autre possesseur même de bonne foi (Instit., § 19, *eod.*).

(1) Sic, Rudorff, *De juris dictione edictum*, § 36, note 5. Heinecius, *Antiq. Rom.*, § 24, enseigne que l'action *furti non exhibiti* était donnée au double.

(2) Voy. *infra*, liv. IV, tit. vi, 742.

2° La *condictio furtiva*, action personnelle de droit strict, présente au contraire dans cette application spéciale un caractère exceptionnel ; elle ne se donne pas, en général, à celui qui est propriétaire ; car elle a pour but d'obliger le défendeur à transférer (*dare*) au demandeur la propriété d'une chose, sinon à lui en payer l'estimation. Or, si le demandeur n'a pas perdu la propriété de la chose volée, comment peut-il prétendre que le voleur soit obligé de la lui retransférer (*nemo rem suam condicere potest*). Aussi, la *condictio furtiva* n'a-t-elle été admise qu'en haine des voleurs (*odio furum*), par la nécessité d'attribuer au volé certains avantages de la qualité du créancier et notamment de le faire bénéficier de la demeure du voleur résultant du vol même (Gaius, C. IV, § 4). Cette action ne peut être intentée que contre le voleur ou contre ses héritiers ; elle ne peut être donnée contre le complice du voleur ; elle est spécialement utile pour le cas où la perte de la chose par cas fortuit en rendrait la revendication impossible ; elle permet d'obtenir une condamnation qui se mesure toujours sur la plus haute valeur que la chose ait atteinte, même par le fait du voleur, entre le jour du délit et celui de la *litiscontestatio*, et cela encore que cette valeur ait ultérieurement disparu (1) (L. 8, § 1, L. 13, D., *De condict. furt.*, liv. XIII, tit. 1).

Les trois actions tendant au même but, ne se cumulent pas entre elles, parce qu'un même préjudice ne peut donner droit à plusieurs réparations (Instit., *ibid.*).

Action pénale. — L'action pénale a pour effet d'infliger au voleur une peine pécuniaire, une amende au profit de la personne à qui le vol cause préjudice. Cette action ayant un but différent de celui qu'atteignent les actions *rei persecutoria*, se cumule avec elles. C'est l'action *furti*.

(1) Voy., sur cette action, les développements donnés par Desjardins, *Vol*, p. 215 et suiv.

DE L'ACTION FURTI

Quel est le montant de la condamnation prononcée par l'action furti ?

L'action *furti* se donne tantôt pour le *quadruple*, tantôt pour le *double*. Elle est du quadruple dans le cas de vol manifeste, et du double dans le cas de vol *non* manifeste (Institut., § 5, *eod.*).

Quelle est l'unité qui doit être quadruplée ou doublée ? — C'est une somme qui répond à la valeur de la chose volée. Il s'agit ici de la valeur réelle de la chose, et non pas de sa valeur d'affection (L. 50, *pr.*, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. II). Ainsi *Titius* vous a volé un bijou dont la valeur réelle équivaut à 100 ; mais ce bijou vous était resté comme un souvenir de votre mère, ce qui lui donnait à vos yeux une valeur inappréciable. La somme prise pour unité ne dépassera pas la valeur réelle, dans l'espèce 100. — Mais, pour établir cette unité, il faut faire entrer en ligne de compte toutes les conséquences dommageables que la personne volée éprouve par la perte de sa chose ; par exemple, un esclave institué héritier est volé au moment où son maître se disposait à lui donner l'ordre de faire adition d'hérédité. Le vol de l'esclave empêche l'adition d'avoir lieu. Peu de temps après l'esclave meurt. Le maître se trouve donc, par l'effet du vol, privé de l'esclave et de l'hérédité. L'unité que l'on devra multiplier par 2 ou par 4 se composera donc, dans notre espèce, de la valeur de l'esclave et de la valeur de l'hérédité (1) (L. 52, § 28, D., *eod.*).

Quid, lorsque la chose volée a eu à différentes époques différentes valeurs ? On prendra pour unité la plus haute valeur atteinte depuis le jour du vol jusqu'au jour où est intentée l'action *furti* (L. 50, *pr.*, D., *eod.*).

(1) Comp. de Savigny, *System*, append. XII, VII ; Demangeat, t. II, p. 458 ; Ortolan, t. III, n. 1727 ; Desjardins, p. 139 et suiv.

A qui est donnée l'action furti ?

En principe, cette action est donnée à toute personne intéressée à ce que le vol ne fût pas commis, lors même que cette personne n'est pas propriétaire de la chose volée (*ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit*) ; et elle est refusée au propriétaire, lorsque le préjudice qui résulte du vol ne retombe pas à sa charge (Gaius, C. III, § 203 ; Instit., § 13, *eod.*).

Les Institutes développent par quelques exemples les conséquences de ce principe.

Supposons que la chose volée était affectée d'un droit de gage, l'action *furti* appartient au créancier gagiste, lors même que le débiteur est solvable (*etiamsi idoneum debitorem habeat*), parce qu'il est bien plus avantageux au créancier d'avoir une chose avec laquelle il peut se payer, que d'être dans la nécessité d'exercer une action personnelle contre son débiteur (Instit., § 14, *eod.*).

De même, l'action *furti* appartient au possesseur de bonne foi, parce qu'il a intérêt à conserver la chose afin de l'usucaper (Instit., § 15, *eod.*).

Pareillement, s'il a été volé un vêtement confié à un foulon pour le dégraisser, ou à un tailleur pour le réparer, moyennant un salaire déterminé, l'action *furti* appartient au foulon ou au tailleur, et non au propriétaire. Ce dernier, en effet, n'a pas d'intérêt à la conservation de la chose, puisqu'il peut par l'action *locati* obtenir une indemnité du foulon ou du tailleur. Toutefois le foulon et le tailleur n'ont l'action de vol qu'autant qu'ils sont solvables (*quam si solvendo sint*), c'est-à-dire en état de payer au propriétaire l'estimation de la chose volée. Car, s'ils n'étaient pas solvables, le propriétaire, ne pouvant obtenir d'eux la valeur de sa chose, aurait un intérêt personnel à la conserver. C'est lui, par conséquent, qui pourrait exercer l'action *furti* (*ipsi domino furti competit actio*) (Gaius, C. III, § 205 ; Instit., § 15, *eod.*).

Quid, lorsqu'une chose prêtée en commodat à une

personne lui a été volée? — *Dans l'ancien droit*, on faisait la même distinction qu'au paragraphe précédent. Si le commodataire était *solvable*, l'action *furti* était accordée au commodataire et refusée au commodant. Si le commodataire était *insolvable*, la solution n'était plus la même; l'action *furti* était accordée au commodant et refusée au commodataire. — *Justinien* a introduit quelques modifications en cette matière. Il a décidé que le commodant aurait le choix entre l'action en responsabilité du commodataire (*commodati directa actio*) ou l'action *furti* contre le voleur; seulement, le choix une fois fait, il ne peut plus revenir sur sa détermination, ce qui suppose qu'il a connu le vol avant de choisir son action. Bien que l'action *furti* donne, suivant les cas, le double ou le quadruple de la chose volée, le commodant a cependant plus d'intérêt à agir par l'action *commodati directa*, lorsque le voleur est insolvable (Instit., § 16, *cod.*).

Quid, lorsqu'une chose vendue, mais non encore livrée, vient à être soustraite frauduleusement au vendeur qui n'a ni dol ni faute à se reprocher? A partir de la vente, les risques sont à la charge de l'acheteur. Par conséquent, le vendeur ne souffrira point du vol, puisqu'il pourra, malgré la perte de la chose, exiger de l'acheteur le paiement du prix. C'est donc l'acheteur qui devrait avoir l'action *furti* (L. 38, § 1, D., *De solut.*, liv. XLVI, tit. III). Mais cette opinion paraît avoir été abandonnée. Ce sera le vendeur qui aura l'action *furti* et qui, au moment du paiement du prix par l'acheteur, devra céder à ce dernier son action *furti* (L. 49, *pr.*, D., *De furt.*, liv. XLVII, tit. II).

L'action *furti* est refusée au dépositaire, parce que, n'étant tenu que de son dol et de sa faute lourde, il n'est pas responsable si la chose est volée. Il en serait autrement, s'il avait été convenu, lors de la formation du contrat de dépôt, que le dépositaire serait respon-

sable même de sa faute légère (Instit., § 17, *eod.*).

Contre qui est donnée l'action *furti*?

L'action *furti* est donnée contre le voleur et contre les complices du voleur (1).

Sont complices du vol ceux qui ont aidé l'auteur principal dans la perpétration du délit (*ope*), et qui l'ont aidé à dessein (*consilio*). Si l'une de ces deux conditions manque, il n'y a pas complicité (2) (L. 36, *pr.*, et § 2, D., *eod.*). — Ainsi celui qui a prêté assistance de fait, mais sans dessein de coopérer à un vol, n'est pas considéré comme complice, et, par conséquent, n'est pas tenu de l'action *furti*. Il en serait de même de celui qui, après avoir conseillé le vol, n'aurait pas prêté assistance à l'auteur principal du délit (Instit., § 11, *eod.*). — Mais celui qui fait tomber votre argent de vos mains pour qu'un autre s'en empare, ou qui s'est placé devant vous pour qu'un autre dérobe votre chose sans que vous le voyiez, ou qui a effarouché vos brebis et vos bœufs pour donner à un autre l'occasion de s'en emparer, est certainement complice de l'auteur principal, et tenu de l'action *furti*. Voici encore d'autres cas de complicité. Quelqu'un applique une échelle à une fenêtre, brise une porte ou une fenêtre, afin de faciliter à un voleur l'introduction dans la maison; ou bien il prête, en connaissance de cause, des instruments à l'aide desquels le vol est commis, etc. (Instit., § 11, *eod.*).

Est aussi considéré comme complice et tenu de l'action *furti*, celui qui sciemment a caché l'objet volé (Instit., § 4 *in fine*).

Du vol commis par un esclave, par un fils de famille et par l'un des époux. — Il est possible qu'il y ait vol sans qu'il y ait lieu à l'action *furti*; par exemple, un fils de famille ou un esclave dérobe un objet au père de famille ou au maître, il y a un vol réel; de là deux con-

(1-2) Comp. Code pén., art. 59, 60, 62.

séquences, savoir : 1° la chose sera furtive, et comme telle non susceptible d'usucapion ; 2° si le fils de famille ou l'esclave a un complice, ce complice sera tenu de l'action *furti*. Mais le fils lui-même ou l'esclave n'en est pas tenu, parce qu'il n'y a point d'action possible entre personnes qui sont *in eadam familia*. Il n'en serait pas de même si le fils de famille n'était plus sous la puissance de son père (Instil., § 12, *eod.*). — De même les époux ne sont point soumis l'un vis-à-vis de l'autre à l'action *furti* pour les soustractions frauduleuses commises pendant le mariage. C'est une *condictio* dite *actio rerum amotarum* qui est accordée à la victime de la soustraction frauduleuse contre son conjoint coupable (1) (D., *De act. rer. amot.*, liv. XXV, tit. II).

TITRE II

Des biens enlevés par violence.

Définition. — Le délit *bonorum vi raptorum* (ou *rapina*) est une variété du vol dans laquelle se trouve, avec tous les éléments constitutifs de ce délit, la circonstance aggravante de la violence. Quand il y a *bona vi rapta*, il y a donc, à plus forte raison, vol (*furtum*). Aussi appelle-t-on celui qui ravit une chose de force, *improbis fur* (Instil., *pr.*, liv. IV, tit. II).

De l'action bonorum vi raptorum. — Bien que l'*improbis fur* fût tenu de l'action de vol, le prêteur a cru nécessaire d'introduire pour ce cas une action particulière, l'action *bonorum vi raptorum*, que la personne volée pouvait exercer au lieu de l'action *furti*.

Quand y a-t-il lieu à l'action bonorum vi raptorum ? — L'action *bonorum vi raptorum* n'est accordée qu'à deux

(1) Desjardins, p. 271 et suiv. — Comp. Code pénal, art. 380.

conditions : 1° qu'il y ait eu enlèvement avec violence (*hominibus coactis, bona rapta*) (1) ; 2° que cet enlèvement ait été fait à mauvaise intention (*dolo malo*).

Analogies entre l'action bonorum vi raptorum et l'action furti. — 1° L'action *bonorum vi raptorum*, comme celle de vol, implique le dol de l'agent (Instit., § 1, *eod.*). — 2° De même que l'action *furti*, l'action *bonorum vi raptorum* n'a lieu que pour les choses mobilières, et non contre l'envahissement par violence de fonds de terre ou d'autres immeubles (Instit., § 1, *eod.*). — 3° L'action *bonorum vi raptorum* appartient, comme celle de vol, aux personnes qui avaient intérêt à ce que la chose ne fût pas enlevée par violence (*ut intersit ejus eam non auferri*) ; par exemple, au locataire, au commodataire, au créancier gagiste, au dépositaire *qui culpam quoque promisit*. Seulement on accorde encore plus facilement l'action *bonorum vi raptorum* que l'action *furti* ; et tel dépositaire, qui n'aurait pas droit à l'action *furti*, obtient l'action *bonorum vi raptorum* (Instit., § 2, *eod.* ; L. 2, § 24, D., *Vi bonor. rapt.*, liv. XLVII, tit. VIII). — 4° De même que l'action de vol, l'action *bonorum vi raptorum* pénale, en partie du moins, ne se donne pas contre les héritiers du coupable. Seulement, si ces derniers ont retiré quelque profit du délit commis par leur auteur, ils seront tenus à la restitution de ce profit par une *condictio sine causa* (L. 2, § 27, D., *eod.*).

Différences entre l'action bonorum vi raptorum et l'action furti. — Ces deux actions diffèrent à plusieurs points de vue : relativement à leur origine, à leur nature, à leur qualité, à la manière dont se calcule le montant de la condamnation, au délai dans lequel elles doivent être intentées.

(1) Il n'y a pas à distinguer suivant que la violence a été exercée par un homme seul ou par plusieurs, avec ou sans armes. Comp. Code pén., art. 381 et suiv.

1° *Relativement à leur origine.* — L'action *furti* est édictée par la loi des Douze-Tables ; l'action *bonorum vi raptorum* a été introduite par le préteur (Instit., *pr.*, *eod.*).

2° *Relativement à leur nature.* — L'action *furti* est une action pénale, dont le but unique est de poursuivre contre le coupable la condamnation à une peine pécuniaire, sans préjudice de la restitution de la chose volée. L'action *bonorum vi raptorum* est une action *mixte*, c'est-à-dire à la fois pénale et persécutoire de la chose (Instit., *pr.*, *eod.*).

3° *Relativement à la quotité de la condamnation.* — Dans le cas de vol non manifeste, l'action se donne pour le *double* ; dans le cas où il y a eu *bona vi rapta* l'action se donne pour le *quadruple*, lors même que le délinquant n'aurait pas été pris en flagrant délit (*sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non*). Toutefois, la peine n'est en réalité que du triple, car dans le quadruple est comprise la poursuite de la chose (*sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit*). — C'est là d'ailleurs une différence entre l'action *bonorum vi raptorum* et l'action de vol *manifeste* dont le quadruple est purement pénal (*quadruplum autem totum pœna est*), et qui, en outre, donne une action pour poursuivre la chose ou pour en obtenir une fois de plus la valeur à titre de *rei persecutio* (Instit., *eod.*). — On voit par là que l'action *bonorum vi raptorum* offre au demandeur plus d'avantage que l'action *furti nec manifesti*, mais moins d'avantage que l'action *furti manifesti*. D'ailleurs, le demandeur est libre de choisir, suivant son intérêt et la nature du délit commis, l'action qui lui rapportera le plus. — Il est bon d'observer que, si le demandeur a commencé par intenter l'action *bonorum vi raptorum*, on lui refusera l'action *furti* (*deneganda est*) ; mais s'il a d'abord choisi l'action *furti*, on lui donnera l'action *bonorum vi raptorum*, seulement pour lui faire obtenir ce que cette dernière action contient

de plus que la première (*non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur*) (L. 1, D., *cod.*).

4° *Relativement à la manière dont se calcule le montant de la condamnation.* — Dans l'action *furti manifesti* ou *nec manifesti*, l'unité (*simplum*) que l'on multiplie par 2 ou par 4, est l'indemnité du préjudice que le vol a fait éprouver au demandeur (*quod actoris interfuit*), et non pas seulement la valeur réelle de l'objet enlevé. Dans l'action *bonorum vi raptorum*, au contraire, le quadruple se calcule sur la valeur réelle de l'objet enlevé (*verum rei pretium*), et non sur l'intérêt du demandeur (1) (L. 2, § 13, D., *ead.*).

5° *Relativement au délai dans lequel elles doivent être intentées.* — L'action *furti* est perpétuelle. L'action *bonorum vi raptorum* est, sous le rapport de la peine, annale (*intra annum quadrupli*). Après l'année, elle est donnée au simple (*post annum simpli*). Il en résulte qu'après l'expiration de l'année utile, le demandeur aurait plus d'intérêt à intenter l'action *furti* que l'action *bonorum vi raptorum* (Instit., *pr.*, *ead.*).

Quid, lorsqu'une personne enlève par violence une chose qu'elle croit lui appartenir? L'action *bonorum vi raptorum* implique, comme nous l'avons vu, une intention frauduleuse chez l'agent (*si dolo malo quisque rapuerit*). Par conséquent, il n'y a pas dans cette espèce de délit de *bonorum vi raptorum*. A plus forte raison, il n'y aurait pas de vol si la chose appartenait réellement à

(1) Sic, Ducaurroy, t. III, n. 1129; de Savigny, *Syst.*, t. V, append. XII, n. 12; Ortolan, t. III, n. 1740; de Fresquet, t. II, p. 236; Maynz, t. II, § 356, p. 439, texte et note 11; Labbé, à son cours. — Toutefois, Demangeat, t. II, p. 458, n'admet pas cette différence entre l'action *furti* et l'action *bonorum vi raptorum*. D'après notre savant maître, on doit prendre pour unité dans l'une et l'autre action le *verum rei pretium*, c'est-à-dire non pas seulement la valeur matérielle de la chose, mais encore l'intérêt que le demandeur avait à la conserver (L. 2, § 13, D., *Vi bonor. rapt.*, liv. XLVII, tit. VIII). Adde Didier-Pailhé et Tartari, p. 487; Desjardins, p. 301. — Comp. Accarias, t. II, n. 674, p. 646, note 2.

celui qui s'en est emparé avec violence. Mais, comme les voies de fait sont contraires à l'ordre public, et pour ôter tout prétexte aux violences, les constitutions des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius (L. 7, C., *Unde vi*, liv. VIII, tit. iv) ont édicté une peine contre quiconque enlèverait ou envahirait par violence une chose litigieuse, meuble ou immeuble, s'en crût-il même propriétaire (*licet suam eandem rem existimet*). — Si la chose appartenait réellement au ravisseur, il en perdait la propriété; si elle ne lui appartenait pas, il devait la restituer et, en outre, payer la valeur de la chose à titre de peine (Instit., § 1, *eod.*).

De l'action publique de la loi Julia de vi privata.

Au lieu de l'action *bonorum vi raptorum*, qui est une action privée (*judicium privatum*), le demandeur avait à sa disposition une accusation publique criminelle découlant de la loi *Julia* sur la violence (Instit., § 8, liv. IV, tit. xviii).

TITRE III

De la loi Aquilia.

Origine. — La loi *Aquilia* est un plébiscite rendu sur la proposition du tribun Aquilius, l'an de Rome 468 (1); elle avait pour objet la réparation d'un dommage causé injustement, c'est-à-dire *sans droit* et par une faute *etiam levissima*; elle n'exigeait pas l'intention frauduleuse (2). La loi *Aquilia* comprenait trois chefs (Instit., § 14, liv. IV, tit. iii).

(1) Les romanistes sont loin d'être d'accord sur la date de ce monument législatif; on a successivement proposé l'an 367, 468 et 528 de Rome. Nous préférons la seconde de ces dates que rend plus probable la paraphrase de Théophile.

(2) Comp. Code civ., art. 1382, 1383.

PREMIER CHEF DE LA LOI AQUILIA.

Objet du premier chef de la loi Aquilia. — Le premier chef de la loi *Aquilia* prévoit le cas où l'on a tué sans motif légitime (*injuria*) un esclave appartenant à autrui ou un quadrupède vivant en troupeau (*quæ pecudum numero sit*) également appartenant à autrui (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. III).

Quels animaux sont compris sous cette expression, — quadrupedem quæ pecudum numero sit? — La disposition de la loi *Aquilia* ne s'applique pas à tous les quadrupèdes en général, mais à ceux-là seulement qui vivent en troupeau ; tels que les chevaux, les mulets, les ânes, les brebis, les bœufs, les chèvres, les porcs ; elle ne s'applique donc pas aux animaux sauvages, ni aux chiens (Instit., § 1, *eod.*).

Qu'entend-on par injuria? — Tuer *injuria*, c'est tuer sans aucun droit (*qui nullo jure occidit*) ; or, on tue avec droit, lorsque l'on tue dans un cas de légitime défense. — Pour que la loi *Aquilia* soit applicable, il faut qu'il y ait dol ou tout au moins faute de la part de celui qui a tué. La faute aquilienne n'admet pas de degré et la plus légère même (*etiam levissima*), celle qui se rapproche le plus du cas fortuit, entraîne la responsabilité du délinquant ; de plus, elle ne consiste jamais dans une simple omission (*culpa in omittendo*), mais toujours dans une action, dans un fait préjudiciable à autrui (*culpa in committendo*) (1) (Instit., §§ 2, 3, *eod.*).

Les jurisconsultes romains donnent une série d'exemples qui montrent bien dans quels cas il y a dol ou faute du côté de l'auteur du meurtre, ou imprudence du côté

(1) Sic, Hasse, *Die culpa des röm. Rechts*, §§ 36, 37 ; Gæschen, *Vorles.*, t. II (2), § 592 ; Muhlenbruch, *Lehrb.*, t. II, § 353 ; Vangerow, *id.*, t. III, § 681, ann. 3, n. 11 ; Windscheid, *id.*, t. II, § 455, note 12 ; Accarias, n. 678, p. 663 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 495.

de la victime. Ainsi, un homme, en s'exerçant à lancer des javelots, perce un esclave qui passe. Y aura-t-il lieu à l'application de la loi *Aquilia*? On distingue : — Si l'accident est imputable à un militaire qui s'exerçait dans le Champ de Mars ou dans un autre endroit destiné à ces exercices, il n'y a point eu faute (*nulla culpa ejus intelligitur*) ; la peine de la loi *Aquilia* n'est pas encourue. — Si l'homicide a été commis par un non-militaire, ou même par un militaire dans un lieu non destiné aux exercices (*qui in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit*), il y a faute (*culpæ reus est*) ; la peine de la loi *Aquilia* est encourue (Instit., § 4, *eod.*).

De même, si un bûcheron, en abattant une branche du haut d'un arbre, tue un esclave qui passe près de l'arbre, on distingue : — ou l'arbre se trouvait sur un chemin public ou vicinal ; dans ce cas, si l'émondeur n'a pas crié gare *ut casus evitari possit*, il est en faute et tenu de la loi *Aquilia* ; s'il a crié et que l'esclave n'ait pas pris soin de se garer, il n'y a aucune faute (*extra culpam est*) et point d'action ; — ou bien, l'arbre était au milieu d'un champ ou d'un bois ; dans ce cas, l'émondeur qui n'aurait même pas crié gare n'a aucune faute à se reprocher, car personne n'avait le droit de passer par là (*quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi*) (Instit., § 5, *eod.*).

Pareillement, si un médecin, après avoir opéré un esclave, abandonne le soin de sa cure, et que l'esclave en meure, il y a faute qui donne lieu à l'application de la loi *Aquilia* (Instit., § 6, *eod.*).

Comme l'impéritie constitue une faute, le médecin qui a fait mourir un esclave en l'opérant mal, ou en lui administrant mal à propos un médicament, est responsable de cette mort (Instit., § 7, *eod.*).

De même du muletier qui, par inexpérience ou par faiblesse, n'aurait pas su retenir l'impétuosité de ses mules (Instit., § 8, *eod.*).

Mais les déments et les enfants, incapables de dol et de faute, ne sont point passibles de la loi *Aquilia* (L. 5, § 2, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. II).

Quel est le montant de la condamnation portée par le premier chef de la loi *Aquilia* ? — Le montant de la condamnation doit représenter la plus haute valeur que l'esclave ou le quadrupède aura eue dans l'année (Instit., *pr.*, *eod.*). Il en résulte que si, par exemple, au moment du meurtre, l'esclave était boiteux, manchot ou borgne, et que, dans l'année, il ait été sans infirmité ou même d'un grand prix, celui qui l'a tué est obligé de payer non pas la valeur de l'esclave au moment du meurtre, mais sa plus haute valeur dans l'année. C'est ce qui a fait considérer l'action de la loi *Aquilia* comme pénale, puisqu'on n'y est pas tenu seulement du dommage qu'on a causé, mais quelquefois bien au delà. Aussi cette action n'est-elle pas donnée contre les héritiers du délinquant, comme cela aurait eu lieu si la condamnation n'avait jamais dû dépasser le dommage (Instit., § 9, *eod.*). Cependant, comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, les héritiers du délinquant seront tenus jusqu'à concurrence du profit qu'ils auront personnellement retiré du délit commis par leur auteur.

De plus, les Prudents ont décidé, non d'après les termes de la loi, mais par interprétation (*non ex verbis legis, sed ex interpretatione*), qu'il faut prendre en considération non seulement la valeur matérielle de la chose (*perempti corporis aestimationem*), mais en outre tout le préjudice qui résulte de ce que la chose a péri (*sed eo amplius quicquid præterea perempto ex corpore damni nobis allatum fuerit*). Par exemple, si votre esclave, institué héritier, est tué par quelqu'un avant qu'il ait fait adition par votre ordre, il est constant qu'on devra vous tenir compte également de la perte de cette hérédité. De même, si l'on vous a tué l'une des deux mules qui faisaient la paire, l'un des quatre chevaux d'un quadrigé,

ou enfin l'un des esclaves d'une troupe de comédiens, on n'estime pas seulement la chose perdue, mais on doit aussi faire entrer en compte la dépréciation de ce qui reste (Instit., § 10, *cod.*).

De l'action de la loi Cornelia de sicariis. — Outre l'action de la loi *Aquilia* qui punissait le meurtre d'un esclave d'une peine pécuniaire, le maître pouvait diriger contre le meurtrier une accusation criminelle, en vertu de la loi *Cornelia de sicariis* (Instit., § 11, *cod.*).

DEUXIÈME CHEF DE LA LOI AQUILIA

Objet de ce second chef. — Le second chef de la loi *Aquilia*, entièrement ignoré par les interprètes modernes jusqu'à la découverte des Institutes de Gaïus, permettait au stipulant ou à ses héritiers de poursuivre l'adstipulateur qui, au lieu d'exiger le bénéfice de la stipulation, avait détruit la créance en libérant le débiteur frauduleusement au moyen d'une acceptilation (*qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*) (1) (Gaïus, C. III, § 215).

Quel était le montant de la condamnation portée par ce second chef? — L'action de la loi *Aquilia* était donnée contre l'adstipulateur jusqu'à concurrence de la somme dont il avait fait remise (*quanti ea res esset, tanti actio constituitur*) (Gaïus, *ibid.*). Mais on peut se demander à quoi servait cette action de la loi *Aquilia* qui donnait le même résultat que l'action du mandat et ne pouvait pas se cumuler avec elle? Elle ne présentait d'utilité qu'en un point, à savoir, que la condamnation était au double contre l'adstipulateur, au cas de dénégation de sa part (*nisi quod ea lege adversus inficiantem in duplum agitur*) (Gaïus, C. III, § 216; Instit., § 1, liv. IV, tit. XVI).

(1) Voy., en ce qui concerne l'adstipulateur, *suprà*, liv. III, tit. XIX, p. 497.

L'*adstipulatio* n'avait plus lieu sous Justinien. Aussi les Institutes ne font-elles mention de ce second chef de la loi *Aquilia* que pour dire qu'il n'est plus en usage (Instit., § 12, liv. IV, tit. III).

TROISIÈME CHEF DE LA LOI AQUILIA

Objet du troisième chef de la loi Aquilia.

Le troisième chef de la loi *Aquilia* prévoit les blessures faites aux esclaves et aux animaux allant en troupeaux (*quæ pecudum numero sunt*), et la mort ou les blessures occasionnées aux autres animaux qui ne vont pas en troupeaux (*quæ pecudum numero non sunt*), par exemple, à un chien ou à une bête sauvage. Ce troisième chef punit encore tout dommage causé à tort sur toutes autres espèces d'animaux et sur toutes sortes de choses inanimées. En effet, c'est l'action établie par ce troisième chef qu'on donne contre celui qui brise, brûle, détériore d'une façon quelconque les objets appartenant à autrui. Ainsi, par exemple, serait passible de ce chef de la loi *Aquilia*, celui qui mêlerait au vin ou à l'huile d'autrui des substances propres à en altérer la bonté naturelle (1) (Instit., § 13, *eod.*).

Quel est le montant de la condamnation portée par le troisième chef de la loi Aquilia ? — Le montant de la condamnation doit représenter la plus haute valeur que la chose ait eue, non pas dans l'année, mais dans les trente jours qui précèdent le jour du délit (Instit., §§ 14, 15, *eod.*).

Observations communes au premier et au troisième chefs de la loi Aquilia.

Première observation. — La loi *Aquilia* ne donnait l'action en réparation du dommage qu'au propriétaire de la chose endommagée. Mais on a reconnu que d'autres

(1) Comp. Code pén., art. 423; Loi, 27 mars 1851.

personnes que le propriétaire pouvaient avoir à souffrir du même dommage ; par exemple, l'usufruitier, le possesseur de bonne foi en train d'usucaper, le créancier gagiste, etc. Ces personnes n'avaient pas l'action *directe* de la loi *Aquilia* ; seulement la jurisprudence a étendu à ces divers intéressés l'action de la loi *Aquilia* qu'elle leur a accordée sous forme d'action *utile* (L. 11, §§ 8, 10, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. 11).

Deuxième observation. — La loi *Aquilia* ne prévoyait que l'hypothèse d'un dommage matériel causé par le contact d'un corps sur un autre corps, *corpore et corpori* ; par exemple, on a poussé du haut d'un pont ou d'une rive dans le fleuve l'esclave d'autrui qui s'y est noyé ; dans ce cas le dommage a été causé par un corps à un autre corps ; il y a lieu à l'action *directe* de la loi *Aquilia* (Instit., § 16, *eod.*).

Mais le dommage a pu être causé à un corps sans que ce fût par un corps ; — ou même il a pu n'être causé ni à un corps ni par un corps.

1° Le dommage a été causé *corpori, sed non corpore* ; par exemple, on enferme un esclave ou un animal qui vous appartient de manière à le faire mourir de faim, ou on effarouche si bien un animal de votre troupeau, que l'animal s'est jeté dans un précipice, etc. Il y a, dans ces hypothèses, un dommage causé à un corps, mais non point *par* un autre corps. On ne se trouve plus dans les termes directs de la loi *Aquilia*. Toutefois l'équité a voulu que l'on étendît à ces cas la peine prononcée par la loi *Aquilia*. Ce résultat était obtenu par l'action *utile* accordée par analogie de l'action directe (*utilis actio in eum datur*) (Instit., § 16, *eod.*).

2° Le dommage a été causé *non corpore, neque corpori* ; par exemple, un esclave avait été enchaîné par son maître ; un passant touché de pitié le détache, et l'esclave s'enfuit. Pour le maître il y a un dommage, mais ce n'est pas un dommage matériel (*corpori*). On ne se

trouve plus ni dans les termes, ni même dans l'esprit de la loi *Aquilia*. Aussi le demandeur n'aura ni l'action directe ni l'action utile de cette loi ; il ne pourra agir contre le délinquant que par une action *in factum* (1) (Instit., § 16, *eod.*).

Observations communes aux trois chefs de la loi *Aquilia*.

Les condamnations prononcées par les divers chefs de la loi *Aquilia* étaient tantôt *au simple* et tantôt *au double*.

Il y avait condamnation au simple, lorsqu'il y avait de la part du défendeur aveu complet du fait préjudiciable qui lui était imputé. Ce qui ne l'empêchait pas de contester, s'il le jugeait convenable, l'importance du dommage causé (Instit., § 19, liv. IV, tit. vi).

Il y avait condamnation au double, lorsqu'il y avait de la part du défendeur dénégation des faits qui lui étaient imputés. C'était une punition de sa mauvaise foi (Instit., § 1, liv. IV, tit. xvi).

TITRE IV

Des injures.

Différents sens du mot *injuria*.

Dans un sens général, le mot *injuria* signifie tout acte contraire au droit (*omne quod non jure fit*).

(1) Les interprètes ne sont pas d'accord sur la nature et les caractères de cette action *in factum*. — Les uns prétendent qu'elle n'est autre que l'action générale *in factum*, absolument étrangère à la loi *Aquilia*. Sic, Ortolan, t. III, n. 1976, p. 552, note 1 ; Ducaurroy, t. III, n. 1138 ; Etienne, *Instit. de Just.*, t. II, p. 298 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 499 ; Accarias, t. II, n. 684, p. 677, note 1. — D'autres lui attribuent les caractères particuliers de l'action directe *Aquilienne*. Sic, Demangeat, t. II, p. 473 et 474 ; Maynz, t. II, § 356, p. 442, texte et note 16 ; Namur, 2^e édit., § 342, p. 108 ; Van Wetter, t. II, § 490, p. 211.

Dans un sens plus restreint, le mot *injuria* comprend trois acceptions différentes. Il veut dire : — 1° faute, en grec ἀδίκημα, comme dans la loi *Aquila*, lorsqu'on dit dommage causé *injuria*; — 2° injustice ou iniquité de la part d'un magistrat ou d'un juge qui a rendu une sentence contraire au droit, en grec ἀδικία; — 3° offense, outrage, atteinte portée à l'homme dans son honneur, dans sa considération, dans sa dignité (*contumelia*), en grec ὕβρις.

Nous prenons dans ce chapitre le mot *injuria* comme synonyme de *contumelia*, c'est-à-dire d'outrage, d'offense (Instil., *pr.*, liv. IV, tit. iv).

De quoi peut résulter l'injure ? — L'injure peut résulter de faits, de paroles, d'écrits, de gestes, etc. (1). Ainsi, il y a injure, lorsqu'on frappe un homme à coups de poing ou de bâton; lorsqu'on lui fait une scène (*convicium*); lorsqu'en son absence on se fait envoyer en possession de ses biens, sous prétexte qu'on est son créancier; lorsqu'on fait courir contre lui, pour le déshonorer, une chanson ou un libelle (*carmen famosum*); lorsqu'on affecte de suivre une mère de famille (*matrem familias*), un jeune homme ou une jeune fille portant encore la robe prétexte, etc., etc. (Instil., § 1, *eod.*).

Conditions constitutives du délit d'injure. — Le délit d'injure suppose les deux conditions suivantes : — 1° de la part de l'auteur de l'injure, une intention coupable, la volonté d'outrager (*dolo malo fecit*). Nul, en effet, ne commet une injure sans le savoir (*nisi qui scit se injuriam facere*) (L. 3, § 2, D., *De injur.*, liv. XLVII, tit. x); — 2° de la part de celui à qui s'adresse l'injure, un sentiment de l'offense. Il résulte que si la personne injuriée a dédaigné l'injure et ne s'est pas sentie blessée, il n'y a pas délit d'injure (Instil., § 12, *eod.*).

(1) Comp. Code pén., art. 376, 471, § 11; LL. 17-26 mai 1819.

Combien de personnes peuvent être injuriées à l'occasion d'une seule injure ? — On peut faire injure non-seulement à celui qui est l'objet direct de l'outrage, mais indirectement à celui qui exerce une puissance sur cette personne. Ainsi, lorsqu'on injurie un fils de famille, le père a deux actions distinctes, l'une de son chef pour l'injure indirecte à lui faite, l'autre du chef de son fils pour l'injure faite à ce dernier. L'offense dirigée contre une femme mariée blesse la femme et le mari; le mari reçoit l'offense lors même qu'il n'aurait pas sur la femme la *manus*. D'où il résulte que, lorsqu'une offense est dirigée contre une femme mariée, il peut y avoir quatre personnes offensées, savoir : 1° la femme ; 2° le père de famille sous la puissance duquel se trouve la femme ; 3° le mari ; 4° et si le mari est un fils de famille, le père de famille du mari (Gaius, C. III, § 221 ; Instit., § 2, *eod.*). Autant il y a de personnes offensées, autant de fois l'action *injuriarum* peut être intentée, et autant il y aura de condamnations distinctes.

Quid de l'injure faite à un esclave ? — Dans la rigueur du droit civil romain, l'esclave n'est pas une personne juridique (*caput non habet*) ; il n'a ni réputation ni honneur à sauvegarder ; par conséquent, il ne peut pas être personnellement offensé par une injure (*nulla injuria fieri intelligitur*). Mais l'injure adressée à un esclave peut rejaillir contre le maître. Dans ce cas le maître n'a qu'une seule action, en son nom personnel, et non *nomine servi*. — Il est bon d'observer que toute injure adressée à un esclave n'atteint pas le maître. Il faut, pour faire naître l'action d'injure au profit de ce dernier, que l'injure ait été grave et faite dans l'intention évidente d'humilier le maître. Par exemple, on a outragé l'esclave d'autrui par des paroles offensantes ; on lui a même donné un coup de poing ; il n'y a pas là injure grave (*atrox*), le maître n'aura point d'action. Mais si on frappe de verges outre mesure cet esclave

(*atrociter verberaverit*), il y a là injure grave, offense faite au maître, action accordée contre le délinquant (Instit., § 3, *eod.*).

Le préteur a apporté un tempérament au principe du droit civil qui consistait à dire que *servis ipsis nulla injuria intelligitur*. Il a admis que dans certains cas l'esclave pourrait être considéré comme atteint par l'injure ; il lui a donné en conséquence une action qui devait être exercée par son maître. Le maître avait alors une double action contre l'auteur de l'injure, l'une *nomine servi* pour l'injure faite à l'esclave, l'autre *nomine suo* pour l'injure à lui faite dans son esclave. Pour fixer le montant de la condamnation à raison de l'injure faite à l'esclave, on avait égard à l'emploi que cet esclave tenait de l'estime de son maître (Instit., § 7, *eod.* ; L. 15, §§ 34, 35, 44, 48, D., *De injur.*, liv. XLVII, tit. x).

Quid de l'injure faite à un esclave appartenant à plusieurs maîtres? — Dans le cas où l'esclave appartient à plusieurs maîtres (*servus communis*), l'action est donnée à tous les maîtres non pas en proportion de leurs droits sur l'esclave, mais en raison de la considération personnelle de chacun. Car c'est leur personne qui est injuriée dans l'esclave (Instit., § 4, *eod.*). — Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'action *prétorienne*, donnée *nomine servi*, le bénéfice de l'action se divise entre chacun des maîtres, proportionnellement aux droits de chacun dans la propriété de l'esclave.

Quid de l'injure faite à un esclave appartenant en nue propriété à une personne, et en usufruit à une autre? — Quand l'esclave appartient en nue propriété à une personne et en usufruit à une autre, on présume que le propriétaire a été injurié plutôt que l'usufruitier. Toutefois l'action d'injure appartiendrait à l'usufruitier, si l'injure était évidemment dirigée contre la personne de ce dernier (Instit., § 5, *eod.*).

Ce qui est dit de l'usufruitier s'applique au posses-

seur de bonne foi de l'esclave d'autrui. C'est, en effet, le véritable maître de cet esclave qui aurait l'action d'injure à défaut par le possesseur de prouver que l'injure a été faite à son adresse (Instit., § 6, *eod.*).

Quant à l'action *prétorienne*, donnée *nomine servi*, elle appartient toujours au propriétaire, et jamais à l'usufruitier ni au possesseur de bonne foi.

Quid de l'injure faite à un homme libre possédé de bonne foi comme esclave ? Il faut distinguer : si l'injure s'adresse à l'homme libre seul, le possesseur de bonne foi n'aura pas d'action. Au contraire, si l'injure est manifestement dirigée contre le possesseur de bonne foi dans la personne de l'homme libre, tous deux ont une action personnelle; il y aura une double condamnation (Instit., § 6, *eod.*).

Contre qui est donnée l'action d'injure ?

L'action d'injure est donnée non seulement contre l'auteur de l'injure, par exemple contre celui qui a frappé (*qui percussit*); mais encore contre l'instigateur de l'injure, contre le complice qui méchamment a fait ou s'est arrangé pour faire frapper (*qui dolo fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugno percuteretur*) (Instit., § 11, *eod.*).

Quelle est la peine de l'injure ?

La loi des Douze-Tables fixait une peine tantôt corporelle, tantôt pécuniaire. — La peine corporelle était la peine du talion, pour un membre rompu (*propter membrum ruptum*). — La peine pécuniaire pour un os brisé (*propter os fractum*) s'élevait à 300 as, lorsque le délit avait été commis contre une personne libre, et à 150 as, s'il avait été commis contre un esclave. Quant aux autres injures, elles étaient punies d'une amende de 25 as. Il est probable que l'as valait 5 centimes de notre monnaie. Ces peines pécuniaires avaient paru suffisantes à cause de la rareté du numéraire chez les anciens (Gaius, C. III, §§ 223, 224 ; Instit., § 7, *eod.*).

Le *préteur* substitua à ces pénalités une réparation

pécuniaire plus efficace. Il permit à la personne injuriée de fixer elle-même, sous serment, l'estimation de la peine. Le juge avait toutefois un pouvoir discrétionnaire pour condamner le coupable à payer le montant intégral de l'estimation ainsi faite, ou pour modérer la somme et réduire les prétentions du demandeur. Le juge, relativement à la détermination de la peine, devait prendre en considération la gravité de l'injure et la qualité de la personne offensée (Gaius, C. III, § 224 ; Instit., *ibid.*).

La loi *Cornelia*, probablement la loi *Cornelia de siccariis*, rendue sous la dictature de Sylla, introduisit une nouvelle action d'injure pour trois cas limitativement déterminés (*ex tribus causis*), savoir : — pour avoir été poussé (*pulsatum*), — frappé (*verberatum*), — et pour violation de domicile (*domumve suam vi introitum esse dicat*). D'après cette loi, ce n'était pas le demandeur qui estimait lui-même le montant de l'indemnité, mais le juge à la sagesse duquel était abandonnée l'évaluation de la peine (Instit., § 8, *eod.*).

Des diverses espèces d'injures.

On distingue les injures en injures *simples* et en injures *atroces*.

Dans quels cas il y a injure atroce. — L'injure est atroce (*atrox*) à raison soit des faits, soit du lieu, soit de la personne, soit de la partie du corps où la blessure a été faite : — à raison des faits (*ex facto*), si, par exemple, quelqu'un a été blessé ou frappé de verges ; — à raison du lieu (*ex loco*), si, par exemple, c'est au théâtre, au forum ou au prétoire qu'il a été injurié ; — à raison de la personne (*ex persona*), si, par exemple, l'injure a été faite à un magistrat, à un sénateur, à un ascendant, à un patron par ses enfants ou ses affranchis ; — à raison de la partie du corps où la blessure a été faite (*locus vulneris*), si, par exemple, on a été blessé à l'œil (*veluti si in oculo quis percusserit*) (Instit., § 9, *eod.*).

Quel est l'intérêt de cette distinction ? — Cette distinction

offre de l'intérêt à deux points de vue principaux : — 1° Au point de vue de la naissance et de la concession de l'action. Ainsi, l'injure adressée à un esclave ne rejaillit contre le maître que si elle est atroce (Instit., § 3, *eod.*). L'injure doit également être atroce pour que l'action d'injure soit accordée à un affranchi contre son patron, ou à un fils hors de puissance contre son père. (L. 7, §§ 2, 3, D., *De inj.*, liv. XLVII, tit. x). — 2° Au point de vue de la condamnation. Quand l'injure est atroce, la condamnation est plus forte (Paul, *Sent.*, § 22, liv. V, tit. iv).

Action criminelle contre l'injure. — La personne injuriée pouvait intenter contre le délinquant une accusation criminelle (*criminaliter agere*). — Il est bon d'observer qu'il n'y avait pas, au cas d'injure, cumul de l'action privée et de l'action criminelle, l'une excluait l'autre. C'était à la personne injuriée qu'il appartenait de choisir (Instit., § 10, *eod.*).

En règle générale et spécialement en matière d'injure, il fallait, dans une accusation au criminel, comparaître en personne. Cependant une constitution de Zénon (L. 11, C., *De inj.*, liv. IX, tit. xxxv) a permis aux *viris illustribus* et à ceux qui ont encore une dignité supérieure d'intenter l'action d'injure et d'y défendre au criminel même par procureur (Instit., *ibid.*).

Extinction de l'action d'injure. — L'action d'injure s'éteint de trois manières : par le pardon, par l'oubli, par la mort. — 1° Par le pardon, qui s'induit de certaines circonstances. Aussi un simple pacte suffit-il pour éteindre *ipso jure* l'action d'injure (L. 17, § 1, D., *De pact.*, liv. II, tit. xiv). — 2° Par l'oubli, qui se présume toutes les fois qu'un an s'est écoulé sans poursuite (L. 17, § 6, D., *De inj.*, liv. XLVII, tit. x). — 3° Par la mort soit de l'auteur de l'injure, soit de la personne injuriée. Cette action ne passe aux héritiers que lorsqu'il y a eu *litis contestatio* (L. 13, *pr.*, D., *eod.*).

TITRE V

Des obligations qui naissent comme d'un délit.

Quand les obligations naissent comme d'un délit. — Toutes les fois que le fait producteur du lien de droit était illicite et dommageable à autrui, mais non prévu, ni réprimé par une loi particulière, il n'y avait point délit (1). On disait alors que l'obligation était née *quasi ex delicto*, comme s'il y avait eu un délit; d'où nous avons fait dans le langage moderne *quasi-délit*. Le préteur accordait contre le délinquant une action *in factum*.

Diverses hypothèses d'obligations nées comme d'un délit.

Les Institutes citent comme exemples : — 1° le cas où le juge a fait le procès sien ; — 2° le cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a porté préjudice à autrui ; — 3° le cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique ; — 4° le cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge ou dans une écurie.

1° Cas où le juge a fait le procès sien.

Le juge faisait le procès sien (*litem suam facit*), toutes les fois que, sans commettre un délit qualifié, il avait soit par faveur, soit par inimitié ou par corruption, soit même par ignorance, rendu une sentence inique. Celui des plaideurs qui souffrait ainsi de la faute du juge pouvait exercer contre lui un recours, et le prendre directement à partie, alors même que la sentence inique fût susceptible d'être réformée par la voie de l'appel, ou pût être considérée comme radicalement nulle (Inst., *pr.*, liv. IV, tit. v).

Le juge qui a fait le procès sien était condamné à

(1) Comp. Van Wetter, t. II, § 495, p. 214 ; Accarias, t. II, n. 665, p. 618, note 2.

payer à la partie la véritable estimation du procès apprécié équitablement par un autre juge (Instit., *ibid.*). Le chef de famille ne saurait être déclaré responsable, en pareille matière, de la faute de son fils juge (Instit., § 2, *eod.*). Cette action ne se donnait pas contre les héritiers (L. 16, D., *De judic.*, liv. V, tit. 1).

2° Cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a porté préjudice à autrui.

Il faut supposer qu'un objet qui a été jeté ou répandu d'en haut sur la voie publique a causé un préjudice à un passant. Si l'on ne peut pas connaître l'auteur du délit, le chef de famille qui habite l'appartement, soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit gratuitement, est responsable du fait des personnes qui composent sa famille ou des gens qui sont à son service. Il est obligé *quasi ex delicto* en vertu d'une action pénale accordée par le préteur. — Il est bon de remarquer que, si le chef de famille avait lui-même jeté ou répandu les objets qui ont causé le dommage, il serait tenu non pas *quasi ex delicto*, mais bien *ex delicto* par l'action de la loi *Aquiliana*.

Montant de l'indemnité. — L'action prétorienne *in factum* était donnée pour le double du dommage causé lorsque l'objet avait atteint un esclave ou une chose. S'il avait atteint et tué un homme *libre*, il y avait lieu à une action populaire (c'est-à-dire appartenant à quiconque pouvait postuler), dont le montant était fixé à 50 écus d'or ; si enfin il n'avait fait que blesser un homme *libre* (*si vero vivet, nocitumque ei dicetur*), l'évaluation de la peine était abandonnée à l'équité du juge, qui devait faire entrer en ligne de compte les frais de médecin, et autres dépenses nécessitées par la maladie, ainsi que la perte occasionnée par l'incapacité de travail (Instit., § 1, *eod.*).

3° Cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique.

Le fait seul d'avoir posé ou suspendu ou d'avoir souffert qu'on posât ou qu'on suspendît au-dessus de la voie publique un objet dont la chute était de nature à nuire aux passants, donnait lieu contre celui qui occupait l'appartement à une action populaire de 10 écus d'or, alors même que l'objet n'était pas tombé, et qu'il n'était résulté aucun dommage (Instit., § 1, *eod.*).

Observation. — Dans les deux paragraphes précédents, si le dommage était causé par un fils de famille, l'action n'était donnée contre le père de famille qu'autant que le fils habitait avec son père la même maison (Instit., § 2, *eod.*). Si le fils occupait un appartement indépendant, le père de famille n'était tenu ni *de peculio*, ni *noxaliter* ; le fils seul était tenu (L. 1, § 8, D., *De his qui eff.*, liv. IX, tit. III).

4° Cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge ou dans une écurie.

Le maître d'un navire, d'une auberge ou d'une écurie était tenu *quasi ex delicto* pour les vols ou dommages commis au préjudice des voyageurs non par lui-même, mais par quelqu'un qu'il employait au service du navire, de l'auberge ou de l'écurie. Car on le considérait comme étant en faute d'avoir chez lui de malhonnêtes gens (1). On donnait alors au voyageur une action prétorienne *in factum* qui entraînait, contre le maître du navire, de l'auberge ou de l'écurie, une condamnation au double. Cette action passait aux héritiers de celui qui avait souffert le dommage, mais non contre les héritiers de celui qui en était tenu. Du reste, la personne lésée ne pouvait pas tout ensemble poursuivre l'auteur direct du délit et le maître ; elle devait choisir (2) (Instit., § 3, *eod.*).

Si c'était le maître même qui avait commis le délit,

(1) Conf. Code civ., art. 1384, 1953, 1954.

(2) Desjardins, *Vol*, nos 209 et suiv.

il était tenu, suivant les cas, de l'action de vol, ou de l'action de la loi *Aquiliana*.

TITRE VI

Des actions.

Diverses significations du mot action. — Le mot *action* avait en droit romain plusieurs significations distinctes, Il désignait : — 1° la faculté de recourir à l'autorité publique afin de faire reconnaître à son profit un droit convenu, ou de faire protéger un droit contesté par des tiers ; ainsi s'explique la définition des Institutes : *actio est jus persequendi iudicio, quod sibi debetur* (1) (*pr.*, liv. IV, tit. vi) ; — 2° Le moyen pratique, la procédure, la forme à l'aide de laquelle on obtenait de l'autorité publique la reconnaissance ou la protection de son droit. C'était surtout, dans ce dernier sens, que le mot *action* était employé par les jurisconsultes romains.

DES DIVERS SYSTÈMES DE PROCÉDURE SUCCESSIVEMENT EN USAGE A ROME.

Le droit romain présente trois systèmes d'actions privées ou de procédure civile bien distincts : celui des *actions de la loi*, celui des *formules* et enfin le système des *jugements extraordinaires* (*cognitiones extraordinariæ*).

Caractère commun de la procédure par les actions de la loi, et de la procédure par les formules. — Le caractère commun à ces deux systèmes de procédure, caractère qui les distinguait des *cognitiones extraordinariæ*, c'était

(1) Cette définition des Institutes a été, de la part de Namur, *Cours d'Instit.*, 2^e édit., t. II, § 498, p. 302, l'objet de judicieuses critiques.

la division de la procédure en deux phases distinctes : — la première phase s'accomplissait devant le magistrat. Les parties étaient alors *in jure*; — la seconde avait lieu devant le juge. On disait que les parties se trouvaient *in judicio*. La loi des Douze-Tables suppose comme préexistante cette distinction entre le *jus* et le *judicium*, d'où il résulte qu'elle existait dans les temps les plus reculés (1).

Des magistrats.

A l'origine de Rome, les rois nous sont représentés comme les magistrats chargés de la *jurisdictio*, c'est-à-dire du soin de rendre la justice, d'appliquer les principes du droit au règlement des différends entre particuliers. Après eux vinrent les consuls (2) jusqu'en 387 de Rome, époque à laquelle fut instituée la préture (3)

(1) Cette procédure s'appelait *ordo judiciorum privatorum*; et les procès, poursuivis par cette voie, *judicia ordinaria*, Voy. de Keller, *des Actions*, traduct. de Ch. Capmas, p. 3; Van Wetter, t. I, § 108, p. 180.

(2) C'était au pontife, désigné chaque année pour procéder aux affaires privées, qu'appartenait en fait le pouvoir judiciaire dont les consuls étaient investis. Seul il possédait le secret des formules d'action et l'art d'interpréter et d'appliquer la loi; c'est par lui que s'exerça, durant le quatrième siècle de Rome, de la façon la plus directe, l'influence sacerdotale sur le droit civil et la procédure des Romains. Faure, *Essai hist. sur le préteur rom.*, p. 17. V. aussi Accarias, t. II, n. 734.

(3) Sic, Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de Golbéry, t. II, p. 53; Zimmermann, *Tr. des act.*, trad. d'Étienne, p. 6, 10, 24 et 25; Étienne, *Instit. de Just.*, t. II, p. 315 et suiv.; Mommsen, *Hist. rom.*, t. II, p. 132, note 1, et p. 133, note 2; Domenget, *Institut. de Gaius*, p. 458, note 1; Bonjean, *Tr. des act.*, §§ 40, 72; Giraud, *Introd. aux élém. du dr. rom.*, p. 19; de Fresquet, *Tr. élém. de dr. rom.*, t. I, p. 53; Ortolan, t. III, n. 1849; Demangeat, t. II, p. 542; Alb. Desjardins, sur Latreille, *Rev. prat. de dr. franç.*, t. XXX, p. 90 et 91; Van Wetter, t. I, § 109, p. 181; de Keller, *Des actions*, § 1, p. 1, traduct. de Ch. Capmas; Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 187 (édit. 1846); Rivier, *Introduit. histor. au dr. rom.*, § 15, p. 83; Willems, *Dr. publ. rom.*, 3^e édit., p. 35, texte et note 6; Ihering, trad. de Meulenaere, t. III, § 47, p. 93; Faure, *op. cit.*, p. 1; Accarias, *loc. cit.* — Toutefois, l'opinion contraire a été soutenue par Latreille dans un livre remarquable par une puissante originalité. D'après ce savant auteur (*Hist. des Instit. judic. des Rom.*, t. I, n. 20-28), les rois et les consuls n'ont jamais, en principe, prononcé sur les contestations civiles et dit le droit au regard des

(Cicéron, *De republic.*, ch. v, § 2). Le préteur fut d'abord un magistrat unique. Mais, dès les premières années du sixième siècle, on institua, pour les contestations entre étrangers et entre citoyens et étrangers, le *préteur pérégrin* (1), par opposition au préteur qui, chargé de statuer entre citoyens romains, prit, dès ce moment, le nom de *préteur urbain* (2). Plus tard, on créa des préteurs spéciaux pour certaines classes d'affaires, par exemple, les *préteurs tutélaire* (3) et *fidéicommissaire* (4). A côté des préteurs, les deux édiles curules furent investis d'une juridiction spéciale, en matière de ventes d'esclaves et d'animaux, et généralement en matière de règlement de police (5).

Dans les provinces, les proconsuls ou gouverneurs exerçaient la juridiction. Ils avaient même des attributions plus larges que celles des préteurs qui n'étaient investis que d'une partie de l'*imperium*, celle appelée *imperium mixtum* qui leur était nécessaire pour assurer l'exécution de leurs sentences. Au contraire, les proconsuls et les gouverneurs des provinces étaient investis de l'*imperium* dans toute son étendue, de cet *imperium* qu'on appelait *merum*, et qui n'était autre que le commandement, la puissance publique armée de tous les pouvoirs nécessaires pour le maintien de l'ordre selon la loi. A côté des gouverneurs figuraient les questeurs, investis d'une juridiction spéciale, analogue à celle des édiles curules.

Quant aux magistrats inférieurs des cités reconnues

litiges privés, si ce n'est par abus de pouvoir ou en vertu du consentement des parties.

(1-2) Consult. Faure, *Essai hist. sur le préteur rom.*, p. 90 et suiv., 92 et suiv.; Rodière, *Mémoire sur le préteur pérégrin*, Académie de législ. de Toulouse, 1868, p. 421 et suiv.

(3) Mommsen, t. II, p. 216, note 4; Labatut, *Hist. de la préture*, p. 113-115.

(4) Mommsen, *op. cit.*, p. 97; Labatut, *op. cit.*, p. 108-111. — Voy. aussi *supra*, liv. II, tit. xxiii, p. 311.

(5) Consult., sur l'*édit des édiles*, Labatut, *Rev. gén. du droit*, 1879, p. 5 et suiv., 242 et suiv., 349 et suiv.

libres (*liberæ civitates*), ils exerçaient bien la *jurisdictio* : mais ils n'étaient investis d'aucune partie de l'*imperium*, pas même de l'*imperium mixtum* (1).

Le magistrat se bornait à organiser le procès ; il écoutait les parties dans leurs réclamations et déterminait le point exact du litige. Après avoir posé les questions à juger, il renvoyait les parties devant un juge, chargé d'entendre les raisons alléguées de part et d'autre et de prononcer la sentence. Ce dernier connaissait donc de l'affaire en droit et en fait (2).

Des Juges.

Il y avait deux sortes de juges : les uns formaient un tribunal permanent, c'étaient le collège des pontifes (3), celui des décemvirs (4) et celui des centumvirs ; les autres étaient choisis pour une affaire spéciale (tantôt un

(1) Voy. De Keller, *op. cit.*, p. 5 et suiv. ; Van Wetter, t. I, § 109, p. 182 ; Latreille, t. I, n. 14 et suiv. ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 733.

(2) *Sic*, Bonjean, *Tr. des actions*, §§ 23 et 231 ; Puchta, *Instit.*, t. II, § 150, 153 ; Rudorff, *Röm. rechtsg.*, t. II, § 1, note 6 ; de Keller, *Der röm. civilproc.*, § 1, texte et note 8 ; Walter, *Gesch. des röm. rechts*, t. II, n. 696 et 720 ; Bethmann-Holweg, *Der röm. civilproc.*, t. I, § 26, p. 69 et suiv. ; Van Wetter, t. II, § 108, p. 180 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 734 ; Bekker, *Die action. der röm. priv.*, p. 18 ; Faure, p. 73, note 122. — *Contra*, Zimmern, *Der röm. civilproc.*, § 1 ; Maynz, t. I, § 129 ; Namur, t. II, § 488.

(3) L'accord n'est point fait entre les commentateurs sur la question de savoir si les pontifes étaient investis des pouvoirs nécessaires pour juger en matière civile. Nous croyons qu'à l'origine le collège des pontifes a dû constituer un tribunal de droit commun ; peu à peu, et avec la décroissance de l'influence sacerdotale, le rôle des pontifes s'est amoindri et a fini par se limiter aux affaires dans lesquelles un intérêt religieux se trouvait directement engagé. Puchta, *Instit.*, t. I, p. 83, 84, note y ; Ihering, trad. de Meulenaere, t. I, p. 293-301 ; Leist, *Vers. ein gesch.*, p. 8 ; Bouché-Leclercq, *les Pontifes de l'ancienne Rome*, p. 220 ; Accarias, t. II, n. 736 ; Faure, *op. cit.*, p. 17. — *Contra*, Rubino, *Recherches sur la constitution de Rome*, p. 225 ; Mommsen, *Röm. staatsr.*, t. II, p. 45, note 4.

(4) L'existence des décemvirs, comme juridiction de droit privé, ne saurait être mise en doute. Toutefois les documents ne nous permettent pas de marquer avec exactitude la nature et l'étendue de leur compétence. Au commencement de la République, leur rôle se limitait à la solution des questions d'état (Cicéron, *Pro domo*, 29). Accarias, t. II, n. 736 ; Van Wetter, t. I, § 110, p. 183 ; Bethmann-Holweg, *Zeits. für gesch.*, t. V, n. XI, p. 363-379.

seul statuait, c'était l'*unus judex* ou *arbiter*; tantôt, ils jugeaient à plusieurs, on les appelait *recuperatores*).

Le tribunal des centumvirs (1), dont l'origine paraît remonter à Servius Tullius (2), était composé de juges élus annuellement dans les tribus. Le nombre des juges centumviraux était de cent cinq, lorsqu'il y avait à Rome trente-cinq tribus, chaque tribu nommant trois juges. C'est de ce nombre qu'est venue, suivant toute probabilité, la dénomination de centumvirs (3). Plus tard, ce nombre fut porté au moins à cent quatre-vingts. — Les centumvirs se divisaient en quatre chambres (*quatuor hasta, consilia*) qui délibéraient tantôt réunies, tantôt séparées, sous la présidence d'un préteur (4).

La compétence du tribunal centumviral embrassait : — 1° les questions de propriété et de ses démembrements (*dominium ex jure Quiritium*) ; — 2° les questions de succession ; — 3° les questions d'état (Gaius, C. IV, § 416) (5).

Le juge (*judex* ou *arbiter*) (6) était un citoyen romain,

(1) Zumpt, *Ueber urspr., form und Bedent. des centumv.*; Krug, *Ueber leg. act. und das centumv.*; Chénon, *le Tribunal des centumvirs*.

(2) Telle est du moins l'opinion de Niebuhr, *Hist. rom.*, trad. de Golbéry, t. I, p. 414, et surtout, t. II, p. 152 et suiv., et de Bethmann-Holweg, *Zeitsch für gesch. Rew.*, t. V, p. 360, et *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, § 23, p. 56 et suiv. — Suivant de Keller (p. 25 et 26), la création du tribunal des centumvirs se rattacherait à la loi *Æbutia*. — Comp. Ch. Dezobry, *Rome au siècle d'Auguste*, t. II, p. 192 (édit. 1846); Accarias, t. II, n. 736, p. 819.

(3) Sic, Zimmern, *Tr. des act.*, trad. Etienne, p. 57; de Keller, p. 20; de Fresquet, t. II, p. 393.

(4) Quelques auteurs attribuent la présidence du tribunal des centumvirs aux anciens questeurs sous la République, et aux décevirs dans les premiers temps de l'empire. Van Wetter, t. I, § 110, p. 183 et 184.

(5) On manque de renseignements précis sur le point de savoir à quel moment a disparu la juridiction des centumvirs. Il est probable, et c'est là l'opinion des commentateurs les plus autorisés, que l'existence de ce tribunal s'est prolongée jusqu'à la chute de l'Empire d'Occident. Sic, de Keller, p. 26; Van Wetter, t. I, § 110, p. 184, texte et note 13. Comp. Accarias, t. II, n. 736, p. 820.

(6) On traduit quelquefois le mot *judex* par *juré*. Cependant, chez nous, le juré n'examine que le point de fait, tandis que le *judex* de

un particulier qui recevait du magistrat une mission spéciale et accidentelle pour statuer sur un procès déterminé, et qui, après le procès, rentrait dans la masse des particuliers. Chaque année, le préteur urbain dressait une liste des personnes qui pouvaient être juges (*selecti iudices*). Le droit de figurer sur cette liste a d'abord appartenu aux sénateurs seuls; il fut, après des luttes violentes, accordé aux chevaliers, et enfin étendu aux *ducenarii*, c'est-à-dire aux personnes ayant au moins 200,000 sesterces (environ 50,000 fr.). Suivant certaines probabilités, le nombre des citoyens portés sur cette liste s'élevait à environ quatre mille. Si les parties étaient d'accord, elles pouvaient choisir elles-mêmes le juge sur la liste du préteur ou même en dehors de cette liste, à la condition de ne point désigner un incapable (1). En cas de désaccord, le magistrat proposait un juge que chacun des plaideurs était libre de récuser. Enfin, s'il n'y avait aucun moyen de s'entendre sur le choix, on recourait à la voix du sort (*sortiri*). Vers la fin de l'époque classique, les juges ou arbitres sont qualifiés de *pedanei*, en signe de l'infériorité de leur juridiction (2).

Les récupérateurs différaient des juges, en ce qu'ils étaient choisis en dehors de toute liste, soit parmi les citoyens, soit même parmi les pérégrins (3). Ils ne pouvaient juger qu'au nombre de trois; souvent ils étaient cinq. La compétence des récupérateurs embrassait surtout les affaires où figuraient des étrangers et qui étaient

Rome examinait aussi, dans les actions civiles, la question de droit.
— V. *supra*, p. 668, texte et note 2.

(1) *Sic*, Accarias, t. II, n. 738, p. 323.

(2) L'accord entre les interprètes du droit romain n'est pas encore établi sur la signification du mot *pedanei*. Voy. Bethmann-Holweg, *Der röm. civilproc.*, t. III, § 140, p. 120 et suiv.; Accarias, t. II, n. 739, p. 327; Van Wetter, t. I, § 115, p. 190.

(3) *Sic*, de Keller, *op. cit.* (traduct. de Ch. Capmas), § 9, p. 38, et § 10, p. 41 et 42; Van Wetter, § 110, p. 184. — Comp. Accarias, t. II, n. 738, p. 325.

soumises à la juridiction du préteur pérégrin. Dans les *judicia recuperatoria*, le procès avait une marche plus rapide (1).

I. ACTIONS DE LA LOI.

Combien y avait-il d'actions de la loi? — Il y avait cinq actions de la loi : — la *sacramenti actio*, — la *judicis postulatio*, — la *condictio*, — la *manus injectio* — et la *pignoris capio* (2).

Caractère particulier aux cinq actions de la loi. — Le caractère particulier de ces actions était sacerdotal et patricien. Il consistait en paroles sacramentelles, et en pantomimes symboliques dont les pontifes avaient déterminé à l'avance le programme. Les parties devaient se conformer rigoureusement à ce rituel, si bien que la moindre violation des formes prescrites entraînait la perte du procès et la déchéance des droits (*causa cadebat*). Les citoyens romains seuls pouvaient agir par les actions de la loi (3).

De l'action sacramenti.

Cette action, la plus ancienne de toutes, était générale et s'employait dans toutes les affaires où la loi ne prescrivait pas un mode spécial de procédure (Gaius, C. IV, § 13). On l'appelait ainsi à cause de la somme (*sacramentum*) que pariaient les parties et qui devait être payée par celui qui succombait dans le procès. Ce *sacramentum*, dont le chiffre variait entre 50 et 500 as, suivant l'importance de l'affaire, était primitivement attribué à la partie qui triomphait ; plus tard, il fut confisqué pour

(1) Voy., sur cette obscure institution des récupérateurs, Bethmann-Holweg, *op. cit.*, t. I, § 55 ; Mommsen, *Hist. rom.*, trad. d'Alexandre, t. I, ch. xi ; Zimmern, *op. cit.*, p. 45 et suiv. ; Latreille, *op. cit.*, n. 63 et suiv. ; de Keller, §§ 8 et suiv., p. 31 et suiv.

(2) Voy., pour les développements sur les diverses *legis actiones*, de Keller, §§ 13 et suiv. ; Latreille, t. I, n. 133, p. 145.

(3) Ce point est toutefois vivement controversé. Voy., en sens contraire, de Keller, § 12, p. 48, texte et note 192. Comp. Accarias, t. II, n. 740, p. 831, note 3.

les besoins du culte (*ad sacra publica*). Dans l'action *sacramenti*, le juge était investi d'un pouvoir fort restreint; sa mission consistait à apprécier si le *sacramentum* était juste ou non pour le tout, sans pouvoir tenir compte des obligations réciproques dont les parties étaient tenues entre elles (Gaius, C. IV, §§ 13-18).

De la *judicis postulatio*.

Le passage de Gaius qui pourrait fournir des renseignements sur cette action ne nous est point parvenu. On présume que la *judicis postulatio* s'appliquait à tous les litiges qui exigeaient de la part du juge un certain pouvoir d'appréciation; par exemple, aux affaires concernant les tutelles, les fiducies, les ventes, louages, mandats, sociétés, etc.; aux actions en partage (*familiæ erciscundæ, communi dividundo*), en un mot, aux cas dans lesquels une action de bonne foi a été plus tard établie (1).

De la *condictio*.

Dans l'ancienne langue romaine, le mot *condicere* (*dicere cum*) signifiait *denuntiare*. La *condictio* était donc une action de la loi par laquelle l'une des parties sommait son adversaire, avec des paroles solennelles, d'avoir à comparaître au bout de trente jours devant le magistrat pour y recevoir un juge (2). La *condictio* a été établie par la loi *Silia* (an 510 de Rome), pour réclamer une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*), et par la loi *Calpurnia* (an 529 de Rome), pour toute autre *certa res* (Gaius, C. IV, §§ 18-20).

De la *manus injectio*.

Il y avait trois espèces différentes de *manus injectiones*, savoir: — la *manus injectio judicati*, — celle *pro judicato*, — et la *manus injectio pura*.

(1) Sic, Zimmern, *op. cit.*, p. 114; Demangeat, t. II, p. 546; Accarias, t. II, n. 743, p. 837 et 838; Didier-Pailhé et Tartari, p. 745 et 746.

(2) Suivant toutes les probabilités, le défaut de comparution à la date indiquée, faisait considérer le défendeur comme *judicatus* ou *confessus*. Didier-Pailhé et Tartari, p. 747.

1° La *manus injectio judicati* était accordée pour faire exécuter les jugements (Gaius, C. IV, § 21).

2° La *manus injectio pro judicato* était accordée pour des cas où il n'y avait pas condamnation, mais dans lesquels on agissait comme s'il y avait eu *judicatum*. Ainsi, la loi *Publilia* permettait cette voie de contrainte contre celui qui, ayant été cautionné par un *sponsor*, ne remboursait pas à celui-ci, dans les six mois, les sommes déboursées pour lui. La loi *Furia de sponsu* la permettait également contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* plus que sa part virile (Gaius, C. IV, § 22).

3° La *manus injectio pura* était celle qui s'opérait sans que l'on regardât la chose comme jugée (*id est, non pro judicato*). Ainsi, la loi *Furia* (an 571 de Rome) sur les testaments autorisait cette *manus injectio* contre celui qui avait reçu, comme legs ou donation à cause de mort, plus de 1,000 as, sans être dans un des cas d'exception où cette loi permettait de recevoir davantage. La loi *Marcia* (an 600 de R. f.) l'accordait contre les usuriers à l'effet de répéter des intérêts indûment perçus. Cette *manus injectio* permettait au défendeur de contester lui-même le droit de son adversaire sans être obligé de fournir, comme dans la *manus injectio judicati*, une caution ou *vindex* qui prit son fait et cause (Gaius, C. IV, §§ 23-25).

L'effet de la *manus injectio* était d'amener, au bout d'un bref délai (trente jours), l'*addictio* ou adjudication du débiteur à son créancier (1). L'*addictus* n'était pas

(1) Nous croyons, avec la plupart des interprètes, que la *manus injectio* ne pouvait être employée que contre les individus condamnés à une somme d'argent. Lorsque la condamnation, au lieu d'être pécuniaire, portait sur l'objet même du droit, il n'y avait pas lieu à la *manus injectio*. — Toutefois, le contraire a été soutenu par Walter (*Geschichte des R. Rechts*, 2^e édit., t. II, § 715); Bethmann-Holweg (*Civil. process.*, t. I, p. 302); Wetzel (*Vindicat. process.*, p. 67); Vainberg, *La faillite en dr. rom.*, p. 73 et suiv. — Suivant de Savigny (*Vermischte Schriften*, t. II, p. 396 et suiv.), la *manus injectio* n'aurait été employée qu'en cas de *mutuum contracté per nexum*.

esclave ; il était *in servitute*, c'est-à-dire dans un esclavage de fait avec contrainte corporelle et obligation de travailler. Après un nouveau délai (soixante jours), la *manus injectio* permettait au créancier de vendre l'*addictus trans Tiberim*, et même, à l'origine, de le mettre à mort (1) (Aulu-Gelle, *Nuits attiq.*, liv. XX, ch. 1).

De la *pignoris capio*.

A la différence de la *manus injectio* qui était un mode d'exécution sur la personne du débiteur, la *pignoris capio* ne s'adressait qu'à ses biens. Elle consistait dans la saisie réelle d'une chose appartenant au débiteur, saisie qui se réalisait avec certaines solennités de gestes et de paroles, mais hors de la présence du magistrat, même les jours néfastes. Elle n'avait d'application que dans des cas exceptionnels, rigoureusement déterminés par la loi ou les coutumes (Gaius, C. IV, §§ 26-29).

Ainsi la *manus injectio* et la *pignoris capio* étaient des moyens d'exécution plutôt que des actions proprement dites.

II. SYSTÈME FORMULAIRE.

Les actions de la loi durent leur abandon aux subtilités trop grandes dont elles étaient hérissées, et aux dangers auxquels elles exposaient les plaideurs (Gaius, C. IV, § 30). De plus, comme elles étaient réservées aux citoyens romains seuls, elles ne répondaient plus aux besoins de l'époque, par suite des relations d'affaires qui s'étaient multipliées entre les citoyens et les pérégrins. Toutefois la transition du premier système de

(1) Sic, Van Wetter, t. II, § 523, p. 245 et 246; Demangeat, t. II, p. 548; Didier-Pailhé et Tartari, p. 748, note 1; Accarias, t. II, n. 745, p. 842. — Ce droit de mettre à mort le débiteur et de se partager son corps par morceau (*sectio in partes*) au cas où il avait plusieurs créanciers a été à tort contesté par quelques romanistes. V. notamment Berriat Saint-Prix, *Mémoires de l'Académie des sciences morales et polit.*, 1847, t. V, p. 546 à 585. Comp. Puchta, *Instit.*, t. II, § 179, texte et note n; Bethmann-Holweg, *Der röm. civilproc.*, t. I, § 53, p. 199 et 200.

procédure au second fut loin de s'accomplir brusquement. On remarque, au contraire, des empiétements lents et graduels, des analogies frappantes, et l'on reconnaît fréquemment l'influence du premier système sur le second (Gaius, C. IV, § 10).

La disparition des actions de la loi fut législativement consacrée d'abord partiellement par une loi *Æbutia*, dont l'époque est incertaine, mais qui paraît être de la fin du sixième siècle de Rome (1), puis d'une façon complète par deux lois *Julia*, qui, suivant toutes probabilités, furent portées sous le règne d'Auguste.

Il est bon d'observer que, même après l'abrogation officielle des actions de la loi, l'action *sacramenti* a continué à être observée dans tous les procès renvoyés devant les centumvirs. De même on a pu agir encore dans la forme d'une *legis actio* au cas de *damnum infectum* et de *cessio in jure* (Gaius, C. IV, § 31).

Caractère essentiel du système formulaire.

Le caractère essentiel de la procédure formulaire consistait dans la rédaction d'un écrit délivré par le magistrat, dans lequel il traçait la conduite que le juge avait à suivre, déterminait les points douteux à vérifier, et pour le cas où la preuve en serait faite ou non, il indiquait la sentence à rendre ou l'absolution à prononcer. Cet écrit appelé *formule* (*formula*) a donné son nom au système.

D'ailleurs le magistrat n'était pas obligé de délivrer la formule ; il ne la donnait qu'autant que les faits lui paraissaient douteux. Tel était, par exemple, le cas où le procès roulait sur une question de droit ; il retenait l'affaire et tranchait lui-même le débat, sans renvoi.

Formalités qui précédaient la délivrance de la formule.

Le demandeur commençait par sommer son adver-

(1) Les interprètes hésitent entre les années 520, 577 et 583 de Rome, qui offrent chacune un tribun du nom d'Æbutius. Accarias, t. II, n. 717, p. 845, note 1.

saire de le suivre en justice (*vocatio in jus*). L'adversaire se rendait immédiatement à l'injonction ou bien demandait un délai pour comparaître. Dans ce dernier cas, sa comparution ultérieure devait être garantie par une caution *judicio sisti* appelée *vadimonium*. Ce n'était que devant le magistrat que le demandeur devait faire connaître l'objet de son action (*actionis editio*). — Vers la fin du système formulaire, sous le règne de Marc-Aurèle, a été introduit le système de la *litis denunciatio*. Il consistait en une modification adressée par le demandeur au défendeur et contenait la fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat ainsi que l'indication sommaire de l'objet de la demande (1).

Parties principales dont se composait la formule. —

En tête de la formule se trouvait toujours la *datio judicis* ou désignation du juge : *Seius judex esto*. — Il y avait quatre parties principales dans la formule, savoir : — la *demonstratio* ; — l'*intentio* ; — la *condemnatio* ; — et l'*adjudicatio*. Une seule de ces parties se rencontrait toujours dans toutes les formules, l'*intentio*. Les trois autres existaient dans certaines actions, n'existaient point dans d'autres.

1° La *demonstratio* était la partie de la formule qui indiquait les faits à l'occasion desquels s'était élevé le litige. Dans le cas d'une vente par exemple, elle était ainsi conçue : *Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit* ; — dans le cas le dépôt : *Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem deposuit* (Gaius, C. IV, § 40). La *demonstratio* faisait défaut dans les actions personnelles *in factum* (2) ; elle ne se retrouvait pas non plus dans les actions réelles, ou plutôt s'y confondait avec l'*intentio* (3).

2° L'*intentio* était la partie de la formule où était ex-

(1) C'est presque le système de l'ajournement de notre Code de procédure (art. 61).

(2) Voy. les développements sur la distinction des actions en actions *in jus* et en actions *in factum*, *infra*, p. 724 et suiv.

(3) Accarias, t. II, n. 757, p. 864.

primée la prétention du demandeur. Exemples : — *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia dare oportere*. Cette *intentio* était dite *certa*, parce qu'elle déterminait à l'avance le chiffre de la somme qui devait être allouée ou refusée. — *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*. Cette *intentio* était dite *incerta* parce qu'elle laissait au juge le pouvoir d'apprécier la somme à laquelle il pourrait condamner. — En matière de revendication, l'*intentio* était ainsi conçue : *Si paret hominem ex jure Quiritium A. Agerii esse*. — Il ne pouvait exister de formule sans *intentio* (Gaius, C. IV, § 41).

3° La *condemnatio* était la partie de la formule qui investissait le juge du pouvoir de condamner ou d'absoudre. Exemples. — *Judex, N. Negidium A. Agerio sestertium decem millia condemnato ; si non paret, absolvo*. — *Judex, N. Negidium A. Agerio duntaxat decem millia condemna ; si non paret, absolvito*. — *Judex, N. Negidium decem millia condemnato*, sans ajouter : *si non paret, absolvito* (Gaius, C. IV, § 43). Dans les actions qu'on appelait *préjudicielles* et qui avaient pour but de faire constater un fait préalablement à une autre action, la formule ne contenait pas de *condemnatio* (1).

4° L'*adjudicatio* était la partie de la formule où le magistrat donnait au juge le pouvoir d'adjuger, c'est-à-dire d'attribuer à l'une des parties un droit de propriété qui appartenait à l'autre. L'*adjudicatio* ne se rencontrait jamais que dans trois actions particulières, les actions *familiæ erciscundæ* (en partage d'une hérédité), *communi dividundo* (en partage d'une chose commune), et *finium regundorum* (en bornage). Elle était ainsi conçue : *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (Gaius, C. IV, § 42).

Parties accessoires de la formule.

Outre ces parties principales, la formule pouvait

(1) Ci-dessous, p. 718 et suiv.

comprendre des parties accessoires qu'on appelait *adjectiones*. Parmi ces *adjectiones* on comptait les *præscriptio-nes* (1), les *exceptions* (2), les *répliques* et les *dupliques* (3).

De la *litis contestatio*.

Sous l'empire des *judicia ordinaria*, le moment où le magistrat délivrait la formule et renvoyait les parties devant le juge, se nommait *litis contestatio*. C'était le dernier acte de procédure devant le magistrat (*in jure*). Cette expression *litis contestatio* venait de ce que primitivement le magistrat n'écrivait pas probablement la formule et que les parties étaient dans la nécessité de prendre à témoin les personnes présentes : *Testes estote*. L'expression a survécu à l'usage qui lui avait donné naissance.

Effets. — La *litis contestatio* produisait des effets importants, dont voici les principaux : — 1° Elle éteignait soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*, le droit d'action du demandeur, et ne lui donnait plus qu'un droit éventuel à la condamnation de son adversaire (*obligatio condemnari oportere*) ; par là le rapport légal qui existait entre les parties était détruit et remplacé par un rapport nouveau ; ce rapport nouveau était considéré comme résultant soit d'un quasi-contrat, soit de la loi. — 2° En principe, les droits des parties se déterminaient d'après l'époque de la *litis contestatio* ; le demandeur obtenait gain de cause par cela seul que son action était fondée au moment de la *litis contestatio*, quoiqu'elle ait cessé de l'être depuis ; le jugement avait un effet rétroactif jusqu'à ce jour, comme si la sentence avait été rendue au moment même où le préteur renvoyait les parties devant le juge ; le défendeur devait donc les intérêts, les fruits, les produits et généralement tous les accessoires à dater de ce moment. — 3° La *litis contestatio* interrompait la prescription, et rendait perpétuelles les actions qui se pres-

(1-2) Voy. *infra*, tit. XIII, 780 et suiv.

(3) Ci-dessous, tit. XIV, 792 et 793.

crivaient par un court espace de temps (par exemple, la plupart des actions prétoriennes). — 4° Après la *litis contestatio* toutes les actions passaient aux héritiers du demandeur et étaient données contre les héritiers du défendeur, fussent-elles intransmissibles par elles-mêmes (comme l'action d'injures et les actions pénales) (1).

Ressemblance entre la litis contestatio et la novation. — La *litis contestatio*, comme la novation, est un mode d'extinction des obligations ; aussi les interprètes l'ont-ils qualifiée de *novatio necessaria*.

Différences. — De profondes différences séparent les effets de la *litis contestatio* de ceux de la novation. Voici les plus importantes : — 1° La *litis contestatio* ne fait pas perdre le privilège ; la novation le fait perdre ; — 2° La *litis contestatio* laisse subsister les gages et les hypothèques de la créance primitive ; la novation les éteint, sauf le cas où ils sont réservés ; — 3° La *litis contestatio* laisse subsister une dette naturelle (2) à la place de l'ancienne obligation éteinte, si bien que le paiement fait après une sentence d'absolution ne donnerait pas lieu à la *condictio indebiti* ; la novation anéantit complètement l'obligation primitive ; — 4° La *litis contestatio* ne fait pas disparaître la peine stipulée pour le cas d'inexécution ; la novation la fait disparaître ; — 5° La *litis contestatio* laisse courir les intérêts conventionnels ; la novation en arrête le cours ; — 6° La *litis contestatio* ne purge pas la demeure ; la novation purge la demeure ; — 7° La *litis contestatio* engagée avec le débiteur principal ne libère pas le fidéjusseur, celle engagée avec un *correus promittendi* ne libère pas les autres *correi* ; il en est autrement de la novation ; — 8° Une obligation naturelle ne produisant pas d'action, ne peut être dé-

(1) Voy., pour plus de détails sur la *litis contestatio* et ses effets, de Keller, *op. cit.* (traduct. de Ch. Capmas), § 59, p. 263 et suiv. Goudsmit, *op. cit.* (traduct. de Wuytsteke), § 103, p. 296 et suiv. Accarias, t. II, n. 766 et suiv.

(2) Accarias, t. II, n. 767, p. 886.

duite *in iudicium*, tandis qu'elle peut faire l'objet d'une novation (1).

Conséquence d'une erreur commise dans la formule.

— Il y avait trois sortes d'erreur possible. Ainsi on demandait : — ou plus que ce à quoi on avait droit (*plus-petitio*) ; — ou moins (*minus-petitio*) ; — ou une chose pour une autre (*aliud pro alio*) (Instit., §§ 33-36, liv. IV, tit. IV).

Plus-petitio. — C'était une conséquence forcée des principes de la procédure formulaire que le fait du demandeur qui exprimait dans l'*intentio* une valeur supérieure à celle qui lui était due, devait entraîner l'absolution du défendeur. Le demandeur perdait donc son procès (*plus petendo causa cadebat*). Il avait épuisé son droit, et ne pouvait plus agir ultérieurement ; *ne bis in eadem re actio sit*. C'est ce que l'on a appelé *plus-petitio* (Instit., § 33, *cod.*).

La plus-pétition ne pouvait résulter que d'une erreur commise dans l'*intentio*. Une exagération dans la *demonstratio* ou dans la *condemnatio* ne produisait pas les mêmes conséquences (Gaius, C. IV, §§ 57-60). De plus, il est bon d'observer que, même dans l'*intentio*, la plus-pétition n'était possible qu'autant qu'il s'agissait d'actions ayant une *intentio certa*, c'est-à-dire déterminée. Il en résultait que la plus-pétition et ses conséquences rigoureuses ne pouvaient se produire dans les actions de bonne foi ; car, dans ces actions, l'*intentio* était indéterminée. Il en était de même dans les actions de droit strict qui avaient une *intentio incerta* (Gaius, C. IV, § 54).

De combien de manières la plus-pétition pouvait se commettre ? — De quatre manières, d'après les Institutes (§ 33), savoir : — *re* ; — *tempore* ; — *loco* ; — *causa*.

1° *Re*. — Par exemple, il m'est dû 50 et je réclame

(1) Consult. Gide, *De la novation*, p. 319 et suiv. — Voy. aussi, sur les effets de la novation, *suprà*, liv. III, tit. XXIX, p. 619.

100 ; ou bien, propriétaire d'une partie seulement du fonds Cornélien, je revendique la propriété du tout.

2° *Tempore.* — Par exemple, ayant une créance à terme ou sous condition, je poursuis mon débiteur avant l'échéance du terme (*ante diem*), ou avant l'arrivée de la condition (*pendente adhuc conditione*). En effet, de même que payer trop tard, c'est payer moins qu'on ne doit, de même demander trop tôt, c'est demander plus qu'il n'est dû.

3° *Loco.* — Par exemple, je suis créancier d'une somme payable dans un lieu déterminé, à Ephèse, j'agis contre mon débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement, à Rome, il peut être, en effet, plus onéreux pour le débiteur de payer à Rome qu'à Ephèse.

4° *Causa.* — Je suis créancier d'une chose à choisir entre plusieurs choses déterminées, mais le choix appartient au débiteur : dans ce cas, si je demande l'une des choses comprises dans l'alternative, j'enlève au débiteur la faculté d'option ; j'aggrave, par conséquent, sa condition. Ainsi, j'ai stipulé de Séius l'esclave Stichus ou 10 sous d'or, au choix de Séius. Il y a de ma part plus-pétition à demander seulement l'un des deux, l'esclave seulement, ou seulement les 10 sous d'or. Et il y aurait plus-pétition alors même que je ne demanderais que la chose ayant le moins de valeur.

Innovations en matière de plus-pétition. — Le préteur avait essayé par plusieurs moyens de remédier à la rigueur de la déchéance résultant de la plus-pétition. Ainsi notamment, il employait dans ce but la *restitutio in integrum* qu'il accordait facilement aux mineurs de vingt-cinq ans, mais très rarement aux majeurs, et dans les cas seulement d'erreur grave et de nature à tromper les plus clairvoyants. — L'ancienne déchéance résultant de la plus-pétition a totalement disparu au Bas-Empire. Cependant, ce n'était pas toujours impu-

nément que, dans le droit de Justinien, le demandeur exagérait son droit en justice. — Une constitution de l'empereur Zénon (L. 1, C., *De plus petit.*, liv. III, tit. x) avait décidé relativement à la plus-pétition *tempore*, que le créancier qui agirait avant le terme ne pourrait de nouveau poursuivre le débiteur qu'après avoir laissé écouler le double du délai qui restait à courir du jour de la demande jusqu'au jour de l'échéance. Pendant cette prolongation de délai le cours des intérêts se trouvait suspendu. — Relativement aux autres espèces de plus-pétition, Justinien a décidé que le défendeur qui aurait souffert de l'exagération de la demande, par exemple, en payant un salaire trop élevé à l'huissier (*viator*), pourrait faire condamner le demandeur à lui restituer le triple de la somme qu'il aurait payée en trop (Instit., § 33, *eod.*).

Minus-petitio. — Le demandeur a réclamé dans l'*intentio* de la formule moins qu'il ne lui était dû : par exemple, 5 au lieu de 10; ou pour moitié un fonds qui lui appartient en entier. Il n'a éteint son droit que jusqu'à concurrence de ce qu'il a demandé. Il pouvait donc intenter une nouvelle action pour le surplus. Seulement il devait ne pas agir pendant la même préture, mais attendre une magistrature nouvelle. Sans quoi, il pouvait être repoussé par une exception qu'on appelait *litis dividuæ*, et s'exposait à perdre son action (Gaius, C. IV, § 56).

Mais, à partir de Zénon, le demandeur a pu obtenir le surplus dans la même instance et sans intenter une action nouvelle (Instit., § 34, *eod.*).

Aliud pro alio. — Le demandeur a réclamé une chose autre que la chose due : par exemple, l'esclave Stichus au lieu de l'esclave Érotès. Il pouvait, sans craindre l'exception de la chose jugée, intenter *hic et nunc* une nouvelle action (Instit., § 35, *eod.*).

III. PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE.

Sous le système de la procédure formulaire, il arrivait que, dans certaines affaires, le magistrat ne renvoyait pas les parties devant un juge, et terminait lui même le litige. Mais c'étaient là des cas exceptionnels (*extraordinaires*). Aussi disait-on que le magistrat statuait *extra ordinem*, et désignait-on ces affaires par les mots de *cognitiones extraordinariæ*. Ces *cognitiones extraordinariæ* avaient lieu dans les restitutions en entier pour cause de lésion ou d'erreur, dans les envois en possession, dans les procès en matière de fidéicommiss, etc. Cette fois encore la transition ne s'opéra point brusquement, mais par des envahissements progressifs qui coïncidèrent avec le développement du régime impérial.

En 294 de J.-C., les empereurs Dioclétien et Maximien rendirent une constitution (L. 2, C., *De pedan. jud.*, liv. III, tit. III) à l'effet de consacrer législativement les changements qui s'étaient opérés dans la procédure judiciaire. Ils ordonnèrent aux gouverneurs de provinces de connaître par eux-mêmes des procès qui leur seraient soumis, à moins qu'il ne leur fût impossible d'y suffire (*ita tamen ut, si vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere*).

La réforme de Dioclétien ne portait que sur les provinces. Mais bientôt cette mesure se généralisa. En Italie, à Rome, on vit, à tous les degrés de juridiction, des magistrats décider les procès sans jamais les renvoyer devant un juge. Les formules disparurent peu à peu : tous les jugements devinrent extraordinaires (Instit., § 8, liv. IV, tit. xv).

Dans la procédure extraordinaire l'ancienne *litis contestatio*, quoique transformée, a cependant survécu. Il est probable que la *litis contestatio* se plaçait au moment

où les parties exposaient au magistrat leurs prétentions et leurs moyens de défense (1) (L. 1, C., *De litis contestat.*, liv. III, tit. XI). Mais la *litis contestatio* ne produisait plus de novation nécessaire ; le droit originaire du demandeur subsistait pleinement après la *litis contestatio* (L. 2, C., *De plus petit.*, liv. III, tit. X).

DE LA DIVISION DES ACTIONS

Les actions peuvent faire l'objet d'un grand nombre de divisions ou classifications différentes suivant les différents points de vue auxquels on les envisage. Les principales de ces divisions, à l'époque de la procédure extraordinaire, sont les suivantes.

PREMIÈRE DIVISION

Actions réelles (*in rem*), **actions personnelles** (*in personam*).

Telle est la principale division des actions (*summa divisio*). Fondée sur la nature même des droits à faire valoir, elle embrasse toutes les actions (*quasdam species actionum inter genera se retulisse*. Gaius, C. IV, § 1 ; Inst. tit., § 1, liv. IV, tit. IV), du moins toutes les actions *in jus*, c'est-à-dire toutes celles dans lesquelles une question de droit est agitée ; car elle ne s'applique pas aux actions *in factum* (2). Essentielle et fondamentale, elle se retrouve dans tous les systèmes de procédure chez les Romains, aussi bien dans les actions *dé la loi* et dans le système *formulaire* que dans la procédure *extraordinaire*.

(1) Telle est aussi l'opinion de de Keller, *op. cit.*, § 81, p. 378 et 379.

(2) Voy., pour les détails sur les actions *in jus* et *in factum*, ci-dessous, p. 724 et suiv.

Qu'est-ce qu'une action réelle (in rem)? — C'est celle par laquelle nous prétendons qu'une chose corporelle est nôtre, par exemple, que nous sommes propriétaire du fonds Cornélien, ou qu'un droit absolu nous compète, par exemple, un droit d'usage, d'usufruit, de passage, de conduite, d'aqueduc, etc. (Gaius, C. IV, § 3 ; Instit., § 2, *eod.*). Cette action ne suppose qu'une personne sujet du droit, et une chose objet de ce droit, abstraction faite de toute autre personne que nous prétendrions tenue envers nous d'une obligation. En d'autres termes, l'action est réelle, alors que nous réclamons un droit absolu sur une chose, indépendamment d'un fait quelconque dont nous prétendrions notre adversaire tenu envers nous (Instit., § 1, *eod.*).

Qu'est-ce qu'une action personnelle (in personam)? — C'est celle par laquelle nous prétendons que quelqu'un est *obligé* envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, c'est-à-dire lorsque nous prétendons qu'il faut donner, faire ou fournir (*dare, facere, præstare oportere*) (Gaius, C. IV, § 2). L'action *in personam* est donc un droit de créance déduit en justice (Instit., *ibid.*).

Sens exact de ces mots in rem, in personam. — *In rem* veut dire une disposition générale (*generaliter*), sans acception d'une personne déterminée. Ainsi quand le demandeur prétend être propriétaire, il élève une prétention *in rem*; car il n'a besoin de désigner aucune personne; il se dit propriétaire d'une façon générale envers et contre tous. — *In personam* signifie une énonciation relative à telle ou telle personne déterminée. Ainsi nous ne pouvons pas dire d'une façon absolue: « Il nous est dû telle somme », sans indiquer par quelle personne. Spécialement, sous le système formulaire, l'*intentio* fournissait un moyen matériel de distinguer quelles actions étaient *in rem* ou *in personam*. L'*intentio* de l'action *in rem* ne contenait pas le nom du défendeur; par exemple, dans l'action en revendication, on disait:

« *Si paret fundum Capenatem jure Quiritium Titii esse.* » Au contraire, le nom du défendeur était nécessairement inséré dans l'*intentio* de l'action *in personam*, par exemple : « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio decem millia sestertium dare oportere.* » — Il est bon d'observer que, si le défendeur n'était pas et ne pouvait pas être nommé dans l'*intentio* de la formule *in rem*, il l'était cependant dans les autres parties, notamment dans la *condemnatio* qui, portant nécessairement sur une somme pécuniaire à fournir, devait s'adresser directement au défendeur (Gaius, C. IV, §§ 34, 41, 87).

On désigne encore sous le nom général de revendications (*vindicaciones*) ou pétitions (*petitiones*) les actions réelles, tandis qu'on appelle condicions (*condiciones*), les actions personnelles. — Toutefois, la dénomination de condicions ne les comprend pas toutes ; elle ne s'applique qu'à celles dont l'*intentio* se réfère aux obligations de donner ou de faire (*dari fierive oportere*), laissant en dehors celles qui consistent à fournir toute autre prestation (*præstare*) (Gaius, IV, § 5 ; Instit., § 15, liv. IV, tit. vi).

Intérêt pratique de cette division des actions. — Cet intérêt se manifeste à plusieurs points de vue : — 1° l'héritier d'un possesseur n'est point tenu de l'action réelle, comme de l'action personnelle en sa seule qualité d'héritier ; — 2° le défendeur, dans l'action réelle, doit, sous peine de perdre la possession, fournir la caution *judicatum solvi* ; il n'y est point tenu dans l'action personnelle ; — 3° l'action réelle est presque toujours arbitraire (1), tandis que l'action personnelle ne l'est que dans un très petit nombre de cas ; — 4° la formule de l'action réelle diffère de celle de l'action personnelle.

Des actions civiles in rem.

Parmi les actions civiles *in rem* on peut citer : — la

(1) Voy., sur les actions arbitraires, *infra*, p. 740 et suiv.

rei vindicatio ou revendication d'un effet corporel déterminé ; — la pétition d'hérédité ; — l'action confessoire ; — l'action négatoire ; — la *causa liberalis*. Nous nous occuperons de cette dernière action dans le chapitre consacré aux actions préjudicielles (1).

De la revendication. — L'action en revendication (*rei vindicatio*) est l'action *in rem* par excellence. On l'appelle *actio in rem specialis* par opposition à l'action en pétition d'hérédité, que l'on nomme *actio in rem generalis*.

Objet de la revendication. — La revendication ne s'applique qu'aux choses corporelles, *in commercio*, susceptible de propriété quiritaire ; elle peut porter aussi bien sur un ensemble de choses corporelles (*universitas rerum*), formant un seul tout (exemple, un troupeau) que sur des choses particulières (*res singulæ*).

A qui est accordée l'action en revendication ? — Elle est donnée à quiconque se prétend propriétaire d'une chose *ex jure Quiritium* et n'a plus la possession de cette chose. Le possesseur qui trouve une protection suffisante dans les interdits possessoires, ne peut jamais revendiquer (Gaius, C. IV, § 41). — A quel moment précis faut-il être propriétaire ? Au moment de la *litis contestatio* (L. 18, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. 1).

Contre qui est donnée cette action ? — Contre celui qui possède. Mais de quelle possession s'agit-il ici — de la possession *animo domini*, — ou bien de la simple détention (*in possessione*) ? Il est probable que d'abord l'action en revendication ne pouvait être intentée que contre celui qui possédait *animo domini*. Mais la jurisprudence a varié sur ce point. Aussi Ulpien nous apprend (L. 9, D., *eod.*) que l'action en revendication peut être intentée contre tout détenteur de la chose (*ab omnibus qui tenent...*, *peti posse*). Seulement, lorsque le détenteur qui

(1) *Infrà*, p. 718 et suiv.

ne possède que pour autrui est actionné en revendication, il doit, en vertu d'une constitution de Constantin (L. 2, C., *Ubi in rem actio exerc. deb.*, liv. III, tit. XIX), procéder à la *nominatio* ou *laudatio auctoris*, c'est-à-dire désigner celui pour le compte de qui il possède. Le magistrat fait alors sommer le possesseur *animo domini* d'intervenir au procès. S'il intervient, la revendication suit son cours contre lui. S'il n'intervient pas, il est en faute, et le procès continue contre le détenteur pour autrui, sauf à lui, s'il veut plus tard réclamer sa propriété, à intenter une action en revendication.

Dans quelques cas exceptionnels cependant, la revendication peut être intentée contre un défendeur qui ne possède plus. Telle est, par exemple, l'hypothèse où celui qui commence à posséder une chose en a abandonné ensuite la possession par dol (*dolo desiit rem possidere*). Il peut alors être poursuivi comme s'il était resté en possession (*dolus pro possessione est*) (1) (L. 27, § 3, D., *De rei vind.*, liv. VI, tit. 1).

Possession intérimaire de la chose durant l'instance. — Le défendeur garde provisoirement la chose dans la situation de fait et de droit existant au moment de la *litis contestatio*. Mais, en retour de cet avantage, il est tenu de fournir, sous le nom de *stipulatio* ou de *cautio judicatum solvi*, une promesse personnelle accompagnée de satisfaction dont le but est d'assurer l'exécution de la condamnation à intervenir (Gaius, C. IV, §§ 89, 91).

Preuve. — Le demandeur à l'action en revendication doit, comme tout autre demandeur, prouver le fondement de son action, par conséquent, son droit de propriété (Instit., § 4, liv. IV, tit. xv), — et la possession

(1) Consultez une remarquable étude de M. Labbé, *Rev. crit. de législat.*, 1872, p. 461 et suiv., 1874, p. 373 et suiv. : *De l'action du propriétaire contre celui qui après avoir possédé sa chose en est actuellement dessaisi.*

ou la détention du défendeur, au cas où elle est niée ou n'est pas reconnue (1) (L. 36, *pr.*, D., *eod.*).

Effets de la revendication. — La revendication, lorsque le défendeur succombe, aboutit à la restitution de la chose, avec ses accessoires, fruits et produits. Toutefois, il y a lieu de distinguer suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi :

Le possesseur de bonne foi n'est pas responsable des détériorations survenues à la chose avant la *litis contestatio* ; il n'est tenu de la restituer que dans l'état où elle se trouve à ce moment. La perte totale le libère même entièrement. Il ne doit restituer que les fruits qu'il n'a pas consommés et qui existent encore en nature à cette époque (2) ; il n'est tenu à aucune indemnité pour les fruits consommés, ni pour ceux qu'il aurait omis de percevoir. Après la *litis contestatio*, il répond de sa faute ; il doit porter à la garde et à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille ; il est comptable de la valeur des fruits consommés et de ceux qu'il aurait pu percevoir ; car dès ce moment il y a éventualité d'une restitution imminente.

Le possesseur de mauvaise foi avant la *litis contestatio* a une responsabilité identique à celle du possesseur de bonne foi après la *litis contestatio*. La *litis contestatio* le constitue en demeure : il répond de la perte ou de la détérioration casuelle de la chose, toutes les fois que cette perte ou cette détérioration ne serait pas survenue chez le propriétaire. Il doit tenir compte et des fruits qu'il a perçus ou aurait omis de percevoir, et de ceux que le propriétaire aurait perçus de plus par des soins supérieurs à ceux d'un bon père de famille.

(1) Accarias, t. II, n. 806, p. 977 et 978 ; Van Wetter, t. I, § 202, p. 289.

(2) Suivant Demangeat, t. I, p. 514 et suiv., et t. II, p. 829, il est même probable que dans l'ancien droit le possesseur tenu de la revendication gagnait définitivement les fruits perçus pendant qu'il était de bonne foi. V. aussi Accarias, t. I, n. 250, p. 597 et 598.

De la pétition d'hérédité. — *Définition et objet de la pétition d'hérédité.* — L'action en pétition d'hérédité (*hereditatis petitio*) est celle par laquelle on revendique une hérédité, en se faisant reconnaître l'héritier de telle personne décédée.

La *petitio hereditatis* est totale ou partielle, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout (*ex asse*) ou seulement pour une quote-part (*ex parte*) (L. 1, § 1, D., *Si pars hered. pet.*, liv. V, tit. iv). — Elle s'applique même aux choses incorporelles : ainsi elle se donne contre le débiteur de la succession qui refuse de payer parce qu'il se prétend lui-même héritier (*possessor juris*).

A qui est accordée la pétition d'hérédité? — La pétition d'hérédité est donnée à celui qui se prétend héritier soit *testamentaire*, soit *ab intestat*. Une *petitio hereditatis possessoria* est accordée au *bonorum possessor* (1).

Contre qui est donnée cette action? — Elle n'est régulièrement donnée que contre deux classes de possesseurs, savoir : — 1° contre celui qui possède *pro herede* ; — 2° contre celui qui possède *pro possessore* (L. 9, D., *De hered. petit.*, liv. V, tit. iii).

Pro herede possidere, c'est posséder l'hérédité ou une chose dépendante de l'hérédité, en se prétendant héritier ou *bonorum possessor* (L. 11, *pr.*, D., *eod.*).

Pro possessore possidere, c'est posséder sans titre. Un tel possesseur, interrogé sur la cause de sa possession, ne peut que répondre : Je possède parce que je possède (*possideo quia possideo*) (L. 11, § 1 ; L. 12, D., *eod.*).

Si donc une chose héréditaire se trouve entre les mains d'un tiers qui la possède en vertu d'un titre particulier d'acquisition, par exemple, d'une donation (*pro*

(1) La pétition d'hérédité est également accordée par un texte formel (L. 54, *pr.*, D., *De possess. hered. petit.*, liv. V, tit. v) à celui qui a acheté une hérédité du fisc. Suivant Maynz (*Cours de dr. rom.*, t. III, § 490, p. 463, note 23), la même faveur doit être étendue à tout acheteur d'hérédité. Mais la question est controversée.

donato), d'une vente (*pro empto*), la pétition d'hérédité ne sera pas valablement intentée contre ce tiers. L'héritier devra agir par l'action en revendication ; la question d'hérédité sera alors vidée préjudicialement.

Le défendeur qui a cessé de posséder par faute ou par dol reste exposé à la pétition d'hérédité. Ici, comme dans la revendication, s'applique la règle *dolus pro possessione est*.

Possession intérimaire de l'hérédité durant l'instance. — Il y a lieu ici à l'application des mêmes règles qu'en matière de revendication. Le défendeur reste donc provisoirement en possession sous la condition de fournir la *cautio judicatum solvi*.

Preuve. — Le demandeur à la pétition d'hérédité doit prouver sa qualité d'héritier et justifier en outre que les choses par lui réclamées dépendent de l'hérédité. Mais il n'est pas tenu d'établir son droit de propriété.

Effets de la pétition d'hérédité. — Les effets de la pétition d'hérédité sont analogues à ceux de la revendication sans qu'il y ait cependant identité. Les principes ont été fixés en cette matière par un sénatus-consulte d'Adrien, que les commentateurs ont appelé Juventien du nom de l'un des consuls qui furent chargés de le faire adopter par le Sénat. En vertu de ce sénatus-consulte, la succession ne peut être la source d'aucun profit quelconque pour le défendeur qui doit restituer tout ce dont il s'est enrichi, c'est-à-dire les choses héréditaires elles-mêmes et tous les accessoires, fruits, produits (1), prix de vente et autres équivalents (2).

Mais il y a lieu de distinguer pour l'époque antérieure

(1) C'est ce qu'on exprime par la règle : « *Fructus augent hereditatem.* »

(2) D'où l'adage moderne : « *Pretium succedit in locum rei, et res succedit in locum pretii.* »

à la citation en justice entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. — En cas de bonne foi, si le défendeur est tenu de restituer tous les profits qu'il a retirés de la succession, s'il est comptable dans la mesure de son enrichissement même des fruits qu'il a consommés, il n'est point obligé au delà ; il n'est responsable ni de ses fautes, ni de ses négligences. — En cas de mauvaise foi, le défendeur est tenu de rendre tout ce qu'il a acquis et tout ce qu'il aurait pu acquérir, tout ce dont il a omis de s'enrichir ; il restitue, outre ses profits réels, tous ceux qu'un bon père de famille aurait faits, et notamment les fruits qu'il a négligé de percevoir ; il répond donc de sa faute.

Comparaison entre la revendication et la pétition d'hérédité.

Ressemblances. — La revendication et la pétition d'hérédité sont des actions civiles, — *in rem*, — arbitraires, — se prêtant à la procédure *per sponsionem* et à la formule pétitoire.

Différences. — La revendication et la pétition d'hérédité diffèrent sous bien des rapports : — 1° *Quant à la compétence.* Le tribunal des centumvirs connaissait des actions en revendication à l'exclusion des pétitions d'hérédité ; — 2° *Quant à l'objet du litige.* La revendication n'a pour objet que des choses corporelles ; la pétition d'hérédité s'applique également aux choses incorporelles, aux droits de créance ; — 3° *Quant à l'étendue de la preuve.* Dans la revendication, le demandeur est tenu d'établir son droit de propriété sur la chose revendiquée ; dans la pétition d'hérédité, il suffit qu'il prouve que la chose réclamée fait partie de l'hérédité ; — 4° *Quant aux personnes contre lesquelles elles compétent.* La revendication compétente indistinctement contre tout possesseur ; la pétition d'hérédité n'est donnée que contre qui possède *pro herede* ou *pro possessore*. Tandis que le défendeur à la revendication est néces-

sairement un *possessor rei*, le défendeur à la pétition d'hérédité peut être à la fois *possessor rei* et *possessor juris* ou n'être que *possessor juris* seulement; — 5° *Quant aux fruits*. Le possesseur de bonne foi est mieux traité dans la revendication, où il ne doit restituer ni les fruits, ni la valeur des fruits perçus et consommés avant la *litis contestatio*, que dans la pétition d'hérédité où il est comptable de tous les fruits qui ont été pour lui une cause de profit et dans le mesure de ce profit; — 6° *Quant aux impenses*. Le défendeur à la revendication, fût-il de bonne foi, ne rentre jamais dans les dépenses voluptuaires et ne recouvre que la plus-value des dépenses utiles qu'il a faites. Le défendeur à la pétition d'hérédité, lorsqu'il est de bonne foi, relie intégralement ses impenses de toute nature, même voluptuaires, et cela par une simple conséquence du sénatus-consulte Juventien (1); — 7° *Quant à l'insertion de l'exception de dol dans la formule*. Cette insertion est nécessaire dans la formule de l'action en revendication pour assurer au défendeur le recouvrement de ses impenses; elle ne l'est pas dans celle de l'action en pétition d'hérédité; c'est du moins l'opinion qui a prévalu (LL. 38, 44, 58, D., *De her. pet.*, liv. V, tit. III).

De l'action confessoire. — Lorsque l'action réelle a pour objet la réclamation d'un droit autre que celui de propriété, comme un droit d'usufruit ou de servitude prédiale, par exemple de passer sur le fonds du voisin ou d'en amener de l'eau, elle prend le nom d'*actio confessoria* ou *affirmative* (Instit., § 2, liv. IV, tit. VI).

A qui est donnée l'action confessoire? — Elle est donnée à celui qui a le droit de servitude, sans distinguer s'il est ou non *possessor juris* (2). — Le créancier gagiste,

(1) Accarias, t. II, n. 816, p. 1005; Didier-Pailhé et Tartari, p. 789.

(2) Sic, Demargéat, t. II, p. 576 et suiv.; Accarias, t. II, n. 810. Comp. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 677, p. 545 et suiv.

l'emphytéote et le superficiaire d'un fonds dominant sont recevables à agir par l'action confessoire *utile* (L. 16, D., *De servit.*, liv. VIII, tit. 1).

Contre qui est donnée l'action confessoire? — Elle est donnée contre toute personne qui met obstacle à l'exercice du droit de servitude, qu'elle soit le propriétaire de la chose assujettie ou un tiers apportant un trouble quelconque à ce droit (L. 10, § 1, D., *De servit. vind.*, liv. VIII, tit. v). Une simple contestation verbale suffirait pour autoriser l'action confessoire; il n'est pas nécessaire que l'exercice de la servitude ait été matériellement entravé (1).

Preuve. — Le demandeur doit établir le fondement de son action, c'est-à-dire l'existence du droit de servitude qu'il s'attribue et le trouble apporté à son exercice. Dans le cas spécial où la difficulté porte sur une servitude prédiale, il doit préalablement justifier, s'il y a lieu, de son droit de propriété sur le fonds dominant.

Effets de l'action confessoire. — Ses effets consistent à faire cesser le trouble, à entraîner la reconnaissance du droit de servitude pour l'avenir et à obtenir de l'adversaire la réparation du dommage causé.

De l'action négative. — L'action *négative* ou *néga-tive* est celle par laquelle on soutient qu'une servitude quelconque n'est pas due; comme lorsqu'on soutient que la personne qui prétend exercer un droit de passage ou d'usufruit sur notre fonds n'a pas ce droit (Instit., § 2, *eod.*). — Cette action n'est négative qu'en apparence, au fond et en réalité elle est, comme toute action, affirmative. Il y a, en effet, une véritable affirmation à soutenir que le fonds qui vous appartient est libre de toute servitude à l'égard d'une autre personne.

Toutes les fois qu'il s'agit de la pleine propriété du

(1) Voy., en ce sens, Maynz, t. I, § 222, p. 714, texte et note 8; Van Wetter, t. I, § 246, p. 312, texte et note 11.

fonds, il ne saurait y avoir lieu à l'action négatoire parce qu'elle ne produirait aucun résultat, car prétendre qu'un tiers n'est pas propriétaire d'une chose, ce n'est pas prouver que vous en soyez vous-même propriétaire.

Qui peut intenter l'action négatoire? — L'action négatoire n'est accordée qu'au propriétaire; et elle lui est accordée, quand bien même il se trouverait en quasi-possession du droit réclamé; en cela, elle diffère de l'action en revendication d'une chose corporelle qui ne se donne pas à celui qui possède (L. 2, *pr.*, D., *eod.*; L. 5, *pr.*, D., *Si usufr. pet.*, liv. VII, tit. vi).

Preuve. — En principe, la preuve dans un procès incombe au demandeur: *Onus probandi incumbit actori.* Cette règle doit-elle s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une action négatoire? Il y a sur ce point deux systèmes :

Dans un premier système, on dit que le demandeur, dans l'action négatoire, n'a qu'une seule chose à prouver, savoir : qu'il est propriétaire; une fois cette preuve établie, il n'a pas à démontrer, en outre, que le défendeur n'a pas de droit de servitude. La liberté, en effet, est l'état régulier, normal, de la propriété. D'ailleurs, ajoute-t-on, imposer au demandeur l'obligation de prouver que son fonds est libre de toute espèce de servitudes, c'est lui imposer une preuve impossible, et rendre illusoire l'action négatoire. La conclusion est que le défendeur sera tenu de démontrer le droit de servitude qu'il prétend avoir, car l'état de servitude ne se présume pas. Malgré les autorités imposantes qui recommandent ce système (1), il ne nous semble pas devoir être admis, surtout lorsque le défendeur a, en sa faveur, la quasi-

(1) Voy. notamment, Bonjean, § 280; Etienne, t. II, p. 416; Doumenget, p. 472 et suiv.; Hoffmann, *Die lehre den servit.*, t. II, §§ 124 et 125; Puchta, *Pand.*, § 127, note d; Molitor, *Possess. et serv. en dr. rom.*, n. 137 et 138; Vangerow, *Lehrbuch*, t. I, § 353, observ. 2; Keller, *Pand.*, § 155, p. 290; Maynz, t. I, § 223, p. 717, et t. III, § 118, p. 115, texte et note 44; Namur, 2^e édit., t. I, § 163, p. 221 et 222; Van Wetter, t. I, § 205, p. 296, texte et note 9.

possession du droit de servitude contre lequel est dirigée l'action négatoire. Dans ce cas, en effet, la présomption n'est plus pour l'état de franchise, mais bien pour l'état de servitude du fonds.

Dans un second système, on impose au demandeur l'obligation de prouver la double prétention qu'il élève, savoir : 1° qu'il est propriétaire ; 2° que sa propriété est franche de toute servitude. On n'admet donc point d'exception à la règle : *Onus probandi incumbit actori*. Mais, comme on ne saurait obliger le demandeur à prouver que son fonds est libre de toutes les servitudes qui peuvent affecter un héritage, preuve à peu près impossible, on lui permet, au moyen d'une *interrogatio in jure*, d'exiger que le défendeur déclare quelle servitude il prétend exercer, et sur quelle base il fonde sa prétention. Alors le demandeur n'a plus qu'à prouver contre l'existence d'une servitude déterminée par des circonstances précises. Ce système, qui nous paraît mieux fondé, est généralement adopté et enseigné à la Faculté de droit de Paris (1).

Effets de l'action négatoire. — Ils sont en tous points analogues à ceux de l'action confessoire (2).

Des actions civiles in personam.

Les Institutes ne jugent pas à propos de nous donner ici une énumération de toutes les actions *in personam* créées par le droit civil. Qu'il nous suffise de dire que cette classe comprend presque toutes les actions nées des contrats, des délits, et *quasi ex contractu*.

DEUXIÈME DIVISION

Actions civiles, actions honoraires ou prétorienne.

Les actions civiles sont celles qui dérivent du *jus ci-*

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 581 et suiv. ; Accarias, t. II, n. 811, p. 994 ; Labbé, à son cours. V. aussi Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, p. 45 ; Didier-Paithé et Tartari, p. 786, note 1.

(2) Voy. *supra*, p. 694.

vile. Ce terme comprend donc toutes les actions introduites par les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, l'interprétation des juriconsultes, l'usage (Instit., § 3, liv. IV, tit. vi).

Les actions honoraires (*honorariæ*) sont celles qui doivent leur origine aux édits des magistrats. L'immense majorité des actions honoraires a été créée par les préteurs (*actiones prætorix*); il y a aussi quelques actions créées par les édiles (*actiones ædilitix*) (Instit., *ibid.*).

On voit que cette division des actions se tire de l'autorité qui les a établies et n'a aucunement trait à une différence essentielle provenant de leur nature intrinsèque.

Nous avons examiné les actions civiles, passons à l'étude des principales actions prétoriennes.

DES ACTIONS HONORAIRES OU PRÉTORIENNES

Le préteur a créé des actions réelles et des actions personnelles.

Actions in rem prétoriennes.

Les principales actions *in rem* introduites par le droit prétorien sont : — l'action *publicienne*; — l'action *rescissive de l'usucapion*, qui se nomme quelquefois action *contraire à la publicienne*; — l'action *paulienne*; — l'action *servienne* et *quasi-servienne* ou hypothécaire.

De l'action publicienne. — L'action publicienne, ainsi nommée parce qu'elle a été introduite par le préteur Publicius, qui vivait probablement du temps de Cicéron, suppose accompli un fait qui ne l'est pas, et donne au possesseur qui a perdu la possession avant d'avoir usucapé, le droit de revendiquer, comme si l'usucapion avait eu lieu avant la perte de la possession (1) (Instit., § 3, *eod.*).

(1) Le préteur ne dispensait donc que du laps de temps. Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 46.

Formule de l'action publicienne. — Voici d'après Gaius (C. IV, § 36) comment est conçue la formule de l'action publicienne : *Judex esto; — si quem hominem Aulus Agerius emit, et traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, — condemna.* »

Cas d'application de l'action publicienne.

1° Quand le propriétaire d'une chose *mancipi* avait livré cette chose dans l'intention d'en transférer la propriété, mais sans accomplir les formes de la mancipation, ni celles de la cession *in jure*, celui qui avait reçu cette chose dans de pareilles conditions n'en devenait pas propriétaire d'après le droit civil (*dominus ex jure Quiritium*), il n'en acquérait que le domaine bonitaire (*in bonis*); seulement, il pouvait devenir propriétaire *ex jure Quiritium*, après avoir possédé pendant le temps requis pour l'usucapion, mode d'acquérir reconnu par le droit civil. Si donc le possesseur en voie d'acquérir cette chose par l'usucapion en perdait la possession avant que l'usucapion fût accomplie, il ne pouvait pas intenter l'action civile en revendication. Le préteur venait à son secours et lui accordait l'action publicienne. Cette action se donnait même contre l'ancien propriétaire qui avait repris la possession de sa chose; et, s'il se prévalait du défaut de mancipation et faisait insérer dans la formule l'exception *justi domini*, le demandeur pouvait encore triompher en opposant la réplique *de dol*. Il y avait, en effet, mauvaise foi de la part de l'ancien propriétaire à vouloir garder la chose à l'encontre de son acquéreur. Cette réplique de *dol* ne pouvait être invoquée que contre l'ancien propriétaire ou contre son héritier. Contre tout autre se prévalant d'une acquisition qu'il aurait faite de l'ancien propriétaire, postérieurement à celle du demandeur, ce dernier avait la réplique *rei donatæ* ou *venditæ et traditæ* (Gaius, C. IV, § 93).

2° Lorsqu'on avait reçu, avec juste titre et de bonne foi, mais *a non domino*, une chose soit *mancipi*, soit *ne mancipi*, on se trouvait *in causa usucapiendi*, et on pouvait, après avoir possédé pendant le temps requis pour l'usucapion, acquérir la propriété quiritaire. Mais, si l'on perdait la possession avant d'avoir usucapé, on ne pouvait exercer l'action civile en revendication. Le préteur a trouvé juste d'accorder à l'ex-possesseur l'action publicienne qui lui permettait de revendiquer la chose des mains des tiers qui s'en étaient emparés sans droit (Instit., § 4, *eod.*). Mais, dans ce cas, l'action publicienne ne produisait pas contre toute personne le même effet que dans le cas précédent. — Si la chose était rentrée en la possession du véritable propriétaire, ce dernier pouvait opposer à l'action publicienne l'exception *justi dominii*, et évitait la condamnation. Il eût été, en effet, contraire à l'équité, partant au but de l'action publicienne, de dépouiller le *justus dominus* au profit d'un ex-possesseur (LL. 16, 17, D., *De public. in rem act.*, liv. VI, tit. II). — Si le défendeur était un possesseur qui avait lui-même reçu la chose avec juste titre et de bonne foi, dans le but d'en acquérir le domaine, les jurisconsultes romains faisaient la distinction suivante : — Le défendeur tenait-il la chose du véritable propriétaire ou d'un tiers autre que l'auteur de la première tradition, il pouvait dire à l'ex-possesseur : « Je suis, comme vous, en voie d'usucaper. Comme vous, si je perdais la possession de la chose, je pourrais exercer l'action publicienne. Nous sommes donc dans une situation égale quant au droit. De plus, j'ai sur vous l'avantage de la possession actuelle, or, *in pari causa, melior est causa possidentis* (1). » La prétention du demandeur était justement repoussée. — Au contraire, si le défendeur te-

(1) Il y avait cependant controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains. Voy. notamment, L. 31, § 2, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1.

nait la chose du même auteur que le demandeur, puisque le défendeur même propriétaire devrait succomber, à plus forte raison ferons-nous succomber le défendeur qui est simplement *in causa usucapiendi*. L'action publicienne assurera l'avantage à l'ex-possesseur sur le possesseur actuel (L. 9, § 4, D., *eod.*).

3° Celui qui, dans les provinces, avait possédé assez longtemps pour être en droit d'opposer l'exception *longi temporis*, pouvait, en cas de perte de sa possession, recourir à l'action publicienne, l'action en revendication lui étant refusée, parce que la prescription n'était pas un mode d'acquisition du droit civil. Quant à celui qui avait reçu un fonds provincial *a non domino*, et qui perdait la possession avant d'avoir pu accomplir le temps nécessaire à la prescription, on lui accordait *utilitatis causa* l'action publicienne qui lui permettait de reprendre la chose des mains de tout autre que du véritable propriétaire (L. 12, § 6, D., *De public. in rem act.*, liv. VI, tit. II).

4° De plus, l'action publicienne remplissait, en droit prétorien, le même rôle que l'action confessoire en droit civil. Supposons qu'une servitude personnelle prédiiale ait été constituée non pas par un mode de droit civil, mais par un mode de droit prétorien. Si une telle servitude est contestée par un tiers, on pourra par l'action *in rem* publicienne la faire reconnaître. De même lorsqu'une servitude a été acquise *a non domino*, si l'acquéreur de cette servitude est troublé par un tiers dans l'exercice de son droit, il pourra exercer contre ce tiers l'action publicienne à l'effet de faire constater son droit (L. 11, § 1, D., *eod.*).

Sous Justinien, il n'y a plus de distinction entre le domaine *quiritaire* et le domaine *bonitaire*, entre les fonds *italiques* et les fonds *provinciaux*, entre les servitudes établies *jure civili* et les servitudes établies *jure prætorio*. Aussi tous les cas d'application de l'action pu-

blicienne que nous avons mentionnés ont disparu à l'exception du deuxième cas c'est-à-dire de celui où l'on aurait reçu une chose *a non domino* en vertu d'un juste titre et avec bonne foi (L. 1, D., *eod.*).

D'ailleurs, sous Justinien, comme du temps de Gaïus, le *dominus* même, à qui la voie de la revendication est ouverte, peut exercer à son gré l'action publicienne. L'intérêt qu'y trouve le *dominus* est que la preuve s'établit plus facilement dans l'action publicienne que dans l'action en revendication. En effet, dans l'action en revendication, le *dominus*, pour triompher contre son adversaire, est tenu de prouver qu'il a le *dominium ex jure Quiritium*; preuve souvent difficile à faire, car pour cela il faut établir que la chose a toujours été transmise *a domino*, de propriétaire en propriétaire, en remontant ainsi jusqu'au maître originaire. Au contraire, dans l'action publicienne, le demandeur n'a à établir qu'une preuve bien simple : qu'il a reçu et possédé la chose *ex justa causa*, en vertu d'un juste titre. Quant à sa bonne foi, elle est présumée (1).

Observation. — L'action publicienne suppose une chose susceptible d'usucapion ou de prescription *longi temporis*; elle ne s'applique pas à une *res furtiva*, ni à une *res vi possessa*, ni à une chose déclarée inaliénable (L. 9, § 5, L. 12, § 4, D., *eod.*); — elle ne compète qu'à celui qui a été *in causa usucapiendi*, qui a possédé ne fût-ce qu'un instant (2) (L. 25, D., *De usurp.*, liv. XLI, tit. III).

Durée de l'action publicienne. — L'action publicienne est perpétuelle, et ne s'éteint par aucun laps de temps.

De l'action rescisoire de l'usucapion ou contraire à la publicienne. — Dans l'action publicienne on sup-

(1) Sic, Accarias, t. II, n. 819, p. 1011, note 3; Didier-Pailhé et Tartari, p. 792; Van Wetter, t. I, § 207, p. 298.

(2) V. en ce sens, Accarias, t. II, n. 819, p. 1012, note 1; Didier-Pailhé et Tartari, p. 792; Van Wetter, t. I, § 207, p. 293.

posait accomplie une usucapion qui ne l'était pas en réalité. Ici, par une fiction contraire, on supposait non accomplie une usucapion qui l'avait été. Cette action, donnée par suite d'une rescision que le préteur prononçait (*rescissa usucapione*), est appelée par les commentateurs action *rescisoire de l'usucapion* ou *contraire à la publicienne*. Elle avait pour but de permettre à l'ancien propriétaire de revendiquer la chose que cette usucapion lui avait fait perdre d'après la rigueur du droit civil.

Cas d'application de l'action rescisoire. — Il y avait deux cas d'application distincts.

1° Supposons l'ancien propriétaire absent pour de justes motifs, par exemple, pour un service public (*reipublicæ causa*), ou parce qu'il avait été retenu en captivité chez l'ennemi (*in hostium potestate*), et, par cela même, dans l'impossibilité absolue de défendre ses droits, et d'arrêter l'usucapion de sa chose entreprise par un possesseur resté dans la cité (*rem ejus qui in civitate esset usuceperit*) ; il eût été inique de maintenir cette usucapion. Aussi le préteur est-il venu au secours de l'ex-propriétaire dépouillé par le droit civil en lui permettant de revendiquer la chose (*rescissa usucapione*), comme si l'usucapion n'avait pas été accomplie contre lui (Instit., § 5, *eod.*).

2° Supposons qu'une personne soit en voie d'usucaper la chose d'autrui. Puis elle remet cette chose à un fermier qui continuera de posséder pour elle, et reste longtemps absente pour un motif quelconque. Dans le droit classique romain, le propriétaire de la chose n'avait aucun moyen d'arrêter une telle usucapion ; il ne pouvait agir ni contre l'absent, à cause de son absence, ni contre le fermier, qui n'était qu'un détenteur précaire, l'instrument de la possession d'autrui. Il était donc souverainement juste que le préteur vînt au secours du propriétaire dépouillé par le droit civil, et lui accordât une action en revendication de sa chose, comme

si l'usucapion ne se fût pas accomplie. Au temps de Justinien, ce dernier cas d'application était devenu inutile; car cet empereur a permis au propriétaire d'interrompre l'usucapion contre un absent par une requête ou par une protestation authentique présentée soit au président, soit à l'évêque, soit même au défenseur de la cité (L. 2, C., *De annali excep.*, liv. VII, tit. XL).

Durée de l'action rescisoire. — D'après l'Édit, l'action rescisoire devait être intentée dans l'année par l'ex-propriétaire. L'année se composait de jours *utiles*, elle commençait à courir du jour où l'impossibilité d'agir avait cessé (L. 1, § 1, D., *Ex quib. caus. maj.*, liv. IV, tit. VI). Justinien a porté à quatre ans *continus* la durée de cette action (L. 7, C., *De temp. in integ. rest.*, liv. II, tit. LIII).

De quelles manières s'opérait la rescision de l'usucapion accomplie ? — Elle s'opérait, suivant les cas, soit au moyen d'une exception, soit au moyen d'une action.

De l'action paulienne. — Cette action, appelée paulienne, du nom de son auteur, le préteur Paulus (1), était accordée aux créanciers pour faire rentrer dans le patrimoine de leur débiteur les biens aliénés par celui-ci en fraude de leurs droits (2). Elle reposait encore sur une fiction. Le préteur rescindait ces aliénations (*rescissa traditione*), valables selon la rigueur du droit civil, et permettait aux créanciers de revendiquer les choses aliénées frauduleusement comme si elles ne l'avaient pas été, et qu'elles fussent toujours restées dans les biens du débiteur (Instit., § 6, *eod.*).

Caractère de l'action paulienne. — C'est une question très controversée entre les commentateurs que celle de savoir si l'action paulienne était réelle ou personnelle. Les Institutes (§ 6, liv. IV, tit. VI) nous présentent, il est

(1) On ignore à quelle époque a vécu ce préteur. Ce qui est certain, c'est que l'action paulienne existait déjà du temps de Cicéron. Accarias, t. II, n. 849, p. 1071, note 3.

(2) Comp. Code civ., art. 1167; et Code de commerce, art. 446 et suiv.

vrai, cette action comme étant *in rem* ; mais dans le Digeste (liv. XLII, tit. VIII, *Quæ in fraud. cred.*), nous trouvons l'action paulienne qualifiée *in personam*. Il nous semble raisonnable d'admettre deux actions pauliennes : l'une *in rem* ne s'appliquant qu'au cas d'aliénation d'objets corporels et aboutissant à une *rei vindicatio* ; l'autre *in personam*, s'appliquant à tout acte frauduleux du débiteur, que ce soit une aliénation d'objets corporels, une acceptilation, ou autres remises de dettes, etc.

Suivant toutes probabilités, l'action paulienne *in rem* était la plus ancienne. L'action paulienne *in personam* venue plus tard, et plus fréquemment accordée par le prêteur dans le dernier état du droit, a réalisé un progrès sur l'action *in rem* (1).

Quoi qu'il en soit, les mêmes règles s'appliquaient indifféremment à l'une ou l'autre des deux actions pauliennes.

Sous quelles conditions l'action paulienne était accordée aux créanciers? — Sous trois conditions, il fallait : — 1° que les créanciers envoyés en possession des biens de leur débiteur eussent fait procéder à la *honorum venditio*, et n'eussent pas touché l'intégralité de leurs créances (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, liv. VII, tit. LXXV) ; — 2° que l'acte du débiteur eût causé réellement un préjudice aux créanciers (*eventus damni*). Le préjudice devait consister en un appauvrissement, en une diminution du patrimoine du débiteur. Il n'y avait pas préjudice donnant lieu à l'action paulienne, lorsque le débiteur négligeait une occasion de s'enrichir, d'acquérir de nouveaux biens (L. 6, *pr.*, D., *Quæ in fraud. cred.*, liv. XLII, tit. VIII). Ainsi, quand un débiteur, appelé à recueillir une hérédité ou un legs, refusait l'hérédité ou

(1) Telle est du moins l'opinion d'Ortolan, t. III, n. 2086 ; Thézard, p. 328 ; Labbé, à son cours. Comp. Demangeat, t. II, p. 694 et 695. — *Contra*, Tambour, *Des voies d'exéc.*, p. 318 à 321 ; Accarias, t. II, n. 849, p. 1073, note 1 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 798 ; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 48.

le legs, ses créanciers, quel que fût le dommage qu'ils en éprouvaient, ne pouvaient faire annuler ce refus. L'article 788 de notre Code civil a adopté une disposition contraire (1); — 3° que l'acte du débiteur eût été fait *in fraudem creditorum*. Les commentateurs ne sont pas d'accord sur le sens de cette expression *in fraudem creditorum*. L'opinion qui tend à prévaloir est celle qui n'exige pas chez le débiteur une intention formelle de nuire à ses créanciers. Il suffisait qu'en accomplissant l'acte dommageable, il eût eu conscience (*animus*) que cet acte le rendait insolvable, s'il ne l'était pas encore, ou bien augmenterait son insolvabilité, s'il l'était déjà (2) (L. 15, L. 17, § 1, D., *eod.*).

Contre qui se donnait l'action paulienne? — Sous ces conditions, l'action paulienne se donnait contre les tiers qui avaient profité de l'acte accompli frauduleusement par le débiteur. Seulement, lorsque le tiers, qui avait traité avec le débiteur, était son ayant cause à titre onéreux, par exemple un acheteur, il n'était tenu de l'action paulienne qu'autant qu'il avait été *consciens fraudis*, c'est-à-dire qu'il avait su que l'acte devait causer ou augmenter l'insolvabilité du débiteur (3). Si donc le tiers avait agi de bonne foi, il échappait à l'action paulienne (L. 5, C., *De revoc. his quæ in fraud.*, liv. VII, tit. LXXV). — Lorsque le tiers qui avait traité avec le débiteur était son ayant cause à titre gratuit, par exemple un donataire, l'action paulienne réus-

(1) Voy. aussi les art. 622, 788, 1053 et 2225 du Code civil.

(2) Telle est la doctrine enseignée par Demangeat, t. II, p. 695; Van Wetter, t. II, § 526, p. 249 et 250; Didier-Pailhé et Tartari, p. 800; Accarias, t. II, n. 851, p. 1075; Gavouyère, p. 48; Labbé, à son cours. — La loi *Ælia Sentia* nous a présenté l'application des mêmes principes. Voy. *supra*, liv. I, tit. vi, p. 38 et suiv.

(3) L'acquéreur à titre onéreux pourra-t-il au moins exiger la somme par lui donnée en échange? Vainberg, *De la faillite en dr. rom.*, p. 265 et suiv., ne l'admet pas et par la raison que si l'acquéreur subit une perte, c'est par sa faute. Mais, comme il ne serait pas juste que les créanciers s'enrichissent aux dépens de l'acquéreur, on rendra à ce dernier tout ce qui a augmenté le patrimoine du débiteur.

sissait contre lui sans qu'il y eût à distinguer s'il avait été ou non *consciis fraudis*; toutefois, l'action paulienne ne se donnait contre l'ayant cause à titre gratuit qui avait traité de bonne foi que jusqu'à concurrence du profit retiré (L. 6, § 11, D., *cod.*).

A quelles personnes appartenait l'action paulienne? — Elle appartenait à tous les créanciers dont la créance était *antérieure* à l'acte dont ils se plaignaient. Ceux dont la créance était *postérieure* n'étaient point admis à l'attaquer. A quel titre, en effet? Cet acte ne leur a causé aucun préjudice; il n'a pas été fait en fraude de leurs droits, puisque leurs droits n'existaient pas encore à l'époque où il est intervenu. — Une exception devait cependant être faite pour le cas de subrogation de nouveaux créanciers aux droits des créanciers antérieurs (1) (L. 10, § 1, D., *eod.*).

Durée de l'action paulienne. — L'action paulienne ne pouvait être demandée que pendant une année utile qui commençait à courir du jour de la *bonorum venditio*. L'année expirée, l'action n'était pas absolument éteinte, mais le défendeur ne restait plus tenu que jusqu'à concurrence du profit qu'il avait retiré de l'acte (L. 6, § 14; L. 10, § 24, D., *cod.*).

De l'action servienne et de l'action quasi-servienne ou hypothécaire. — *Action servienne.* — L'action servienne, introduite par le préteur Servius, avait pour but de permettre au propriétaire d'un héritage rural la revendication contre tout possesseur des objets que le fermier avait affectés à la sûreté des fermages (*quæ pig-*

(1) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 695; Accarias, t. II, n. 851, p. 1075; Didier-Pailhé et Tartari, p. 799; Gavouyère, p. 49; Labbé, à son cours. — Mais la révocation résultant de l'action paulienne profitait-elle à tous les créanciers du débiteur, sans distinction aucune, ou seulement aux créanciers vis-à-vis desquels a existé *l'anîmus fraudandi*? La question est très controversée. M. Labbé est d'avis que le bénéfice de la révocation devait s'étendre même aux créanciers dont la créance était postérieure à l'acte frauduleux (L. 10, § 1, D., *Quæ in fraud. cred.*, liv. XLII, tit. VIII.)

noris jure pro mercedibus fundi ei tenentur) (Instit., § 7, liv. IV, tit. vi). — Remarquons que, pour que cette action pût être exercée par le propriétaire du fond, il n'était pas nécessaire que les choses affectées au prix du fermage eussent été apportées dans la ferme; il suffisait, en effet, d'une simple convention, indépendamment de toute tradition.

Action quasi-servienne ou hypothécaire. — L'application de l'action servienne se généralisa. On admit que le propriétaire d'un héritage urbain (*prædium urbanum*) pourrait, sans qu'il y eût convention à cet égard, par conséquent facilement, réclamer contre tout possesseur les objets qui auraient été apportés par le locataire pour garnir les lieux loués (*invecta et illata*). Mais alors l'action s'appelait *quasi-servienne*. On appliqua la même action *quasi-servienne* à tous les cas où, par la seule convention et sans qu'il y eût tradition, un débiteur affectait une chose quelconque, mobilière ou immobilière, comme garantie de sa dette (1). Ainsi l'hypothèque se distinguait du gage (2), en ce qu'elle n'exigeait pas de translation de possession (Instit., § 7, *eod.*). — L'action quasi-servienne se nommait indifféremment action servienne *utilis*, *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem* (3).

(1) Cette généralisation de l'action servienne, antérieure sans aucun doute au temps de Plaute et de Caton, paraît contemporaine de l'époque qui suivit les guerres d'Annibal. Jourdan, *L'hypothèque*, p. 126. — Comp. Code civ., art. 2114, 2203.

(2) Voy. *supra*, liv. III, tit. xiv, p. 454 et suiv.

(3) La constitution de l'hypothèque n'était soumise par le prêteur à aucune condition de publicité. « Celui qui recevait une hypothèque, dit Machelard (*Text. de dr. rom.*, 2^e part., *Sur les hypothèques*, p. 111), n'avait d'autre garantie que la bonne foi de son débiteur, pour s'assurer que son droit n'était pas illusoire, à raison de l'existence d'hypothèques antérieures... On se contentait de punir sévèrement, sous le nom de *stellionat*, la dissimulation du débiteur; de frapper des peines du faux l'antidate en matière d'hypothèque. » Au Bas-Empire une constitution de l'empereur Léon est venue tardivement porter un remède à ce vice essentiel (L. 11, C., *Qui pot.*; liv. VIII, tit. xviii), en exigeant un acte public ou bien la signature de trois témoins sur un acte privé. Mais la portée de cette constitution est fortement controversée. Vangerow, t. I, § 387, *Anm.* 1; Winds-

Quelles choses pouvaient être hypothéquées? — Tout ce qui pouvait être vendu, biens meubles ou immeubles, pouvait être hypothéqué, par la raison que la vente était la fin de l'hypothèque et devait procurer satisfaction au créancier (1).

Parmi les choses *incorporelles*, on ne pouvait hypothéquer, à titre principal et distinct, ni les droits d'usage et d'habitation (2), ni les servitudes urbaines (L. 11, § 3, D., *De pig.*, liv. XX, tit. 1).

Mais pouvaient être frappés d'hypothèque : — 1° l'usufruit (3), en ce sens que ce n'est que l'usage du droit qui pouvait être cédé et, par conséquent, hypothéqué; le droit lui-même reposait toujours sur la tête de l'usufruitier; — 2° les servitudes rurales, en ce sens que le créancier pouvait bien avoir l'usage, l'exercice, en fait, de la servitude dès l'existence de sa créance, mais que ce n'était qu'après l'échéance de la dette et en cas de non paiement, qu'il pouvait vendre la servitude à quelque autre voisin; alors seulement la servitude était réellement constituée; le créancier hypothécaire lui-même était considéré comme n'ayant jamais été investi de la servitude (4) (L. 12, D., *eod.*); — 3° les droits réels de superficie et d'emphytéose (L. 31, D., *eod.*); — 4° les créances (*nomina*). Le *pignus nominis* présentait une

cheid, t. I, § 206, 2, b; Van Welter, t. I, § 272, p. 370; Jourdan, p. 624 et suiv. — *Contra*, Mühlenbroch, t. II, § 306; Puchta, *Pand.*, § 212, et *Vorles*, t. I, § 212; Didier-Pailhé et Tartari, p. 815; Keller, § 206; Thibaut, *Syst.*, t. I, § 353. — Notre Code civil a soigneusement organisé la publicité des hypothèques, art. 2134, 2146 et suiv.

(1) Il n'y a, au contraire, aucun rapport entre l'art. 1593 de notre Code civil et la formule étroite de l'art. 2118 du même Code. Même en se plaçant à un point de vue général embrassant le nantissement, le privilège, l'hypothèque, notre droit civil n'est pas allé aussi loin que le droit romain. Jourdan, p. 241, note 1.

(2) *Sic*, Didier-Pailhé et Tartari, p. 805. — *Contra*, Jourdan, p. 266.

(3) *Conf.* Code civ., art. 2118.

(4) *V.*, en ce sens, Jourdan, p. 269. — *Contra*, Balduinus, *Tr. de pig. et hypoth.*, ch. XII; A. Faber, *Conject.*, liv. XIX, ch. VI et VII; Didier-Pailhé et Tartari, p. 805.

combinaison des principes de l'hypothèque et de la cession de créance; l'hypothèque était le but, la cession, le moyen. Le créancier hypothécaire pouvait vendre la créance hypothéquée et se payer sur le prix, ou en exiger lui-même le paiement jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû, ou bien enfin, lorsque l'objet dû n'était pas une somme d'argent, se faire livrer cet objet sur lequel il acquérait désormais les droits d'un créancier gagiste (L. 18, *pr.*, D., *eod.*); — 5° le gage ou l'hypothèque. C'était l'hypothèque de l'hypothèque (*pignus pignori datum* ou *subpignus*) (1); elle assurait au bénéficiaire tous les effets du *pignus nominis*, et en outre la possibilité de saisir et de vendre la chose hypothéquée afin de s'en attribuer le prix jusqu'à concurrence de ce qui était dû au cédant (2) (L. 13, § 2, D., *eod.*).

Étendue de l'hypothèque. — A la différence des règles de notre droit, d'après lesquelles une hypothèque conventionnelle ne saurait frapper que les biens *présents* (3), la convention d'hypothèque pouvait, dans le droit romain, s'étendre sur les biens *à venir* (4). Il n'était même pas besoin à cet effet d'une convention expresse; dans le dernier état du droit romain, l'hypothèque de tous les biens présents était présumée comprendre aussi les biens à venir (L. 25, § 1, D., *eod.*). Lorsque le débiteur acquérait un bien, ce bien était à l'instant même frappé de l'hypothèque.

Quels étaient les effets du droit d'hypothèque? — Les

(1) Qu'est-ce qui était hypothéqué? — Suivant Löhr, *Archiv.* XIV, p. 162; Arndts, *Pand.*, § 367, c'était le droit d'hypothèque lui-même, abstraction faite de la créance. — D'après Hepp, *Arch.* XV, p. 88, c'était la créance garantie par l'hypothèque; il y avait tout simplement là un *pignus nominis*. — Dans une troisième opinion, c'était la chose hypothéquée elle-même qui était de nouveau hypothéquée. Huschke, *Zeits. für civ. und proz.*, XX, p. 221; Vangerow, § 368, p. 814; Brindz, *Pand.*, § 83; Jourdan, p. 292 et 293.

(2) *Contra*, Code proc. civ., art. 775.

(3) *Contra*, Code civ., art. 2129 *in fine*, 2130.

(4) Il n'en était pas de même du gage qui ne pouvait porter que sur des choses actuelles.

principaux effets du droit d'hypothèque étaient de permettre au créancier de retenir la chose en sa possession jusqu'au paiement, de faire vendre l'objet hypothéqué, à défaut de paiement à l'échéance, et d'être payé sur le prix de préférence aux autres créanciers chirographaires. Lorsque plusieurs droits d'hypothèque concourent sur le même objet (1), la plus ancienne hypothèque était préférée à la plus récente (*prior tempore, potior jure*) (2). C'est en cela que consistait le *privilegium temporis*, applicable sans distinction à l'hypothèque spéciale comme à l'hypothèque générale des biens présents et à venir (3) (L. 7, § 1, L. 11, § 1, D., *Qui potior*, liv. XX, tit. iv). — Le premier créancier hypothécaire se payait sur le prix de vente ; l'excédent, s'il y en avait, revenait aux créanciers hypothécaires subséquents, d'après leur rang respectif. Ceux-ci supportaient donc l'insuffisance de prix ou le déficit résultant d'une vente faite en temps inopportun. Ils avaient toutefois un moyen de sauvegarder leurs intérêts. Pour empêcher la vente dans des circonstances défavorables, tout créancier hypothécaire pouvait rembourser de sa créance celui qui lui était préférable, et, en cas de refus, faire le dépôt de la somme due. Ce remboursement ou dépôt subrogeait de plein droit le créancier subséquent à tous les droits et actions du créancier antérieur ; une cession effective n'était pas nécessaire ; c'était le *jus offerendar pecunia*. Par là, le créancier subrogé pouvait diriger la vente et choisir pour l'opérer un moment plus propice. Il ne pouvait être dépouillé de cet avantage que par un autre créancier hypothécaire subséquent qui

(1) C'était encore là une différence avec le gage qui ne pouvait garantir qu'un seul créancier à la fois.

(2) Conf. Code civ., art. 2134 et suiv.

(3) Sic, Doneau, *De pign.*, XII, §§ 6, 7 ; Bachovius, IV, § 6 ; Windscheid, *op. cit.*, p. 131 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 810. — *Contra*, Cujas, *Comm.*, IV, 7 ; A. Faber, *Conject.*, II, 10 ; Puchta, *Instit.*, § 230 ; Jourdan, p. 309 et suiv.

ferait usage du même droit contre lui ; mais dans ce cas le recouvrement de la somme avancée lui était garanti par l'hypothèque de la créance éteinte ; il avait donc tout à gagner et rien à perdre (LL. 1, 5, C., *eod.*).

En supposant des hypothèques exactement contemporaines, la préférence restait au possesseur. Si aucun des créanciers n'avait l'avantage de la possession, ils étaient mis sur la même ligne ; ils concouraient entre eux en proportion du montant de leurs créances respectives (1) (L. 10, D., *De pign.*, liv. XX, tit. 1 ; L. 20, § 1, D., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. VII).

Le principe *prior tempore, potior jure* recevait une exception lorsqu'une hypothèque était *privilegiée* ; alors elle l'emportait en sa seule qualité sur les autres hypothèques même plus anciennes. Il y avait plusieurs privilèges qui étaient classés entre eux, en cas de concours, dans l'ordre suivant : — 1° le privilège de l'État, pour les impôts (2) et les dettes des officiers payeurs (*primipili*) ; — 2° le privilège du vendeur d'une *militia* qui s'était réservé une hypothèque sur l'objet vendu dont le prix lui était dû (3) ; — 3° le privilège de la femme mariée et de ses descendants à raison de la dot (4) ; — 4° le privilège du créancier pour faits de *versio in rem* ou de conservation de la chose (5) ; — 5° le privilège du fisc pour ses créances contractuelles (6).

Indivisibilité de l'hypothèque. — L'indivisibilité n'était nullement de l'essence de l'hypothèque, mais seulement de sa nature (*indivisa pignoris causa*) ; le créancier qui

(1) V. en ce sens, Van Welter, t. I, § 272, p. 371 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 810, *in fine*.

(2) Comp. L. 12 nov. 1808, concernant le privilège du Trésor public pour le recouvrement des contributions directes.

(3) Comp. Code civ., art. 2103-10.

(4) *Ibid.*, art. 1572.

(5) *Ibid.*, art. 2102-3°.

(6) Ce classement des hypothèques privilégiées soulève de sérieuses controverses entre les interprètes du droit romain. Jourdan, *op. cit.*, p. 653 et suiv.

stipulait une garantie devait la désirer aussi complète que possible. Aussi chaque portion divisée ou indivise de la chose hypothéquée garantissait toute la dette ; comme chaque fraction de la dette était garantie par toute la chose (*est tota in toto, et tota in qualibet parte*) (1).

Des hypothèques tacites ou légales. — Les principales hypothèques tacites ou légales étaient : — 1° celle du propriétaire d'un héritage rural sur les récoltes du fonds (2) ; — 2° celle du propriétaire d'un fonds urbain sur tous les objets qui ont été apportés par le locataire (*inquilinus*) pour garnir les lieux loués (*invecta et illata*) (3) ; — 3° celle du fisc sur les biens de son débiteur (4) ; — 4° celle des mineurs de vingt-cinq ans sur les biens de leurs tuteurs et curateurs (5) ; — 5° celle des légataires sur les biens de la succession (6) ; — 6° celle de la femme mariée pour la reprise de sa dot (7).

Extinction de l'hypothèque. — L'hypothèque s'éteignait par voie de conséquence ou directement.

Par voie de conséquence : — car l'hypothèque n'étant qu'un accessoire de l'obligation principale, l'extinction de celle-ci entraînait forcément la disparition de l'hypothèque. Mais il fallait une extinction complète qui ne laissât rien subsister de la dette, même pas une obligation naturelle (8).

Directement : — 1° par la perte entière et définitive de la chose hypothéquée ; — 2° par la confusion ou la réunion du droit d'hypothèque et de la propriété de la chose hypothéquée sur la même tête ; car personne ne peut

(1) Consult., Wächter, *Ueber Theil, und Theil. der Sach. und Recht.*, *Arch. für civ. Prax.*, t. XXVII, p. 155 et suiv. ; Jourdan, p. 192 et suiv. — Conf. Code civ., art. 2114.

(2-3) Conf. Code civ., art. 2102-1°.

(4) Même Code, art. 2121-3° ; L. 12 nov. 1808.

(5) *Ibid.*, art. 2121-2°.

(6) *Ibid.*, art. 1017.

(7) *Ibid.*, art. 2121-1°.

(8) Conf. Code civ., art. 2180-1°.

avoir une hypothèque, pas plus qu'une servitude, sur sa propre chose ; — 3° par la résolution des droits du constituant (1) ; — 4° par la renonciation expresse ou tacite du créancier (2) ; — 5° par la prescription soit acquisitive de dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi, soit libératoire de quarante ans (3) ; — 6° par la vente régulière de la chose opérée après l'échéance par le premier créancier hypothécaire.

Actions in personam prétoriennes.

Les Institutes ne nous citent comme exemples d'actions *in personam* prétoriennes que les actions — *constitutæ pecuniæ*, — *ex jurejurando*, — *de peculio*. Nous nous occuperons de l'action *de peculio* dans le titre suivant : bornons-nous ici à l'examen des actions *constitutæ pecuniæ* et *de jurejurando*.

De l'action *constitutæ pecuniæ*. — On appelait *pactus de constitut* la convention par laquelle une personne promettait sans stipulation (*nulla stipulatione interposita*), de payer à une autre une dette qui existait déjà soit civilement, soit même naturellement. On pouvait promettre ainsi pour soi-même ou pour autrui (*pro se vel pro alio soluturos se*. Instit., § 9, liv. IV, tit. vi) (4). La dénomination de *constitut* donnée à ce pacte venait de ce que le promettant s'engageait à payer à jour fixe, *constituebat diem quo soluturus esset*, et l'action qui en naissait prenait le nom d'action *constitutoria* ou *pecuniæ constitutæ* (5).

Cette action *pecuniæ constitutæ* avait été introduite par imitation d'une action civile appelée *receptitia* (6).

(1) Conf. Code civ., art. 2125.

(2) Même Code, art. 2180-2°.

(3) *Ibid.*, art. 2180-4°.

(4) Le *constitut* de la dette d'autrui est un véritable cautionnement.

(5) Consultez, sur les effets du *pactus de constitut*, l'intéressante dissertation de Bodin, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes, *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, année 1866, p. 209 et suiv.

(6) *Receptitia* vient de *recipere*, synonyme de *constituere*, prendre jour pour le paiement.

Qu'est-ce que l'action receptitia ? — L'action *receptitia*, action personnelle civile, n'avait d'application que dans un cas spécial, celui où un banquier (*argentarius*) avait promis de payer la dette de l'un de ses clients, bien entendu sans intervention de stipulation (Instit., § 8, *eod.*).

Différences entre l'action receptitia et l'action pecuniæ constitutæ. — 1° L'action *receptitia* ne pouvait être donnée que contre une catégorie de personnes, contre les banquiers (*argentarii*). L'action *pecuniæ constitutæ* pouvait exister contre toute personne (*cum omnibus agitur*) (Instit., § 9, *eod.*). — 2° L'action *receptitia* s'appliquait à tout objet susceptible de stipulation, bien qu'en pratique elle portât de préférence sur de l'argent. L'action *pecuniæ constitutæ* ne s'appliquait qu'aux choses s'appréciant au poids, au nombre, ou à la mesure (*res quæ pondere, numero, mensurave consistunt*) et non aux corps certains (L. 2, *pr.*, C., *De const. pec.*, liv. IV, tit. XVIII). — 3° L'action *receptitia* n'exigeait aucune dette préexistante ni du client envers le banquier, ni du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse. En effet, une fois que l'*argentarius* avait promis de payer une dette, il n'était plus admis à discuter la validité de la dette qu'il avait garantie. L'action *constitutæ pecuniæ* supposait toujours une obligation préexistante, et une obligation valable. Le préteur permettait à celui qui s'était engagé par un pacte de constitut de discuter la validité de la dette. Il est bon de remarquer que, pour servir de base à un constitut, une obligation naturelle suffisait. — 4° L'action *receptitia* était civile et perpétuelle. L'action *constitutæ pecuniæ* était prétorienne et annale (L. 2, *pr.*, C., *eod.*).

Fusion de l'action receptitia et de l'action pecuniæ constitutæ. — Justinien a confondu complètement les deux actions en supprimant la dénomination de *receptitia* (Instit., § 8, *eod.*).

La nouvelle action *constitutæ pecuniæ* a emprunté à l'action *receptitia* les deux caractères suivants : — 1° elle est perpétuelle; — 2° elle s'applique à toute espèce de dettes, que ces dettes soient de quantité ou de corps certain.

Elle a emprunté à l'ancienne action *constitutæ pecuniæ* les deux caractères suivants : — 1° elle doit être nécessairement fondée sur une dette préexistante et valable soit civilement, soit au moins naturellement; — 2° elle se donne contre toute personne capable (L. 2, C., *eod.*).

Effets du constitut. — Ces effets étaient différents, suivant que le débiteur du constitut promettait de payer sa dette ou la dette d'autrui. D'où deux sortes de constitut : le *constitutum proprii debiti* et le *constitutum alieni debiti*.

1° Le *constitutum proprii debiti* présentait un avantage évident lorsque la première dette n'était que naturelle; il donnait au créancier une action pour le recouvrement. — Lorsque la première dette était déjà munie d'action, le constitut permettait de changer le lieu du paiement, de rapprocher ou de reculer le terme (1). — *Quid* si la dette était conditionnelle? Dans le droit classique le constitut devait dépendre toujours de la même condition, car le constitut équivalait au paiement et ne peut intervenir que là où un paiement serait valable; le constitut pur et simple d'une dette conditionnelle était donc nul au même titre que le premier (2) (L. 19, *pr.*, D., *eod.*). — Enfin par le cons-

(1) Bien que l'idée de constitut impliquât ordinairement la fixation d'un terme pour l'exécution de la promesse, cependant l'absence d'un délai ne viciait pas le pacte : la jurisprudence admettait alors de droit un terme de dix jours (L. 21, D., *De pec. const.*, liv. XIII, tit. v).

(2) Quelques auteurs pensent que Justinien (L. 2, C., *De const. pec.*, liv. IV, tit. xviii) a permis de faire pur et simple un constitut sur une dette conditionnelle. Didier-Pailhé et Tartari, p. 820. Comp. Accarias, t. II, n. 723, p. 783, note 1.

titut le créancier pouvait perpétuer un droit temporaire sur le point de s'épuiser.

Le constitut n'entraînait pas de plein droit l'extinction de l'obligation antérieure; tout dépendait de l'intention des parties; tantôt elles ont pu vouloir éteindre une obligation, et la remplacer par une autre; le constitut faisait en quelque sorte fonction de novation; c'est ainsi que intervenu entre le débiteur et l'un des *correi stipulandi*, le constitut éteignait le droit des autres *correi*. Tantôt les parties n'ont pu avoir eu en vue que de créer une obligation nouvelle à côté de l'ancienne. Le créancier se réservait par là le choix entre l'action de constitut et son action primitive; le débiteur était libre de payer l'une ou l'autre dette; mais un seul payement éteignait les deux obligations (L. 7, § 1, LL. 8, 10, 25, D., *cod.*).

Le débiteur pouvait s'engager envers un autre que le créancier. En pareil cas, le constitut ressemblait : — soit à une *adstipulatio*, lorsque le nouveau créancier avait reçu du précédent le simple mandat de s'adjoindre à lui; — soit à une novation, s'il y avait eu délégation du débiteur au nouveau créancier.

2° Le *constitutum alieni debiti* équivalait, suivant la volonté des parties, soit à une *expromissio*, lorsque la nouvelle dette se substituait à l'ancienne, soit à une fidéjussion, lorsqu'elle s'ajoutait à l'ancienne pour la fortifier.

En principe, l'obligation nouvelle s'ajoutait à l'ancienne; l'intention des parties d'éteindre cette dernière devait être formelle (1); la présomption était favorable à l'*expromissio*. Comparé à l'*expromissio*, le constitut avait cet avantage de ne lier le constituant qu'en supposant l'existence et la validité de la dette antérieure (L. 28, D., *cod.*).

(1) Sic, Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 24.

Comparé à la fidéjussion, le constitut s'en distinguait par des différences importantes : — le constituant pouvait s'obliger *in aliam obligationem et in durio rem causam*. Le constitut qui dépassait la dette primitive en quotité (*re*) n'était que réductible et non pas nul ; — la poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libérait pas le constituant, et réciproquement ; — le constitut n'était pas soumis aux limitations de la loi Cornelia, ni à la *prædictio* de la loi Apuléia ; — le constituant avait bien le bénéfice de cession d'actions ; mais le bénéfice de division ne lui a été accordé que par Justinien (L. 2, C., *eod.*) ; quant au bénéfice de discussion, il y a doute.

De l'action de jurejurando. — Lorsque, en dehors de toute instance, les parties qui avaient entre elles un sujet de contestation et qui n'avaient aucun autre moyen d'établir leurs prétentions réciproques, convenaient, pour terminer leur différend, de s'en rapporter à la foi du serment, cette convention ne constituait qu'un simple pacte que ne protégeait pas le droit civil : mais le prêteur l'a confirmée en créant à cet effet l'action *de jurejurando*. Dans cette action le juge n'avait pas à examiner si le droit du demandeur était réellement fondé, mais s'il y avait eu ou non serment régulièrement prêté (Instit., § 11, liv. IV, tit. vi).

Ce serment, qui pouvait produire une action, pouvait aussi, selon les cas, donner lieu soit à un refus d'action, soit à une exception *de jurejurando* en faveur du débiteur (L. 9, *pr.*, D., *De jurej.*, liv. XII, tit. II).

Ce serment que la partie à laquelle il était déféré était libre de refuser, sans que sa cause fût pour cela compromise, s'appelait pour cette raison serment *volontaire* (L. 17, *pr.*, D., *eod.*).

Outre le serment volontaire, il existait encore diverses autres sortes de serment : — 1° celui qui était déféré ou réservé par les parties l'une à l'autre (*in jure*) devant le prêteur et qui s'appelait serment *nécessaire*

parce que celui à qui il était référé ne pouvait le refuser qu'en perdant son procès (1) (L. 34, § 6, D., *eod.*) ; — 2^o celui qui était déféré ou référé par les parties l'une à l'autre (*in judicio*) devant le juge, ou celui que le juge déférait lui-même, pour s'éclairer, à l'une quelconque des parties, et qui s'appelait serment *judiciaire* (2). Ces deux espèces de serment ne donnaient point lieu à l'action prétorienne ni à l'exception de *jurejurando*.

DES ACTIONS PRÉJUDICIELLES

Les actions préjudicielles étaient rangées dans la classe des actions réelles (*in rem esse videntur*) ; elles étaient en général prétoriennes (3) (Instit., § 13, liv. IV, tit. vi).

Qu'entendait-on par actions préjudicielles ? — C'étaient celles dans lesquelles il s'agissait d'obtenir, uniquement par décision judiciaire, la constatation d'un état ou d'un fait, constatation dont on ne prétendait faire résulter aucune condamnation immédiate, mais dont on se proposait de déduire plus tard les conséquences juridiques. Sous le système formulaire, l'action préjudicielle ne renfermait qu'une *intentio* et pas de *demonstratio* ni de *condemnatio* ; aussi la mission du juge consistait uniquement à résoudre la question posée dans l'*intentio* (Gaius, C. IV, § 44).

Division des actions préjudicielles. — Elles se divisaient en deux classes : les unes se référaient au patrimoine ; les autres à l'état des personnes.

Quelles étaient les principales actions préjudiciel-

(1) C'est le serment *décisoire* de notre législation. Voy. Code civ., art. 1358 à 1365.

(2) Conf. Code civ., art. 1366 à 1369. — Il y avait une espèce particulière de *jusjurandum judiciaire*, c'était le serment que le juge déférait au demandeur dans certains cas pour estimer le montant de la condamnation à prononcer (D., *De in lit. jur.*, liv. XII, tit. III). — Comp. Code civ., art. 1366 à 1369.

(3) Sauf la *causa liberalis*.

les ? — Du temps de Gaius on citait, comme exemples d'actions préjudicielles relatives au patrimoine : — 1° l'action donnée pour faire constater le montant de la dot (*quanta dos sit*), avant d'en réclamer la restitution (Gaius, C. IV, § 44); — 2° l'action donnée pour savoir si le créancier qui avait reçu comme sûreté d'une dette principale des *sponsores* ou des *fidepromissores*, leur avait déclaré ce qui lui était dû et le nombre des cautions qu'il voulait recevoir (1) (Gaius, C. III, § 123).

Les Institutes ne nous parlent pas de ces deux actions préjudicielles; elles ne s'occupent que des actions préjudicielles relatives au *status*, c'est-à-dire à l'état des personnes.

Il y avait trois sortes d'actions préjudicielles concernant l'état des personnes : — l'une relative à la liberté; — l'autre relative à l'ingénuité; — enfin la troisième relative à la question de filiation et de paternité.

Action préjudicielle relative à la liberté ou *causa liberalis*. — Cette action, la seule qui fût civile, était employée soit qu'il s'agit de faire déclarer quelqu'un esclave, soit qu'il s'agit de le faire déclarer libre. Dans ce procès, l'individu dont la liberté était en question ne figurait ni comme demandeur ni comme défendeur; il était représenté par un *assertor libertatis*.

A qui incombait la preuve de la liberté? A celui qui prétendait droit à un état contraire à l'état de fait existant au début du procès. Ainsi l'esclave qui se proclamait homme libre, *partes actoris sustinebat*, et devait prouver sa liberté. Réciproquement celui qui réclamait un homme libre comme esclave devait établir ses droits de propriété (L. 7, § 5, D., *De lib. caus.*, liv. XI, tit. XII).

Durant le procès, l'individu dont l'état était en question jouissait toujours d'une liberté de fait; il était *in libertate* (L. 14, C., *De lib. caus.*, liv. VII, tit. XVI).

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. xx, p. 500 et suiv.

Lorsque le juge s'était prononcé une fois contre la liberté, la question n'était pas définitivement jugée ; elle pouvait être renouvelée une seconde et même une troisième fois par d'autres *assertores libertatis*. Au contraire, lorsque le procès s'était terminé en faveur de la liberté, il y avait une chose irrévocablement jugée entre les mêmes parties (L. 1, *pr.*, C., *De ads. toll.*, liv. VII; tit. xvii).

Justinien a supprimé l'*assertor libertatis* en autorisant l'homme litigieux à figurer dans l'instance, soit comme demandeur, soit comme défendeur ; de plus ce prince a décidé que le jugement favorable ou non à la liberté serait définitif et irrévocable (L. 1, C., *De ads. toll.*, liv. VII, tit. xvii).

Action préjudicielle relative à l'ingénuité. — Ulpien nous indique (L. 6, D., *Si ingenuus esse dicatur*, liv. XL, tit. xiv) deux cas dans lesquels il y avait lieu à l'application du *præjudicium ingenuitatis* : — 1° lorsqu'il s'agissait de savoir si un individu était ingénu ou affranchi ; — 2° ou bien lorsqu'il s'agissait de savoir si tel individu qui convenait qu'il était affranchi, avait pour patron telle ou telle personne.

Il y avait lieu ici à l'application des règles de la *causa liberalis* relative à la preuve (1).

Action préjudicielle relative à la question de filiation et de paternité. — Cette action s'appelait ordinairement action *de partu agnoscendo*. Le juge pouvait avoir à se prononcer sur les questions suivantes : — l'enfant né après un divorce est-il du mari d'avec lequel la femme a divorcé ? Et d'une façon plus générale : l'enfant né durant le mariage a-t-il réellement pour père le mari de la femme ? — Ou bien encore : la femme

(1) Sic, sur cette question controversée, Demangeat, t. II, p. 633 et suiv. ; Zimmern, *Tr. des act.*, traduct. d'Etienne, p. 209 et 210 ; de Keller, *Des actions*, traduct. de Ch. Capmas, § 38, p. 169 ; Labbé, à son cours.

que tel enfant revendique pour sa mère est-elle réellement accouchée de cet enfant, etc. ?

Contestation de l'état d'une personne après la mort de cette personne. — On pouvait contester l'état d'une personne même après sa mort; mais les empereurs Claude et Nerva ont décidé que l'état, dont un défunt avait été en possession au moment de sa mort, ne pourrait être contesté que pendant cinq ans, si on voulait lui faire attribuer une condition moins avantageuse (D., *Ne de stat. defunct....*, liv. XL, tit. xv).

Observation commune aux trois actions préjudicielles relatives au statut. — La qualité résultant du *præjudicium*, pour être opposable à tous, devait avoir été établie contre un contradicteur légitime, sérieux (*justus contradictor*). — Un délai de cinq ans continus, était accordé à toute personne à l'effet d'établir la fraude ou la complaisance du *contradictor* et de faire annuler la sentence (L. 3, D., *De agn. et al. lib.*, liv. XXV, tit. III).

DES ACTIONS MIXTES, TAM IN REM, QUAM IN PERSONAM

Cette dénomination d'actions mixtes (1) n'était donnée par les textes qu'aux trois actions *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*, *finium regundorum* (Instit., § 20, liv. IV, tit. VI).

Qu'était-ce que l'action *communi dividundo* ? — Cette action était donnée entre communistes et copropriétaires pour le partage de la chose indivise (2).

Qu'était-ce que l'action *familiæ erciscundæ* ? — Cette action était donnée entre cohéritiers pour le partage de la succession (3).

(1) Ces actions sont aussi appelées *divisaires* par les interprètes modernes à raison du but qu'elles se proposent.

(2-3) Comp. Code civ., art. 815 et suiv. ; C. proc. civ., art. 966 et suiv.

Qu'était-ce que l'action *finium regundorum* ? — Cette action était donnée entre propriétaires voisins pour déterminer les limites séparatives de leurs héritages. En droit moderne, cette action s'appelle action *en bornage* (1).

Dans ces trois actions le juge se trouvait investi d'un double pouvoir : 1° de condamner ; 2° d'adjuger, c'est-à-dire de transférer la propriété par une adjudication (2).

En quel sens les Institutes ont-elles pu dire que ces actions étaient *tam in rem quam in personam* ou *mixtes* ? — Les commentateurs ne sont point d'accord sur ce point. Quatre principales explications ont été proposées et toutes soulèvent de sérieuses objections. — *Pre-mière explication.* On dit : ces actions avaient un caractère *mixte*, en ce sens que chacune des parties jouait un double rôle, de demandeur et de défendeur à la fois. Le juge pouvait prononcer des condamnations aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur, par exception aux cas ordinaires où le défendeur seul pouvait être condamné. On se fonde sur ce passage d'Ulpien : *Mixtae actiones in quibus uterque actor est : utputa, etc.* (L. 37, § 1, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Les mots *tam in rem quam in personam* indiquent qu'il y avait des actions présentant ce caractère, tant parmi les actions *in rem* que parmi les actions *in personam* (3). Mais cette explication est tombée devant l'impossibilité où l'on a été de citer des actions *in rem* qui eussent de l'analogie avec les trois actions *communi dividundo*, *familiae erciscundae*, *finium regundorum*. — *Deuxième explication.* Les trois actions *communi dividundo*, *familiae erciscundae*, *finium regundorum* étaient

(1) Comp. Code civ., art. 646 ; C. proc. civ., art. 3, 38.

(2) Remarquons que la formule de ces trois actions renfermait une partie qui ne se rencontrait dans aucune autre formule, c'était l'*adjudicatio* (Gaius, C. IV, § 42).

(3) Sic, Thézard, *op. cit.*, p. 318 et 319.

mixtes en ce sens que c'étaient les seules actions dans lesquelles il pût y avoir à la fois *adjudication* et *condamnation* (1). — *Troisième explication.* Dans la dénomination d'actions *tam in rem quam in personam*, il faut voir cette idée bien simple que celui qui intentait les actions en question se fondait sur un double droit ; d'abord, sur un droit réel d'hérédité ou de copropriété, comme dans l'action réelle, ensuite sur un droit d'obligation comme dans l'action personnelle. Le juge, bien que sa mission essentielle fût de statuer sur la question d'obligation (ce qui faisait donner aux actions dont il s'agit la qualification d'actions *in personam*), était cependant autorisé à statuer en même temps et par la force des choses sur la question de propriété (2). Mais alors la pétition d'hérédité et la revendication seraient aussi des actions mixtes : ce qui n'est pas admissible. — *Quatrième explication.* Les actions en question seraient *mixtes* au point de vue de la rédaction de la formule. Elles sont personnelles par leur *intentio*, et réelles par l'*adjudicatio* qui ne contient pas le nom de toutes les parties. Voilà d'où est venue la qualification d'actions mixtes à la fois *in rem* et *in personam*. Cette explication, qui est la plus simple, nous paraît la plus satisfaisante (3).

(1) Voy., en ce sens, Walter, *Hist. de la proc. des Romains*, traduct. de Laboulaye, ch. III, p. 35 ; Ducaurroy, t. III, n. 1209 et suiv. ; Bonjean, *Encycl. cath.*, v^e Action, p. 251 et suiv. ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, t. II, § 348 ; E. Naquet, *Caractères des actions mixtes*, Rev. de légis., année 1873, p. 481 et suiv.

(2) Telle nous paraît être l'explication donnée par Ortolan, t. III, n. 2149 et suiv. ; Domenget, p. 476 et suiv. ; Namur, 2^e édit., t. II, § 501, p. 305 ; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 66. — Comp. Demangeat, t. II, p. 650 et 651 ; de Keller, *Des actions*, traduct. de Ch. Capmas, § 87, p. 423 ; Goudsmit, *Cours de pand.* (traduct. de Woylsteke), § 88, p. 245, note 3. — *Contra*, Accarias, t. II, n. 830, p. 1027, note 2.

(3) Sic, Etienne, t. II, p. 431 et suiv. ; de Savigny, *System*, t. V, § 216 ; de Fresquet, t. II, p. 431 et 432 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 876.

TROISIÈME DIVISION.

Actions in jus, actions in factum.

Qu'entendait-on par action in jus? — L'action *in jus* était celle où une question de droit était agitée (*de jure quaeritur*. Gaïus, C. IV, §§ 45, 47), c'est-à-dire où le demandeur réclamait l'application du droit civil à son profit.

Ainsi, en matière de dépôt, voici la formule *in jus* : « *Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato...*, si non paret, absolvito » (Gaïus, C. IV, § 47).

Qu'entendait-on par action in factum? — L'action *in factum* était celle où la décision du procès dépendait d'un fait que le préteur indiquait dans la formule et que le juge était chargé de vérifier; elle dérivait du droit prétorien qui l'avait établie pour combler les lacunes du droit civil.

Voici toujours, en matière de dépôt, la formule *in factum* : « *Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito* » (Gaïus, C. IV, § 47) (1).

Comme on le voit par ces exemples, l'action *in jus* avait trois parties : la *demonstratio*, l'*intentio* et la *condemnatio*. Dans l'action *in factum*, au contraire, la *demonstratio* se confondait avec l'*intentio* pour former la pre-

(1) Consultez la dissertation d'Alb. Desjardins, sur les deux formules des actions *depositi* et *commolati*, Rev. histor. de dr. franç. et étrang., t. XIII, année 1867, p. 122.

mière partie de la formule qui était immédiatement suivie de la *condemnatio*.

Corrélation entre les actions in jus et in factum et les actions civiles et prétoriennes. — Toutes les actions civiles étaient des actions *in jus*, mais toutes les actions prétoriennes ne constituaient pas des actions *in factum*. En général, les actions prétoriennes données pour étendre l'application d'une règle de droit civil à une hypothèse nouvelle, étaient rédigées *in jus* : par exemple, l'action publicienne, créée par le préteur, était une action *in jus* (Gaius, C. IV, § 36).

Intérêt de cette division des actions. — Il y avait intérêt à divers points de vue. Ainsi, par exemple : — 1° Un fils de famille ne pouvait pas intenter d'actions *in jus*. Les principes du droit civil s'y opposaient : car c'était le père de famille qui était devenu créancier et non le fils. Il pouvait, au contraire, faire usage des formules *in factum* (L. 13, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). — 2° Les actions *in jus* étaient, en général, perpétuelles, à la différence des actions *in factum* qui étaient annales (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XII). — 3° Les formules *in factum* servaient à dépouiller certaines actions de leur caractère infamant ; elles s'employaient notamment, comme voie subsidiaire, dans plusieurs ordres d'hypothèses où l'on ne voulait pas donner l'action *de dolo* (1).

Observation. — Les mots *in factum* ont été employés dans un sens différent de celui que nous venons d'indiquer. Ainsi, on voit fréquemment figurer dans les textes l'action *præscriptis verbis* sous la dénomination d'action *in factum præscriptis verbis*, et quelquefois même d'action *in factum* tout court. Cependant il faut bien se garder de confondre l'action *præscriptis verbis*, avec l'action *in factum* ordinaire. La formule de l'action *præscriptis verbis* était conçue *in jus* ; seulement, comme il

(1) Sic, Accarias, t. II, n. 813.

n'y avait pas de *nomen* à indiquer dans la *demonstratio*, la *demonstratio* commençait par l'exposé des faits qui avaient produit l'obligation : d'où est venu le nom d'action *in factum* appliqué à l'action *præscriptis verbis* (1).

QUATRIÈME DIVISION

Actions persécutoires de la chose, persécutoires de la peine, persécutoires de la chose et de la peine ou mixtes.

Cette division des actions était déduite du but que l'on se proposait d'atteindre (Instit., § 16, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions persécutoires de la chose ? — On appelait actions *rei persecuendæ causa* celles qui avaient pour but de maintenir l'intégrité du patrimoine de chacun ou de la rétablir, si elle avait été détruite.

Quelles étaient les principales actions persécutoires de la chose ? — On peut citer toutes les actions *in rem*, et presque toutes les actions *in personam* nées des contrats ou quasi-contrats et de la loi ; par exemple du *mutuum*, de la stipulation, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, de la vente, du louage et même de la *stipulatio pænæ*, etc. (Instit., § 17, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions persécutoires de la peine ? — On appelait actions *pænæ persecuendæ causa* celles qui avaient pour but de procurer au demandeur un enrichissement, et d'infliger au défendeur une diminution de son patrimoine.

Quelles étaient les principales actions persécutoires de la peine ? — On peut citer l'action de vol manifeste ou non manifeste, l'action d'injures, etc. (Instit., §§ 12, 18, *eod.*).

Qu'entendait-on par actions mixtes ou persécutoires de la chose et de la peine ? — On appelait actions *mix-*

(1) Voy., sur l'action *in factum præscriptis verbis*, ci-dessus, liv. III, tit. xxvi, p. 582 et suiv.

tes, tam pænæ quam rei persecundæ, celles qui avaient pour but tout ensemble de maintenir l'intégrité du patrimoine du demandeur, ou de la rétablir si elle avait été détruite, et d'infliger au défendeur une diminution de son patrimoine au profit de l'autre partie.

Quelles étaient les principales actions mixtes ? — Les Institutes nous en citent de nombreux exemples. Étaient mixtes : — l'action *bonorum vi raptorum* par laquelle on obtenait une fois la valeur de la chose, à titre de *rei persecutio*, et trois fois cette même valeur, à titre de peine ; — l'action de la loi *Aquila*, non seulement quand elle était donnée au double contre celui qui avait dénié le dommage (*adversus inficiantem*), mais encore lorsqu'elle était donnée au simple (Instit., § 19, *eod.*) ; — toutes les actions qui se donnaient au double en cas de dénégation de la part du défendeur (Instit., § 17, *eod.*) ; — enfin, dans le droit de Justinien, l'action donnée au double contre celui qui, chargé de l'acquittement d'un legs ou d'un fidéicommiss au profit d'une église ou de tout autre établissement pieux, aurait attendu pour exécuter son obligation, qu'on le citât en justice (Instit., § 19, *eod.*).

Quel était l'intérêt de cette division des actions ?

— L'intérêt se présentait à trois points de vue principaux, savoir : — 1° *Au point de vue du concours de plusieurs actions.* Lorsqu'un même fait donnait naissance à plusieurs actions *rei persecundæ*, le demandeur ne pouvait obtenir qu'une fois la valeur de ce qu'il avait perdu. Ainsi, lorsqu'un vol était commis, la personne volée avait deux actions *rei persecundæ*, à son choix, la revendication et la *condictio furtiva*. Si au moyen de la revendication elle avait obtenu la valeur de sa chose, elle ne pouvait plus l'obtenir une seconde fois par la *condictio furtiva*. Au contraire, lorsqu'un même fait donnait naissance à plusieurs actions pénales, le demandeur pouvait cumuler le bénéfice des condamna-

tions auxquelles aboutissaient ces diverses actions (Instit., § 8, liv. IV, tit. 1). De même, pour le cas où il y avait plusieurs défendeurs tenus d'un même fait. Si l'action était *rei persecundæ*, le demandeur qui avait obtenu de l'un des défendeurs la réparation du dommage qu'il avait éprouvé, ne pouvait rien demander aux autres. Au contraire, si l'action était *pœnæ persecundæ* le demandeur avait une action *in solidum* contre chaque délinquant en particulier : il pouvait donc obtenir autant de fois le montant de la peine qu'il y avait de délinquants (1). — 2° *Au point de vue de la transmissibilité des actions.* Les actions *rei persecundæ* se poursuivaient contre les héritiers du défendeur. Au contraire, les actions pénales s'éteignaient avec la personne du délinquant (2) (Instit., § 1, liv. IV, tit. XII). — 3° *Au point de vue de la poursuite.* Tandis que les actions *rei persecundæ* se donnaient en général *de peculio* contre le père de famille à raison du fait des personnes placées sous sa puissance, les actions pénales se donnaient toujours *noxaliter*. Ce qui veut dire que, dans le premier cas, le père de famille était tenu jusqu'à concurrence de la valeur du pécule ; que, dans le second cas, il pouvait se libérer par l'abandon noxal.

(1) Il n'en était d'ailleurs ainsi qu'autant qu'il s'agissait d'une action pénale *bilatérale*, c'est-à-dire de celle qui se traduisait en un enrichissement pour le demandeur, et en un appauvrissement pour le défendeur ; par exemple, de l'action *furti* (L. 1, C., *De conduct. furt.*, liv. IV, tit. VIII). — L'action pénale *unilatérale*, c'est-à-dire celle qui diminuait le patrimoine du défendeur sans enrichir le demandeur, était, au contraire, régie par les mêmes principes que l'action *rei persecundæ*. Les codélinquants étaient bien tenus solidairement, mais le paiement fait par l'un d'eux libérait tous les autres (L. 17, *pr.*, D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III). Il y avait toutefois une exception pour l'action de la loi *Aquilia* qui, bien qu'unilatérale, pouvait donner lieu à autant de condamnations que d'individus ayant participé à la faute (L. 51, D., *Ad leg. Aquil.*, liv. IX, tit. II).

(2) Voy. *infra*, liv. IV, tit. XII, p. 779.

CINQUIÈME DIVISION

Actions au simple, — au double, — au triple, — au quadruple (1).

Cette division des actions était fondée sur le rapport mathématique qui existait entre le fond de la demande et le montant de la condamnation. Le fond de la demande, c'était l'intérêt réel du demandeur au procès, la valeur du dommage qu'il prétendait avoir éprouvé. Telle était l'unité qui, multipliée par deux, par trois ou par quatre, formait les actions au double, au triple ou au quadruple. Sous le système de la procédure formulaire, l'unité était la valeur indiquée dans l'*intentio* de la formule ; si bien que, pour savoir si une action était donnée au double, au triple ou au quadruple, il suffisait de comparer l'*intentio* et la *condemnatio*.

Observation. — Il paraît certain qu'aucune action n'était donnée au quintuple (Instit., § 21, liv. IV, tit. vi).

Actions au simple. — On agissait au simple dans les actions résultant de la stipulation, du prêt, de la vente, du louage, du mandat, en général dans toutes les actions persécutives de la chose. L'action d'injure, quoique pénale, était au simple, ainsi que toutes celles dont la condamnation était déterminée (*certa*) (Instit., § 22, *cod.*).

Actions au double. — On agissait au double, par exemple, dans les actions de vol non manifeste, de la loi *Aquiliana*, de dépôt nécessaire (*depositi ex quibusdam casibus*), ainsi que dans celles en corruption d'esclave (*de servo corrupto*) et en paiement des legs faits à des établissements religieux (Instit., § 23, *cod.*).

Parmi les actions au double, les unes, comme l'action de vol non manifeste, et l'action en corruption d'esclave,

(1) En droit français toutes les actions sont au simple.

se donnaient *toujours* au double, *omnimodo dupli sunt*. Les autres, comme l'action de la loi *Aquilia* et l'action de dépôt nécessaire, ne s'élevaient au double qu'en cas de dénégation du défendeur (*inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur*). Quant à l'action en paiement des legs ou fidéicommiss faits à des établissements religieux, elle ne se donnait au double qu'en cas de retard apporté à l'exécution de ces legs ou fidéicommiss (Instit., §§ 19, 26, *eod.*).

Actions au triple. — Dans l'ancien droit, les actions *furti concepti* et *furti oblati* étaient données au triple (1). Sous Justinien, ces actions ont disparu. Les Institutes ne nous donnent qu'un exemple d'action au triple : celui où le demandeur, dans un acte de citation (*in libello conventionis*), a réclamé plus qu'il ne lui était dû, afin que les huissiers (*viatores, id est executores litium*) pussent exiger un salaire plus élevé. Le défendeur, au moyen d'une *condictio ex lege*, pouvait obtenir trois fois la valeur du dommage qu'il avait éprouvé. Mais dans ce triple le dommage était compris pour une fois, en sorte que la peine n'était que du double (Instit., § 24, *cod.*).

Actions au quadruple. — On agissait au quadruple dans les actions de vol manifeste, et *quod metus causa*, ainsi que dans celle relative aux sommes payées pour déterminer quelqu'un à susciter ou à abandonner un procès fait par chicane ; il en était encore de même dans la condictio légale établie par Justinien contre les huissiers qui ont exigé des parties plus que ne permet le tarif (Instit., § 25, *cod.*). — Toutefois l'action *quod metus causa* (2) se distinguait des autres actions au quadruple, en ce que la nature de cette action permettait au juge d'absoudre le défendeur qui sur son ordre

(1) Voy. *supra*, liv. IV, tit. 1, p. 637 et 638.

(2) V. *infra*, les développements sur les *actions arbitraires*, p. 742 et suiv.

(*jussu judicis*) consentait à remettre les choses au même état qu'avant la violence. Il n'en était pas ainsi dans les autres actions où le demandeur était toujours condamné au quadruple (*omnimodò quisque in quadruplum condemnatur*) (Instit., § 27, *eod.*).

SIXIÈME DIVISION

Actions de droit strict, actions de bonne foi (1), actions arbitrales.

Cette division des actions fondée sur l'étendue des pouvoirs du juge était loin d'être aussi générale que les précédentes. La distinction des actions de *bonne foi* et de *droit strict* s'appliquait exclusivement aux actions *in personam* nées du commerce régulier de la vie civile (*actiones ex contractu et quasi ex contractu*) et qui, de plus, étaient *in jus conceptæ*, c'est-à-dire pourvues d'une *juris civilis intentio* (2) ; et, quoique la catégorie des *arbitrariæ actiones* comprît aussi bien des actions réelles que des actions personnelles, elle était loin d'embrasser toutes les actions non comprises dans la classe des actions de bonne foi et de droit strict.

Qu'entendait-on par actions de droit strict ? — Les actions de droit strict (*stricti juris actiones, stricti juris judicia, stricta judicia* ou *judicia* tout simplement parce qu'on y nommait un *judex*), étaient celles dans lesquelles le juge, étroitement circonscrit par la formule, devait statuer d'après la rigueur des principes du droit civil, sans s'arrêter aux considérations d'équité, sans même se préoccuper trop directement de la volonté des contractants.

Qu'entendait-on par actions de bonne foi ? — Les

(1) En droit français, toutes les actions sont de bonne foi. Voy. Code civ., art. 1134 *in fine*.

(2) Voy., à cet égard, de Keller, *Des actions*, traduct. de Ch. Capmas, § 88, p. 434.

actions de bonne foi (*bonæ fidei actiones* ou *arbitria*, parce qu'on y nommait un *arbiter*) étaient celles dans lesquelles le juge devait régler le différend d'après l'équité et la bonne foi, sans s'attacher à la rigueur des principes *du droit civil*. On appelait ces actions, actions de bonne foi, parce que leur formule contenait, ajoutés à la question de droit qu'elle posait, les mots *ex fide bona*, — *ut inter bonos bene agier*, — *quid æquius melius*, ou autres équivalents (Cicéron, *Top.*, n. 17 *in fine*).

Différences entre les actions de bonne foi et les actions de droit strict. — Il y avait neuf différences importantes : — 1° Les actions de bonne foi s'attachaient toujours à des contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, c'est-à-dire à des *negotia juris* engendrant des obligations réciproques entre les parties. Les actions de droit strict se rapportaient aux contrats unilatéraux (1). — 2° Dans les actions de bonne foi, le juge devait suppléer toutes les clauses conformes à l'usage ou à l'équité, et les regarder comme tacitement convenues entre les parties. Dans les actions de droit strict, toute clause semblable devait être expressément insérée. Le juge devait se renfermer dans les termes rigoureux de la formule. — 3° Dans les actions de bonne foi, le juge prenait l'équité pour base de sa décision ; il résultait que tout fait de dol, tant de la part du demandeur que de celle du défendeur, devait être suppléé par lui, sans qu'il fût nécessaire au demandeur d'invoquer la *clausula doli* ou *cautio de dolo*, et sans que le défendeur eût besoin de faire insérer

(1) Toutefois ce point admis par la majorité des auteurs (Voy. Heimbach, *Zeitschr. für civ.*, t. IV, p. 66 et suiv. ; Vangerow, t. I, § 139 ; Namur, 2^e édit., t. II, § 507, p. 308 ; Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 71 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 851 ; Accarias, t. II, n. 869, p. 1133), est contesté par Maynz, t. II, §§ 280 et 331 ; Goudsmit, *op. cit.*, § 93, p. 256, *observ.* — Il est bon d'observer qu'une exception doit être faite à cette règle pour l'action de *precario*, qui était de bonne foi bien qu'unilatérale (L. 2, § 2, D., *De prec.*, liv. XLIII, tit. xxvi).

dans la formule délivrée contre lui l'*exceptio doli mali*, ou toute autre déduite de la mauvaise foi, notamment celle *pacti conventi*. Dans les actions de droit strict, la règle était différente. — 4° Dans les actions de bonne foi, le débiteur répondait de toute espèce de fautes, non seulement des faits actifs par lesquels il avait endommagé la chose due (*culpa in committendo*), mais même des omissions de fait (*culpa in omittendo*). Dans les actions de droit strict, le débiteur n'était tenu que des faits actifs par lesquels il avait endommagé la chose due (*culpa in committendo*) (1). — 5° Dans les actions de bonne foi, le demandeur avait droit non seulement à la valeur de la chose principale, mais encore aux accessoires (*omnem causam*), aux fruits, aux intérêts à compter de la demeure. Il n'était pas besoin pour cela d'une demande à part, à la différence de ce qui avait lieu relativement aux actions de droit strict. — 6° Dans les actions de bonne foi, le juge pouvait, pour déterminer la condamnation du défendeur, avoir égard à un intérêt d'affection. Dans les actions de droit strict, il ne devait tenir compte que de l'intérêt pécuniaire, de la valeur réelle de la chose. — 7° Dans les actions de bonne foi la valeur de la chose litigieuse s'estimait au jour du jugement. Dans les actions de droit strict, au jour de la condamnation. — 8° Les effets d'un pacte ajouté à un contrat, soit *in continenti*, soit *ex intervallo*, différaient suivant qu'il s'agissait d'un contrat de bonne foi ou d'un contrat de droit strict (2). — 9° Dans les actions de bonne foi, le juge pouvait, suivant les circonstances, prendre des mesures en vue de l'avenir et ordonner au défendeur de fournir au demandeur des garanties pour sûreté de la dette à échoir. Il n'y avait rien de semblable dans les actions de droit strict. — 10° La *plus-petitio* et ses conséquences rigoureuses ne se pro-

(1) Ci-dessus, liv. III, tit. xxvii, p. 596 et suiv.

(2) Ci-dessus, liv. III, tit. xxvi, p. 579 et suiv.

duisaient pas dans les actions de bonne foi. Au contraire, elles avaient lieu dans les actions de droit strict dont l'*intentio* était *certa*, c'est-à-dire déterminée (1). — 11° Dans les actions de bonne foi, la compensation a toujours pu s'opérer, sans que le juge eût besoin d'un pouvoir exprès, entre les dettes et créances réciproques des parties. Dans les actions de droit strict, elle n'y est devenue possible que depuis Marc-Aurèle, et encore fallait-il que le défendeur eût fait insérer l'exception *doli mali* dans la formule (2).

Quelles étaient les actions de droit strict ? — En principe, toutes les actions *in personam* étaient des actions de droit strict. Les actions de bonne foi formaient l'exception et étaient seules susceptibles d'une énumération limitative. On comprenait généralement sous la dénomination commune de *condictio* toutes les actions de droit strict.

Cicéron nous apprend, dans son discours *pro Roscio comedo*, qu'il y avait *condictio* toutes les fois qu'il y avait *pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata*.

1° *Pecunia data*. — Ici trouvaient place la *condictio* résultant d'un *mutuum* (3), — la *condictio indebiti*, donnée en cas de paiement de l'indû (4), — la *condictio sine causa*, donnée à la place de la revendication, devenue impossible par la perte de la chose, alors que cette chose devait être rendue, — la *condictio ob rem dati re non secuta* ou *causa data causa non secuta*, accordée à celui qui, ayant donné une chose dans la vue d'en recevoir une autre, a été trompé dans son attente par suite de l'inexécution de la promesse de son adversaire (5), — la *condictio furtiva*, donnée contre le voleur pour la

(1) Ci-dessus, liv. IV, tit. vi, p. 677.

(2) *Infra*, liv. IV, tit. vi, p. 750.

(3) Ci-dessus, liv. III, tit. xiv, p. 436 et suiv.

(4) Voy. *supra*, liv. III, tit. xxvii, p. 591 et suiv., les développements que nous avons donnés sur la *condictio indebiti*.

(5) *Ibid.*, liv. III, tit. xxvi, p. 583 et suiv.

chose volée, non seulement lorsque la revendication n'était plus possible, mais encore concurremment avec la revendication; etc. (1).

2° *Pecunia expensilata*. — La *condictio* était donnée pour l'exécution du contrat *litteris* (2).

3° *Pecunia stipulata*. — Il en était de même lorsqu'il s'agissait d'un contrat verbal, d'une stipulation (3).

Il y avait encore d'autres cas qui donnaient lieu à la *condictio*; par exemple, l'exécution d'un legs *per damnationem*, et au Bas-Empire l'exécution d'une convention de donner.

Des diverses espèces de condictiones. — Il y avait deux espèces de *condictiones*, savoir : — la *condictio certi*, — et la *condictio triticaria*.

1° La *condictio certi* ne s'appliquait qu'aux obligations ayant pour objet une somme d'argent déterminée, *certa pecunia*. Elle avait une *intentio certa*. Exemple : « *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum sestertia dare oportere.* » La *condemnatio* était également *certa* : « *Tantum pecuniam condemna.* »

2° La *condictio triticaria* avait pour objet toute autre chose qu'une somme d'argent déterminée (*certa res*). *Triticaria* vient de *triticum* qui veut dire dette de froment. La *condictio triticaria* se divisait elle-même en *triticaria certi* et *triticaria incerti* (L. 1, pr., D., *De condict. tritic.*, liv. XIII, tit. III).

La *condictio triticaria certi* avait pour objet toute chose déterminée autre qu'une somme d'argent : par exemple, cent mesures de blé d'Afrique de la meilleure qualité, ou bien le fonds Cornélien. L'*intentio* d'une telle action était *certa* : « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio fundum Cornelianum dare oportere.* » La *condemnatio* était *incerta* : « *Quanti eadem res est, tanti condemna.* »

(1) Voy. *supra*, liv. IV, tit. 1, p. 639.

(2) *Ibid.*, liv. III, tit. XXI, p. 511 et suiv.

(3) *Ibid.*, liv. III, tit. XV, p. 462 et suiv.

La *condictio triticaria incerti* avait pour objet une chose indéterminée, par exemple un fait, une abstention, etc. L'*intentio* d'une telle action était *incerta* : « *Quidquid pare! ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportere.* » La *condemnatio* était également *incerta* (Gaius, C. IV, §§ 54, 131, 136).

Quelles étaient les actions de bonne foi ? — Étaient de bonne foi, les actions résultant de la vente (*empti venditi*), du louage (*locati conducti*), de la gestion d'affaires, du mandat, du dépôt, de la société, de la tutelle, du commodat, du gage, l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo* (1), l'action *præscriptis verbis* (2), enfin l'action *rei uxoriæ*, dans l'ancien droit, et l'action *ex stipulatu*, sous Justinien (3) (Gaius, C. IV, § 62 ; Instit., §§ 28, 29, liv. VI, tit. VI).

Occupons-nous spécialement de l'action donnée en restitution de la dot.

De l'action en restitution de la dot. — Dans l'ancien droit, la femme, à la dissolution du mariage, pouvait avoir deux actions diverses pour répéter sa dot : — l'action *rei uxoriæ*, — et l'action *ex stipulatu* (4).

Différences entre l'action rei uxoriæ et l'action ex stipulatu. — Il y avait six différences importantes : — 1° l'action *rei uxoriæ* était de bonne foi : elle était générale, et se donnait à la femme de quelque manière que la dot eût été constituée. L'action *ex stipulatu* était de droit

(1) Voy. *infra*, liv. IV, tit. VI, p. 721.

(2) Voy. *supra*, liv. III, tit. XXVI, p. 582 et suiv.

(3) Justinien met également au nombre des actions de bonne foi la *petitio hereditatis*, bien qu'elle soit *in rem*. Cette erreur s'explique par certaines ressemblances que la *petitio hereditatis* présentait avec les actions de bonne foi, notamment en ce que l'exception de dol n'avait pas besoin d'être insérée dans la pétition d'hérédité pour autoriser le juge à tenir compte au défendeur de certaines retenues. Accarias, t. II, n. 870.

(4) Voy., sur le développement des deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, Gide, *Du caractère de la dot*, p. 18 et suiv. ; Boissonade, *Hist. des dr. de l'époux survivant*, p. 38 et suiv. — Voy. *supra*, liv. II, tit. VII, p. 211 et suiv., et tit. VIII, p. 215 et 216.

strict, elle ne se donnait que s'il y avait eu stipulation que la dot serait restituée (Instit., § 29, *cod.*). — 2° L'action *rei uxoriæ* n'appartenait qu'à la femme elle-même en cas de dissolution du mariage par le prédécès du mari ou par le divorce; et même cette action n'était alors transmissible aux héritiers de la femme, que si cette dernière était morte après avoir mis en demeure le mari ou les héritiers du mari (Ulpien, *Reg.*, lit. vi, § 7). Lorsque la femme venait à mourir *in matrimonio*, le principe était que la dot restait au mari survivant. Il fallait, toutefois, faire une exception pour la dot profectice, c'est-à-dire constituée par un ascendant paternel de la femme. Cet ascendant avait, pour se faire restituer la dot, l'action *rei uxoriæ* (Ulpien, *ibid.*, § 4). L'action *ex stipulatu*, étant un contrat de droit commun, il s'ensuivait que la femme qui stipulait la restitution de sa dot était censée stipuler pour elle et pour ses héritiers. En conséquence, les héritiers de la femme pouvaient intenter l'action *ex stipulatu* sans qu'il y eût à distinguer si la femme était morte *in matrimonio*, ou après la dissolution du mariage par le prédécès du mari ou par le divorce, et, dans ce dernier cas, il n'y avait pas non plus à considérer si la femme avait mis ou non son mari ou les héritiers du mari en demeure de restituer la dot. L'action *ex stipulatu* appartenait même aux étrangers qui, en constituant une dot pour la femme, en avaient stipulé la restitution. — 3° Le mari, poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, pouvait exercer sur la dot certaines rétentions : *ob liberos*, dans l'intérêt des enfants nés du mariage ; *ob mores*, lorsque la femme par ses torts envers son mari avait entraîné le divorce ; *ob impensas*, à raison des dépenses utiles faites pour l'entretien de la chose dotale ; *ob res donatas, ob res amotas*, etc., etc. (1) (Ulpien, *ibid.*, §§ 9 et suiv.). Au

(1) Ces diverses *retentiones* pouvaient-elles être cumulées, ou bien fallait-il choisir entre elles? V. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 23 et

contraire, il n'avait plus la faculté d'exercer les mêmes rétentions, lorsqu'il était poursuivi par l'action *ex stipulatu*. — 4° Le mari exposé à l'action *rei uxoriæ* jouissait d'un certain délai pour la restitution de la portion de la dot qui consistait en quantités, en choses fongibles, ou même en corps certains livrés avec estimation ; il devait opérer la restitution en trois termes, d'un an chacun (*annua, bima, trima die redditur*). Quant à la dot qui consistait en corps certains non estimés, elle devait être restituée immédiatement après la dissolution du mariage (Ulpian, *Reg.*, tit. vi, § 8). Dans l'action *ex stipulatu*, le mari n'avait aucun délai pour restituer la dot de quantités. — 5° Si le mari avait fait à la femme, pour le cas où elle lui survivrait, des avantages par disposition de dernière volonté, l'édit *de alterutro* exigeait que la femme optât entre ces gains de survie et la répétition de sa dot par l'action *rei uxoriæ*. Lors donc que la femme intentait l'action *rei uxoriæ*, elle perdait le bénéfice du testament (L. 1, § 3, C., *De rei uxor. act.*, liv. V, tit. viii). Il n'en était pas de même dans l'action *ex stipulatu*. La femme, tout en exerçant cette action, conservait les avantages des dispositions de dernière volonté. — 6° Dans l'action *rei uxoriæ*, le mari condamné à la restitution jouissait du bénéfice de compétence c'est-à-dire de n'être condamné que dans la limite de ce qu'il pouvait payer (*in id quod facere poterat*). Dans l'action *ex stipulatu* ce tempérament n'était pas admis (1) (L. 1, § 7, C., *De rei uxor. act.*, liv. V, tit. xiii).

Innovations de Justinien. — Justinien a fondu en une seule les deux actions *rei uxoriæ* et *ex stipulatu*, et a donné à la nouvelle action en restitution de la dot le nom d'action *ex stipulatu*. Il a décidé que quels que

suiv., 32 et suiv. ; Maynz, *Cours de dr. rom.*, 3^e édit., t. III, § 405, p. 68, note 21 ; Accarias, t. II, n. 834, p. 1038, note 1.

(1) Telle est du moins l'opinion de Demangeat, t. II, p. 675 ; Ortolan, t. III, p. 638, n. 2139 ; Accarias, t. II, n. 835 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 151 ; Labbé, à son cours.

fussent le mode de dissolution du mariage et l'origine de la dot, la femme et ses héritiers pourraient toujours intenter cette action, comme s'il y avait eu entre les époux une stipulation tacite (Instit., § 29, *eod.*).

A l'ancienne action *rei uxoriæ* Justinien a emprunté les caractères suivants : — 1° la nouvelle action *ex stipulatu* est une action de bonne foi ; — 2° le mari ne peut être condamné que dans la limite de ses facultés (*in quantum facere potest*) ; — 3° il lui est accordé un délai pour la portion de la restitution de la dot qui consiste en *meubles*. Ce délai est d'un an. Quant à la restitution de la dot qui consiste en *immeubles*, elle doit s'opérer immédiatement après la dissolution du mariage.

A l'ancienne action *ex stipulatu* Justinien a emprunté les caractères suivants : — 1° la nouvelle action *ex stipulatu* passe aux héritiers de la femme d'une manière absolue, lors même que la femme meurt dans le mariage, ou qu'elle meurt après la dissolution du mariage, mais sans que le mari ou ses héritiers aient été mis en demeure ; — 2° la nouvelle action *ex stipulatu* n'admet pas les rétentions, excepté cependant celles *ob impensas necessarias*, c'est-à-dire à raison des dépenses utiles et nécessaires faites pour l'entretien de la chose dotale ; — 3° enfin la femme cumule les avantages de la nouvelle action *ex stipulatu* avec ses gains de survie, sauf le cas où ces gains de survie lui ont été expressément laissés comme équivalent de sa dot (1).

De plus, Justinien a accordé à la femme, pour sûreté de la restitution de sa dot, une hypothèque tacite et privilégiée sur tous les biens du mari (2). La femme

(1) Comp. Accarias, t. II, n. 836, p. 1042, texte et note 2.

(2) Le droit de reprise de la femme pouvait-il s'exercer contre les tiers détenteurs auxquels le mari avait transféré, soit des choses mobilières, soit des immeubles *aliénables*, faisant partie de la dot? La négative est généralement enseignée. Voy. Vangerow, *Lehrb.*, t. I,

devait être préférée à tous autres créanciers du mari, même à ceux antérieurs au mariage. Mais ce privilège était tout personnel à la femme et à ses descendants ; les autres héritiers ne succédaient qu'à l'hypothèque ordinaire (1) (Instit., *ibid.*).

Actions arbitraires.

On appelait *actions arbitraires*, celles dans lesquelles le juge avait mission, avant de prononcer la sentence définitive qui devait tendre, comme toujours, au paiement d'une somme d'argent, de donner l'ordre au défendeur, dans une sorte d'interlocutoire préalable appelé *arbitrium* (2) ou *jussus*, de fournir au demandeur telles ou telles satisfactions, et ce n'était qu'autant que le défendeur s'y refusait, qu'une condamnation pécuniaire était prononcée contre lui (Instit., § 31).

Sous le système formulaire, le caractère arbitraire de l'action se manifestait dans la formule, par l'insertion de la clause *nisi restituat* (3) à laquelle était subordonné le pouvoir de condamner.

Dans les actions arbitraires, l'office du juge, en tout ce qui était relatif à l'*arbitrium*, s'exerçait *ex æquo et bono*, comme s'il s'agissait d'actions de bonne foi. Il en résultait que lorsqu'un délai était nécessaire pour exécuter la satisfaction, le juge était maître de l'accorder avec ou sans caution. Mais l'exception de dol n'était pas sous-entendue de plein droit dans les actions arbitraires, comme dans les actions de bonne foi ; au point de vue de la sentence, le juge statuait librement ou

§ 220 ; Maynz, t. I, § 180-2° *in fine*, et t. III, § 396, p. 41, texte et note 42 ; Gide, *Du caractère de la dot*, p. 57 et suiv. ; Accarias, t. I, n. 315, p. 784. — *Contra*, Namur, 2^e édit., t. I, § 479, p. 281.

(1) Le privilège passait-il aux cessionnaires de la femme ? Voy., dans le sens de l'affirmative, Mühlenbruch, *Cession*, p. 558 et suiv. ; Dernburg, § 154 ; Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 652.

(2) *Sic*, Bodin, *op. cit.*, p. 53.

(3) On se servait encore des termes : « *nisi exhibeat, nisi solvat, nisi ex noxali causa servum dedat.* » Cicéron, *In Verrem*, II, 12, nous a conservé une formule d'action arbitraire.

strictement, suivant que l'action était par elle-même libre ou rigoureuse (1).

L'*arbitrium* ou *jussus* était-il susceptible d'exécution forcée? La distinction suivante est généralement enseignée : — L'*arbitrium* pouvait être exécuté *manu militari*, à défaut de satisfaction volontaire, dans les cas où il s'agissait simplement de lever un obstacle de fait : par exemple, de restituer la chose dont le demandeur était propriétaire, lorsque cette restitution était possible. En effet, l'exécution forcée aboutissait au même résultat que l'exécution volontaire ; elle faisait passer la possession, qui est un état de fait, du défendeur au demandeur. — Au contraire, la *manus militaris* ne pouvait pas être employée dans les cas où il s'agissait de l'accomplissement d'un acte juridique qui exigeait comme condition essentielle la volonté d'une personne. Ainsi, on ne voit pas comment on aurait pu arriver à l'exécution d'un *arbitrium* portant sur une translation de propriété, ou dans les actions *quod metus causa*, *de dolo*, *de eo quod certo loco* (2). Le demandeur n'aurait, dans ces cas, d'autre ressource que le *jusjurandum in litem*.

Des principales actions arbitraires. — Étaient arbitraires toutes les actions réelles, tant civiles que prétoriennes, comme les actions publicienne, servienne, quasi-servienne ou hypothécaire (Instit., § 31, *ead.*). A cette énumération de Justinien il faut ajouter bien certainement l'action en revendication, la pétition d'hérédité, l'action confessoire et l'action négatoire (3). —

(1) D'où la dénomination d'*arbitraires* appliquée à ces actions (Instit., § 31, liv. IV, tit. vi).

(2) Consult., sur ce point, Demangeat, t. II, p. 680 et suiv., et *De la condition du fonds dotal en dr. rom.*, p. 119 et suiv. ; Pellat, *Expl. du livre VI des Pond.*, p. 367 et suiv. ; Zimmern, *Tr. des act.*, trad. Etienne, § 65, p. 192, et § 67, p. 201 et suiv. ; de Fresquet, t. II, p. 452 et suiv. ; Van Wetter, t. II, § 99, p. 168 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 53 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 842 ; Accurias, t. II, n. 867 ; Labbé, *à son cours*.

(3) Consult., Demangeat, t. II, p. 683 et suiv. ; Accurias, t. II, n. 66 ; Bodin, *op. cit.*, p. 54.

Quant aux actions personnelles, étaient arbitraires, les actions *ad exhibendum*, *quod metus causa*, *de dolo malo*, *de eo quod certo loco*, citées par Justinien (*ibid.*) à titre d'exemple, ainsi que les actions *finium regundorum*, et dans certains cas, l'action *noxale* (1).

1° *Action ad exhibendum*. — L'action *ad exhibendum*, introduite pour faciliter le plus ordinairement (2) la revendication, appartenait en général à quiconque était intéressé à l'exhibition d'une chose contre toute personne à qui la possession ou la simple détention rendait l'exhibition possible, et même contre celui qui, par dol, se serait mis dans l'impossibilité d'exhiber (L. 3, § 15. LL. 4, 5, *pr.*, 9, *pr.* et §§ 3, 4, D., *Ad exhib.*, liv. X, tit. IV). — L'*arbitrium* consistait dans l'ordre donné au défendeur de représenter la chose; et si le défendeur ne voulait ou ne pouvait le faire, il était condamné à une somme fixée par le demandeur sous la foi du serment, somme que le juge pouvait, d'ailleurs, modérer en cas d'exagération (Instit., § 3, liv. IV, tit. XVII).

Différences entre l'action ad exhibendum et l'action en revendication. — L'action *ad exhibendum* ne s'appliquait qu'aux choses mobilières, les seules susceptibles d'être dissimulées (L. 38, D., *De jud.*, liv. V, tit. 1); elle n'impliquait pas chez le demandeur un droit de propriété et n'exigeait point, par conséquent, la preuve de ce droit; il suffisait au demandeur d'établir l'intérêt qu'il pouvait avoir à l'exhibition.

2° *Action quod metus causa*. — L'action *quod metus causa* était donnée au cas où un acte juridique avait été accompli sous l'empire d'une menace contre toute personne qui avait tiré profit de l'acte arraché par la violence, quoiqu'elle n'en fût ni l'auteur ni le complice, lors même qu'elle l'eût ignoré. L'*arbitrium* consistait

(1) Voy. les auteurs cités à la note qui précède.

(2) L'action *ad exhibendum* pouvait servir aussi à ouvrir la voie à d'autres actions réelles ou personnelles, telles que l'action hypothécaire, l'action *noxale*, etc. Didier-Paithé et Tartari, p. 844.

dans l'ordre donné au défendeur de consentir à l'annulation des actes arrachés par la violence, et au rétablissement du demandeur dans l'état antérieur (1) (D., *Quod met. caus.*, liv. IV, tit. II).

3° *Action de dolo*. — L'action *de dolo* était donnée contre celui qui, par des manœuvres frauduleuses, avait déterminé quelqu'un à accomplir un acte juridique. L'*arbitrium* consistait dans l'ordre donné au défendeur de rétablir le demandeur contre les conséquences du dol (2) (D., *De dol. mal.*, liv. IV, tit. III).

Ressemblances entre l'action quod metus causa et l'action de dolo. — Ces deux actions passaient aux héritiers et autres successeurs universels de la victime de la violence ou du dol. Elles ne subsistaient que pendant une année utile avec leurs conséquences rigoureuses. Après ce délai, modifié par une constitution de Constantin pour l'action de dol et porté à deux années continues, l'action *quod metus causa* n'était plus accordée qu'au simple, *causa cognita*, c'est-à-dire en l'absence de tout autre moyen de recours. L'action *de dolo* n'entraînait plus l'infamie. Ces deux actions étaient perpétuelles.

Différences entre l'action quod metus causa et l'action de dolo. — 1° L'action *quod metus causa* n'était pas infamante; l'action *de dolo* était infamante. — 2° L'action *quod metus causa* tendait à une condamnation au quadruple; l'action *de dolo* restait au simple. — 3° L'action *quod metus causa* était donnée contre l'auteur de la violence et contre toute personne qui en avait profité, fût-elle même innocente; l'action *de dolo* n'était donnée que contre l'auteur du dol; elle n'atteignait point les tiers qui avaient même profité du dol d'autrui, mais sans y avoir participé. — 4° L'action *quod metus causa* n'était pas exclue par aucune autre voie de droit. L'action *de dolo* n'était accordée qu'à défaut d'autres actions. — 5° La for-

(1) Conf. Code civ., art. 1111 à 1115.

(2) Comp. même Code, art. 1116.

mule de l'action *quod metus causa* ne portait pas comme celle de l'action *de dolo*, dans l'*intentio* le nom du défendeur; elle était rédigée en termes impersonnels; c'est pourquoi les textes, sans se méprendre sur son caractère personnel, la qualifiaient de *scripta in rem*.

4° *Action de eo quod certo loco*. — L'action *de eo quod certo loco* était utile à celui auquel on avait promis l'acquiescement d'une obligation en un certain lieu, et qui voulait l'obtenir ailleurs. Comme il y avait plus-pétition à demander ailleurs qu'au lieu convenu, le créancier, en agissant ainsi, s'exposait à être repoussé dans sa demande. Mais comme, d'un autre côté, il avait souvent intérêt à recevoir le paiement dans cet autre endroit, le prêteur imagina une modification à la formule, modification qui permit au créancier d'agir où il voudrait, sans craindre de plus-pétition (1). Ce changement fut de rendre la formule arbitraire. L'*arbitrium* du juge consistait dans l'ordre donné au défendeur de satisfaire le demandeur d'une manière suffisante, même, suivant les cas, en donnant caution. Faute par le défendeur de s'y soumettre, le juge procédait à la condamnation; il devait prendre en considération la différence des lieux, soit en faveur du créancier, soit en faveur du débiteur. — Du reste, observons que, si la cause de l'action donnait lieu à une action de bonne foi ou à une *condictio incerti* qui ne présentait pas les dangers de la plus-pétition, il n'y avait pas d'action arbitraire possible, on intentait cette action elle-même (L. 2, *pr.*, LL. 3, 5, 7, 10, D., *De eo quod cert. loc.*, liv. XIII, tit. IV).

5° *Action finium regundorum*. — L'action *finium regundorum* était une action arbitraire dans laquelle le juge ordonnait au défendeur de faire une restitution de terrain, d'abattre des arbres ou des constructions pour le rétablissement des bornes. Si le défendeur se soumettait

(1) V. *supra*, liv. IV, tit. VI, p. 680 et suiv.

au *jussus*, le juge devait l'absoudre (1) (Instit., § 6, liv. IV, tit. xvii).

6° *Action Paulienne* (2).

7° *Action noxale*. — L'abandon noxal présentait la plus grande analogie avec la satisfaction fournie par le défendeur dans une action arbitraire ; c'est pour cette raison que Justinien (Instit., § 31, liv. IV, tit. vi ; L. 14, § 1, L. 19, *pr.*, D., *De nox. act.*, liv. IX, tit. iv) a pu le comprendre sous cette catégorie. Cependant, il y avait cette différence considérable que, dans l'action noxale, le choix du défendeur était parfaitement libre, et que le refus d'opérer l'abandon n'était sanctionné ni par le *juramentum in litem*, ni par l'intervention de la *manus militaris* (3) ; tandis que dans l'action arbitraire existait cette coaction indirecte résultant de ce que le défendeur qui n'obéissait pas à l'*arbitratus judicis* était mis plus ou moins complètement à la discrétion de son adversaire. Il en résultait que l'alternative ouverte par l'action noxale se trouvait dans la condamnation elle-même, et que l'abandon pouvait s'opérer même après la condamnation prononcée, tandis que le *jussus* d'une action arbitraire devait forcément précéder cette condamnation (4).

SEPTIÈME DIVISION

Actions où le demandeur peut obtenir tout ce qui lui est dû, actions où il n'obtient que moins.

En principe, le juge qui avait reconnu le droit du demandeur condamnait le défendeur à l'acquittement de

(1) V. *supra*, liv. IV, tit. vi, p. 722.

(2) V. *ibid.*, liv. IV, tit. vi, p. 703 et suiv.

(3) V. *infra*, liv. IV, tit. viii, p. 762 et suiv.

(4) Sic, Demangeat, t. II, p. 686 ; Accarias, t. II, n. 888, p. 1184. Comp. de Savigny, *System*, t. V, § 223, note s ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 867. Suivant ces derniers auteurs, les textes précités des Institutes et du Digeste n'auraient eu en vue que les actions qui, étant déjà arbitraires par elles-mêmes, comme l'action *quod metus causa* ou l'action *de dolo*, étaient données *noxaliter*.

l'intégralité de ce droit. Il y avait cependant certains débiteurs qui avaient le privilège d'exiger qu'ils ne fussent condamnés que jusqu'à concurrence de leurs facultés (*in quantum facere possunt*), c'est-à-dire pour ce qu'ils pouvaient payer sans être réduits à un entier dénuement (*ne egeat*). C'est ce que les commentateurs ont appelé *bénéfice de compétence* (Instit., § 36 et suiv.).

Caractère du bénéfice de compétence. — Ce bénéfice était éminemment personnel : il n'appartenait ni aux cautions, ni aux héritiers. Sous le système de la procédure formulaire, c'était sous la forme d'une restriction mise à la condamnation qu'on le faisait valoir : par exemple, *Aulo Agerio Numerium Negidium duntaxat in id quod facere potest condemna* (L. 7, *pr.*, L. 22, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1). Il pouvait être opposé même à l'action *judicati*; mais si le débiteur, à qui il compétait, avait payé sans l'invoquer, il n'avait aucune répétition (L. 9, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, lit. vi).

A quelles personnes appartenait ce bénéfice? — Le bénéfice de compétence était accordé : — aux ascendants poursuivis par leurs descendants; — au patron et à la patronne, à leurs enfants et ascendants, poursuivis par l'affranchi; — aux frères entre eux (Instit., § 38, *eod.*; LL. 16, 17, D., *De re judic.*, liv. XLII, tit. 1); — au mari poursuivi par sa femme en restitution de sa dot (§ 37, *eod.*), et même, depuis Antonin le Pieux, en restitution de toute créance (L. 20, D., *De re judic.*, liv. XLII, tit. 1); — aux associés qui se poursuivaient par l'action *pro socio* (Instit., § 38, *eod.*); — au débiteur qui avait fait cession de ses biens à ses créanciers (§ 50, *eod.*); — au donateur actionné à raison de la donation (§ 38, *eod.*); — au militaire, à raison des dettes par lui contractées (L. 18, D., *De re jud.*, liv. XLII, tit. 1); — enfin au fils de famille, lorsqu'à l'instant de la poursuite il se trouvait émancipé ou exhéredé,

ou qu'appelé à la succession paternelle, il s'en était abstenu (L. 2, D., *Quod cum eo*, liv. XIV, tit. v).

Calcul des facultés du défendeur. — En principe, le juge ne s'inquiétait que de l'actif brut; il condamnait le défendeur à la totalité de la somme que devaient produire ses biens, sans en rien déduire pour ses autres dettes ni pour sa subsistance (L. 19, *pr.*, D., *De re jud.*, liv. XLII, tit. 1). — Il n'y avait d'exception qu'en faveur du donateur dont les biens ne s'évaluaient que déduction faite des sommes qu'il pouvait devoir à d'autres créanciers et de ce qui lui était nécessaire pour vivre sans être réduit à l'indigence (*ne egeat*) (L. 19, § 1, D., *cod.*). Cette faveur réservée au donateur paraît avoir été généralisée et étendue à tous ceux qui jouissaient du bénéfice de compétence (1) (L. 173, D., *De reg. jur.*, liv. L, tit. xvii).

Effets de ce bénéfice. — En principe, le créancier qui obtenait une condamnation contre un débiteur avait épuisé tout son droit, qui se trouvait consommé par l'effet de la *litis contestatio* et de la *sententia*. Cependant il n'est pas douteux que l'obligation n'était pas éteinte pour ce qui excédait le *quod reus facere potest*, et que le retour du débiteur à meilleure fortune le mettait sous le coup de nouvelles poursuites. Il faut nécessairement admettre que, lors de la condamnation *in quantum facere potest*, le débiteur, sur l'invitation du juge, prenait formellement l'engagement de payer le surplus dès qu'il le pourrait et fournissait une caution dans ce but (2) (L. 63, § 4, D., *Pro soc.*, liv. XVII, tit. 11).

(1) Voyez les critiques formulées à cet égard par Demangeat, t. II, p. 702. Comp. Pellat, *Textes sur la dot*, 2^e édit., p. 138 et suiv.

(2) En l'absence de cette caution, il y avait seulement obligation naturelle (L. 9, D., *De cond. indeb.*, liv. XII, tit. vi). Demangeat, t. II, p. 701, note 5.

DE LA COMPENSATION

La compensation opposée par le défendeur faisait aussi très souvent que le demandeur obtenait moins qu'il ne lui était dû (Instit., § 39, *ead.*).

Qu'est-ce que la compensation? — Compenser, c'est mettre en équilibre deux dettes quelconques, de manière qu'elles se détruisent, comme deux poids égaux, opposés l'un à l'autre, se détruisent mutuellement, comme un poids moindre, opposé à un poids plus fort, le détruit jusqu'à concurrence de sa propre pesanteur (1). Par exemple, vous me devez 1000 sesterces, et je vous dois pareille somme : si j'étais obligé de vous payer la somme que je vous dois, je pourrais, aussitôt après vous l'avoir payée, exiger de vous celle qui m'est due, en sorte que vous seriez obligé de me rendre d'une main ce que vous auriez reçu de l'autre. Il est bien plus naturel que chacun de nous retienne, en paiement de la somme qui lui est due, celle dont il est lui-même débiteur (*quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*) (2) (L. 3, D., *De compensat.*, liv. XVI, tit. II).

Il faut distinguer en matière de compensation deux époques : — l'époque antérieure à Justinien ; — l'époque de Justinien.

I. Époque antérieure à Justinien.

Dans quels cas la compensation était admise. — Malgré son incontestable utilité, la compensation n'a été admise, à l'origine, que dans une mesure fort restreinte ; elle n'éteignait jamais *ipso jure* les obligations ; elle n'était pas légale, mais seulement judiciaire (3).

(1) Consultez l'intéressante monographie d'Albert Desjardins, *Sur la compensation et les demandes reconventionnelles*.

(2) Comp. Code civ., art. 1289-1299.

(3) *Sic*, Accarias, t. II, n. 912, p. 1240, note 1 ; Van Wetter, t. II, § 513, p. 234. Comp. Dernburg, *Gesch. und theor. der compensat.*, §§ 33 et suiv. ; Maynz, t. II, § 376. — *Contra*, Code civ., art. 1290.

Actions de bonne foi. — La compensation paraît avoir toujours eu lieu dans les actions de bonne foi, mais à cette condition que la créance du défendeur provint de la même cause (*ex eadem causa*), c'est-à-dire du même contrat, du même fait juridique, que la demande principale; peu importait du reste que la créance et la dette fussent ou non *ex pari specie*, c'est-à-dire de même nature, portant sur des objets identiques (1) (Gaius, C. IV, §§ 61, 62; Instit., § 39, *eod.*).

Actions de droit strict. — D'après Gaius, la compensation n'était pas admise dans les actions de droit strict, sauf deux applications spéciales qui ont disparu sous Justinien.

La première était celle où un banquier (*argentarius*) agissait contre un débiteur qui se trouvait être en même temps son créancier. Le banquier était obligé de faire lui-même le compte de ce qu'il devait et de ce qui lui était dû, et il ne pouvait réclamer que le solde sous peine d'encourir la *plus-petitio* (Gaius, C. IV, § 64).

La seconde était celle où, après la vente en masse des biens d'un débiteur insolvable (*defraudator*), l'acheteur (*bonorum emptor*) exerçait une action utile contre une personne qui était à la fois débitrice et créancière de la masse. Cette personne ne pouvait être condamnée que déduction faite de ce qui lui était dû à elle-même par l'insolvable. Cette compensation s'appelait particulièrement *deductio* (Gaius, C. IV, § 65).

Entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* du *bonorum emptor*, il y avait quatre différences considérables : — 1° La *compensatio* s'établissait dans l'*intentio* même de la formule (*in intentione ponitur*). D'où la conséquence que la moindre exagération dans la demande, la réclamation d'un écu de trop faisait perdre à l'*argentarius* son procès et entraînait la déchéance de son droit.

(1) Voy. Gavouyère, *Progr.*, 2^e année, p. 75; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 61. — Comp. Code civ., art. 1291.

La *deductio* était mentionnée dans la *condemnatio* qui était toujours *incerta*; dès lors, il n'y avait pas à craindre de plus-pétition. — 2° Dans la *compensatio*, l'*argentarius* devait faire lui-même le compte de ce qui lui revenait. Dans la *deductio*, il appartenait au juge de faire l'évaluation de la créance du *bonorum emptor*. — 3° L'*argentarius* n'était tenu de compenser entre elles que des dettes de même nature (*ejusdem generis et naturæ*): ainsi les deux obligations ont pour objet de l'argent, du blé, du vin. Le *bonorum emptor* devait déduire de sa créance toute espèce de dettes. Ainsi, le *bonorum emptor* créancier d'une somme d'argent et débiteur, vis-à-vis de la même personne, d'une certaine quantité de froment ou de vin, subissait déduction de la valeur de sa dette. — 4° L'*argentarius* n'était tenu de faire compensation que d'une dette exigible. Le *bonorum emptor* devait déduire même ce qui était dû à terme par le *defraudator*, en tenant compte de l'anticipation d'échéance (Gaius, C. IV, §§ 66, 67, 68).

Hors les deux cas de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*, le défendeur poursuivi par une action *stricti juris* devait être condamné pour la totalité de sa dette, sauf à intenter de son côté une action contre son adversaire pour obtenir ce qui lui était dû par ce dernier *ex alia causa*. Mais, en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, la compensation a été introduite dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol (*opposita doli mali exceptione*), et elle l'a été *ex causa dispari*, c'est-à-dire entre dettes ne dérivant pas de la même cause, du même fait juridique; car les actions de droit strict ne sanctionnent que des contrats unilatéraux. On considéra avec raison comme un dol de la part du demandeur le refus de tenir compte de ce qu'il devait lui-même au défendeur (1) (Inst., § 30, *eod.*).

(1) Cette doctrine, professée par Cujas, est suivie aujourd'hui par Alb. Desjardins, *op. cit.*, p. 47; Namur, 2^e édit., t. II, § 355, p. 123;

Quel était l'effet de l'exception de dol insérée dans la formule, lorsqu'elle était justifiée par le défendeur? On enseigne généralement que, l'exception de dol donnant à l'action de droit strict le caractère d'une action de bonne foi, le juge devait tenir compte de la compensation, et condamner le défendeur à l'excédent de sa dette sur sa créance (1).

A partir de la réforme de Marc-Aurèle et dès l'instant que la compensation a été admise dans les actions de droit strict *ex dispari causa*, il n'y a plus eu de raison pour exiger dans les contrats de bonne foi que la créance opposée en compensation provînt de la même cause que la demande primitive (2).

Actions in rem. — Avant Justinien, la compensation était exclue des actions *in rem* (L. 14, *pr.*, C., *De compensat.*, liv. IV, tit. xxxi):

II. Innovations de Justinien.

Les règles de la compensation ont été modifiées sur plusieurs points par Justinien.

Première innovation. — Justinien a étendu le principe de la compensation (*latius introduxit*) en décidant *ut actiones ipso jure minuant* (Instit., § 30, liv. IV, tit. vi; L. 14,

Van Wetter, t. II, § 512, p. 231 et 232; Gavouyère, p. 75; Didier-Pailhé et Tartari, p. 877; Accarias, t. II, n. 910; Labbé, *à son cours*. — Cependant, malgré le texte parfaitement clair des Institutes et le Commentaire de Théophile, des interprètes autorisés enseignent que le rescrit de Marc-Aurèle n'a rien établi de nouveau, et que, longtemps avant cet empereur, les prêteurs avaient consenti à donner l'exception de dol au défendeur qui se prétendait créancier du demandeur dans les actions de droit strict. *Sic*, Vangerow, *Lehrb.*, § 618; Demangeat, t. II, p. 708; Ortolan, t. III, n. 2179; Maynz, t. II, § 375, p. 528, note G.

(1) Voy., en ce sens, Demangeat, t. II, p. 710; Alb. Desjardins, p. 60; Accarias, t. II, n. 911; Van Wetter, t. II, § 512; Labbé, *à son cours*. — Toutefois Ortolan, t. III, n. 2180, refuse de reconnaître à l'exception de dol, insérée dans une action de droit strict, des effets aussi étendus. D'après cet éminent professeur, le juge qui a vérifié l'exception de dol doit absoudre complètement le défendeur pour quelque valeur que sa créance soit prouvée. Voy. aussi, en ce dernier sens, Étienne, *Instit. de Justinien*, p. 264; Maynz, t. II, § 375, p. 528.

(2) Accarias, t. II, n. 871, 910; Gavouyère, p. 75.

pr., C., *eod.*). Les mots *ipso jure* ont soulevé entre les interprètes du droit romain une vive controverse. Cujas, Dumoulin et Pothier pensaient que, depuis la constitution de Justinien, la compensation s'est opérée par *la seule force de la loi*, qu'elle a été rendue *légale* (1) de *judiciaire* qu'elle était avant cette innovation. Cette interprétation est aujourd'hui généralement abandonnée. On s'accorde à reconnaître que la compensation est demeurée judiciaire sous Justinien, comme pendant la durée du système formulaire. Jamais, en effet, les Romains n'ont admis la compensation légale; jamais le seul fait de la coexistence de deux dettes, dont deux personnes étaient tenues l'une envers l'autre, n'a suffi pour les éteindre. C'est le juge qui a toujours dû prononcer la compensation.

De toutes les explications de ces mots *ipso jure*, la plus satisfaisante nous paraît être celle proposée par Alb. Desjardins. « Les mots *ipso jure*, dit-il (*op. cit.*, p. 153), s'expliquent sans peine, pour peu que l'on observe la suite des idées dans le § 30. L'empereur commence par dire que, dans les actions de bonne foi, la compensation résultait de la nature même du pouvoir du juge. Il ajoute que, dans les actions de droit strict, l'exception de dol était nécessaire; mais il a étendu la compensation, *latius introduxit*, en ce que, depuis sa constitution, elle diminue *ipso jure* toutes les actions, soit *in rem*, soit *in personam*. *Ipso jure* n'est-il pas opposé au membre de phrase : *opposita doli mali exceptione*? Le mot *sed* n'indique-t-il pas nettement l'opposition?... Justinien supprime donc la nécessité d'invoquer l'exception. Désormais, dans toutes les actions, la compensation sera un moyen de défense ordinaire, comme le paiement, que le défendeur fera valoir, sans recourir à une forme spéciale de procédure (2). »

(1) Conf. Code civ., art. 1290.

(2) Telle est aussi, ce nous semble, l'explication donnée par M. Labbé,

Deuxième innovation. — La deuxième innovation introduite par Justinien a consisté à avoir admis la compensation dans les actions *in rem* (Instit., § 30, *eod.*).

Troisième innovation. — Justinien, le premier, a exigé que la créance opposée en compensation fût liquide (1). Sa décision était générale; elle s'appliquait au cas où la compensation était admise avant lui, comme à ceux où il l'a introduite, que la cause des deux créances fût connexe ou distincte, que les objets fussent ou non de même nature et de même qualité (L. 14, § 1, C., *eod.*). — Mais les deux dettes devaient exister entre les mêmes personnes; un débiteur poursuivi en paiement ne pouvait opposer en compensation les créances d'un tiers contre le demandeur. Il n'y avait d'exception que pour le fidéjusseur et pour le codébiteur *correus* dans le cas de société, lesquels étaient autorisés à se prévaloir de la compensation, l'un du chef du débiteur principal, l'autre du chef de son *correus* (2) (L. 5, D., *eod.*; L. 10, D., *De duob. reis*, liv. XLV, tit. II).

Quatrième innovation. — Justinien a interdit la compensation dans plusieurs hypothèses: — 1° dans celle où le demandeur exerce l'action *depositi* directe (3) (L. 14, § 1, *eod.*); — 2° dans celle d'une spoliation (L. 14, § 2); — 3° lorsqu'il s'agit du paiement d'une pension alimentaire (4); — 4° enfin, relativement aux créances du fisc ou des communes en paiement d'impôts ou contri-

à son cours. — Comp. Vangerow, *Lehrb.*, t. III, § 618; Etienne, p. 263; Namur, 2^e édit., t. II, § 357, p. 125; Maynz, t. II, § 376, p. 530; Demangeat, t. II, p. 714 et suiv.; Dernburg, *op. cit.*, §§ 33 et suiv.; Van Wetter, t. II, § 514; Accarias, t. II, n. 912; Didier-Paillé et Tartari, p. 879.

(1) Suivant Vangerow, *loc. cit.*, il suffisait d'une liquidité *relative* et non pas *absolue*. V. aussi Demangeat, t. II, p. 713.

(2) Comp. Code civ., art. 1294.

(3) Conf. Code civ., art. 1203-2°.

(4) Ce point est controversé. V. en ce sens, Van Wetter, t. II, § 515, p. 235; Dernburg, § 60, 3°, p. 519, note 1; Windscheid, t. II, § 350, 7°, note 38. Conf. Code civ., art. 1293-3°. — *Contra*, Sintenis, t. II, § 104, p. 435, note 50; Alb. Desjardins, *op. cit.*, p. 116 et 117.

butions de toute nature (L. 46, § 5, D., *De jur. fisci*, liv. XLIX, tit. XIV).

Observation. — 1° Une obligation naturelle pouvait être l'objet d'une compensation (L. 6, C., *eod.*); — 2° un délai de grâce accordé au débiteur ne formait point obstacle à la compensation (1) (L. 16, § 1, D., *eod.*).

TITRE VII

Des actions données à raison des contrats passés avec ceux qui sont sous la puissance d'autrui.

D'après le droit civil, le père de famille et le maître sont créanciers de tout ce qui est dû à leur fils ou à leur esclave. Mais si l'un d'eux s'engage par contrat ou quasi-contrat, l'obligation qui en résulte n'est pas à la charge du père de famille ou du maître; et ces derniers ne seraient pas tenus alors même qu'ils auraient donné au fils et à l'esclave l'ordre d'agir.

Le *droit prétorien* est venu au secours des créanciers du fils et de l'esclave en leur accordant plusieurs actions contre le père de famille et le maître.

Ces actions données contre le père de famille et le maître à raison de l'obligation contractée par le fils et par l'esclave sont comprises, par les interprètes modernes, sous la dénomination commune d'actions *indirectes* par opposition aux actions qui sont données contre une personne pour une obligation qu'elle a contractée personnellement et pour son propre compte. Ces dernières sont appelées *directes*.

Combien de sortes d'actions indirectes peut-on avoir contre le père ou le maître à raison des obligations contractées par le fils ou l'esclave?

Il y en a six, savoir: l'action *quod jussu*, l'action

(1) Conf. Code civ., art. 1292.

exercitoire, l'action institoire, l'action tributoire, l'action *de peculio* et l'action *de in rem verso*.

Observation commune à ces six actions. — Ces actions ne constituent pas des espèces d'actions distinctes, ayant une existence propre ; mais plutôt des qualités dont les diverses actions résultant des contrats et des quasi-contrats peuvent être affectées. Par exemple, si l'obligation a été contractée par l'esclave ou le fils dans un commodat, l'action qui sera donnée contre le maître ou le père de famille sera *commodati quod jussu*, ou *institoria*, ou *exercitoria* ou *tributoria*, etc. D'où est venue à ces actions la dénomination assez fréquemment usitée d'actions *adjectiviæ qualitatis* (1).

Action quod jussu. — L'action *quod jussu* a lieu quand l'esclave ou le fils de famille a contracté sur l'ordre formel du maître ou du père. Alors, comme le tiers a dû suivre la foi du maître ou du père (*fidem domini sequi videtur*), le préteur lui donne une action *in solidum*, c'est-à-dire pour la totalité de l'engagement, contre le maître ou le père, comme s'il avait en quelque sorte traité avec le maître ou le père de famille lui-même (Instit., § 1, liv. IV, tit. VII). — La ratification par le maître de l'engagement contracté par son esclave sans son ordre équivaut à un *jussus* préalable et soumet le maître à l'action *quod jussu* (L. 1, § 6, D., *Quod jussu*, liv. XV, tit. IV).

Action exercitoire. — L'action *exercitoire* a lieu contre le maître ou le père qui a préposé son esclave ou son fils à la direction d'un navire, au profit du tiers qui a contracté avec le préposé (*magister navis*) dans le cercle de ses attributions. L'action est dite *exercitoire*, parce qu'on appelle *exercitor* (armateur) celui à qui reviennent les bénéfices journaliers du navire (Instit., § 2, *eod.*).

(1) Accarias, t. II, n. 876, p. 1151.

Action institoire. — L'action *institoire* a lieu contre le maître ou le père qui a préposé son esclave ou son fils à la tête d'un cabaret ou de tout autre établissement de commerce, au profit du tiers qui a contracté avec l'esclave ou le fils dans les limites de ses attributions. L'action est dite *institoire*, parce qu'on appelle *institor* celui qui est préposé à l'exploitation d'un commerce (Instit., § 2, *eod.*).

Les actions *exercitoire* et *institoire*, comme l'action *quod jussu*, se donnent pour le tout (*in solidum*), contre le maître ou le père (Instit., *ibid.*). D'un autre côté, s'il y a plusieurs préposants, chacun d'eux peut être tenu *in solidum* sur la poursuite du tiers qui a contracté avec le préposé (L. 1, § 25, L. 2, D., *De exercit. act.*, liv. XIV, tit. 1).

Différence entre l'action exercitoire et l'action institoire. — Le *magister navis* a le droit, dans le cours de la navigation, de se substituer quelqu'un, même à l'insu et malgré la défense de l'*exercitor*, soit pour une opération seulement, soit pour toute la série des opérations. L'action exercitoire est alors donnée contre l'*exercitor* pour l'engagement contracté par le substitué du *magister navis*, tout comme si l'on avait traité avec le *magister* lui-même. Au contraire, l'*institor* ne peut se substituer quelqu'un que de la volonté et du consentement du maître ou du père. L'action institoire ne peut donc être exercée, pour l'engagement contracté par le substitué de l'*institor*, contre le maître ou le père de ce dernier (L. 1, §§ 5, 19, 20, D., *De exercit. act.*, liv. XIV, tit. 1).

Extension apportée aux actions exercitoire et institoire. — Le préteur a étendu ces actions au cas où le préposé serait un homme libre *sui juris*, et au cas où le préposé serait l'esclave ou le fils de famille d'un autre que le préposant. Il y avait dans ces cas, en effet, même motif d'équité (Instit., § 2 *in fine*). — De plus, il a étendu

l'action institoire, spécialement réservée à un ensemble d'opérations commerciales, à toutes les hypothèses, à un acte de commerce isolé, enfin à toute négociation même *non commerciale* (L. 19, D., *De instit. act.*, liv. XIV, tit. III). D'où le résultat suivant : du contrat fait par un simple mandataire naissait une action au profit du tiers contre le mandant. Cette action, créée à l'exemple de l'action institoire, s'appelait *quasi-institoire*. Réciproquement, le mandant pouvait agir contre le tiers *utilitatis causa* par l'action du contrat qui avait été fait sur son ordre et en son nom par son préposé (L. 13, § 25, D., *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1). Ainsi, tandis que le droit civil n'admettait pas la représentation d'une personne par une autre, le droit prétorien, au moyen d'actions utiles, réalisait dans la personne du mandant les effets actifs et passifs d'un contrat fait par le mandataire (1).

Action tributoire. — Lorsqu'un esclave ou un fils de famille emploie tout ou partie des valeurs de son pécule à une entreprise commerciale dont son maître ou son père a connaissance (*sciente domino*) (2), et que des tiers contractent avec lui relativement à ce commerce, le prêteur, au cas où le commerce ne réussit pas, décide que tout le fonds de commerce et les bénéfices qui en sont provenus seront distribués au marc le franc entre tous les créanciers de l'esclave ou du fils. Si le maître ou le père est créancier de l'esclave ou du fils, il figu-

(1) Ce ne fut que très tardivement, et après le développement progressif du droit prétorien qu'une *condictio* a pu être exercée directement par le créancier contre le père de famille ou le maître. Cette *condictio* que le droit civil accordait au créancier se fondait : dans l'hypothèse de l'action de *in rem verso* (V. *infra*, p. 759), sur l'enrichissement sans cause; et dans les hypothèses des actions *quod jussu, exercitoria* et *institoria*, sur ce que l'obligation ayant été contractée par l'ordre direct ou indirect du préposant, était réputée contractée par celui-ci même (Instit., § 8, *eod.*). Sic, Demangeat, t. II, p. 728 et suiv.; Accarias, t. II, n. 842 *bis*. — *Contra*, de Savigny, *System*, t. V, append. XIV, n. 23.

(2) Consultez l'intéressante notice d'Alb. Desjardins, sur l'action tributoire (*Revue historique de dr. franç. et étrang.*, t. XIII, année 1867, p. 417 et suiv.).

ra dans la répartition comme tout autre créancier, sans privilège aucun. Et, comme le prêteur autorise le maître ou le père à faire lui-même cette répartition impartiale, si l'un des créanciers se plaint d'avoir été lésé par le partage et de n'avoir pas reçu ce qui devait lui revenir, le prêteur lui donne contre le maître ou le père cette action qu'on appelle *tributoire* (Instit., § 3, *eod.*).

Observation. — Lorsqu'il y a de quoi payer intégralement tous les créanciers qui se sont présentés à la distribution, mais que l'on a tout lieu de craindre qu'il existe d'autres créanciers qui se présenteront plus tard, on devra payer aux créanciers connus le montant intégral de leurs créances, sauf à leur faire promettre sous caution de rapporter *si forte alii emerterint creditores* (L. 5, § 19, D., *De trib. act.*, liv. XIV, tit. IV).

Action de peculio. — Un esclave ou un fils contracte des dettes relativement à l'administration d'un pécule qui lui a été confié. Le maître ou le père ignore les engagements pris par l'esclave ou le fils, ou, s'il en a connaissance, il n'a rien ordonné à cet égard. Dans cette hypothèse, le prêteur accorde aux tiers une action contre le maître ou le père jusqu'à concurrence du pécule. C'est l'action de *peculio* (Instit., § 4, *eod.*).

Différences entre l'action tributoire et l'action de peculio. — Il y a trois différences principales : — 1° Dans l'action *tributoire*, le maître ou le père n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers ; il vient en concours avec eux pour ce qui lui est dû. Au contraire, dans l'action de *peculio*, le maître ou le père créancier de son esclave ou de son fils passe avant les autres créanciers et prélève sur le pécule tout ce qui lui est dû, soit comme tuteur, curateur, gérant d'affaires ou associé, etc. (Instit., § 5, *eod.*). — 2° Dans l'action *tributoire*, celui qui reçoit le paiement de sa créance doit donner caution de faire le rapport de ce qu'il aura reçu aux autres créanciers qui peuvent survenir. Dans l'ac-

tion de *peculio*, lorsqu'il y a plusieurs créanciers qui agissent les uns après les autres, le créancier qui se présente le premier est préféré aux autres. En conséquence, il obtient, autant que faire se peut, le montant intégral de sa créance ; les autres créanciers ne sont payés que s'il reste encore quelque chose dans le pécule (L. 5, § 19, D., *De trib. act.*, liv. XIV, tit. iv). — 3° L'action *tributoire* n'est donnée que relativement à la partie du pécule affectée au commerce. L'action de *peculio* porte sur le pécule tout entier (Instit., § 5, *eod.*).

Action de in rem verso. — Lorsqu'un esclave ou un fils a traité avec un tiers, sans la volonté du maître ou du père (*sine voluntate domini*), si le maître ou le père en a profité, le prêteur accorde au tiers une action contre le maître ou le père, à raison et jusqu'à concurrence de l'enrichissement que celui-ci a retiré du contrat. C'est l'action de *in rem verso* (Instit., § 4, *eod.*).

En quoi l'action de in rem verso vaut-elle mieux que l'action de peculio et que l'action tributoire ? — Par les actions *tributoire* et de *peculio* celui qui a contracté avec l'esclave ou le fils n'obtiendra le plus souvent qu'une partie de ce qui lui est dû. Au contraire, par l'action de *in rem verso*, il en obtiendra la totalité, s'il parvient à prouver que toute l'opération a tourné au profit du maître ou du père (Instit., § 5, *eod.*).

Du choix accordé au créancier entre ces diverses actions. — Celui qui a en sa faveur l'une des actions *quod jussu, exercitoire* ou *institoire*, peut intenter cette action, ou bien l'action de *peculio* et de *in rem verso*, à son choix ; mais il a un intérêt évident à ne pas choisir l'une de ces deux dernières, puisque, dans l'action de *peculio*, il est primé par le maître ou le père, et que, dans l'action de *in rem verso*, il ne peut agir contre le maître ou le père que dans la limite du profit que ce dernier a retiré du contrat, tandis que, dans l'exercice des trois premières, il agit contre le maître ou le père pour le tout

(Instit., § 5, *col.*). — Celui qui a en sa faveur l'action *quod jussu* peut également tenter à son choix cette action ou l'action tributoire ; mais il n'a guère d'intérêt à se servir de cette dernière, puisque dans la tributoire, il est appelé à concourir avec le maître ou le père sur le pécule ou sur une fraction seulement du pécule. Mais l'action exercitoire et l'action institoire ne peuvent jamais concourir avec l'action tributoire ; ces actions ne s'appliquent pas, en effet, aux mêmes hypothèses (L. 11, § 7, D., *De instit. act.*, liv. XIV, tit. III). — Celui qui a droit à l'action *tributoire* peut agir par l'action *de peculio* et *de in rem verso* suivant l'intérêt qu'il trouve à l'une ou l'autre de ces actions (Instit., § 5, *eod.*).

Différences entre les engagements pris par un esclave et ceux pris par un fils de famille. — Il y a deux différences principales : — 1° Lorsqu'il s'agit d'un contrat formé par un esclave, le créancier n'a d'action que contre le maître. L'esclave ne pouvant être actionné en justice, ne contracte personnellement aucune obligation civile (1). Au contraire, quand il s'agit d'un contrat formé par un fils de famille, le tiers a deux actions : l'une contre le père de famille, l'autre contre le fils (2). Le fils, en effet, est obligé civilement (Instit., § 6 *in fine*, liv. III, tit. XIX). — 2° L'esclave qui s'engage par mandat ou fidéjussion pour une autre personne que son maître (*intercessione*), n'oblige point celui-ci ; tandis que le père de famille est tenu *de peculio* de l'engagement contracté par son fils pour autrui (L. 3, § 9, D., *De pec.*, liv. XV, tit. 1). — A l'inverse, un esclave peut, en con-

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. XVII, p. 475.

(2) Dans ce cas, le tiers contractant peut à son choix poursuivre le père ou le fils ; mais il ne peut les poursuivre successivement l'un et l'autre (L. 1, § 24, D., *De exercit. act.*, liv. XIV, tit. 1). — Ajoutons toutefois que lorsqu'un fils de famille a contracté une obligation étant encore mineur de vingt-cinq ans et qu'il se trouve lésé, l'*in integrum restitutio* pourra bien lui être accordée, mais non à son père (L. 3, D., *De minor.*, liv. IV, tit. IV). Jamais l'esclave ne peut être appelé à profiter d'un bénéfice de ce genre.

tractant un prêt d'argent, faire naître une action de *peculio* contre son maître. Il n'en serait pas de même d'un prêt contracté par un fils de famille. En effet, un sénatus-consulte Macédonien, rendu sous Claude et renouvelé sous Vespasien (1), refuse au prêteur toute action tant contre le fils ou la fille, le petit-fils ou la petite-fille encore en puissance ou devenus *sui juris* que contre le père ou l'aïeul (*denegatur actio*). Le sénat, nous disent les Institutes, s'est préoccupé de ce que les enfants, après avoir emprunté des sommes qu'ils dissipent en débauches, attentent à la vie de leurs ascendants (Inst., § 7, *eod.*).

Le sénatus-consulte Macédonien ne s'applique pas : — 1° lorsqu'il s'agit d'opérations de prêt ayant pour objet autre chose que de l'argent (L. 3, §§ 2, 3, L. 4, D., *De stc. Maced.*, liv. XIV, tit. vi) ; — 2° lorsque le père de famille a approuvé l'emprunt d'argent fait par le fils (L. 9, § 3, D., *eod.*) ; — 3° lorsque l'emprunt a été contracté dans l'intérêt du père et a tourné à son profit (L. 7, § 5, D., *De in rem verso*, liv. XV, tit. iii) ; — 4° lorsque le prêteur a été de bonne foi, et avait de fortes raisons de croire l'emprunteur *sui juris* (L. 3, *pr.*, L. 19, D., *De stc. Maced.*, liv. XIV, tit. vi), ou que l'emprunteur s'est frauduleusement fait passer pour *sui juris* (L. 1, C., *De stc. Maced.*, liv. IV, tit. xxviii) ; — 5° lorsque le fils de famille était militaire au moment du prêt (L. 7, § 1, C., *eod.*).

L'exception du sénatus-consulte Macédonien, tout en anéantissant pour toujours l'action du prêteur, laisse subsister, à la différence du sénatus-consulte Velléien (2),

(1) Sic, Pothier, *Pand.*, XIV, 6, n. 1, note a ; Heineccius, *Antiquit. rom.*, IV, 7, 7 ; Demangeat, t. II, p. 732 ; Ortolan, t. III, p. 687, n. 2217 ; Maynz, t. II, § 319, p. 279, note 14 ; Didier-Pailhé et Tartari, p. 358 ; Labbé, à son *cou* s. Comp. Accarias, t. II, n. 591, p. 419. — D'autres placent la date de ce sénatus-consulte sous Néron. Van Weter, t. II, § 594, p. 318.

(2) Voy. *supra*, liv. III, tit. xx, p. 509 et 510.

une obligation naturelle. En conséquence, ce qui aurait été payé en remboursement du prêt ne pourrait être répété par la *condictio indebiti* (L. 9, §§ 4, 5, D., *eod.*).

TITRE VIII

Des actions noxales.

Qu'est-ce que l'action noxale? — Les délits commis par les esclaves ou par les fils de famille donnaient naissance à des actions pénales contre le maître ou contre le père de famille. Mais ceux-ci avaient la faculté d'échapper à toute condamnation en abandonnant au demandeur l'auteur du dommage. Telle était l'action *noxale* (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. VIII).

On nomme *noxæ* l'auteur du fait nuisible (*corpus quod nocuit, id est, servus*) et *noxia* le délit même, tel qu'un vol, un enlèvement de biens par violence, un dommage causé, une injure (Instit., § 1, *eod.*). — On voit cependant le mot *noxæ* pris, dans quelques textes, comme synonyme de *noxia*. De là, le nom d'action *noxale*, d'abandon *noxal*.

Sur quel principe reposait l'action noxale? — C'était un principe constant chez les Romains qu'un propriétaire ne devait pas subir à l'occasion d'une chose qui lui appartenait une perte supérieure à la valeur de cette chose. En conséquence, le propriétaire avait le droit, pour échapper à la peine infligée au délit, d'abandonner la propriété du *corpus quod nocuit*. Ce principe s'appliquait non seulement aux esclaves et aux fils de famille, mais aux animaux (1) et même aux choses inanimées (2) (Instit., §§ 2, 7, *eod.*).

Caractères de l'action noxale. — L'action noxale n'é-

(1) V. *infra*, tit. IX, p. 766 et 767.

(2) V. *suprà*, liv. III, tit. XVIII, p. 481 et 482.

lait pas une espèce d'action particulière, ayant une existence propre. C'était l'action ordinaire résultant de tel ou tel délit, modifiée de manière qu'elle laissât au maître la faculté d'échapper aux suites de l'action ou de la condamnation en faisant l'abandon noxal (*aut noxam dedere*) (1) (Instit., § 1, liv. IV, tit. xvii). — Les actions noxales étaient les unes *civiles*, comme l'action noxale *furti* établie par la loi des Douze-Tables, ou l'action noxale du dommage causé qui résulte de la loi *Aquilia*; — les autres, *prétoriennes*, comme les actions noxales *injuriarum* et *vi bonorum raptorum* (Instit., § 4, liv. IV, tit. viii).

Contre qui se donnait l'action noxale ? — L'action noxale était attachée à la personne de l'auteur du dommage (*omnis noxalis actio caput sequitur*). Elle se donnait contre celui qui possédait l'esclave au moment de la *litis contestatio*. Le propriétaire même n'en était tenu qu'en tant que possesseur de l'esclave. — Si donc votre esclave a commis un délit, tant qu'il reste sous votre puissance, c'est contre vous que l'action noxale est donnée; s'il passe sous la puissance d'une autre personne, c'est cette autre personne qui sera tenue de l'action. Mais si, depuis que le délit est commis, l'esclave a été affranchi, il n'y a plus d'action noxale. C'est le délinquant lui-même qui désormais est tenu directement (*directo ipse tenetur, et extinguitur noxxæ deditio*). — En sens inverse, l'action qui était d'abord directe pouvait ensuite devenir noxale. En effet, qu'un homme libre commette un délit à l'encontre de *Primus*, et devienne ensuite votre esclave, l'action de *Primus*, qui était jusque-là directe, devient noxale contre vous (Instit., § 5, *eod.*). — Si l'esclave appartenait à plusieurs maîtres, l'action noxale avait lieu contre chacun d'eux *in solidum* (L. 1, § 14, D., *Si quadrup.*, liv. IX, tit. ii). — L'action noxale s'éteint par la

(1) V. *suprà*, liv. IV, tit. vi, p. 745.

mort de l'esclave (L. 39, § 4, L. 42, § 1, D., *De nox. act.*, liv. IX, tit. IV).

Quid, si l'esclave a commis un délit envers son maître ? — Si l'esclave commettait un délit envers son maître, il n'en résultait aucune action ; car il ne pouvait pas naître d'obligation entre le maître et celui qui était sous sa puissance. C'est pourquoi, l'esclave vint-il à passer sous la puissance d'un tiers ou à être affranchi, l'ancien maître n'aurait aucune action ni contre la personne sous la puissance de laquelle l'esclave avait passé, ni contre l'affranchi. — En sens inverse, le maître qui aurait commis un délit envers son esclave ne pourrait jamais être tenu de l'action noxale, même en cas d'aliénation ou d'affranchissement ultérieur de l'esclave (Instit., § 6, *eod.*).

Quid, si un esclave appartenant à autrui et ayant commis un délit vis-à-vis de vous tombait ensuite sous votre puissance ? — L'action que vous aviez ne pouvait plus être exercée ; elle était totalement éteinte, parce que les choses en étaient venues au point où il ne pouvait plus y avoir d'action (*quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit*). Si bien que l'esclave vint-il à sortir de votre puissance, vous ne pourriez agir. Telle était du moins la doctrine enseignée par les Sabinien et adoptée par Justinien dans ses Institutes. Selon les Proculien, votre action n'était qu'assoupie (*quiescere actionem putant*) tant que l'esclave était sous votre puissance, mais elle ressuscitait dès l'instant que l'esclave passait sous la puissance d'un tiers (*tunc eam resuscitari*) (Gaius, C. IV, § 78 ; Instit., § 6, *eod.*).

De quelle manière et à quel moment se faisait l'abandon noxal ? — L'abandon noxal consistait dans la translation de propriété au moyen d'une mancipation ou d'une cession *in jure* (Instit., § 3, *eod.*). Le maître se dépouillait de tout droit sur l'esclave au profit de la personne victime du délit. Cet abandon noxal pouvait

être fait par le maître à toute époque, soit avant toute poursuite (*ante litem contestatam*), soit après la *litis contestatio* et avant la sentence, soit même après la condamnation (Instit., *pr.*, *eod.*). — Cependant l'obligation du maître n'était point alternative ; elle avait plutôt un caractère facultatif (*facultas solutionis*) (1) (Instit., § 1, liv. IV, tit. xvii ; L. 6, § 1, D., *De re jud.*, liv. XLII, tit. 1).

Effet de l'abandon noxal. — Lorsqu'un esclave était abandonné noxalement, il devenait l'esclave de celui auquel était fait l'abandon (Instit., § 3, liv. IV, tit. viii). D'ailleurs, si l'esclave trouvait le moyen, en se procurant de l'argent, d'indemniser ce nouveau maître, il pouvait le forcer avec le secours du préteur à lui donner la liberté (Instit., § 3, *in fine*).

Dans quels cas l'abandon noxal ne pouvait être fait ? — L'abandon noxal ne pouvait être fait par le maître qui avait coopéré au délit, ou même qui aurait pu le prévenir en employant les soins d'un bon père de famille (L. 2, *pr.*, et § 1, D., *De nox. act.*, liv. IX, tit. iv) ; non plus que par celui qui mensongèrement avait nié posséder l'esclave (L. 2, § 1, D., *Si ex nox. caus. ag.*, liv. II, tit. ix).

Réformes en matière d'abandon noxal. — Dans le droit antérieur à Justinien les principes de l'abandon noxal, relatifs à l'esclave, s'appliquaient également au fils ou à la fille de famille. Mais, comme la puissance paternelle était intransmissible, la personne victime du délit, n'acquerrait sur le fils ou la fille de famille que le *mancipium*, à l'effet de les constituer *in mancipio* (2) (Gaius, C. I, §§ 140, 141).

Justinien nous apprend dans ses Institutes (§ 7, *eod.*),

(1) Cette *facultas solutionis* disparaissait toutefois dès que l'action *judicati* était exercée (L. 20, § 5, D., *De hered. pet.*, liv. V, tit. iii). Accarias, t. II, n. 888, p. 1184.

(2) Voy., en ce qui concerne le *mancipium*, ci-dessus, liv. I, tit. x p. 76 et suiv.

que de son temps cet abandon des enfants de famille, contraire à la décence et aux mœurs, était déjà tombé en désuétude.

TITRE IX

Du dommage causé par un quadrupède.

Qu'est-ce que l'action noxale de pauperie? — Lorsqu'un animal causait un dommage, la personne victime de ce dommage avait, en vertu de la loi des Douze-Tables, une action en réparation contre le propriétaire (1). Mais ce dernier pouvait échapper à l'obligation de réparer le préjudice causé en faisant l'abandon noxal. On appelait *pauperies* le dommage causé sans mauvaise intention de la part de celui qui l'a occasionné (*sine injuria facientis*); en effet, un animal qui manque de raison ne saurait être considéré comme ayant causé du tort contrairement au droit. De là le nom d'action noxale de *pauperie* (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. ix).

A quels animaux s'appliquait l'action de pauperie? — L'action noxale établie par la loi des Douze-Tables ne se référait qu'aux quadrupèdes (*quadrupes*) domestiques; elle n'avait lieu que lorsque le quadrupède avait causé un préjudice qui pouvait être conforme à ses habitudes, mais qui n'en était pas moins contraire à la nature de son espèce. Par exemple, c'est un cheval fougueux qui, suivant son habitude, a lancé une ruade; ou bien un bœuf qui, suivant son habitude, a porté un coup de corne.

La loi des Douze-Tables ne donnait pas l'action de *pauperie*, s'il s'agissait d'un animal bipède (2); ou bien

(1) Conf. Code civ., art. 1384, 1385.

(2) Cette action a été étendue plus tard par la jurisprudence, comme action *utile*, aux dommages causés par tous animaux non sauvages autres que des quadrupèdes (L. 4, D., *Si quad. pauper. fec. dic.*, liv. IX, tit. 1).

d'un animal qui avait causé le dégât par une férocité naturelle à son espèce. Par exemple, c'est un ours qui, après s'être enfui de chez son maître, a causé un dommage. — Il y avait d'ailleurs une bonne raison pour que le maître ne fût pas tenu, dans ce dernier cas, de l'action noxale *de pauperie*. C'était que l'animal sauvage qui s'échappait recouvrait sa liberté naturelle et cessait d'appartenir à son ancien maître. En conséquence, le maître, n'étant plus propriétaire de l'animal, ne pouvait pas être tenu de l'action noxale *de pauperie* (Instit., *pr.*, *eod.*).

Action introduite par l'Édit des édiles. — Les édiles ont introduit par leur Édit une action nouvelle basée sur un principe nouveau. Ils ont considéré comme coupable d'une négligence grave celui qui détenait près des lieux fréquentés par le public (*qua vulgo iter fit*) un chien, un porc, un sanglier, un ours ou un lion. Le maître de l'animal était condamné, pour blessures faites à un homme libre, à une somme dont le juge pouvait apprécier le montant *ex æquo et bono*, et, pour tous autres dommages, au double du préjudice causé (Instit., § 1, *eod.*). La condamnation prononcée par l'Édit des édiles ne pouvait être évitée par le propriétaire qui offrait même de faire l'abandon noxal de l'animal.

Cette action créée par les édiles n'empêchait pas la victime du dommage d'exercer en même temps l'action noxale *pauperie*, si l'on se trouvait dans un cas où elle était admise (*nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit*) (Instit., § 1, *eod.*).

TITRE X

Par quelles personnes on peut agir en justice.

I. Système des actions de la loi.

Sous le système des actions de la loi, une personne

ne pouvait pas agir en justice pour une autre (*nemo alieno nomine lege agere potest*). Tel était du moins le principe.

Ce principe ne recevait que cinq exceptions :

1° On pouvait agir pour autrui, *pro populo*, quand on intentait une accusation publique, ou une action populaire.

2° On pouvait agir pour autrui, *pro libertate*, quand on se portait *assertor libertatis* (1) pour revendiquer, dans un *liberali iudicio*, la liberté d'une personne tenue en esclavage, et qui, à raison de son état de servitude présumée, était incapable d'agir par elle-même (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. x).

3° On pouvait agir pour autrui, *pro tutela*, lorsqu'en qualité de tuteur on soutenait un procès dans l'intérêt d'un pupille *infans* (2) (L. 1, §§ 2, 4, D., *De adm. et peric. tut.*, liv. XXVI, tit. vii).

4° On pouvait agir pour autrui, *lege Hostilia* (3), lorsqu'on exerçait l'action de vol (*furti*) au nom des citoyens prisonniers chez l'ennemi, ou absents pour le service de la République, ainsi qu'au nom des personnes dont on avait la tutelle (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. x).

5° Enfin on pouvait agir pour autrui dans les actions de la loi, lorsque, en qualité de *vindex*, on avait pris la cause d'une personne actionnée et qu'on s'était obligé à payer pour elle (Gaius, C. IV, § 82).

Ces exceptions, dont le nombre était restreint, étaient loin de suffire aux exigences de la pratique. En effet, la maladie, l'âge, un voyage indispensable et beaucoup d'autres motifs mettaient souvent les personnes dans l'impossibilité de suivre elles-mêmes leurs propres affaires. Il fallait donc de toute nécessité admettre pour

(1) V. *suprà*, liv. IV, tit. vi, p. 719 et 720.

(2) *Suprà*, liv. I, tit. xxi, p. 111 et suiv.

(3) La date de cette loi Hostilia est inconnue. Accarias, t. II, n. 930, p. 1284.

ces personnes la faculté de plaider, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, par le ministère d'un tiers (Instit., *ibid.*). C'est ce qui explique le changement que nous trouverons sous la période qui suit.

II. Système formulaire.

Sous le système formulaire, le principe est renversé. En règle générale, on peut agir au nom d'autrui, ou plaider par le ministère d'une tierce personne (Gaius, C. IV, § 82).

Cette tierce personne se nomme ou *cognitor*, ou *procurator*, ou *defensor*.

Qu'est-ce que le cognitor?

Le *cognitor* est la personne que le *dominus litis* se substitue pour soutenir un procès. Cette substitution se fait devant le magistrat (*in jure*), en présence de l'adversaire, avec des paroles solennelles (*certis verbis*); elle ne peut avoir lieu sous condition. — Peu importe du reste que le *cognitor* soit absent, lorsqu'il est constitué. S'il est absent, il ne deviendra *cognitor* que lorsqu'il aura appris sa nomination et accepté le mandat qui lui est conféré (Gaius, C. IV, § 83).

Dès que la constitution du *cognitor* est devenue définitive par son acceptation, le *cognitor* s'identifie complètement avec le *dominus litis* à tel point que la chose jugée vis-à-vis du *cognitor* l'est également vis-à-vis du *dominus litis* (1). L'action *judicati* est donnée par le préteur au *dominus litis* ou contre lui sous forme d'action utile (*utilitatis causa*). Exceptionnellement, l'action *judicati* est donnée au *cognitor* ou contre le *cognitor*, lorsque ce dernier a agi *in rem suam* (*Frag. Vat.*, § 317).

Qu'est-ce que le procurator?

Le *procurator* est constitué en vertu d'un simple mandat du *dominus litis* dont il défend les intérêts. Mais il

(1) Suivant Accarias, t. II, n. 931, p. 1285, le *cognitor*, une fois constitué, ne peut être révoqué, même *ante litem contestatam*, par la seule volonté du mandant.

est inutile de se présenter devant le magistrat, de prononcer des paroles sacramentelles. Il n'est pas nécessaire non plus que ce *procurator* soit institué en présence de l'adversaire au procès. Il est possible même qu'il n'ait reçu aucun mandat ; tel est le gérant d'affaires (Gaius, C. IV, § 84 ; Instit., § 1, *cod.*).

A l'origine, le *procurator* se distinguait principalement du *cognitor* en ce qu'il ne s'identifiait pas avec le *dominus litis*. L'action *judicati* était donnée au *procurator* et contre le *procurator*. C'était lui et non pas le *dominus litis* qui était le titulaire de la condamnation. D'où il résultait que le droit du *dominus litis* n'était pas éteint par l'action accordée au *procurator*. L'adversaire ne pouvait se garantir de l'exercice d'une nouvelle action intentée par le *dominus litis* qu'au moyen de la caution *rem ratam dominum habiturum* qu'il exigeait du *procurator* (Gaius, C. IV, §§ 97, 98).

Ces règles ont été modifiées par la jurisprudence qui commença par distinguer entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*.

Le *procurator præsentis* est celui qui est institué mandataire *ad litem* par le *dominus* devant le magistrat, en présence de l'adversaire. Le mode de constitution du *procurator præsentis* est donc le même que le mode de constitution du *cognitor*, sauf qu'il n'est plus nécessaire de prononcer des paroles solennelles. Le *procurator præsentis* est assimilé au *cognitor* à l'effet de représenter pleinement le *dominus litis*. L'action *judicati* est donnée pour ou contre ce dernier (*Frag. Vatic.*, §§ 317, 331).

Le *procurator absentis* est celui qui est institué hors de la présence du magistrat et de l'adversaire au procès. Il ne s'identifie pas avec le *dominus litis* et reste soumis aux anciens principes.

Plus tard il suffit, pour que le *procurator* fût considéré comme *procurator præsentis*, que le mandat fût certain. C'est ce qui arrivait lorsque la constitution du

procurator était faite par acte public (*apud acta*) (Instit., § 3, liv. IV, tit. XI).

Qu'est-ce que le defensor ?

Le *defensor* est celui qui, *sans mandat*, plaide pour autrui. C'est un véritable *negotiorum gestor*. Ordinairement le *defensor* ne peut représenter que le défendeur : de là, sans doute, son nom. Le *defensor* ne s'identifie pas avec le *dominus litis* ; l'action *judicati* donnée contre lui ne saurait atteindre le *dominus litis*. Aussi est-il tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (Instit., § 5, liv. IV, tit. XI).

III. Droit de Justinien.

Sous Justinien, il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis* n'est pas tenu de donner caution, et le *procurator absentis* n'y est pas non plus obligé lorsqu'il est muni d'un mandat publiquement constaté. Ces représentants s'identifient complètement avec le représenté ; l'action *judicati* se donne pour ou contre le *dominus litis*. Le *procurator absentis* non muni d'un mandat authentique, le *procurator in rem suam* et le *defensor* sont seuls tenus de donner caution, parce qu'il n'y a pas identification entre eux et le *dominus litis* et que l'action *judicati* se donne pour ou contre eux (Instit., § 3, liv. IV, tit. XI).

TITRE XI

Des satisfactions.

Qu'est-ce qu'une satisfaction ?

Satisfare, c'est faire une promesse corroborée par un ou plusieurs fidéjusseurs. Les personnes qui figuraient dans un procès étaient obligées en droit romain de fournir certaines garanties.

Il faut distinguer deux époques : — avant Justinien ; — depuis Justinien.

I. Avant Justinien.

Deux hypothèses méritent d'être signalées avec soin : — ou on plaidait pour soi-même ; — ou bien on plaidait pour autrui.

1° *Quand on plaidait pour soi-même (proprio nomine)*, — on n'était tenu que dans un seul cas à fournir une satisfaction. C'était lorsqu'on était défendeur dans une action *in rem*. Le défendeur devait donner la caution *judicatum solvi* (1). Pourquoi ? Parce que dans l'action *in rem* (en revendication), le défendeur restait en possession de la chose litigieuse pendant la durée du procès. On a pensé que cet avantage devait être compensé par un avantage équivalent au profit du demandeur. — Cette caution *judicatum solvi* avait un triple but : — *a.* d'assurer le paiement de la condamnation au cas où le défendeur condamné se refuserait à restituer la chose (*de re judicata*) ; — *b.* de contraindre le défendeur à rester dans l'instance jusqu'à la fin du procès (*de re defendenda*) ; — *c.* d'empêcher le défendeur de commettre un dol relativement à l'objet litigieux (*de dolo malo*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XI ; L, 6, D., *Judic. solvi*, liv. XLVI, tit. VII). — Faute par le défendeur de fournir cette garantie, la possession était attribuée au demandeur par un interdit appelé selon les cas *quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum* ; alors les rôles étaient renversés, le demandeur devenait défendeur, à la condition de donner lui-même la caution *judicatum solvi* (*Frag. Vatic.*, § 92).

N'avaient donc point à fournir de caution *judicatum solvi*, le demandeur dans une action *in rem*, le demandeur et le défendeur dans une action *in personam* (2) (Instit., § 1, *in fine*).

(1) Du temps de Gaius (C. IV, §§ 91, 94), la satisfaction *judicatum solvi* était applicable seulement quand on agissait *per formulam petitioriam* ; lors, au contraire, qu'on agissait *per sponsionem*, il y avait lieu à la stipulation *pro præde litis et vindiciarum*.

(2) Gaius, C. IV, § 102, nous apprend que le défendeur à l'action

2° *Quant on plaidait pour autrui (alieno nomine)*, — comme défendeur, — on devait toujours donner la caution *judicatum solvi*, sans distinction aucune entre l'action réelle et l'action personnelle (Instit., *pr.*, et § 1, *eod.*). — Peu importait d'ailleurs que le représentant fût un *cognitor*, un *procurator*, un *defensor*, un tuteur ou un curateur. Car il était de principe, en droit romain, que *nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur* (Instit., § 1, *eod.*). Seulement, lorsqu'il s'agissait d'un *cognitor* ou d'un *procurator præsentis*, la caution *judicatum solvi* était fournie par le *dominus litis* lui-même ; tandis que, s'il s'agissait d'un *procurator absentis*, d'un *defensor*, d'un tuteur ou d'un curateur, c'était par ce *procurator absentis*, par ce *defensor*, par ce tuteur ou ce curateur même, que la caution *judicatum solvi* était fournie (Gaius, C. IV, § 101 *in fine*).

Quand on plaidait pour autrui — comme demandeur — on était tantôt tenu, tantôt dispensé de donner caution. — Étaient tenus de donner la caution dite *rem ratam dominum habiturum*, le *procurator absentis*, le tuteur et le curateur, d'après les termes de l'Édit. En effet, comme ces sortes de représentants ne s'identifiaient pas avec le représenté, il était à craindre que ce dernier, refusant sa ratification, ne voulût soulever de nouveau la même question (Instit., *pr.*, et § 3, *eod.*).

Étaient dispensés de donner la caution *rem ratam dominum habiturum*, le *cognitor*, le *procurator præsentis* ; car ces représentants s'identifiaient avec le représenté ; en sorte que l'action exercée par eux était censée l'avoir été par le *dominus litis* lui-même (Instit., § 3, *eod.*).

personnelle, quoique plaidant en son propre nom, est obligé de fournir la caution *judicatum solvi* dans certains cas exceptionnels : par exemple, dans les actions, *judicati*, *depensi*, *de moribus mulieris*. — Cette caution est encore exigée, selon les circonstances, de l'héritier que le prêteur juge suspect, du débiteur qui a dissipé son patrimoine (*deceptor*), et de celui dont les biens sont mis en vente à la suite d'une *missio in possessionem*.

II. Droit de Justinien.

Il faut encore distinguer entre le cas où l'on plaidait pour soi-même, et le cas où l'on plaidait pour autrui.

1° *Cas où l'on plaidait pour soi-même (proprio nomine).* — Le défendeur qui agissait *suo nomine* dans une action *in rem* n'était plus tenu de donner caution pour la valeur du litige ; il devait seulement garantir qu'il resterait dans l'instance jusqu'à la fin du procès (*usque ad terminum litis*).

Cette garantie ne consistait pas toujours en une caution proprement dite, c'est-à-dire en un fidéjusseur. Quelquefois on exigeait seulement que le défendeur prêtât serment de rester en cause jusqu'à la fin du litige. D'autres fois on se contentait d'une simple promesse de sa part (*nudam promissionem*). Tout dépendait de la qualité et du rang du plaideur (Instit., § 2, *eod.*).

2° *Cas où l'on plaidait pour autrui (alieno nomine).* — Si l'on agissait — comme demandeur — on était tenu de donner la caution *rem ratam dominum habiturum* toutes les fois qu'il n'y avait pas de mandat insinué (*si non mandatum actis insinuatum est*), ou que le maître du litige ne se présentait pas en personne devant le juge pour confirmer la constitution de son procureur (*vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit*) (Instit., § 3, *eod.*).

Si l'on agissait *alieno nomine* — comme défendeur — on restait soumis à l'ancienne règle. *Nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur* ; et on devait fournir au demandeur la caution *judicatum solvi* ; à moins que cette garantie n'eût été fournie par le *dominus litis* lui-même intervenu au procès ou extrajudiciairement. Le *dominus litis* devait en outre consentir une hypothèque générale sur ses biens, et enfin donner la garantie de se présenter en personne le jour du prononcé du jugement (Instit., § 4, *eod.*). — En cas

d'absence du défendeur, un liers quelconque pouvait prendre sa place à la condition toutefois de fournir la caution *judicatum solvi* (Instit., § 5, *eod.*).

TITRE XII

Des actions perpétuelles et des actions temporaires et de celles qui passent aux héritiers ou contre les héritiers.

Qu'entend-on par actions perpétuelles et par actions temporaires ?

Les actions sont *perpétuelles* ou *temporaires* : perpétuelles, quand elles peuvent être indéfiniment exercées ; temporaires, quand elles s'éteignent après un certain temps.

Il faut se placer à deux époques pour suivre les changements de la législation en cette matière : — dans le droit ancien, — dans le droit du Bas-Empire.

I. Droit ancien.

Étaient, en général, perpétuelles les actions qui dérivait du droit civil, c'est-à-dire d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution impériale, sans distinction aucune entre les actions personnelles et les actions réelles.

Exceptions à ce principe. — 1° L'action *De lege Julia repetundarum*, action en restitution donnée contre les héritiers d'un magistrat concussionnaire, était limitée à un an (L. 2, D., *De leg. Jul. repet.*, liv. XLVIII, tit. XI). — 2° L'action civile contre les *sponsores* et les *fidepromissores* était limitée à deux ans (*biennio liberabantur*) aux termes d'une loi *Furia* (1). — 3° Le *præjudicium* établi par la loi *Cicereia* devait être intenté par les

(1) Voy. *supra*, liv. III, tit. xx, p. 500 et 501.

adpromissores dans les trente jours qui suivaient leur promesse (1). — 4° La *querela inofficiosi testamenti* était limitée à cinq ans (2). — 5° L'action d'injures durait un an (3).

Étaient, en général, temporaires et ne duraient qu'un an (4), les actions nées de la juridiction du préteur qui avaient pour but de combattre et de corriger un principe du droit civil (L. 35, *pr.*, D., *De oblig. et act.*, liv. XLIV, tit. VII). Telles étaient, par exemple, les actions *de dolo, quod metus causa*, l'action publicienne rescisoire, l'action paulienne, etc.

Exceptions à ce principe. — Étaient perpétuelles, comme les actions civiles, certaines actions prétorienes qui avaient pour but de développer et d'étendre un principe du droit civil (L. 35, *pr.*, D., *eod.*). Telles étaient, par exemple, les actions qui se donnaient aux possesseurs de biens et à tous ceux qui étaient *loco heredum* ; l'action publicienne ordinaire, et en général, toutes les actions persécutoires de la chose. — Il en était de même des actions pénales introduites par le préteur pour adoucir le droit civil, comme de l'action au quadruple *furti manifesti* ; ce qui était juste, dit Gaius, car on avait substitué une peine pécuniaire à la peine capitale que la loi des Douze-Tables avait portée contre le voleur manifeste (Gaius, C. IV, § 111 ; *Instit.*, *pr.*, liv. IV, tit. XII).

Observation. — L'année pendant laquelle durent les actions prétorienes est une année utile et non pas une

(1) Voy. *suprà*, liv. III, tit. XX, p. 500.

(2) *Ibid.*, liv. II, tit. XVIII, p. 288.

(3) *Ibid.*, liv. IV, tit. IV, p. 661.

(4) Selon Justinien (*Instit.*, *pr.*, liv. IV, tit. XII), l'annalité de la plupart des actions prétorienes répondait à la durée des fonctions du préteur. Cette explication a été justement critiquée : d'abord elle n'est plus exacte à partir du jour où le droit prétorien a été fixé par l'*édit perpétuel* d'Adrien (V. *suprà*, p. 10 et 11) ; ensuite, si cela était, comment concevoir des actions prétorienes qui ne seraient pas annales, et comment admettre qu'il se soit agi d'une année utile. Accarias, t. II, n. 935, p. 1272, note 1.

année continue (1) (L. 14, § 2, D., *Quod met. caus.*, liv. IV, lit. II). — La prescription ne commence que le premier jour où l'action peut être légalement intentée ; elle n'est acquise qu'après l'entière expiration du dernier jour (L. 6, D., *De oblig.*, liv. XLIV, tit. VII).

II. Droit du Bas-Empire.

D'après une constitution de Théodose le Jeune (L. 3, C., *De presc.* xxx, vel. XL ann., liv. VII, tit. XXXIX), les actions qui, dans l'ancien droit, étaient perpétuelles ont été limitées à une durée de *trente ans*, sans distinction aucune entre les actions personnelles et les actions réelles, entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi.

Mais il y a des exceptions. Se prescrivent par quarante ans : — 1° L'action hypothécaire, lorsque la chose hypothéquée est restée dans le patrimoine du débiteur constituant (L. 7, § 1, C., *eod.*). — 2° Les actions qui ont fait l'objet d'une instance périmée (L. 9, C., *eod.*) ; — 3° les actions appartenant aux églises et aux établissements que Justinien appelle *loci venerabiles* (Nov. CXI) : — 4° la prescription de trente ans ne court pas contre les pupilles ; cette matière reste régie par les règles de l'ancien droit (L. 3, C., *eod.*).

Le délai de trente ans est un délai continu ; son point de départ se place au jour où le droit est devenu exigible (L. 7, § 4, C., *De prescript.*, liv. VII, tit. XXXIX).

Ainsi, sous Justinien, on donne le nom d'actions perpétuelles aux actions dont la durée est de trente ou de quarante ans, et d'actions temporaires à celles dont la durée se trouve limitée à un moindre laps de temps.

Effets de la prescription. — La prescription n'opère pas de plein droit ; elle doit être opposée par le défendeur, sans que le juge puisse la suppléer d'office (2).

(1) Sic, Demangeat, t. II, p. 761 ; Accarias, t. II, n. 926, p. 1273.

(2) Conf. Code civ., art. 2223. — Comp. Accarias, t. II, n. 926, p. 1274.

Une fois invoquée et reconnue, elle a pour effet d'éteindre l'action. Mais le débiteur libéré *tempore*, reste-t-il tenu d'une obligation naturelle ? L'affirmative est admise par la majorité des auteurs (1).

De la durée des instances. — Il ne faut pas confondre la durée des actions avec la durée des instances. Chez les Romains, comme dans nos législations modernes, on avait compris l'intérêt qu'il y avait à ne pas laisser les procès traîner indéfiniment en longueur.

Dans le droit classique, le délai dans lequel, une fois le procès engagé, la sentence devait nécessairement être rendue, variait suivant qu'il s'agissait d'un *judicium legitimum* ou d'un *judicium imperio continens*. — Le *judicium* était *legitimum*, lorsque l'instance avait lieu à Rome ou dans le premier mille autour de Rome, que tous les plaideurs étaient citoyens romains et que le juge unique (*unus judex*) était lui-même citoyen romain. Le *judicium* était *imperio continens* lorsque l'instance était engagée à plus d'un mille de Rome, lorsque l'un des plaideurs ou le juge était pérégrin, lorsque le procès était renvoyé devant les récupérateurs (Gaius, C. IV, § 103). — Au cas d'un *judicium legitimum*, l'instance devait être jugée et terminée dans un délai de dix-huit mois (Gaius, C. IV, § 104). Si le *judicium* était *imperio continens*, la durée de l'instance se prolongeait pendant tout le temps que durait le pouvoir du magistrat qui l'avait organisée en délivrant la formule (Gaius, C. IV, § 105).

Sous Justinien, les instances ne doivent pas durer plus

(1) Sic, Puchta, *Pand.*, § 92, et *Vorles*, t. I, § 92, et *Beilage VI*; Weber, *Naturl. verbindt.*, § 92; Unterholzner, t. I, § 247, II; Mühlenbruch, t. II, § 481; Maynz, t. II, § 382; Machelard, *obligat. nat.*, p. 416 et suiv.; Demangeat, t. II, p. 761; Didier-Pailhé et Tartari, p. 858; Van Wetter, t. II, § 521. Comp. Accarias, t. II, n. 926, p. 1274. — *Contra*, Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 151; Thibaut, *System*, t. I, § 205, I; Molitor, *Poss.*, t. I, n. 33 et suiv.; Windscheid, *Lehrb.*, t. I, § 112; Namur, t. II, § 508. 2^o.

de trois ans (1) (L. 13, C., *De judiciis*, liv. III, tit. 1).

L'instance une fois périmée, laisse néanmoins subsister à la charge du défendeur une obligation naturelle (2) (L. 30, § 1, D., *Ad. leg. Aquil.*, liv. IX, tit. 11; L. 8, § 1, D., *Rat. rem hab.*, liv. XLVI, tit. VIII).

ACTIONS QUI PASSENT AUX HÉRITIERS OU CONTRE LES HÉRITIERS.

Des actions qui passent aux héritiers du créancier.

En règle générale, les actions, soit *rei persecutoria*, soit pénales, passent aux héritiers du créancier.

Il y a des exceptions à ce principe. Ainsi, dans l'ancien droit, l'action appartenant à l'*adstipulator* ne se transmettait pas à ses héritiers (3) (Gaius, C. IV, § 113). Dans le droit de Justinien, certaines actions ayant un caractère tout à fait personnel, comme l'action d'injure (4), la *querela inofficiosi testamenti* (5), ne passent pas aux héritiers du défunt.

Des actions qui se donnent contre les héritiers du débiteur.

Il faut distinguer :

Les actions *rei persecutoria* se donnent contre les héritiers ou successeurs du défunt.

Les actions *pénales*, au contraire, ne sont point transmissibles contre les héritiers du délinquant. Ceux-ci peuvent être tenus cependant jusqu'à concurrence de ce dont le délit de leur auteur les aurait enrichis (Inst., § 1, *eod.*).

Effet de la *litis contestatio* relativement aux actions

(1) Conf. Code proc. civ., art. 397.

(2) *Sic*, Demangeat, t. II, p. 759; Didier-Pailhé et Tartari, p. 855.
— Comp. Machelard; *op. cit.*, p. 371 et suiv.

(3) Voy. liv. III, tit. XIX, p. 497.

(4) Voy. liv. IV, tit. IV, p. 661.

(5) Voy. liv. II, tit. XVIII, p. 288.

qui ne sont point transmissibles aux héritiers ou contre les héritiers.

Une fois l'instance organisée par la *litis contestatio*, les actions qui s'éteignent par la mort de l'une des parties ne sont plus soumises à cette cause d'extinction. La transmissibilité a lieu activement et passivement (*actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*) (1) (Instit., § 1 *in fine*).

TITRE XIII

Des exceptions.

Notions générales. — On entend par *défense*, dans un sens large; tout moyen employé par le défendeur pour résister à la demande. En ce sens, une *exception* est un moyen de défense.

Mais on appelle, à proprement parler, *défense* le moyen qui tend à soutenir précisément le contraire de la prétention soulevée par le demandeur. Exemple : *Primus* intente contre *Secundus* une *condictio certi*, à l'effet d'obtenir de ce dernier le remboursement de 100 sesterces qu'il prétend lui avoir prêtés. A cette demande *Secundus* oppose qu'il a rendu à *Primus* les 100 sesterces en question. Le défendeur allègue, dans notre hypothèse, un fait qui a détruit le droit du demandeur : il y a là *défense* proprement dite, et non point *exception*. Tous les moyens de défense ne sont point des *exceptions*.

L'*exception* se distingue de la *défense* proprement dite en ce qu'elle ne consiste pas dans une négation de la prétention du demandeur, mais dans l'invocation de la part du défendeur d'un droit rival de celui du demandeur et qui aura pour effet de paralyser l'action de ce

(1) Voy. liv. IV, tit. vi, p. 678 et 679.

dernier. C'est là le signe, le caractère qui se trouve dans toutes les exceptions et qui ne se trouve point dans les autres moyens de défense (1). Exemple : à *Primus*, qui lui réclame par un *condictio certi* le remboursement de 100 sesterces, *Secundus* répond : « Je ne conteste pas votre créance, mais il est intervenu depuis entre nous une convention aux termes de laquelle vous vous êtes engagé à ne pas me réclamer le remboursement de ces 100 sesterces. » C'est là une *exception*.

Sous le système de la procédure formulaire, l'exception fondée sur l'équité n'avait pas besoin d'être insérée dans la formule des actions de bonne foi. Le juge, en effet, recevait ici la mission d'apprécier la demande d'après l'équité (*ex aequo et bono*) ; il pouvait par cela seul admettre les moyens du défendeur que l'équité réclamait : dans ce sens, on disait : *In judiciis bonæ fidei exceptiones insunt*. — Au contraire, l'exception figurait en termes exprès, dans la formule, à la suite de l'*intentio*, dans toutes les actions de droit strict, et même dans les actions de bonne foi lorsqu'elle n'était pas fondée sur l'équité (2). Elle y était ajoutée dans l'intérêt du défendeur afin qu'il fût autorisé à soutenir devant le juge autre chose que ce qui était indiqué dans l'*intentio*. Car le juge n'était investi que d'un pouvoir restreint, et devait se tenir dans les limites rigoureuses que lui traçait l'*intentio* de la formule. Il était tenu de condamner le défendeur, sans avoir égard aux diverses circonstances qui avaient pu modifier la situation respective des parties, lorsque le demandeur parvenait à justifier la prétention formulée dans l'*intentio*. Il pouvait en résulter des condamnations iniques. Aussi, l'insertion de

(1) Sic, Bethmann-Holweg, *Der civilproz. des gemein Rechts*, t. II, § 99 ; Demangeat, t. II, p. 764.

(2) Certaines exceptions se rattachaient, en effet, à des motifs d'ordre public, et pouvaient dans quelques-unes de leurs applications contrarier l'équité et même la blesser quelquefois. Accarias, t. II, n. 897, p. 1205, note 1. — V. *infra*, p. 788 et suiv.

l'exception dans la formule avait pour effet d'éviter ces résultats iniques, en rendant la condamnation du défendeur *conditionnelle*. L'exception se présentait avec l'une des expressions suivantes : *si non, nisi, extraquam*, etc. ; sous la forme d'une restriction mise à l'ordre de condamner, par exemple : *Si in ea re nihil dolo malo factum sit, neque fiat*. Quand même le demandeur prouvait son *intentio*, il n'obtenait la *condemnatio* que si l'exception du défendeur n'était pas fondée (Gaius, C. IV, § 119; L. 22, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, lit. 1).

On désignait quelquefois l'exception par le mot *præscriptio*. Toutefois, on appelait plus spécialement *præscriptio*, *præscriptiones*, les réserves et moyens qui, au lieu de venir à la suite de l'*intentio*, comme les exceptions, se trouvaient insérés en tête de la formule *præscribere*, tantôt précédant la *demonstratio*, tantôt s'y incorporant (Gaius, C. IV, §§ 130, 132). — Les exceptions n'étaient introduites que dans l'intérêt du défendeur. Les *præscriptiones* pouvaient être faites dans l'intérêt du demandeur aussi bien que dans celui du défendeur (*ex parte actoris, vel ex parte rei*). — A l'époque de Gaius, le mot *præscriptio* servait à désigner spécialement le moyen favorable au demandeur. Comme exemples, cet auteur nous cite : 1° la prescription *cujus rei dies fuit*, applicable lorsqu'il s'agissait d'obtenir le recouvrement de prestations périodiques échues sans compromettre les prestations à échoir, notamment de se faire payer les arrérages d'une rente viagère ; 2° la prescription *de fundo mancipando*, accordée à l'acheteur qui agit *ex empto* pour obtenir la mancipation de la chose acquise et qui veut se réserver le droit de demander plus tard la tradition (C. IV, § 131^a). — Quant aux *præscriptiones* dans l'intérêt du défendeur, elles ne se présentaient plus que sous forme d'exceptions. Parmi ces prescriptions les plus importantes s'appelaient *præjudicia*; no-

lamment le *præjudicium hereditati non fiat* qui était la contestation de la qualité d'héritier sur laquelle je me fondais pour revendiquer certains objets particuliers dépendant d'une hérédité. Il y avait aussi la *præscriptio fori* qui tendait à faire écarter l'action comme délivrée par un magistrat incompétent *ratione personæ*, etc. (1) (Gaius, C. IV, § 133 ; L. 18, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1).

Inconnues sous le système des actions de la loi (2) (Gaius, C. IV, § 108), les exceptions ont dû leur développement au système formulaire ; elles ont même survécu à la chute de ce système, et ont conservé encore, dans le dernier état de la législation, assez d'utilité pour mériter un examen particulier des rédacteurs des Institutes (3).

Division des exceptions.

Les exceptions se divisent, — soit à raison de leur origine, — soit à raison de leur nature, — soit à raison de leur durée, — soit à raison du but qu'elles atteignent.

I. A raison de leur origine. — Les unes ont été établies par des lois ou par d'autres actes législatifs, tels que les sénatus-consultes et les constitutions impériales ; les autres, par le préteur.

Exceptions du droit civil. — Parmi les exceptions dérivant du droit civil proprement dit, on peut citer l'exception *justi dominii* opposable à l'action publicienne (4).

Parmi les exceptions dérivant des lois on peut citer :

(1) Voy., pour plus de détails, Demangeat, t. II, p. 765 et suiv. ; Accarias, t. II, n. 921 a.

(2) Accarias, t. II, n. 891, p. 1195, établit avec suffisamment de précision, à l'encontre de la plupart des interprètes modernes (V. notamment Demangeat, t. II, p. 768 ; Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 60), l'existence et l'usage des exceptions dans la procédure des *legis actiones*. V. aussi Ern. Dubois, *Progr. du cours de dr. rom.*, p. 61.

(3) Voy., en ce qui concerne l'intérêt qu'il y a à distinguer les exceptions des autres moyens de défense, en matière d'extinction des obligations, *supra*, liv. III, tit. xxix, p. 605 et 606.

(4) Voy. *supra*, liv. IV, tit. vi, p. 698 et 699.

— l'exception de la loi *Cincia* sur les donations (1), — l'exception *nisi bonis cesserit*, résultant de la loi *Julia* sur la cession des biens (2).

Parmi les exceptions dérivant des sénatus-consultes, on peut citer : — l'exception du sénatus-consulte Trébellien, dite *restitutæ hereditatis*, accordée à l'héritier fiduciaire (3); — l'exception du sénatus-consulte Velleïen en faveur de la femme (4); — l'exception du sénatus-consulte Macédonien en faveur du fils de famille (5).

Parmi les exceptions dérivant des constitutions, on peut citer : — l'exception *si non et illi solvendo sint*, accordée aux fidéjusseurs en vertu du rescrit d'Adrien (6); — l'exception *de dol*, lorsqu'on l'applique en vertu du rescrit de Marc-Aurèle, pour contraindre le demandeur à introduire la compensation dans une action de droit strict (7).

Exceptions du droit prétorien. — La plupart des exceptions ont été introduites par le droit prétorien pour tempérer ou pour paralyser la rigueur des principes du droit civil (Instit., § 4, liv. IV, tit. XIII).

Parmi les principales exceptions prétoriennes on peut citer : — l'exception *doli mali*; — *quod metus causa*; — *erroris causa*; — *non numeratæ pecuniæ*; — *pacti conventi*; — *transacti negotii*; — *pecuniæ constitutæ*; — *jurisjurandi*; — *rei in judicium deductæ*; — *litis dividuæ*; — *litis residuæ*; — *rei judicatæ*; *cognitoria et procuratoria*; — *rei litigiosæ*.

II. A raison de leur nature. — Les exceptions sont *in rem* ou *rei cohærentes* et *in personam* ou *personæ cohærentes*. Les premières forment la règle.

(1) Voy. *suprà*, liv. II, tit. VII, p. 201.

(2) Voy. liv. IV, tit. VI, p. 746.

(3) Voy. liv. II, tit. XXIII, p. 344.

(4) Voy. liv. III, tit. XX, p. 509 et 510.

(5) Voy. liv. IV, tit. VII, p. 761.

(6) Voy. liv. III, tit. XX, p. 504 et 505.

(7) Voy. liv. IV, tit. VI, p. 750 et 751.

Exceptions in rem ou rei cohærentes. — Ce sont celles qui, dégagées de toute considération de personne, tiennent à la chose, à la dette elle-même. Elles peuvent être invoquées, non seulement par la personne de l'obligé, mais encore par ses fidéjusseurs et ses successeurs; alors elles sont *in rem* activement. Elles sont *in rem* passivement, lorsqu'elles peuvent être opposées à quiconque intentera l'action, que ce soit l'ayant droit primitif, ou que ce soient ses successeurs universels ou même à titre particulier. Il y a des exceptions *in rem* activement et passivement à la fois; d'autres ne le sont que d'une seule manière (L. 7, § 1, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1).

Exemples : l'exception *quod metus causa est in rem* au point de vue actif et au point de vue passif à la fois : — au point de vue actif, en ce qu'elle peut être imposée par l'obligé et par ses fidéjusseurs et successeurs quelconques ; — au point de vue passif, en ce qu'elle peut être opposée à tout demandeur agissant en vertu de l'obligation contractée par violence, que ce demandeur ait ou non participé à la violence (L. 4, § 33, D., *De dol. mal. et met. except.*, liv. XLIV, tit. iv).

L'exception de dol est *in rem* au point de vue actif; car elle peut être invoquée non seulement par la personne victime du dol ou par ses héritiers, mais même par tous ses successeurs ou ayant cause quelconques à titre onéreux ou gratuit. Mais l'exception de dol peut, au point de vue passif, être considérée comme personnelle (*personam complectitur*), en ce sens qu'elle ne peut être opposée qu'à la personne coupable du dol, à ses héritiers ou à ses successeurs ou ayant cause à titre gratuit (L. 4, §§ 27, 31, 33, D., *eod.*).

L'exception *nisi bonis cesserit* est à l'inverse *in rem* passivement, *in personam* activement.

Exceptions in personam ou personæ cohærentes. — Ce sont celles qui proviennent de quelque considération

exclusivement propre à la personne du débiteur. Elles ne peuvent être invoquées que par le débiteur, sans que ses coobligés ou ses fidéjusseurs puissent en profiter ; elles ne sont également opposables qu'à telle personne déterminée. Il y a des exceptions qui sont *in personam* activement et passivement, d'autres qui ne le sont que d'une seule manière (L. 7, D., *eod.*).

Exemples : — L'exception résultant du pacte *de non petendo* fait *in personam* est personnelle au double point de vue actif et passif, en ce qu'elle ne peut être invoquée que par le débiteur non par ses codébiteurs, ni même par ses héritiers, et qu'elle ne peut être opposée qu'au créancier qui a consenti le pacte. On peut encore citer parmi les exceptions *in personam*, l'exception *quod facere potest*, celle au moyen de laquelle se réalise au profit de l'associé, de l'ascendant, du patron, le bénéfice de compétence (1), ainsi que celle résultant d'une restitution *in integrum* accordée à un mineur de vingt-cinq ans (2) (Instit., § 4, liv. IV, tit. XIV ; L. 7, *pr.*, D., *De except.*, liv. XLIV, tit. 1).

III. A raison de leur durée. — Les exceptions sont ou perpétuelles et péremptoires, ou temporaires et dilatoires (Instit., § 8, liv. VI, tit. XIII).

Exceptions perpétuelles et péremptoires. — Elles sont *perpétuelles*, parce qu'elles peuvent, à quelque époque que ce soit, être opposées à l'action du demandeur (*semper agentibus obstant*). Elles sont *péremptoires* par cela même que, formant un obstacle perpétuel à la demande, elles paralysent, elles anéantissent pour toujours l'action (*semper rem de qua agitur perimunt*) (Instit., § 9, *eod.*).

Exemples : — l'exception *doli mali* ; — l'exception *quod metus causa* ; — l'exception *pacti conventi*, lorsqu'il

(1) Voy. *suprà*, liv. IV, tit. VI, p. 715 et suiv.

(2) *Ibid.*, liv. I, tit. XXIII, p. 125.

a été convenu qu'on renonçait absolument à toute demande (Instit., *ibid.*).

Exceptions temporaires et dilatoires. — Elles sont *temporaires*, parce qu'elles ne peuvent être proposées à l'action du demandeur que pendant un certain temps (*ad tempus nocent*). Elles sont *dilatoires*, parce qu'elles ont pour effet de repousser l'action du demandeur pour le moment seulement, de manière qu'il reste libre d'intenter ultérieurement une nouvelle action du même chef (*temporis dilationem tribuunt*) (Instit., § 10, *eod.*).

Exemples : — l'exception *pacti conventi* lorsqu'il a été convenu que le créancier ne pourrait agir pendant un certain temps, par exemple pendant cinq ans ; car, à l'expiration de ce délai, rien n'empêche le demandeur d'intenter l'action (Instit., *ibid.*). — L'exception *litis dividuæ et rei residuæ* (Gaius, C. IV, § 122).

Certaines exceptions sont dilatoires à raison de la personne ; telles sont celles qu'on nomme *procuratoires* (1). Il y a, en effet, des personnes qui ne peuvent pas servir de *procuratores ad litem*, par exemple, les femmes, les militaires, les individus notés d'infamie. Si donc l'une de ces personnes est choisie comme *procurator*, le défendeur pourra, au moyen de l'exception *procuratoria* temporaire et dilatoire, repousser l'action du *procurator* (Instit., § 11, *eod.*). — Sous Justinien, l'infamie n'engendre plus l'incapacité d'instituer ni d'être institué *procurator ad litem* (Instit., *ibid.*).

Observation. — Il est à remarquer que, dans l'ancien droit, les exceptions temporaires et dilatoires avaient, lorsqu'elles étaient proposées pendant le délai, le même effet que les exceptions perpétuelles et péremptoires ; elles paralysaient pour toujours, elles anéantissaient

(1) Il y avait, dans l'ancien droit, des exceptions *cognitoria* opposables toutes les fois qu'un homme qui, aux termes de l'Edit, ne pouvait pas donner de *cognitor*, agissait *per cognitorem*, ou qu'un homme qui avait le droit d'avoir un *cognitor*, avait choisi quelqu'un *cui non licet cognituram suscipere* (Gaius, C. IV, §§ 123, 124).

l'action du demandeur (Gaius, C. IV, § 124). — Sous Justinien, le créancier qui agit avant l'échéance n'épuise plus son droit ; mais, par extension d'une constitution de Zénon relative à la plus-pétition *tempore* (L. 1, C., *De plus-petit.*, liv. III, tit. x), il ne pourra de nouveau poursuivre le débiteur qu'après avoir laissé écouler le double du délai qui restait à courir, et qu'après lui avoir payé intégralement les frais de la première poursuite (Instit., § 10, *eod.*).

Intérêt pratique de cette division. — Cet intérêt existait au double point de vue de la *condictio indebiti* et de la *restitutio in integrum* :

1° Celui qui payait, n'ayant pas connaissance d'une exception perpétuelle qui existait à son profit, pouvait, en général, intenter la *condictio indebiti*, tandis que celui qui payait prématurément, ne sachant pas qu'il pourrait se défendre par une exception temporaire, n'avait aucune répétition à exercer (L. 26, § 3, D., *De condict. indeb.*, liv. XII, tit. vi).

2° Lorsque le débiteur avait oublié de réclamer l'insertion dans la formule d'action délivrée contre lui d'une exception péremptoire, il pouvait se faire restituer *in integrum, servandæ exceptionis gratia*. Lors, au contraire, qu'il s'agissait simplement d'une exception dilatoire, il était douteux qu'il pût obtenir l'*in integrum restitutio* (Gaius, C. IV, § 125).

IV. A raison de leur but. — La plupart des exceptions ont pour but de faire prévaloir les idées d'équité et de bonne foi (Gaius, C. IV, § 116; Instit., *pr.*, *eod.*). Quelques-unes cependant ont un but autre, elles se justifient par des considérations supérieures, d'ordre public; et ce caractère est à ce point dominant que les exceptions de ce genre peuvent même au besoin produire de véritables iniquités (1), telle est, par exemple, l'exception *rei judicatæ*.

(1) Gavouyère, *Progr. du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 77.

A l'exception *rei judicatæ* il faut assimiler les exceptions *rei in judicium deductæ* (1), *jurisjurandi* (2), *Vel-leiani* (3), *Macedoniani* (4), *legis Cincix* (5).

DE L'EXCEPTION REI JUDICATÆ.

Qu'est-ce que l'exception rei judicatæ ? — Une question litigieuse, qui a été débattue une première fois entre certaines personnes dans une instance, et qui a été tranchée par le juge, ne peut plus être de nouveau soulevée entre les mêmes personnes. Si donc l'ancien demandeur, après avoir échoué dans sa prétention, veut la reproduire dans une action nouvelle, il pourra être repoussé par l'exception *rei judicatæ* (6) (Instit., § 5, *ead.*).

Fondement de cette exception. — Dans le but de mettre un terme aux procès et de tarir la source des dissensions privées, on a reconnu nécessaire d'attacher une fiction de vérité à la décision rendue par le juge; de là la maxime : *Res judicata pro veritate habetur*. Le juge, en effet, est sujet à l'erreur; et la sentence qu'il prononce ne peut avoir la force d'une vérité absolue. L'exception *rei judicatæ* ne s'appuie donc que sur une considération d'intérêt social (L. 6, D., *De except. rei jud.*, liv. XLIV, tit. 11). Aussi est-ce une raison de penser qu'à la différence de la plupart des exceptions, celle *rei judicatæ* n'était pas sous-entendue de plein droit dans les actions de bonne foi, mais qu'elle devait y être formellement insérée.

A quelles conditions est admise cette exception ? — Elle exige, outre la validité de la sentence, la réunion

(1) V. *infra*, p. 792.

(2) V. *suprà*, liv. IV, tit. VI, p. 717.

(3) *Ibid.*, liv. III, tit. XX, p. 509 et 510.

(4) *Ibid.*, liv. IV, tit. VII, p. 761.

(5) *Ibid.*, liv. II, tit. VII, p. 201.

(6) Conf. Code civ., art. 1350-3°, 1351.

de trois conditions, savoir : — qu'il y ait *eadem res*, — *eadem conditio personarum*, — *eadem causa petendi*.

1° *Eadem res*. — Il faut que ce soit exactement la même question déjà jugée qui se trouve de nouveau l'objet de la seconde instance : qu'il s'agisse, par conséquent, du même corps certain (*idem corpus sit*), de la même créance (*quantitas eadem*), du même droit (*idem jus*). Peu importe, d'ailleurs, que la question apparaisse sous une autre forme, avec une autre espèce d'action (*vel alio genere judicii*) (L. 7, § 4, L. 12, L. 13, L. 14, D., *eod.*).

2° *Eadem conditio personarum*. — La force de chose jugée d'une sentence est régie par les mêmes principes que la force obligatoire d'une convention ; elle ne peut être invoquée qu'entre les parties qui ont figuré au procès, et leurs successeurs universels (*res inter alios judicata aliis nec nocet, nec prodest*). Quant aux successeurs particuliers, ils ne sont tenus de respecter la chose jugée que lorsque la sentence est antérieure à l'événement qui les a fait succéder au droit d'autrui (L. 29, § 1, D., *cod.*). — La chose jugée est encore opposable à celui qui n'a pas figuré en personne dans l'instance, mais qui s'y est fait représenter par un *procurator* dûment autorisé (1).

Il existe cependant des cas exceptionnels où la chose jugée a force absolue, même à l'égard de qui n'a pas figuré au procès. Telle est, par exemple, l'autorité des sentences régulièrement intervenues sur une question d'état (2).

3° *Eadem causa petendi*. — Il faut distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles. — Dans les actions personnelles il n'y a même cause que lorsque le fait générateur de l'obligation est le même. Ainsi, après avoir succombé dans l'action par laquelle je ré-

(1) V. *supra*, liv. IV, tit. x, p. 768 et suiv.

(2) *Ibid.*, liv. IV, tit. vi, p. 721.

clamais de vous *cent* en vertu d'une vente, je puis très bien agir de nouveau contre vous afin de réclamer la même somme, comme m'étant due en vertu d'une stipulation. Dans ce cas, vous ne pourrez m'opposer l'exception *rei judicatae* (L. 31, D., *eod.*). — Dans les actions réelles, il en est autrement. Le demandeur qui, dans une action en revendication, se prétend propriétaire d'une chose, n'agit pas *expressa causa*, c'est-à-dire en indiquant la cause sur laquelle il fonde sa prétention. Aussi est-il admis devant le juge à faire valoir toutes les causes d'acquisition qui ont pu le rendre propriétaire. S'il ne les produit pas toutes, il est en faute et doit subir les conséquences de sa négligence. Il en résulte que, s'il a succombé une première fois, il ne pourra pas recommencer le procès et revendiquer de nouveau la même chose en vertu d'une autre cause d'acquisition. Le défendeur aura dans ce cas l'exception *rei judicatae* pour repousser l'action du demandeur (L. 14, § 2, D., *eod.*).

Cette règle admet cependant deux restrictions : — 1° si le demandeur a eu soin, lors de la première instance, de faire insérer dans la formule, sous forme de *præscriptio*, la cause d'acquisition sur laquelle il fonde sa prétention, il peut agir une seconde fois contre la même personne, pour la même chose, en vertu d'une autre cause d'acquisition exclue de la formule (L. 11, § 2, D., *eod.*) ; — 2° une cause nouvelle d'acquisition survenue depuis le jugement autoriserait la partie qui a succombé à intenter une autre action réelle ; car il est de toute impossibilité que ce droit nouveau ait été absorbé par la précédente instance (L. 11, § 4, D., *eod.*).

Quelle est l'étendue des effets produits par cette exception ? — La chose jugée a pour effet, au cas d'un jugement absoluire, de faire disparaître entièrement

(1) *Sic*, de Savigny, *System*, t. VI, § 300, et appendice xvii ; Demangeat, t. II, p. 776 ; Accarias, t. II, n. 915 *in fine*.

l'obligation sur laquelle il a été statué (1), et, au cas de condamnation, de remplacer l'ancienne obligation par celle du *judicatum*.

De l'exception rei in iudicium deductæ. — Il se peut que, dans le premier procès, aucune sentence n'ait été rendue, soit parce que l'affaire est encore pendante, soit parce qu'il y a eu péremption d'instance. Dans ce cas, on ne pourra pas renouveler le débat sur la question déduite dans le premier procès. Il y aura lieu à l'application de l'*exceptio rei in iudicium deductæ* (Gaius, C. IV, §§ 106, 107).

TITRE XIV

Des répliques.

Qu'est-ce qu'une réplique ? — Le défendeur ayant fait valoir ses exceptions, le demandeur, à moins de se soumettre aux conclusions de l'adversaire, cherchera à y répondre. A cet effet, il peut faire ce que le défendeur a fait à l'égard de l'action, c'est-à-dire il peut, sans s'attaquer *directement* à la prétention du défendeur pour soutenir qu'elle n'est pas fondée, invoquer à son tour un droit indépendant de manière à paralyser le droit que le défendeur a allégué dans son exception. Ce dernier moyen de défense, qu'on nomme *réplique* (*replcatio*) n'est donc autre chose qu'une exception secondaire (*exceptio exceptionis*) opposée par le demandeur à

(1) Mais un jugement absoluire injustement rendu (*inique*), tout en éteignant l'élément civil de l'obligation, en laisse-t-il subsister l'élément naturel? Voy., sur cette question controversée : — pour l'affirmative, Maynz, t. II, § 382, p. 558, texte et note 16; Goudsmit, *Cours de pandectes*, traduct. de M. Vuylsteke, § 107, p. 521, note 1. V. aussi de Savigny, *System*, t. V, § 250, note 9; de Keller, *Des actions*, traduct. de Capmas, § 60, p. 267; — pour la négative, Machelard, *Obligat. natur.*, p. 4:6 et suiv. V. aussi Demangeat, t. II, p. 778; Griotet, *De la chose jugée*, p. 120.

l'exception du défendeur (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. xiv). — Exemple : Je stipule de *Primus* 100 sous d'or ; plus tard je conviens avec lui, par un pacte, de lui faire remise de ces 100 sous d'or. Postérieurement nous faisons un nouveau pacte d'après lequel l'effet du premier acte doit être anéanti, et la convention de remise considérée comme non avenue. Si j'intente contre *Primus* la *condictio certi*, et qu'il m'oppose l'exception résultant de mon pacte de remise, je repousserai son exception *pacti conventi* au moyen d'une réplique tirée de notre pacte ultérieur (*replicatio pacti conventi*) (Gaius, C. IV, § 126 ; Instit., *pr.*, *eod.*).

Qu'est-ce qu'une duplique? une triplique? — Si le défendeur répond à la réplique par une nouvelle exception, cette dernière est appelée *duplique* (*duplicatio*) ; et si l'affaire se poursuit ainsi, il y aura *triplique* (*triplicatio*), etc. (Gaius, C. IV, §§ 127, 128 ; Instit., §§ 1-3, *eod.*).

TITRE XV

Des interdits.

Qu'est-ce qu'un interdit? — C'est une déclaration de principes faite par le préteur à l'occasion d'une contestation entre particuliers (*dictum* ou *edictum inter duos*) ; par opposition à l'*edictum* par lequel le préteur établit des règles générales et obligatoires pour tous (Instit., § 1, liv. IV, tit. xv). Le préteur ordonne ou défend de faire quelque chose (1). De deux choses l'une : — ou les parties s'entendent pour se faire à elles-mêmes l'applica-

(1) D'après Gaius (C. IV, §§ 139, 140), l'ordre intimé d'une manière affirmative s'appelle *décret* ; la prohibition prend plus spécialement le nom d'*interdit* : *interdicere* serait donc synonyme de *prohibere*. — Suivant Isidore de Séville (*Orig.*, V, 25, 31), *interdictum* viendrait de *inter-im dictum*, attendu que l'interdit n'aboutirait qu'à une décision provisoire.

tion du principe posé dans l'interdit, alors la contestation se trouve terminée; — ou elles sont en désaccord; dans ce cas il faut organiser une instance, s'adresser de nouveau au préteur, pour obtenir de lui une action ordinaire, une action *in factum*, dont l'appréciation était renvoyée à un juge au moyen d'une formule (1).

Historique. — Les interdits tels qu'ils seront exposés dans ce titre, se sont développés sous le système de la procédure formulaire; ils étaient inconnus à l'époque des actions de la loi (2). Sous le système des *judicia extraordinaria*, l'interdit n'est plus délivré en fait, l'action est donnée de *plano* au lieu et place de l'ancien interdit (Instit., *pr.* et § 8, *eod.*).

Différences entre l'interdit et l'action. — 1° L'interdit émane de l'*imperium mixtum* du préteur; l'action relève, au contraire, de la *jurisdictio*. — 2° L'interdit sert de base à l'action quand il ne prévient pas le procès; l'action, au contraire, ne préjuge rien au fond; elle pose du premier coup au juge la question à résoudre.

DIVISION DES INTERDITS

D'après les Institutes, il y a trois divisions principales des interdits, savoir: — les interdits prohibitifs, restitutoires et exhibitoires; — les interdits non possessoires et les interdits possessoires; — les interdits simples et les interdits doubles. (Gaius, C. IV, §§ 142, 143, 158; Instit., §§ 1, 2, 7, liv. IV, tit. xv).

(1) Van Wetter, 1^{re} édit., t. I, § 89, p. 333, fait remarquer fort judicieusement que la procédure par interdits, plus simple dans le cas où le magistrat était obéi, devenait sensiblement plus compliquée lorsque l'ordonnance prétorienne n'obtenait pas son exécution, puisqu'alors la poursuite avait été retardée par une espèce d'instance préliminaire en obtention de l'interdit, séparée du débat définitif par un temps plus ou moins considérable.

(2) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 68. Comp. de Keller, *Des actions* (traduct. de Ch. Capmas), § 22; Puchta, *Institut.*, t. II, § 169; Accarias, t. II, n. 950.

I. DES INTERDITS PROHIBITOIRES, RESTITUTOIRES ET
EXHIBITOIRES

Le *criterium* de cette division se tire de la nature de l'ordre donné par le préteur.

Interdits prohibitives. — Sont *prohibitives* les interdits par lesquels le préteur défend de faire quelque chose (*feri veto, veto ne fiat*): par exemple, de faire violence à celui qui a une possession non vicieuse (comme dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi*), ou à celui qui transporte un mort dans un lieu où il a droit de l'enterrer (c'est l'interdit *de mortuo inferendo*). Il en est de même de l'interdit qui défend de bâtir dans un lieu sacré (*in sacro loco ædificari*), de faire sur un fleuve public ou sur la rive quelque chose qui nuise à la navigation (*in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur*) (Gaius, C. IV, § 142 ; Instit., § 1, *eod.*).

Interdits restitutoires. — Sont *restitutoires* les interdits par lesquels le préteur ordonne de remettre ou restituer quelque chose : par exemple, de restituer au *bonorum possessor* la possession de choses héréditaires qu'un autre possède *pro herede* ou *pro possessore*, ou bien de restituer la possession d'un fonds à celui qui en a été expulsé par violence (ce qui s'applique aux interdits *quorum bonorum, unde vi, quod vi aut clam, fraudatorium* (1) (Instit., § 1, *eod.*).

Interdits exhibitives. — Sont *exhibitives* les interdits par lesquels le préteur ordonne d'exhiber ou de représenter quelque chose ou quelqu'un, par exemple, les tables d'un testament qu'on prétend avoir été déposées entre les mains de quelqu'un (interdit *de tabulis exhibendis*, D., liv. XLIII, tit. v) ; l'individu dont la liberté est en litige (interdit *de homine libero exhibendo*),

(1) Sic, Rudorff, *De l'édit perpétuel*, § 275 ; Demangeat, t. II, p. 797.

ou l'affranchi dont le patron réclame les services (*interdit de liberto exhibendo*), ou bien les enfants qu'un père de famille réclame comme soumis à sa puissance et qui sont retenus par un tiers (*interdit de liberis exhibendis*) (Instit., § 1, *eod.*).

Importance de cette division des interdits. — Cette première division des interdits est la plus générale, elle comprend tous les interdits sans exception. — De plus elle présente un certain intérêt au point de vue de la procédure. Dans les interdits prohibitifs on procède toujours *per sponsionem*, tandis que dans les interdits restitutoires et exhibitoires on procède *per formulam arbitriariam* ou *per sponsionem*, au choix des parties (1) (Gaius, C. IV, § 141 ; Cicéron, *Pro Tullio*, n. 12).

II. DES INTERDITS NON POSSESSOIRES ET DES INTERDITS POSSESSOIRES

Définition. — Les interdits sont *possessoires* ou *non possessoires* suivant qu'ils ont, ou non, pour objet la possession des choses corporelles et la *quasi*-possession des choses incorporelles.

Interdits non possessoires. — Les interdits *non possessoires* sont les moins usuels, et n'offrent par cela même qu'un intérêt secondaire (2).

(1) V. en ce sens, Étienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 507 ; Ortolan, t. III, n. 2297 ; Demangeat, t. II, p. 798 ; de Keller, *Des actions*, traduct. de Ch. Capmas, § 76, p. 347 et suiv. ; Vainberg, *De la faillite en dr. rom.*, p. 192 et suiv.

(2) Tels sont les interdits : — *De mortuo inferendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De sepulchro ædificando* (L. 1, § 5, D., *h. tit.*) ; — *Ne quid in loco sacro fiat* (Gaius, C. IV, §§ 140, 159 ; L. L. 1, 2, 3, D., *h. tit.*) ; — *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (L. 1, D., *h. tit.*) ; — *De loco publico fruendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De via publica et itinere publico reficiendo* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *Ne quis via publica itinereve publico ire, agere prohibeat* (L. 2, § 15, D., *Ne quid in loc. publ.*, liv. XLIII, tit. VIII) ; — *Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur* (Gaius, C. IV, § 159 ; L. 1, § 17, D., *De fluminib.*, liv. XLIII, tit. XII) ; — *Ne quis in flumine publico navigare prohibeatur* (L. 1, *pr.*, D., *ut in flum. publ.*, liv. XLIII,

Interdits possessoires (1). — Ces interdits se divisent en quatre classes : — interdits donnés *adipiscendæ possessionis causa*, — interdits donnés *retinendæ possessionis causa*, — interdits donnés *recuperandæ possessionis causa*, — enfin interdits donnés *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis causa* (Instit., § 2, *eod.* ; L. 2, § 3, D., *De interdict.*, liv. XLIII, tit. 1).

A. *Interdits adipiscendæ possessionis.* — Ces interdits ont pour objet de faire obtenir à une personne une possession qu'elle n'a jamais eue, dont elle n'a jamais été nantie. Il y en a quatre principaux : — l'interdit *quorum bonorum*, — les interdits *possessorium* et *sectorium*, — l'interdit *Salvien*, — l'interdit *quod legatorum*.

1° L'interdit *quorum bonorum* est accordé à celui qui a obtenu du préteur la *possession des biens* d'un défunt ; il se donne contre tout individu qui possède des choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore*, en fût-il même devenu propriétaire par usucapion, et contre celui qui, ayant possédé *pro herede* ou *pro possessore*, a perdu cette possession de mauvaise foi (Gaius, C. II, §§ 52-58 ; Instit., § 3, *eod.*).

Le *bonorum possessor* qui peut profiter de l'interdit *quorum bonorum* peut également intenter la *petitio hereditatis possessoria*. Mais à quelle époque se place la naissance de l'*hereditatis petitio possessoria*, et comment expliquer la coexistence de l'interdit et de l'action ? Il est presque généralement admis que l'*hereditatis petitio possessoria* existait déjà au temps des jurisconsultes

tit. XIV) ; — *De ripa munienda* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De arborib. cad.* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *De glande legenda* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*) ; — *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (L. 1, *pr.* et § 3, D., *h. tit.*) ; — *De aqua ex castello* (L. 1, § 38, D., *De aq. quot.*, liv. XLIII, tit. xx) ; — *De migrando* (L. 1, *pr.*, D., *h. tit.*). — Voy. au surplus, pour les détails, Domenget, *Tr. des actions*, n. 395 et suiv. ; Etienne, *op. cit.*, p. 328 ; Maynz, t. II, § 369, p. 504 et suiv. ; de Keller, *op. cit.*, § 75, p. 343 et suiv.

(1) Comp. Code civ., art. 2229 ; Code proc. civ., art. 23 et suiv. ; Loi 25 mai 1838.

classiques (LL. 1, 2, D., *De hered. petit. poss.*, liv. V, tit. v). Quant à la simultanéité de ces deux moyens d'actions mis entre les mains du *bonorum possessor*, on en trouve la raison dans la différence des résultats que l'on obtient suivant que l'on a recours à l'interdit *quorum bonorum* ou à la *petitio hereditatis possessoria*: 1° par l'interdit *quorum bonorum* on acquiert un avantage provisoire et de pur fait, celui d'être mis en possession d'un ou de plusieurs biens corporels de l'hérédité; mais la question de savoir si l'on a droit ou non à la succession prétorienne reste complètement intacte. Par conséquent le *bonorum possessor* qui a obtenu l'interdit *quorum bonorum* pourra succomber en définitive dans le débat relatif à la succession prétorienne. Par la *petitio hereditatis possessoria* on tend à faire reconnaître un droit définitif à l'*universum jus*, à la succession entière du défunt; — 2° l'interdit *quorum bonorum*, ne pouvant être employé que contre les possesseurs de biens corporels de l'hérédité, est inefficace à l'égard des *juris possessores*. Au contraire, la *petitio hereditatis possessoria* peut être intentée contre le *juris possessores* (L. 2, D., *Quor. bonor.*, liv. XLIII, tit. II); — 3° l'interdit *quorum bonorum* ne se donne au *bonorum possessor* que pour acquérir une première fois la possession des objets de la succession; si, après avoir eu cette possession, il la perd, il ne peut plus exercer cet interdit (*hoc interdictum et inutile est*) (Instit., § 3, liv. IV, tit. xv). Au contraire, la *petitio hereditatis possessoria* peut être intentée aussi bien par celui qui n'aurait pas eu la possession que par celui qui l'aurait perdue (1).

2° L'interdit *possessorium* est celui qui compète à l'emp-

(1) Telle est en résumé la doctrine enseignée par Demangeat, t. II, p. 801; Maynz, t. II, § 383, p. 571, et t. III, § 492, p. 483 et suiv.; Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, § 509, p. 361 et suiv. (7^e édit.); Machelard, *Théor. des interd.*, p. 52 et suiv.; Van Wetter, 1^{re} édit., t. II, § 314, p. 362; Labbé, à son cours. — *Contra*, de Savigny, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 235 et suiv.

tor bonorum, c'est-à-dire à l'adjudicataire de l'ensemble des biens d'un débiteur insolvable, pour acquérir la possession nécessaire à l'usucapion qui doit convertir son domaine bonitaire en domaine quiritaire (Gaius, C. IV, § 145). — L'interdit *sectorium* est pour l'acheteur de biens publics ce que l'interdit *possessorium* est pour l'acheteur des biens d'un particulier. Le nom de *sectorium* lui vient de *sector* qui signifie acheteur de biens publics (1) (Gaius, C. IV, § 146).

3° L'interdit *Salvien*, introduit par le préteur *Salvius Julianus*, est accordé au bailleur d'un fonds rural, pour lui faire acquérir, à défaut de paiement, la possession des choses que le fermier ou colon a affectées spécialement au paiement des fermages. Il peut être intenté soit contre le fermier lui-même, soit contre tout tiers détenteur (*adversus quemlibet possidentem rem coloni*) (2) (Gaius, C. IV, § 147 ; Instit., § 3, *ead.*).

Il ne faut pas confondre cet interdit *Salvien* avec l'action *Servienne* donnée dans les mêmes circonstances (3).

Suivant la majorité des auteurs, l'interdit est d'une date plus ancienne et aurait été pour le préteur un acheminement vers l'action *Servienne* (4).

Quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on adopte

(1) Voy. Ortolan, t. III, p. 758, note 5 ; Domenget, *Tr. des actions*, n. 440, 441.

(2) Sic, Pellat, *Tr. du dr. de gage et d'hypoth.*, traduit de l'allemand, p. 91 et 92, texte et note 8 ; Machelard, p. 116-118 ; de Fresquet, t. II, p. 538 ; Demangeat, t. II, p. 802 ; Jourdan, *l'Hypothèque*, p. 109 et suiv. — Suivant d'autres auteurs, l'interdit *Salvien* n'était accordé que contre le fermier ou ses héritiers. Voy. Puchta, *Instit.*, § 251, note *d* ; Bachofen, *Pand.*, p. 145, note 2 ; Maynz, t. I, § 253, p. 802 et suiv. ; Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 390, n. 3 ; Van Wetter, t. II § 279, p. 380, texte et note 5.

(3) Voy., *supra*, les développements sur l'action *Servienne*, liv. IV, tit. vi, p. 706 et suiv.

(4) Voy., on ce sens, Ducaurroy, t. III, n. 1318 ; de Savigny, *System*, p. 325 ; Demangeat, t. II, p. 803 ; Maynz, t. I, § 239, notes 19 et suiv., et § 253, note 4 ; Van Wetter, § 256, p. 353 ; Jourdan, p. 116, 140.

sur cette question, on ne saurait contester la coexistence de l'interdit et de l'action, coexistence qui se justifie par la différence de résultats que donne l'une ou l'autre de ces deux voies de droit. — L'interdit ne soulève qu'une question de fait, tandis que l'action agite une question de droit. — L'interdit ne tranche la question que momentanément au point de vue de la possession (1); au contraire, l'action résout la question d'une façon définitive. — Dans l'interdit, le bailleur, pour triompher, n'a pas besoin de prouver que les objets appartenaient au fermier ou qu'ils ont été hypothéqués par le fermier avec le consentement de leur propriétaire, tandis que le bailleur doit faire cette preuve pour triompher dans l'action (2). Ces différences expliquent le maintien de l'interdit après la création de l'action (L. 2, D., *De Salv. interd.*, liv. XLIII, tit. XXXIII).

C'est une question fort controversée entre les commentateurs que celle de savoir si, à l'imitation de l'interdit Salvien, le préteur a accordé un interdit *quasi-Salvien* à tout créancier gagiste ou hypothécaire pour obtenir la possession des objets donnés en gage ou hypothéqués par le débiteur. — Ceux qui soutiennent l'affirmative invoquent le rapport d'analogie qui existe entre l'interdit Salvien et l'action Servienne; et, de ce que l'action Servienne a été étendue à tout pacte d'hypothèque sous le nom d'action *quasi-Servienne*, ils concluent au même développement de l'interdit Salvien, sous le nom d'interdit *quasi-Salvien* (3). — Cette opi-

(1) Sic, Machelard, p. 140 et suiv.; Rudorff, *Zeitschrift*, t. XIII, p. 243, et *Edict. perpet.*, §§ 250, 251; Jourdan, p. 131 et suiv. — *Contra*, Huschke, *Studien*, p. 373; de Savigny, *Zeitschrift*, t. VI, § 268, p. 229.

(2) Cette dernière différence est enseignée par Demangeat, t. II, p. 803, 804; Van Wetter, t. I, § 279, p. 380, texte et note 1.

(3) Voy., en ce sens, Cujas, *Paratit. ad Cod.*, VIII, 9; Thibaut, *Arch. fr. dr. civil. Prax.*, t. XI, p. 315; Huschke, *Studien*, p. 349-363; Windscheid, *Lehrb.*, t. 1, § 236, note 5; Vangerow, *id.*, t. I, § 390, n. 2.

nion, qui ne s'appuie sur aucun texte précis, est généralement repoussée dans notre Faculté de droit de Paris (1).

4° L'interdit *quod legatorum* appartient à l'héritier contre les légataires qui se sont mis d'eux-mêmes en possession de l'objet de leur legs sans la participation de l'héritier (L. 1, D., *Quod legatorum*, liv. XLIII, lit. III).

B. *Interdits retinendæ possessionis*. — Ces interdits ont pour objet de protéger le possesseur actuel contre des empiètements exercés avec violence sur sa possession. Il y en a deux, savoir : — l'interdit *uti possidetis* ; — l'interdit *utrubi*.

1° L'interdit *uti possidetis* concerne exclusivement la possession des choses immobilières, des fonds de terre et des maisons (Gaius, C. IV, § 149).

La formule en est ainsi conçue : *Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* (pour que vous continuiez à posséder, comme vous possédez actuellement, je défends qu'on vous fasse violence) (Gaius, C. IV, § 160). Cet interdit s'adresse aux deux parties à la fois (*pari sermone cum utroque loquitur*) ; on dit en ce sens qu'il est *double*. Chacun des contendants est tenu de respecter la possession actuelle (*jus possessionis*) que peut avoir l'autre. Dans l'action délivrée pour l'exécution de l'interdit, on retrouve ce même caractère. Les deux parties sont en face l'une de l'autre, sur un pied d'égalité parfaite ; chacune est obligée de prouver l'existence de son *jus possessionis*. Le juge, chargé de décider

(1) Etienne, *Inst. de Justinien*, t. II, p. 511 ; Domenget, *Tr. des actions*, n. 442 ; Ortolan, t. III, n. 2305 (7^e édit.) ; de Fresquet, t. II, p. 538 ; Pollat, *Tr. du dr. de gage et d'hypothèque*, traduit de l'allemand, p. 91, note 6 ; Demangeat, t. II, p. 802 ; Maynz, t. I, § 239, note 20 ; Van Wetter, t. I, § 279, p. 380, texte et note 5 ; Machelard, *Théor. gén. des interdits*, p. 110 ; Jourdan, p. 138 et suiv. ; Labbé, à son cours, enseignent que l'interdit Salvien, toujours réservé au bailleur d'un fonds rural, n'a jamais été étendu aux autres créanciers hypothécaires.

entre ces prétentions rivales, peut, après avoir reconnu lequel des deux plaideurs a réellement droit au maintien de la possession, faire porter sa condamnation sur l'un ou sur l'autre.

Quelles sont les conditions de succès dans l'interdit *uti possidetis*? Celui-là obtient gain de cause qui se trouvait en possession au moment de la délivrance de l'interdit. Il n'y a pas à tenir compte de la durée de la possession. La seule condition exigée par le préteur est que cette possession soit exempte de vices à l'égard de l'adversaire (*ab adversario*). Or, la possession est vicieuse à l'égard de l'adversaire, quand elle a été exercée violemment par des voies de fait (*vi*), ou qu'elle a eu lieu clandestinement (*clam*), c'est-à-dire à l'insu de l'adversaire, enfin quand elle résulte d'une concession en précaire (*precario*). Les vices de violence, de clandestinité, de précarité ne rendent la possession vicieuse que d'une manière relative, et non pas d'une manière absolue. Celui-là, en effet, obtiendra gain de cause et sera maintenu dans sa possession, lors même qu'elle se trouve entachée de vices à l'égard d'un autre que l'adversaire. Ainsi le possesseur qui s'est emparé d'un fonds par la violence peut, s'il est troublé par un tiers, obtenir la délivrance de l'interdit *uti possidetis* et triompher dans son action. Il suffit donc d'avoir une possession relative proprement dite, de posséder *animo sibi habendi*; il n'est pas nécessaire d'avoir une possession pouvant conduire à la propriété par l'usucapion, fondée sur la bonne foi et le juste titre (Gaius, C. IV, § 150; Instit., § 4, liv. IV, tit. xv).

Quant aux avantages que l'interdit *uti possidetis* procure à celui des plaideurs qui triomphe, ils consistent : — dans le maintien en possession : — dans le gain des fruits ou des intérêts depuis le jour de la délivrance de l'interdit ; — peut-être dans certaines garanties de nature à empêcher le renouvellement du trouble de la

part du même adversaire (1) ; — enfin dans la réparation des dommages causés par les privations de jouissance.

L'interdit *uti possidetis* est annal, en ce sens qu'il doit être exercé dans l'année du trouble ou de la violence, à partir du moment où l'on a pu agir. Cependant, après l'année, on peut encore poursuivre l'adversaire jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi (L. 4, D., *De interdict.*, liv. XLII, tit. 1).

2° L'interdit *utrubi* s'applique exclusivement aux choses mobilières. En voici la formule : *Utrubi hic homo, de quo agitur, apud quem majore parte hujus anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* (Pour que cet esclave, dont il est question, soit conduit par celui chez lequel il est demeuré la majeure partie de l'année, je défends qu'on fasse violence) (Gaius C. IV, § 160). Des termes mêmes de la formule, il résulte que l'interdit *utrubi* est double, comme l'interdit *uti possidetis*, c'est-à-dire qu'il s'adresse à la fois aux deux parties ; il suppose par conséquent une prétention à la possession actuelle de la part de chacun des contendants.

Quelles sont les conditions de succès dans l'interdit *utrubi* ? Il faut se placer à deux époques différentes : — Avant Justinien, l'interdit *utrubi* était accordé à celui qui avait possédé le plus longtemps le meuble litigieux dans la dernière année, sans vice de violence, de dol, de précarité. L'année se comptait, en remontant, à partir de la délivrance de l'interdit. On pouvait joindre à sa possession celle de son auteur (*accessio possessionis*), par exemple, celle de celui dont on est héritier, celle du vendeur ou du donateur. L'interdit *utrubi* pouvait donc être *récupératoire*, puisqu'il n'était pas nécessaire d'avoir eu la possession actuelle au moment de la déli-

(1) La question est, en effet, controversée. V. Didier-Pailhé et Tarrari, p. 917.

vance de l'interdit (1) (Gaius, C. IV, §§ 151, 152). — Dans le droit de Justinien, l'interdit *utrubi* est complètement assimilé à l'interdit *uti possidetis*. Pour obtenir gain de cause dans cet interdit, il suffit de prouver sa possession actuelle (Institut., § 4, liv. IV, tit. xv). Désormais l'*accessio possessionis* n'offre plus d'utilité.

Les effets de l'interdit *utrubi* sont les mêmes que ceux de l'interdit *uti possidetis*.

C. *Interdits recuperandæ possessionis*. — Ces interdits ont pour objet de faire recouvrer la possession à ceux qui l'ont perdue par l'effet d'une expulsion violente ou par une autre cause indépendante de leur volonté. Il y en a trois principaux : — l'interdit *unde vi*, — l'interdit *de precario*, — l'interdit *de clandestina possessione*.

1° L'interdit *unde vi*, qui se rapporte uniquement aux immeubles, est donné à celui qui a été expulsé par la violence (2) pour se faire réintégrer dans sa possession, et pour obtenir la réparation complète de tout le préjudice qu'a pu lui causer la voie de fait commise à son égard. — Pour les choses mobilières ravies par la violence on se sert de l'*actio furti*, de l'*actio vi bonorum raptorum*, ou de l'*actio ad exhibendum* (3) (L. 1, §§ 3-8, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. xvi).

En voici la formule : *unde tu illum vi dejecisti, restituas* (Gaius, C. IV, § 154).

Dans l'ancien droit, l'individu dépouillé (*dejectus*) ne pouvait triompher contre l'auteur de la violence que si sa possession était exempte de vices à l'égard de ce

(1) Sic, Vangerow, *Lehrb.*, t. I, § 336, n. 1; Machelard, p. 192 et suiv.; Van Wetter, t. I, § 155, p. 241, texte et note 10. — *Contra*, Maynz, t. I, § 175, p. 556 et 557.

(2) Il s'agit ici d'une violence *matérielle*, consistant dans une expulsion (*vis absoluta*). L'interdit *unde vi* n'a pas lieu dans le cas où a lieu l'action *quod metus causa*, qui suppose une violence ayant pour effet d'amener quelqu'un à consentir un certain acte (*vis compulsiva*) (L. 5, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. xvi); Demangeat, t. II, p. 812.

(3) L'interdit *unde vi* est toutefois employé utilement au sujet des meubles qui peuvent se trouver *in fundo, vel in ædibus, unde quis dejectus est* (L. 1, § 6 *in fine*, D., *eod.*); Demangeat, t. II, p. 811.

dernier, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*. Il fallait toutefois excepter l'hypothèse où l'expulsion avait eu lieu à *main armée* (*vis armata*), alors le *dejectus*, bien qu'il possédât *vi, clam, precario*, à l'égard de l'auteur de la violence, devait être, au moyen de l'interdit, rétabli dans sa possession. Sous Justinien, il n'y a plus de distinction entre la violence armée (*armata*) et la violence ordinaire (*non armata* ou *quotidiana*). En aucun cas, l'auteur de la violence ne peut opposer au *dejectus* les exceptions, *vi, clam, precario*, dont la possession de ce dernier était entachée à son égard (Gaius, C. IV, §§ 154, 155; Instit., § 5, liv. IV, tit. xv). D'ailleurs, s'il n'est pas permis après coup de se faire justice à soi-même, rien n'empêche d'opposer sur-le-champ même la force à la force et de repousser la violence par la violence.

L'interdit *unde vi* est donné contre l'auteur de la voie de fait, ou contre celui qui l'a ordonnée ou en a été l'instigateur, lors même qu'il ne possède plus. Les héritiers n'en sont point tenus, mais ils peuvent être poursuivis par une action *in factum*, pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du fait de leur auteur (L. 1, § 48; L. 2, L. 3, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. xvi).

L'interdit *unde vi* procure des avantages plus complets que l'interdit *uti possidetis* (1). En effet, le spoliateur est tenu de restituer avec la chose tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis la *dejectio*; il doit en outre réparer tout le préjudice qu'il a causé (*omnis causa*). Aussi, le *dejectus* qui a le choix entre les deux interdits préférera le plus souvent le premier au second. Cependant l'option contraire peut se produire. Supposons le *dejectus in causa usucapiendi*: s'il emploie l'interdit *unde vi*, il recouvre bien la possession, mais sans effet rétroactif: la possession, et, par conséquent, l'usucapion a été interrompue (*usurpata*). Si, au contraire, il emploie

(1) V. *suprà*, p. 802.

l'interdit *uti possidetis*, sa possession est considérée comme légalement continuée, et son usucapion comme ininterrompue (1).

Cet interdit est annal, c'est-à-dire qu'il doit être demandé dans le délai d'un an à partir de la dépossession violente. Après ce délai, il n'est plus donné que pour autant que le défendeur se trouve enrichi (2) (L. 1, *pr.* et § 39, D., *De vi*, liv. XLIII, tit. XVI).

Au Bas-Empire, la possession a été protégée avec plus d'efficacité contre les voies de fait. Des constitutions impériales (3) ont, en effet, décidé que celui qui aurait usé de violence pour s'emparer d'une chose mobilière et immobilière en perdrait la propriété, si cette chose lui appartenait, et si elle ne lui appartenait pas, devrait la restituer, et, en outre, en payer la valeur (Institut., § 6, *eod.*).

Du reste, celui qui dépouille un autre par violence de la possession d'un fonds, est passible de la loi *Julia* sur la violence privée ou publique : — violence privée, lorsqu'elle a été faite sans armes : — violence publique, lorsqu'elle a été commise avec des armes (épées, bâtons, pierres, casques, boucliers, etc.) (Institut., § 6, *eod.*).

2° L'interdit *de precario* est donné à celui qui a concédé une chose à titre précaire, pour s'en faire restituer la possession par le concessionnaire qui s'y refuse.

En voici la formule : *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas* (L. 2, *pr.*, D., liv. XLIII, tit. XXVI).

Cet interdit est perpétuel.

(1) Sic, Machelard, *op. cit.*, p. 196, note ; Demangeat, t. II, p. 812.

(2) Dans l'ancien droit, l'interdit était donné même après l'année au cas où la violence avait été faite à main armée, *vis armata*. Cicéron, *Ad Famil.*, XV, 16.

(3) Telle est, notamment, la constitution de Valentinien III (L. 7, C., *Unde vi*, liv. VIII, tit. IV). — D'après de Savigny, *Tr. de la possession*, § 40, cette constitution aurait eu pour effet d'étendre l'interdit *unde vi* aux choses mobilières. — Comp. Maynz, t. I, § 176, p. 560, note 18 ; Demangeat, t. II, p. 810, note 6 ; Machelard, *Théor. génér. des interdits*, p. 249-252.

Restreint d'abord aux immeubles, il est ensuite appliqué aux meubles, après avoir été auparavant étendu de l'*ager publicus* à l'*ager privatus* (1) (L. 4, § 1, D., *eod.*).

3° L'interdit de *clandestina possessione* est donné contre celui qui a pris clandestinement possession d'un immeuble qu'un autre possédait (L. 7, § 5, D., *Comm. divid.*, liv. X, tit. III). Cet interdit est devenu inutile et s'est trouvé naturellement remplacé par l'interdit *unde vi*, à partir du moment où il fut admis que la possession des immeubles se conserverait *nudo animo*, et qu'elle ne pourrait en conséquence se perdre d'une manière clandestine.

D. *Interdits tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*. — Ces interdits ont un double objet, et en ce sens on leur a donné la qualification d'interdits *doubles* : tantôt ils sont accordés pour acquérir une possession qu'on n'a jamais eue ; tantôt pour en recouvrer une que l'on a perdue. Il y en a trois, l'interdit *quem fundum*, l'interdit *quam hereditatem*, et l'interdit *quem usum fructum*.

Ces interdits, dont un fragment de Paul, inséré au Digeste, nous avait révélé l'existence, ne nous sont bien connus que depuis 1836, par la découverte d'un fragment d'Ulpien dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne.

Voici l'explication de ces interdits.

1° Dans l'action en revendication d'un fonds, le défendeur qui reste en possession de la chose litigieuse doit donner la caution *judicatum solvi* pour garantir qu'il payera en cas de condamnation. S'il refuse cette satisfaction, il est considéré comme ne soutenant pas régulièrement le procès, *lis non defenditur*. Aussi, dans ce cas, le prêteur, au moyen de l'interdit *quem fundum*, fait passer la possession de la chose litigieuse du défendeur au demandeur ; celui-ci *acquiert* ainsi la possession, s'il ne

(1) V. pour les détails, Domenget, *Tr. des actions*, n. 466.

l'a jamais eue ; il la *recouvre*, s'il l'a eue autrefois. Le défendeur primitif conserve toujours le droit de revendiquer la propriété ; mais alors il est demandeur en revendication, et doit prouver que le fonds lui appartient.

2° Dans l'action en pétition d'hérédité le demandeur, dans la même hypothèse, c'est-à-dire en cas de refus de la part du défendeur de donner la caution *judicatum solvi*, obtient la possession au moyen de l'interdit *quam hereditatem*.

3° Enfin, le même jeu de procédure peut avoir lieu dans la pétition d'un droit d'usufruit, au moyen de l'interdit *quem usumfructum* (*Fragm. Vatic.*, § 9, liv. IV), et probablement aussi dans la pétition de toute servitude (L. 45, D., *De damn. infect.*, liv. XXXIX, tit. II ; L. 15, D., *De op. novi nunc.*, liv. XXXIX, tit. I).

III. INTERDITS SIMPLES. — INTERDITS DOUBLES

Interdits simples. — On entend par interdits *simples* ceux dans lesquels l'une des parties remplit le rôle de demandeur, et l'autre celui de défendeur ; tels sont les interdits restitutoires et exhibitoires ; car, dans ces interdits, celui-là est demandeur qui conclut à la restitution ou à l'exhibition, et celui-là est défendeur à qui l'on veut faire restituer ou exhiber (*Instit.*, § 7, liv. IV, tit. xv). L'action donnée en exécution de ces interdits ne peut aboutir qu'à la condamnation ou à l'absolution du défendeur.

Interdits doubles. — On entend par interdits *doubles* ceux dans lesquels la condition des deux plaideurs est la même : aucun n'est plutôt défendeur que demandeur, mais chacun soutient le double rôle de défendeur et de demandeur à la fois. En effet l'ordre, donné par le préteur dans l'interdit, s'adresse à l'un et à l'autre. D'où cette conséquence qu'il peut y avoir lieu à *condamnation* et à *absolution* à l'égard de chacune des parties. — Parmi les interdits prohibitifs les uns sont simples, les autres

doubles. — Sont simples ceux dans lesquels le prêteur défend de faire quelque chose dans un lieu sacré, dans le lit ou sur la rive d'un fleuve. Car ici est demandeur celui qui conclut à ce qu'il ne soit rien fait, et défendeur celui qui veut réaliser l'acte, objet de la prohibition. — Sont doubles, les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. En effet, celui qui défend à la demande de ces interdits, en soutenant que le demandeur n'a pas droit de conserver la possession, ou bien même qu'il n'a pas la possession qu'il prétend avoir, demande par là même à être lui-même envoyé ou maintenu en possession (Gaius, C. IV, §§ 156-160; Instit., § 7, *eod.*).

On donne aussi le nom d'interdits doubles, mais dans un autre sens, aux interdits qui sont tantôt *adipiscendæ* et tantôt *recuperandæ possessionis*, à cause de la double fin à laquelle ils sont appropriés (1).

Les interdits simples forment la règle, les interdits doubles l'exception.

Intérêt pratique de cette division. — A l'époque classique, quand l'interdit était simple, on agissait tantôt *per sponsionem*, tantôt *per formulam arbitriam*. Quand il était double, on agissait toujours *per sponsionem*; il y avait deux stipulations et deux restipulations; le prêteur procédait à la *fructus licitatio*; le vainqueur sur la *fructus licitatio*, qui succombait au fond, pouvait encourir cinq condamnations (2) (Gaius, C. IV, §§ 161 à 170).

IV. INTERDITS RELATIFS AUX SERVITUDES

Les interdits, introduits à l'origine pour protéger la possession des choses corporelles, ont été ensuite étendus à la *quasi-possession*. Ainsi les interdits possessoires *uti possidetis*, *utrubi*, *unde vi*, *de precario* se sont appliqués *utilitatis causa* aux servitudes personnelles (*Fragm. Vatic.*,

(1) V. ci-dessus, p. 797 et suiv., 804 et suiv.

(2) Bodin, *Plan du cours de dr. rom.*, 2^e année, p. 70.

§§ 90, 93), et aux servitudes prédiales urbaines. Quant aux servitudes prédiales rurales, elles ont été protégées par des interdits spéciaux, — *de itinere actuque privato*, relatif au droit de passage, — *de fonte*, relatif au droit de puisage, etc. (1).

Comment a pris fin la procédure des interdits ? — Au Bas-Empire, la procédure des interdits est tombée en désuétude à la suite de l'introduction des *cognitiones extraordinariæ* (Instit., § 8, *eod.*).

TITRE XVI

De la peine des plaideurs téméraires.

Par quels moyens réprimait-on la témérité des plaideurs sous Justinien ? — Par trois moyens : — par la religion du serment ; — par une peine pécuniaire ; — par la crainte de l'infamie (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. xvi).

1° *Par la religion du serment.* — Le serment qui devait servir de garantie de la bonne foi des parties (*jusjurandum pro calumnia*) est devenu obligatoire dans tous les procès, tant pour le demandeur et le défendeur que pour leurs avocats (Instit., § 1, *eod.* ; L. 2, C., *De jurejurando propt. calumn.*, liv. II, tit. LIX).

2° *Par une peine pécuniaire.* — La peine pécuniaire consiste : — lorsque c'est le demandeur qui succombe, dans la condamnation aux dommages-intérêts et aux frais de la procédure (2) ; — lorsque c'est le défendeur qui perd le procès, il peut être également condamné aux dépens ; mais, en outre, dans certaines actions une

(1) V. sur l'application des interdits aux servitudes, de Savigny, *Tr. de la possess.*, §§ 45, 46 ; Maynz, t. I, § 224, p. 718 ; Etienne, *Instit. de Justinien*, t. II, p. 528 et suiv. ; Pellat, *Propriété et usufruit*, p. 79.

(2) Sans préjudice, bien entendu, des peines de la *plus petitio* dont nous avons parlé précédemment. V. *supra*, liv. IV, tit. vi, p. 680 et suiv.

peine spéciale vient frapper le défendeur, c'est la condamnation au double encourue pour avoir nié la dette dont le demandeur poursuivait contre lui le paiement : *Lis inficiando crescit in duplum*. Dans le dernier état du droit le doublement de la condamnation pour cause d'*inficiatio* de la part du défendeur a lieu aux cas de dommage causé à tort (*veluti si damni injuriæ*), de demande en restitution d'un dépôt nécessaire, et en délivrance de legs faits à des établissements pieux, et même, dans ce dernier cas, il suffit, pour que la peine du double soit encourue, que celui qui est débiteur du legs se laisse mettre en demeure (Instit., § 1, *eod.*).

Peine portée contre le descendant ou l'affranchi qui aurait appelé en justice son ascendant ou son patron, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du préteur. — Le descendant pour citer *in jus* son ascendant, l'affranchi pour citer son patron, doit demander et obtenir la permission du préteur. En cas de contravention, un édit accorde au père ou au patron une action pénale de cinquante solides contre les délinquants (*in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit*) (Instit., § 3, *eod.*).

3° *Par la crainte de l'infamie.* — Il y a certaines actions dans lesquelles la condamnation entraîne l'infamie : on les appelle par ce motif *judicia turpia, actiones famosæ*. Telles sont les actions *directes* de tutelle, de mandat, de dépôt, de société. Quant aux actions *contraires* dirigées contre le pupille, le mandant, le déposant, elles n'entraînent pas l'infamie. La même peine est attachée aux actions de vol, de rapine, d'injure, de dol. Ces quatre dernières actions entraînent l'infamie même lorsqu'il intervient une transaction entre les parties. Dans les actions *directes* de tutelle, de mandat, de dépôt et de société, au contraire, l'infamie n'est encourue que par suite du jugement de condamnation. D'où cette conséquence que la transaction permet d'échapper à l'ignominie légale (Instit., § 2, *eod.*).

TITRE XVII

De l'office du juge.

Qu'entend-on par office du juge ? — On entend par office du juge (*officium judicis*) l'ensemble des pouvoirs conférés au juge à l'effet de terminer les différentes contestations portées devant lui.

En quoi consiste l'office du juge ? — Le premier devoir du juge est de statuer conformément aux lois (*legibus*), expression qui comprend dans sa généralité les plébiscites et les sénatus-consultes, aux constitutions impériales (*constitutionibus*), aux mœurs et usages transmis par les ancêtres (*moribus*) (Instit., *pr.*, liv. IV, tit. XVII).

Dans l'étude que nous venons de faire des actions, nous avons indiqué avec assez de développement l'ensemble des pouvoirs et des obligations du juge, pour nous dispenser de revenir sur cette question, comme le font les Institutes, relativement à certaines actions, aux actions noxales (§ 1, *ead.*), aux actions en revendication et en pétition d'hérédité (§ 2), aux actions *ad exhibendum* (§ 3), *familiæ exerciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum* (§§ 4 et 7).

TITRE XVIII

Des jugements publics.

Ce titre contient quelques notions sommaires de procédure criminelle et de droit pénal que ne renfermaient pas les Institutes de Gaïus. Nous ne nous arrêterons pas à l'examen d'un pareil sujet, malgré le haut intérêt qu'il présente, parce qu'il reste entièrement en dehors du cadre de nos études.

FIN.

TABLE DES TITRES

814
245
267

INSTITUTES DE JUSTINIEN

LIVRE PREMIER

TITRE I

DE LA JUSTICE ET DU DROIT..... 1

Définition de la justice, 1. — Différents sens du mot *droit*, 2. — Définition de la jurisprudence, 2. — Règles du droit, 3. — Division du droit, 4.

TITRE II

DU DROIT NATUREL, DU DROIT DES GENS ET DU DROIT CIVIL.....

Première division du droit privé, 4. — Droit civil, droit des gens, 4. — Droit international, 5 et note 1. — Différences entre le droit civil et le droit des gens, 5. — Droit naturel, 5. — Deuxième division du droit privé, 6. — Droit écrit, 6. — Division du droit écrit, 6 : — la loi, 6 ; — le plébiscite, 7 ; — le sénatus-consulte, 8 ; — les constitutions impériales, 8 ; — les édits des magistrats, 9 ; — les réponses des prudents, 11. — Droit non écrit, 13. — Classification des matières du droit privé, 13. — Division des Institutes, 14.

TITRE III

DES PERSONNES..... 14

Diverses acceptions du mot *personnes*, 14. — Division des personnes, 14. — Définition de la liberté, 15. — *Id.* de l'esclavage, 15. — L'esclave est-il une personne? 15. — Modes de constitution de l'esclavage, 16. — A. Esclaves par la

naissance, 16. — B. Esclaves par suite d'un fait postérieur : 1° par le droit des gens, 16; — 2° par le droit civil, 17. — Des personnes libres, 20. — Subdivision des personnes libres, 20. — Citoyens, 20. — Pérégrins, 21. — Extension du droit de cité, 23.

TITRE IV

INGÉNU ET AFFRANCHIS.....	24
Dans quel cas on est ingénu, 25.	

TITRE V

DES AFFRANCHIS.....	26
Définition de l'affranchissement, 26. — Modes d'affranchissement, 27. — Modes solennels d'affranchissement antérieurs à Justinien, 27. — Modes non solennels antérieurs à Justinien, 29. — Intérêt de cette distinction. — Innovations successives, 29. — Modes solennels sous Justinien, 31. — Modes non solennels sous Justinien, 31. — Condition des affranchis sous Justinien, 32. — Différences entre l'ingénu et l'affranchi, 33. — Droits du patron sur la personne de l'affranchi, 33. — Droits du patron sur les biens de l'affranchi, 34.	

TITRE VI

PAR QUI ET POUR QUELLES CAUSES LES AFFRANCHISSEMENTS NE PEUVENT ÊTRE FAITS.....	34
Caractères généraux de l'affranchissement, 34. — Qui peut affranchir, 35. — De la loi <i>Ælia Sentia</i> , 36. — Chefs relatifs à l'affranchi, 36. — Chefs relatifs au maître, 37.	

TITRE VII

DE LA LOI <i>FUFIA CANINIA</i>	43
Origine de cette loi, 43. — Des chefs contenus dans cette loi, 43. — Chef relatif à la limitation du nombre des affranchissements, 43. — Chef relatif au mode d'affranchissement, 44. — Innovation de Justinien, 44.	

TITRE VIII

DES PERSONNES <i>SUI JURIS</i> ET <i>ALIENI JURIS</i>	45
Caractère de la puissance dominicale, 46. — Étendue de cette puissance, 46: — sur la personne, 46; — sur les biens de	

l'esclave, 48. — Différences dans la condition des esclaves, 48. — Dissolution de la puissance dominicale, 49. — Des colons, 49.

TITRE IX

DE LA PUISSANCE PATERNELLE..... 50

Caractère de la puissance paternelle, 50. — Sur qui existe cette puissance, 51. — Des effets de cette puissance, 51 : — relativement à la personne, 51 ; — relativement aux biens de l'enfant, 52.

TITRE X

DES NOCES..... 53

Définition, 53. — Des fiançailles, 53. — Caractère du mariage, 54. — Preuve du mariage, 56. — Conditions nécessaires à la formation des justes noces, 56. — Puberté et nubilité, 56. — Consentement, 57. — *Connubium*, 59. — Empêchements ou obstacles au *connubium*, 59. — Empêchements résultant de la parenté, 59. — *Id.* de l'alliance, 62. — *Id.* de considérations civiles, 63. — *Id.* de considérations politiques, 64. — Effets du mariage, 64. — Causes de dissolution, 65. — Secondes noces, 66. — Du concubinat, 67. — Du *stuprum*, 67. — Règles communes au concubinat et aux justes noces, 67. — Différences entre le concubinat et les justes noces, 68. — Suppression du concubinat, 68. — Mariage du droit des gens, 68. — Du *contubernium*, 70. — Légitimation, 70. — Modes de légitimation antérieurs à Justinien, 70. — La *causæ probatio*, 70. — L'*erroris causæ probatio*, 71. — Modes de légitimation sous Justinien, 71. — Légitimation, par mariage subséquent, 71. — *Id.* par oblation à la curie, 72. — *Id.* par rescrit du prince, 73. — *Id.* par testament, 73. — La *manus*, 73. — Le *mancipium*, 76.

TITRE XI

DES ADOPTIONS..... 77

De l'adoption, 77. — De l'adrogation, 77. — Règles communes à l'adoption et à l'adrogation, 77. — Règles particulières à l'adrogation, 79. — Forme de l'adoption avant Justinien, 79. — Effets de l'adoption avant Justinien, 80. — Forme de l'adoption sous Justinien, 81. — Effets de l'adoption sous Justinien, 81. — De l'adrogation, 82. — Formes de l'adrogation, 82. — Effets de l'adrogation, 83.

— Quelles personnes peuvent être adrogées, 83. — Adrogation des mineurs de vingt-cinq ans, 84. — Adrogation des femmes, 84. — *Id.* des impubères, 84.

TITRE XII

DE QUELLE MANIÈRE SE DISSOUT LE DROIT DE PUISSANCE PATERNELLE..... 86

La mort, 86. — La perte de la cité, 86. — La perte de la liberté, 87. — L'élévation à certaines dignités, 88. — L'émancipation, 88. — L'adoption, 90. — La coemption, 91.

TITRE XIII

DES TUTELLES..... 91

Subdivision des personnes *sui juris*, 91. — Définition et caractère de la tutelle, 92. — Quelles personnes sont en tutelle, 92. — Classification des tutelles, 92.

TITRE XIV

TUTELLE TESTAMENTAIRE..... 93

Considérations générales, 93. — Qui peut donner un tuteur par testament, 93. — A qui peut être donné un tuteur par testament, 93. — Qui peut être nommé tuteur testamentaire, 95. — Sous quelles modalités peut être faite la tutelle testamentaire, 96. — Observations, 97.

TITRE XV

TUTELLE LÉGITIME DES AGNATS..... 98

Définition, 98. — Quand s'ouvre la tutelle légitime des agnats, 98. — A qui parmi les agnats est déférée la tutelle, 99.

TITRE XVI

DE LA DIMINUTION DE TÊTE..... 100

Définition, 100. — Éléments constitutifs de l'état des personnes, 101. — Différents degrés de *capitis deminutio*, 101. — De la *maxima, media et minima capitis deminutio*, 101. — Controverse sur le caractère de la *minima capitis deminutio*, 102. — Effets de la *capitis deminutio*, 103.

TITRE XVII

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES PATRONS.....	104
---	-----

TITRE XVIII

DE LA TUTELLE LÉGITIME DES ASCENDANTS.....	105
--	-----

TITRE XIX

DE LA TUTELLE FIDUCIAIRE.....	105
-------------------------------	-----

TITRE XX

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE MAGISTRAT.....	106
---	-----

Notions générales, 106. — Dans quels cas il y a lieu à la tutelle déferée par le magistrat, 107. — A quels magistrats appartient la *datio tutoris*, 107. — Observations : Caractère de la tutelle déferée par le magistrat, 108. — Obligation imposée à certaines personnes de requérir la nomination d'un tuteur, 108.

TITRE XXI

DE L'ADMINISTRATION ET DE L'AUTORISATION DES TUTEURS.....	109
---	-----

De l'administration des tuteurs, 109. — Étendue de leur pouvoir, 110. — De l'autorisation des tuteurs, 110. — Capacité juridique du pupille pendant l'*infantia*, 110. — *Id.* après l'*infantia*, 112. — Quand le pupille fait sa condition meilleure, 113. — Quand la fait-il pire, 114.

TITRE XXII

DE QUELLES MANIÈRES FINIT LA TUTELLE.....	115
---	-----

Causes d'extinction relatives au pupille, 115. — Causes d'extinction relatives au tuteur, 115.

Des comptes de tutelle.....	116
-----------------------------	-----

Tutelle des femmes.....	117
-------------------------	-----

Nature et caractère de cette tutelle, 117. — Diverses espèces de tutelle des femmes, 117. — De l'*auctoritas tutoris*, 119. — Affaiblissement et disparition de la tutelle des femmes, 120.

TITRE XXIII

DE LA CURATELLE.....	121
Définition, 121. — Ressemblances entre la curatelle et la tutelle, 121. — Différences entre la curatelle et la tutelle, 121. — Variétés de la curatelle, 123. — Quelles personnes sont en curatelle, 123. — Curateurs des mineurs de vingt-cinq ans, 124.	

TITRE XXIV

DE LA SATISDATION DES TUTEURS OU CURATEURS.....	127
Définition, 127. — Quels tuteurs ou curateurs sont dispensés de donner satisfaction, 128. — Quels autres en sont tenus, 128.	

TITRE XXV

DES EXCUSES DES TUTEURS ET DES CURATEURS.....	129
Définition, 129. — Classifications diverses des causes d'excuse, 129. — Énumération des principaux cas d'excuse, 130. — Excuses particulières à la curatelle, 132. — Dans quelle forme doivent être proposées les excuses, 132. — Dans quel délai, 132.	

TITRE XXVI

DES TUTEURS OU CURATEURS SUSPECTS.....	133
Définition, 133. — Devant qui doit être portée une pareille accusation, 133. — Quels tuteurs ou curateurs peuvent être accusés, 133. — Qui peut porter cette accusation, 133. — Quelles sont les conséquences du <i>crimen suspecti</i> , 134.	

LIVRE DEUXIÈME

TITRE I

DE LA DIVISION DES CHOSES.....	135
Définition du mot <i>chose</i> , 135. — Division des choses, 135. — I. Choses qui sont dans notre patrimoine, et hors de notre patrimoine, 135. — II. Choses <i>in commercio</i> et <i>extra commercium</i> , 136. — III. Choses <i>divini juris</i> et <i>humani juris</i> , 136. — Subdivision des choses <i>divini juris</i> , choses sacrées, 136, religieuses, 137, et saintes, 137. — Subdivi-	

sion des choses *humani juris*, choses *communes*, 138, *publiques*, 138, et *universitatis*, 139. — IV. Choses *nullius*, 140. — V. Choses *mancipi* et *nec mancipi*, 140. — VI. Choses *mobilières* et choses *immobilières*, 141. — VII. Choses *corporelles* et choses *incorporelles*, 141. — VIII. Choses *consumptibles* et *non consumptibles*, 141. — IX. Choses *fongibles* et choses *non fongibles*, 142. — Modes d'acquisition de la propriété, 142. — A. Modes d'acquérir du droit des gens, 144. — I. De l'occupation, 144. — Définition, 144. — Conditions de l'occupation, 144. — II. De l'accession, 145. — Définition, 145. — Caractère de ce droit, 145. — Diverses espèces d'accession, 146. — Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose, 146. — Droit d'accession relativement aux choses immobilières, 147. — 1^{re} subdivision, accession relative aux constructions, 147, aux plantations, 149. — 2^e subdivision, accession résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière, 149 : Alluvion, 149 ; Terrain reconnaissable détaché d'un fonds et porté par le courant vers un fonds inférieur ou sur la rive opposée, 150 ; Îles, îlots, 151 ; Cas où le fleuve abandonne son lit et s'en creuse un autre, 151 ; Inondation, 152. — Droits d'accession relativement aux choses mobilières, 152 : Spécification, 152 ; Adjonction, 154 ; Confusion, 154 ; Mélange, 155. — III. De la tradition, 155. — Conditions nécessaires à sa formation, 155. — B. Modes d'acquérir du droit civil, 156. — I. La mancipation, 157. — II. La cession *in jure*, 157. — III. La tradition, 157. — IV. L'usucapion, 157. — V. l'adjudication, 158. — VI. La loi, 158.

TITRE II

DES CHOSES CORPORELLES ET INCORPORELLES..... 158

Définition, 159. — Droits réels, droits personnels, 159. — Ressemblance entre les droits réels et les droits personnels, 160. — Différences entre les droits réels et les droits personnels, 160.

TITRE III

DES SERVITUDES..... 161

Division des servitudes, 161. — I. Servitudes prédiales réelles, 161. — Définition, 161. — Division des servitudes prédiales réelles, 161. — Servitudes prédiales rurales, 162. — Servitudes prédiales urbaines, 162. — Intérêt de cette distinction, 162. — Quelles sont les principales servitudes prédiales rurales, 163. — Quelles sont les principales ser-

vitudes prédiales urbaines, 164. — Modes de constitution des servitudes prédiales, 166. — Modes d'extinction de ces servitudes, 169. — II. Servitudes personnelles, 170.

TITRE IV

DE L'USUFRUIT..... 171

Définition, 171. — Constitution de l'usufruit, 172. — Sur quelles choses peut être constitué l'usufruit, 175. — Du quasi-usufruit, 175. — Différences entre l'usufruit et le quasi-usufruit, 176. — De l'usufruit des choses incorporelles, 177. — Droits de l'usufruitier, 177. — Obligations de l'usufruitier, 179. — Modes d'extinction de l'usufruit, 180.

TITRE V

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION..... 181

De l'usage, 181. — Modes de constitution et d'extinction de l'usage, 182. — De l'habitation, 182. — Étendue du droit d'habitation, 183. — Des *operæ servi aut animalis*, 183.

TITRE VI

DE L'USUCAPION ET DES PRESCRIPTIONS DE LONG TEMPS..... 183

Définition de l'usucapion, 183. — Cas d'application, 184. — Caractères, 184. — Conditions, 185. — Le juste titre, 185. — La bonne foi, 186. — A quel moment doit exister la bonne foi, 186. — Cas exceptionnels dans lesquels on peut usucaper sans bonne foi, 187. — Distinction entre le juste titre et la bonne foi, 189. — La possession civile, 189. — Le délai légal, 190. — L'absence de tout vice, 192. — Effets de l'usucapion, 193. — Des prescriptions de long temps, 193. — Ressemblances et différences entre la prescription de long temps et l'usucapion, 193. — De la prescription *longissimi temporis*, 195. — Modifications apportées par Justinien à l'usucapion et à la prescription de long temps, 196. — Prescription de trente ans, 197. — Prescription de quarante ans, 198.

TITRE VII

DES DONATIONS..... 198

Définition de la donation, 198. — Caractère, 199. — Division des donations, 199. — I. Donation entre-vifs, 199. — Défi-

nition, 199. — Formation de la donation entre-vifs, 200. — Restrictions apportées à la liberté des donations, 201 : 1° La loi *Cincia*, 202 ; — 2° L'insinuation, 202. — Différences entre la loi *Cincia* et l'insinuation, 202. — Donations dispensées de l'insinuation, 202. — Révocation des donations entre-vifs, 202. — II. Donation à cause de mort, 204. — Définition, 204. — Différentes modalités dont est susceptible la donation à cause de mort, 205. — Ressemblances entre la donation à cause de mort et le legs, 205. — *Id.* différences, 207. — III. Donation entre époux, 209. — IV. De la dot, 211. — Définition, 211. — Modes de constitution, 211. — Différences entre la constitution de dot et la donation, 212. — Influence de la dissolution du mariage sur la dot, 212. — Conséquences de l'estimation de la dot, 213. — V. Donation à cause de nocés, 214. — Définition, 214. — Ressemblances entre la donation à cause de nocés et la dot, 214.

TITRE VIII

QUELLES PERSONNES PEUVENT ALIÉNER ? QUELLES PERSONNES NE LE PEUVENT PAS..... 215

I. De ceux qui sont propriétaires et qui n'ont pas le droit d'aliéner la chose qui leur appartient, 215 ; — le mari, 215 ; — le pupille, 217 ; — le mineur de vingt-cinq ans, le prodigue, le fou, 219. — II. De ceux qui ne sont pas propriétaires et qui ont le droit d'aliéner la chose qui ne leur appartient pas, 219 : — le créancier gagiste, 219 ; — le curateur agnat d'un insensé, 220.

TITRE IX

PAR QUELLES PERSONNES ON ACQUIERT.....

I. Acquisition de la propriété, 221. — Les fils de famille, 221. — Pécule profectice, 222. — Pécule *castrense*, 222. — Pécule *quasi-castrense*, 223. — Pécule adventice, 223. — Les esclaves, 224. — L'homme libre, 225. — L'esclave *in bonis*, 225. — Observations relatives aux acquisitions par universalité, 226. — II. Acquisition de la possession, 227.

TITRE X

DES TESTAMENTS..... 230

Définition, 230. — Étymologie, 231. — Forme du testament, 231. — Testament *calatis comitiis*, 231. — Testament *in*

procinctu, 232. — Testament *per œs et libram*, 232. — Testament nuncupatif, 233. — Testament du droit prétorien, 233. — Testament tripartite, 234. — Des personnes qui peuvent servir de témoins dans un testament, 235. — Conditions absolues de capacité, 235. — Conditions relatives de capacité, 237.

TITRE XI

DU TESTAMENT MILITAIRE..... 238

Privilèges relatifs à la forme du testament, 238. — Privilèges relatifs à l'exercice du droit de tester, 239. — Privilèges relatifs à la capacité de ceux en faveur de qui on peut tester, 239. — Privilèges relatifs à la liberté et à l'étendue des dispositions testamentaires, 239. — De quelques autres testaments privilégiés, 240.

TITRE XII

DES PERSONNES A QUI IL N'A PAS ÉTÉ PERMIS DE TESTER..... 240

Du droit de tester, 241. — De l'exercice du droit de tester, 243. — A quel moment faut-il que la capacité de tester ait existé chez le testateur, 245. — Influence particulière de la captivité sur le droit et l'exercice du droit de tester, 245.

TITRE XIII

DE L'EXHÉRÉDATION DES ENFANTS..... 246

I. Droit des Douze-Tables, 246. — II. Droit civil, 246. — Exhérédation des enfants émancipés, 248; — des enfants adoptifs, 248; — des enfants posthumes, 249; — des posthumes siens, 249; — des posthumes Aquiliens, 250; — des posthumes Velléiens, 251. — Des quasi-posthumes Velléiens, 251. — De quelle manière se faisait l'exhérédation des posthumes, 251. — III. Droit prétorien. Innovations diverses, 252. — IV. Droit de Justinien, 254.

TITRE XIV

DE L'INSTITUTION D'HÉRITIÈRE..... 255

Définition, 255. — Comment doit être faite l'institution, 255. — Qui peut être institué héritier, 256. — De l'institution des esclaves, 259. — Comment l'hérédité peut être distri-

buée entre plusieurs institués, 262. — Division de l'hérédité, 263. — De l'institution *ex certa re*, 265. — Des modalités qui peuvent ou ne peuvent pas être apposées à l'institution, 265 : — la condition, 265 ; — le terme, 267. — Différence entre le terme et la condition, 267. — Le terme incertain, 268.

TITRE XV

DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE..... 268

Définition, 268. — Diverses espèces de substitutions, 268. — Substitution vulgaire, 269. — Différentes manières de faire une substitution, 269. — Conditions de validité, 269. — Effet de la substitution des institués entre eux, 270. — Utilité de la distinction entre le droit d'accroissement et le droit de substitution, 270. — Explication de la règle *substitutus substituto censetur substitutus instituto*, 271. — Exclusion de l'institué par le substitué, 272. — Concours entre l'héritier institué et le substitué, 272.

TITRE XVI

DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE..... 273

Définition, 273. — Qui peut faire une substitution pupillaire, 274. — A quelles personnes peut-elle être faite, 274. — Sous quelles conditions, 274. — De quelle manière, 275. — Causes de déchéance particulières à la substitution pupillaire, 275. — Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, 276. — Différences entre la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ou quasi-pupillaire, 276. — Substitution fidéicommissaire, 277. — Différence entre la substitution fidéicommissaire et la substitution pupillaire, 278.

TITRE XVII

DE QUELLES MANIÈRES SONT INFIRMÉS LES TESTAMENTS..... 278

Dans quel cas un testament est rompu, 278. — Dans quels cas il devient inutile, 279. — Dans quels cas un testament est destitué d'effets (*destitutum*), 280.

TITRE XVIII

DU TESTAMENT INOFFICIEUX..... 280

Généralités, 280. — Définition, 281. — Qui peut intenter la plainte d'inofficiosité, 281. — A qui incombe la charge de

prouver l'innocuosité du testament, 282. — A quelles conditions est soumis l'exercice de la plainte d'innocuosité, 283. — De la légitime, 284. — Calcul de la légitime, 284. — De l'action en supplément, 286. — Différences entre la plainte d'innocuosité et l'action en supplément, 286. — Des effets de la plainte d'innocuosité, 286. — De quelles manières s'éteint la plainte d'innocuosité, 288. — Innovations de Justinien, 289.

TITRE XIX

DE LA QUALITÉ ET DE LA DIFFÉRENCE DES HÉRITIERS..... 292

I. Des héritiers nécessaires, 292. — Quels sont-ils, 292. — Du bénéfice de séparation des biens, 293. — Quelle utilité le testateur retire de l'institution d'un esclave comme héritier nécessaire, 294. — II. Des héritiers siens et nécessaires, 295. — Quels sont-ils, 295. — Du bénéfice d'abstention, 295. — Différences entre le bénéfice d'abstention et le bénéfice de séparation des biens, 295. — Des effets de l'abstention, 296. — III. Des héritiers externes ou volontaires, 297. — De l'adition d'hérédité, 297. — Par qui l'adition d'hérédité doit être faite, 298. — A partir de quel moment peut-elle être faite, 299. — Y a-t-il un délai pour faire l'adition, 299. — A quelle époque la *testamenti factio* doit-elle exister chez l'héritier externe, 300. — Des effets de l'adition d'hérédité, 301. — De la renonciation à l'hérédité, 302. — Du bénéfice d'inventaire, 302. — Sous quelles conditions est accordé ce bénéfice, 303.

TITRE XX

DES LEGS..... 304

Définition, 304. — Distinction entre le legs et l'institution d'hérédité, 304. — Distinction entre le legs et la donation, 304. — Des différentes espèces de legs, 304. — Legs *per vindicationem*, 305. — Legs *per damnationem*, 306. — Legs *sinendi modo*, 307. — Legs *per præceptionem*, 307. — Modifications introduites par le sénatus-consulte Néronien, 308. — Que peut-on léguer, 310. — Legs de la chose d'autrui, 310. — Legs d'une chose appartenant au légataire, 311. — Legs d'une chose appartenant au testateur, 311. — Legs de libération, 312. — Legs par un débiteur à son créancier de ce qu'il lui doit, 313. — Legs de créance, 313. — Legs de la dot fait par le mari à sa femme, 314. — Legs d'une chose principale, 314. — Legs d'un pécule, 315. —

Legs partiaire, 315. — Legs d'une *universitatis juris*, 315. — Legs de genre, 316. — Legs d'une chose future, 317. — Legs d'une chose incorporelle, 317. — Legs d'option, 317. — Legs de rente viagère, 317. — A quelles personnes peut-on léguer, 318. — Des diverses modalités des legs, 319. — Le legs peut être fait : — sous condition, 319; — sous un mode, 320; — à terme, 320; — à titre de peine, 322. — Théorie de l'accroissement, 322. — Droit antérieur aux lois caducaires, 323. — Système des lois caducaires 324. — Époque de Justinien, 327. — Que deviennent les charges imposées au défaillant en cas d'accroissement, 327. — Règle catonienne, 328. — Du *dies cedit* et du *dies venit*, 331. — Ouverture du *dies cedit* et du *dies venit*, 331. — Effets du *dies cedit*, 332.

TITRE XXI

DE LA RÉVOCATION, DE LA TRANSLATION ET DE L'EXTINCTION DES LEGS.....	333
De la révocation d'un legs, 333. — De sa translation, 333. — De son extinction, 334.	

TITRE XXII

DE LA LOI FALCIDIE.....	335
De la loi <i>Furia testamentaria</i> , 336. — De la loi <i>Voconia</i> , 336. — De la loi Falcidie, 337. — Calcul de la Falcidie, 338. — Extension donnée à la Falcidie, 339. — Dispositions de Justinien relatives à la Falcidie, 339. — Différences entre la quarte Falcidie et la quarte légitime, 340.	

TITRE XXIII

DES FIDÉICOMMIS.....	341
Définition, 341. — Origine des fidéicommiss, 341. — Division, 341. — Des fidéicommiss universels, 342. — Du sénatus-consulte Trébellien, 343. — Du sénatus-consulte Pégasien, 344. — Combinaison des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, 345. — Innovations de Justinien, fusion des sénatus-consultes Trébellien et Pégasien, 346.	

TITRE XXIV

DES FIDÉICOMMIS A TITRE PARTICULIER.....	347
Formes, 347. — Qui peut faire un fidéicommiss, 347. — A	

qui peut-il être imposé, 347. — A qui peut-il être fait, 347. — Quelles choses peuvent en faire l'objet, 347. — Ressemblances entre le fidéicommiss et le legs, 348. — Différences entre le fidéicommiss et le legs, 348. — Innovations de Justinien, 349.

TITRE XXV

DES CODICILLES..... 349

Définition, 349. — Étymologie, 349. — Origine, 350. — Quand peut-on laisser des codicilles, 350. — Des codicilles confirmés, 351. — Ressemblance entre un codicille confirmé et un codicille non confirmé par testament, 351. — *Id.* Différence, 351. — Ressemblance entre un codicille et un testament, 351. — *Id.* Différence, 352. — Différence entre un codicille et un legs, 352. — Formalités imposées aux codicilles sous les empereurs de Constantinople, 352. — De la clause codicillaire, 352.

LIVRE TROISIÈME

TITRE I

DES HÉRÉDITÉS QUI SONT DÉFÉRÉES AD INTESTAT..... 354

TITRE II

DE LA SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS..... 354

Dans quels cas on meurt intestat, 354. — Des variations de la législation en matière de succession *ab intestat*, 355. — I. Lois des Douze-Tables, 356. — Des héritiers siens, 356. — Définition, 356. — Cas exceptionnels, dans lesquels l'*heres suus* n'a jamais été sous la puissance paternelle du *de cuius* ou avait cessé d'y être au moment du décès, 356. — Quatre conditions sont nécessaires pour succéder *ab intestat* à une personne, 357, note 2. — De la représentation, 358. — Définition, 358. — Effets de la représentation, 358. — Comment l'hérédité est acquise à l'*heres suus*, 359. — Des agnats, 360. — De la non-représentation dans l'ordre des agnats, 360. — A quelle époque il fallait être l'agnat le plus proche pour succéder *ab intestat* au défunt, 361. — De

la non-dévolution, 361. — Des *Gentiles*, 362. — Des différentes explications de la gentilité, 362. — Inconvénients du système de succession *ab intestat* de la loi des Douze-Tables, 366. — Jurisprudence intermédiaire. Le droit de succéder *ab intestat* est enlevé aux femmes dans la plupart des cas, 367. — II. Droit postérieur à la loi des Douze-Tables jusqu'aux *Novelles* de Justinien, 367. — Des héritiers siens, 368. — A. Droit prétorien. Des personnes appelées par le préteur au même rang que les héritiers siens, 368. — De la *collatio bonorum*, 369. — A qui profite la *collatio*, 369. — Quels biens sont rapportables, 370. — Quels biens sont dispensés du rapport, 371. — Comment s'opère le rapport, 371. — B. Constitutions impériales antérieures à Justinien. Des descendants par les filles, 371. — De la *collatio bonorum*, 372. — C. Droit de Justinien. Des enfants donnés en adoption, 373. — Des descendants par les filles, 374. — De la *collatio bonorum*, 374. — Des agnats, 375. — A. Droit prétorien, 375. — B. Constitutions impériales antérieures à Justinien, 375. — C. Droit de Justinien, 375 : — 1° à l'égard des enfants émancipés, 375 ; — 2° à l'égard des femmes, 376 ; — 3° à l'égard des parents par les femmes, 376 ; — 4° enfin relativement à la dévolution dans l'ordre des agnats, 376.

TITRE III

DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN 376

Droit antérieur au sénatus-consulte Tertullien, 376. — Du sénatus-consulte Tertullien, 377. — Dans quel but il fut porté, 377. — A quelles conditions la mère jouissait du bénéfice de ce sénatus-consulte, 377. — Dans quel ordre la mère succédait à ses enfants, 378. — De la dévolution dans la succession organisée par le sénatus-consulte, 379. — Fallait-il distinguer pour l'application du sénatus-consulte entre les enfants légitimes et les enfants naturels, 379. — De la *bonorum possessio unde legitimi* donnée à la mère, 379. — Modifications introduites par Justinien au sénatus-consulte Tertullien, 379.

TITRE IV

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN..... 380

Droit antérieur au sénatus-consulte Orphitien, 380. — Du sénatus-consulte Orphitien, 381. — Quels enfants étaient appelés à la succession par ce sénatus-consulte, 381. — Caractère de l'ordre de succession créé par ce sénatus-consulte,

382. — Droit de préférence des enfants sur la mère de la défunte, 382. — Influence de la *capitis deminutio* sur les droits de succession désérés par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, 382. — De la *bonorum possessio unde legitimi* accordée aux enfants de la défunte, 383.

TITRE V

DE LA SUCCESSION DES COGNATS..... 383

Définition, 383. — Origine de cet ordre de succession, 383. — Des personnes que le préteur admet dans cet ordre de succession, 384 : — 1° les agnats diminués de tête, et tous leurs descendants, 384 ; — 2° les agnats exclus de l'hérédité par le principe de non-dévolution, 384 ; — 3° les descendants donnés en adoption et qui au moment de la mort de leur père naturel se trouvent *in adoptiva familia*, ainsi que les personnes qui se sont données en adrogation, 384 ; — 4° les parents par les femmes, 384 ; — 5° les femmes agnates au-delà du degré de sœurs, 385 ; — 6° la mère du *de cujus* et réciproquement les enfants de la défunte sur la succession de leur mère, 385 ; — 7° les enfants *vulgo quæsitæ* soit par rapport à leur mère, soit par rapport à tous les parents maternels, et, à plus forte raison, les *liberi naturales* ou enfants nés du concubinat, 385.

TITRE VI

DES DEGRÉS DE COGNATION..... 385

Combien y a-t-il de lignes de parenté, 385. — Qu'est-ce que la ligne directe, 385. — Comment se calcule la parenté en ligne directe, 386. — Qu'est-ce que la ligne collatérale, 386. — Comment se calcule la parenté en ligne collatérale, 386. — Qu'appelle-t-on degré de parenté, 386. — Observations diverses, 386.

TITRE VII

DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS..... 388

I. Succession des affranchis d'après la loi des Douze-Tables, 388. — II. Succession des affranchis d'après le droit prétorien, 389. — III. Succession des affranchis d'après la loi *Papia Poppæa*, 390. — Succession des affranchis Latins-Juniens, 391. — Succession des affranchis déditices, 392. — IV. Succession des affranchis sous Justinien, 392.

TITRE VIII

DE L'ASSIGNATION DES AFFRANCHIS..... 394

Notions préliminaires, 394. — Qui peut faire l'assignation d'un affranchi, 394. — En faveur de qui peut être faite cette assignation, 394. — Objet de l'assignation, 394. — De quelle manière se fait l'assignation, 395. — Comment s'évanouit l'assignation, 395.

TITRE IX

DES POSSESSIONS DE BIENS..... 395

Définition, 395. — Nature et caractère de la possession de biens, 395. — Dans quel but le préteur a-t-il créé les possessions de biens, 396. — Origine et développement successif de la possession de biens, 397. — Division des possessions de biens, 398. — A. Des possessions de biens testamentaires, 398. — Possessions de biens *contra tabulas* et *secundum tabulas*, 398. — Des possessions de biens *ab intestat*, 398. — Possessions de biens *unde liberi*, 398 ; — *unde legitimi*, 399 ; — *unde cognati*, 399 ; — *unde vir et uxor*, 399 ; — *unde decem personæ*, 399 ; — *tum quem ex familia*, 400 ; — *unde patronus et patrona, liberique eorum et parentes*, 400 ; — *unde cognati manumissoris*, 400. — Des possessions de biens ordinaires et extraordinaires ou *uti ex legibus*, 400. — B. Des possessions de biens *cum re* et *sine re*, 401. — Quel avantage pouvait offrir la possession de biens *sine re*, 401. — Dans quels cas la possession de biens était donnée *cum re* et *sine re*, 402. — C. Des possessions de biens *edictales* et *decretales*, 402. — De quelle manière s'obtenait la possession de biens, 404. — Dans quel délai elle devait être demandée, 404. — De l'accroissement et de la dévolution en matière de possession de biens, 405. — Des innovations de Justinien, 405.

APPENDICE I. — SYSTÈME DES NOVELLES..... 406

Des successions *ab intestat* d'après les nouvelles 118 et 127. Il y a cinq classes d'héritiers, 406 : — 1° des descendants, 407 ; — 2° des descendants, des frères et sœurs germains et de leurs descendants au premier degré, 407 ; — 3° des frères et sœurs germains et de leurs enfants, 408 ; — 4° des frères et sœurs consanguins ou utérins et de leurs enfants, 409 ; — 5° des collatéraux, 409.

APPENDICE II. — SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES..... 410

1° Enfant naturel et concubine, 410. — 2° Conjoint survivant, 410. — 3° Certaines corporations, 411. — 4° Fisc, 411.

TITRE X

DE L'ACQUISITION PAR ADROGATION..... 411

Généralités, 411. — Notions préliminaires, 411. — Origine de ce mode d'acquisition, 412. — Effets de l'adrogation, 412. — Transmission des biens de l'adrogé, 412. — Transmission des dettes de l'adrogé, 413 : — dettes héréditaires, 413 ; — dettes contractées par l'adrogé *proprio nomine*, 414 ; — dettes résultant d'un délit commis par l'adrogé, 415.

TITRE XI

DE CELUI AUQUEL LES BIENS SONT ADJUGÉS POUR VALIDER LES AFFRANCHISSEMENTS..... 415

Définition, 415. — Origine de l'*addictio bonorum libertatis causa*, 415. — Dans quels cas est accordée l'addiction, 416. — Dans quel but l'est-elle, 416. — Dans quel délai doit-elle être demandée, 416. — A qui est-elle accordée, 417. — A quelles conditions, 417. — Des effets de l'addiction, 418 : — relativement au défunt, 418 ; — relativement aux créanciers, 418 ; — relativement aux affranchis, 418 ; — relativement à celui au profit de qui l'addiction est prononcée, 418. — Influence de la *restitutio in integrum* sur l'addiction, 419.

TITRE XII

DES SUCCESSIONS SUPPRIMÉES QUI AVAIENT LIEU PAR LA VENTE DES BIENS ET EN VERTU DU SÉNATUS-CONSULTE CLAUDIEN..... 419

Définition, 419. — Origine de la *bonorum venditio*, 419. — Formalités qui précèdent l'adjudication, et qui sont au nombre de cinq, savoir, 420. — I. De l'envoi en possession des biens du débiteur, 420. — Dans quels cas il y a lieu, 420. — Forme de l'envoi en possession, 421. — Effet et durée de l'envoi en possession, 421. — II. De la nomination d'un ou plusieurs curateurs, 421. — Comment a lieu cette nomination, 421. — Fonctions du curateur, 421. — III. Des affiches annonçant la vente, 422. — Comment se nomment ces affiches, 422. — Quand doivent-elles être apposées, 422. —

Quelle en est la teneur habituelle, 422. — Quel est le but de leur apposition, 422. — IV. De la nomination d'un *magister* ou syndic, 422. — Comment elle a lieu, 422. — Fonctions du *magister*, 422. — V. De la rédaction des conditions de la vente, 422. — Qu'est-ce que la *lex bonorum vendendorum*, 422. — Par qui elle est rédigée, 422. — Quelle en est la teneur ordinaire, 423. — Quelles indications y sont contenues, 423. — De l'adjudication, 423. — Comment elle se fait, 423. — A quel prix, 423. — Des effets de la *bonorum venditio*, 423 : — à l'égard de l'acheteur, 423 ; — à l'égard du débiteur, 424. — Législation de Justinien, 424. — De la *distractio bonorum*, 424. — Différences entre la *venditio* et la *distractio bonorum*, 424.

DU SÉNATUS-CONSULTE CLAUDIEN..... 424

TITRE XIII

DES OBLIGATIONS..... 426

Définition, 426. — De l'objet de l'obligation, 427. — Des différentes espèces d'obligations, 427 : — 1^o obligations civiles et obligations prétoriennes ou honoraires, 427 ; — 2^o obligations proprement dites et obligations naturelles, 428 ; — 3^o obligations principales et obligations accessoires, 429 ; — 4^o obligations pures et simples et obligations avec modalités, 429. — Des différentes modalités des obligations, 429 : le terme, 429 ; — la condition, 430 ; — 5^o Des obligations avec clause pénale, 431. — 6^o Des obligations alternatives, 432. — 7^o Des obligations solidaires, 433. — 8^o Des obligations divisibles et indivisibles, 433. — De la cause des obligations, 434. — De la division des Institutes relativement à la matière des obligations, 434. — Des contrats, 435.

TITRE XIV

DES OBLIGATIONS QUI SE CONTRACTENT PAR LA REMISE D'UNE CHOSE..... 435

Du *mutuum*, 436. — I. De l'aliénation dans le *mutuum*, 436. — Conditions de capacité chez le prêteur, 436. — Différences entre l'action en revendication et la *condictio certi ex mutuo*, 437. — Conditions de capacité chez l'emprunteur, 438. — Conditions de formes, 438. — II. De l'obligation de rendre des choses de même nature et de même valeur que celles que l'on a reçues, 441. — Différences entre le *mutuum* et le quasi-usufruit, 442. — Exceptions au principe que l'emprunteur ne peut pas être tenu en cas de *mutuum* à rendre une valeur supérieure à celle qu'il a reçue, 443. —

Appendice. Du prêt à intérêt, 444. — Stipulation d'intérêts, 444. — Taux de l'intérêt, 444. — Anatocisme, 445. — Du commodat, du dépôt et du gage, 445. — Définition de ces trois contrats, 445. — Règles communes, 446. — Règles spéciales au commodat, 447. — Caractère et but du commodat, 447. — Des choses qui peuvent faire l'objet d'un commodat, 447. — Des droits du commodataire et par suite des obligations du commodant, 448. — Des obligations du commodataire et par suite des droits du commodant, 449. — Appendice. Du précaire, 449. — Ressemblances entre le précaire et le commodat, 449. — Différences, 449. — Règles spéciales au dépôt, 450. — Caractère et but du dépôt, 450. — Des choses qui peuvent faire l'objet d'un dépôt, 450. — Différences entre le commodat et le dépôt, 451. — De quelques espèces particulières de dépôt, 452 : — Dépôt nécessaire ou misérable, 452. — Dépôt irrégulier, 452. — Différences entre le dépôt irrégulier et le *mutuum*, 453. — Dépôt d'une chose litigieuse ou séquestre, 453. — Différences entre le dépôt ordinaire et le séquestre, 453. — Règles spéciales au gage, 454. — Différentes significations du mot gage, 454. — Nature du contrat de gage, 454. — Notions historiques sur ce contrat, 454. — Constitution du gage, 456. — Des choses qui peuvent être l'objet d'un gage, 457. — Entre quelles personnes peut se former le contrat de gage, 457. — Des droits du créancier gagiste, 457. — Des obligations du créancier gagiste, 458. — Des droits du débiteur ou constituant du gage, 459. — Des obligations du débiteur ou constituant du gage, 459. — De quelques pactes accessoires au contrat de gage, 459 : — pacte d'antichrèse, 459 ; — pacte commissaire ou *lex commissoria*, 460.

TITRE XV

DES OBLIGATIONS VERBALES..... 460

Définition, 460. — Notions historiques, 461. — De la *dictio dotis*, 461. — Du *jusjurandum liberti*, 461. — De la stipulation, 462. — Double signification de ce mot, 462. — Origine de la stipulation, 462. — Différentes formes de la stipulation, 463. — Avantages qui résultent de la stipulation comme moyen de former une obligation, 464. — Inconvénients, 464. — Des diverses espèces de stipulations, 465 : — stipulation *certa*, 465 ; — stipulation *incerta*, 465. — Des actions qui résultent de la stipulation, 466 : — *condictio certi*, 466 ; — *condictio incerti* ou *actio ex stipulatu*, 466.

TITRE XVI

DES COSTIPULANTS ET DES COPROMETTANTS..... 466

Généralités, 466. — Différentes manières dont les obligations corréales prennent naissance, 469. — Des effets de l'obligation corréale et des divers points de vue auxquels il faut les étudier, 470 : — rapports de créanciers à débiteur, 470 ; — rapports de débiteurs à créancier, 471 ; — rapports des costipulants entre eux, 472 ; — rapports des copromettants entre eux, 473. — Des modalités qui peuvent affecter une obligation corréale, 474.

TITRE XVII

DE LA STIPULATION DES ESCLAVES..... 474

Principes généraux, 474. — Du *servus communis*, 476. — Du *servus hereditarius*, 476. — De l'esclave d'autrui ou de l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave, 478. — De l'esclave dont on a l'usufruit ou l'usage, 478.

TITRE XVIII

DE LA DIVISION DES STIPULATIONS..... 478

Des stipulations conventionnelles, 478. — Des stipulations judiciaires, 479 : — sens du mot *cautio*, 479. — *Cautio de dolo*, 479 ; — *cautio de perseguendo servo restituendove pretio*, 480. — Dans quelle hypothèse doit être fournie cette dernière caution, 480. — Des stipulations prétoriennes, 481 : — *cautio damni infecti*, 481 ; — *cautio legatorum*, 482. — Stipulations édilitiennes, 483. — Des stipulations communes, 483 : — *cautio rem pupilli salvam fore*, 483 ; — *cautio de rato*, 481.

TITRE XIX

DES STIPULATIONS INUTILES..... 484

Définition, 484. — Des causes principales de nullité, 484. — I. Nullités qui tiennent à l'objet, 485. — L'objet de la stipulation doit : — 1° être suffisamment déterminée 485 ; — 2° être existant ou pouvoir exister, 485 ; — 3° être dans le commerce des hommes en général, 486 ; — 4° être dans le commerce du stipulant en particulier, 487 ; — cas où celui qui a stipulé une chose qui ne lui appartient pas, en ac-

quier! ensuite la propriété par une cause étrangère à cette stipulation, 488. — Peut-on stipuler ou promettre pour autrui, 488. — 5° L'objet de la stipulation doit enfin être licite, non réprouvé par les lois ou les bonnes mœurs, 490. II. Nullités qui tiennent aux incapacités des parties, 490 : — défaut d'âge, 490 ; — altérations accidentelles des facultés mentales, 492. — III. Nullités qui tiennent à la forme, 493. — IV. Nullités qui tiennent aux modalités, 494. — De la condition, 495 : — conditions impossibles, 495 ; — conditions illicites, contraires aux lois et aux bonnes mœurs, 495. — De la stipulation prépostère, 496. — Du terme, 496.

TITRE XX

DES FIDÉJUSSEURS..... 498

De l'*adpromissio*, 498. — Des *sponsores*, 498. — Des *fidepromissores*, 499. — Des *fidejussores*, 499. — Différences entre la *sponsio* et la *fidepromissio* d'une part, et la *fidejussio* d'autre part, 499. — Quelles conséquences peut-on tirer du principe que la fidéjussion est une obligation accessoire, 501. — Recours du fidéjusseur qui a payé la dette contre le débiteur principal, 503. — Des différents bénéfices accordés aux fidéjusseurs, 503 : — 1° bénéfice de division, 504 ; — 2° bénéfice de cession d'actions, 504 ; — 3° bénéfice d'ordre ou de discussion, 505.

APPENDICE I. — DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ..... 506

Dans quels cas il y a *mandatum pecuniæ credendæ*, 506. — Conséquences, 506. — Ressemblances avec la fidéjussion, 506. — Différences, 506.

APPENDICE II. — DE L'INTERCESSION DES FEMMES ET DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN..... 507

Qu'est-ce que ce sénatus-consulte, 507. — Dans quel but il fut rendu, 508. — Cas d'application de ce sénatus-consulte, 508. — Moyen de défense tiré de ce sénatus-consulte, 509. — Droit de Justinien, 510.

TITRE XXI

DES OBLIGATIONS LITTÉRALES..... 511

Définition, 511. — Des *adversaria*, 511. — Des *tabulæ* ou *codex*, 511. — Des *nomina arcaria* et des *nomina transcriptitia*, 512. — D'où est venue la dénomination d'*expen-*

silation donnée au contrat littéral, 513. — Ressemblances entre l'expensilation ou contrat littéral et la stipulation ou contrat verbal, 514. — *Id.* différences, 514. — De combien de manières s'opéraient les *nomina transcriptitia*, 515. — De la *transcriptio a re in personam*, 515. — De la *transcriptio a persona in personam*, 515. — Les pérégrins pouvaient-ils s'obliger dans la forme des *nomina transcriptitia*, 515. — Des *chirographa* et des *syngraphæ*, 516. — Caractère des *chirographa* et des *syngraphæ*, 516. — Droit de Justinien, 517.

DE L'EXCEPTION NON NUMERATÆ PECUNIÆ..... 517

Dans quels cas pouvait-elle être invoquée, 517. — Dans quel délai pouvait-elle être opposée, 518. — Existe-t-il encore sous Justinien de véritables contrats littéraux, 519.

TITRE XXII

DES OBLIGATIONS CONSENSUELLES..... 519

Définition, 519. — Combien y a-t-il de contrats consensuels, 520. — Caractères des contrats consensuels, 520.

TITRE XXIII

DE LA VENTE..... 520

Définition, 521. — Quand la vente est-elle parfaite, 521. — Des arrhes, 521. — Des choses qui peuvent être vendues, 523 : — vente d'une hérédité future, 523 ; — vente de la chose d'autrui, 524 ; — vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce, 524 ; — vente d'une chose qui avait déjà péri lors du contrat, 525. — Du prix, 525. — Le prix doit : — 1^o être certain, 525 ; — 2^o être sérieux et non simulé, 526 ; — 3^o consister en argent monnayé, 526. — Différences entre la vente et l'échange, 526. — Des obligations du vendeur, 527 : — de conserver la chose jusqu'à la tradition, 527 ; — de la livrer à l'époque et au lieu convenus, 527 ; — de garantir l'acheteur contre toute éviction, 527. — Des obligations de l'acheteur, 528 : — de payer le prix, 528 ; — de rembourser au vendeur les impenses faites de bonne foi à la chose vendue depuis la vente, 529 ; — de payer les intérêts du prix du jour de la tradition, si le paiement n'est pas à terme, 529. — Des risques de la chose vendue, 529 : — dans la vente pure et simple ou à terme d'un corps certain, 529 ; — dans la vente conditionnelle d'un corps certain, 530 ; — dans la vente à l'essai ou moyennant dégustation, 531 ; —

dans la vente d'une chose de genre, 531. — Des modalités du contrat de vente, 531. — De quelques pactes accessoires au contrat de vente, 531 : — *addictio in diem*, 531 ; — pacte commissoire ou *lex commissoria*, 532 ; — pacte de réméré, 532 ; — pacte de désistement (*displicentiæ*), 532. — De la rescision de la vente pour cause de lésion, 533. — Des actions qui se rencontrent dans le contrat de vente, 533 : — action *venditi* ou *ex vendito*, 533 ; — action *empti* ou *ex empto*, 534 ; — action rédhibitoire, 534 ; — action *quanto minoris* ou *æstimatoria*, 534 ; — action *ex stipulatu*, 535. — Différences entre l'action *ex stipulatu* et l'action *ex empto*, 535.

APPENDICE. — DU TRANSPORT OU CESSION DES CRÉANCES..... 537

TITRE XXIV

DU LOUAGE..... 543

Définition, 543. — Diverses variétés de louage, 543 : — louage de choses (*locatio, conductio rerum*), louage de services (*locatio, conductio operarum*), louage d'ouvrage à confectonner (*locatio, conductio operis*), 544. — I. Règles communes à toutes les variétés de louage, 544. — Conditions essentielles à tout contrat de louage : — 1° le consentement des parties, 545 ; — 2° une chose à procurer, 545 ; — 3° un prix, 545. — Des actions relatives au contrat de louage, 546 : — action *locati*, 546 ; — action *conducti*, 546. — II. De quelques règles particulières au louage de choses, 547. — Différences entre le louage de choses et la vente, 547. — Différences entre le droit du locataire et celui de l'usufruitier, 548. — Sous-location, 549. — Extinction du louage de choses, 549. — III. De quelques règles particulières au louage de services et au louage d'ouvrage, 551. — Analogie entre le louage d'ouvrage et la vente, 551. — Extinction du louage de services et du louage d'ouvrage, 552.

DE L'EMPHYTÉOSE..... 552

Définition, 552. — Origine de l'emphytéose, 553. — Caractère du contrat d'emphytéose, 553. — Comment s'établit l'emphytéose, 554. — Différences entre l'emphytéote et le locataire ordinaire d'un immeuble, 554. — Extinction de l'emphytéose, 556.

TITRE XXV

DE LA SOCIÉTÉ..... 556

Définition, 556. — Conditions essentielles au contrat de so-

ciété, 556 : — 1° le consentement des parties, 557 ; — 2° un apport réciproque, 557 ; — 3° un intérêt commun, 557 ; — 4° un but licite, 557. — Personnalité civile de la société, 558. — Des diverses espèces de société, 558 : — I. Sociétés à titre universel : — 1° société *totorum honorum*, 558 ; — 2° société *omnium quæ ex questu veniunt*, 559 ; — II. Sociétés à titre particulier : — 1° société *alicujus negotiationis*, 559 ; — 2° société *unius rei*, 559 ; — 3° société *vectigalis*, 559. — Présomption légale, 559. — Des parts de chaque associé dans les gains et pertes, 559. — Règlement des parts par la convention des parties, 560. — Règlement des parts laissé à l'arbitrage d'un tiers, ou même de l'un des associés, 561. — Règlement des parts par la loi, 561. — Effets de la société, 562 : — Rapports respectifs des associés, 562 ; — Action *socii* ou *pro socio*, 563 ; — action *communi dividundo*, 564. — Rapports des associés avec les tiers, 564. — Causes de dissolution de la société, 565 : — *ex personis*, 565 ; — *ex rebus*, 566 ; — *ex voluntate*, 566 ; — *ex actione*, 567 ; — *ex tempore*, 567.

TITRE XXVI

DU MANDAT..... 568

Définition, 568. — Caractère essentiel du mandat, 568. — Des honoraires, 568. — Différences entre le mandat et le dépôt, 569. — Quand le mandat est-il parfait, 569. — De combien de manières peut se contracter le mandat, 569 ; — 1° mandat dans l'intérêt du mandant seul, 569. — 2° mandat dans l'intérêt réciproque du mandant et du mandataire, 569 ; — 3° mandat dans l'intérêt d'un tiers, 571 ; — 4° mandat dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, 571 ; — 5° mandat dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, 571. — *Quid* du mandat donné dans l'intérêt du mandataire seul, 571. — *Quid* d'un mandat qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, 572. — Étendue du mandat, 572. — Des différentes modalités qui peuvent être apposées au contrat de mandat, 573. — mandat à terme, 573 ; — mandat conditionnel, 573. — Des actions qui naissent du mandat, 573. — Des effets du mandat, 573 ; — relativement au mandant et au mandataire, 573 ; — relativement aux tiers qui ont contracté avec le mandataire, 574. — Du droit du mandataire de se substituer un tiers, 576. — Causes de dissolution du mandat, 576 : — 1° la révocation faite par le mandant, 576 ; — 2° la mort du mandant, 577 ; — 3° la mort du mandataire, 577 ; — 4° la renonciation du mandataire, 577 ; — 5° la conclusion de l'affaire, 578 ; — 6° l'arrivée du terme ou l'évènement d'une condition résolutoire, 578.

APPENDICE I. — DES PACTES..... 578

Définition, 578. — Division des pactes, 579 : — I. *Relativement à leur origine*, les pactes viennent du droit civil, du droit prétorien ou du droit impérial, 579 ; — II. *Relativement à leur manière d'être*, les pactes existent accessoirement à un contrat, ou par eux-mêmes, indépendamment de tout contrat, 579. — *a.* Pactes adjoints *in continenti* à un contrat de bonne foi, 580 ; — pactes adjoints *in continenti* à un contrat de droit strict, 580. — Pactes ajoutés à un contrat *ex intervallo*, 581 ; — observation relative aux contrats consensuels, 581. — *b.* Pactes isolés, 581. — III. *Relativement à leurs effets*, les pactes sont munis ou dépourvus d'actions, 581 ; — pactes nus, 581.

APPENDICE II. — DES CONTRATS INNOMÉS..... 582

TITRE XXVII

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT..... 586

Définition, 586. — Diverses espèces d'obligations nées *quasi ex contractu*, 586. — I. De la gestion d'affaires, 587. — Définition, 587. — Analogie entre la gestion d'affaires et le mandat, 587. — *Id.* différence, 588. — De la ratification des actes du gérant d'affaires, 588. — II. De la tutelle et de la curatelle, 589. — Actions qui naissent de la tutelle et de la curatelle, 589. — III. De la communauté ou de l'indivision, 589. — IV. De l'addition d'hérédité, 590. — V. Du paiement de l'indu, 591. — Définition, 591. — De l'obligation qui naît du paiement de l'indu, 591. — Analogies entre le *mutuum* et le paiement de l'indu, 591. — Différences entre le *mutuum* et le paiement de l'indu, 592. — Conditions essentielles pour qu'il y ait lieu à la *condictio indebiti*, 592. — Il faut trois conditions : — 1° que la chose payée ne soit pas due (*indebitum*). Dans quels cas il y a *indebitum*, 592 ; — 2° que le paiement ait été fait par erreur. Dans quels cas le paiement est fait par erreur (*per errorem solutum*), 593 ; — 3° que le paiement ne puisse pas être considéré comme fait à titre de transaction. Dans quels cas le paiement de l'indu peut être considéré comme fait à titre de transaction, 594. — Preuve, 596. — Détermination et montant de la condamnation résultant de la *condictio indebiti*, 596.

APPENDICE I. — DE LA PRESTATION DES FAUTES..... 596

Généralités, 596. — Qu'est-ce que la faute, 596, 597. — De

la faute dans les obligations de droit strict, 596. — *Id.* dans les obligations de bonne foi, 597. — Du dol, 597. — Du cas fortuit, 597. — Des divers degrés de la faute, 598 : — faute lourde, 598 ; — faute légère, 598. — Double point de vue auquel la faute légère doit être considérée, 598 : — faute légère *in abstracto*, 598 ; — faute légère *in concreto*, 599. — Théorie des trois degrés de la faute, 600 en note.

APPENDICE II. — DE LA DEMEURE..... 601

Définition, 601. — De la demeure du débiteur, 601. — Conditions, 601. — Effets, 603. — De la demeure du créancier, 603. — Conditions, 603. — Effets, 604. — De la cessation de la demeure, 604.

TITRE XXVIII

PAR QUELLES PERSONNES NOUS ACQUÉRONS UNE OBLIGATION..... 604

TITRE XXIX

DE QUELLES MANIÈRES S'ÉTEINT UNE OBLIGATION..... 605

Division des modes d'extinction des obligations, 605 : — modes d'extinction *ipso jure*, et modes d'extinction *exceptionis ope*, 605. — Importance de cette division, 605. — Des modes d'extinction *ipso jure*, 605. — I. Du paiement et de la dation en paiement, 606. — Définition du paiement, 606. — Qui peut payer, 606. — A qui le paiement doit être fait, 607. — Qu'est-ce qui doit être payé, 608. — Des offres et consignation, 608. — Des effets du paiement, 608. — Imputation des paiements, 609. — Preuve du paiement, 609. — De la dation en paiement, 610. — Définition, 610. — Des effets de la dation en paiement, 610. — Que décider au cas où le créancier est évincé de la chose donnée en paiement *pro alio*, 610. — II. De la novation, 612. — Définition, 612. — Utilité de la novation, 612. — Conditions nécessaires pour opérer une novation, 613. — Il y en a quatre, savoir : — 1° le consentement des parties et leur intention de créer de nouveaux rapports juridiques (*animus novandi*), 613 ; — 2° une stipulation valable, 614 ; — 3° une obligation préexistante et valable (*idem debitum*), 616 ; — 4° un élément nouveau établissant une différence entre la nouvelle obligation et l'obligation primitive (*aliquid novi*), 616. — De quelles manières s'opère la novation, 616. — De trois manières : — 1° par changement de dette, sans changement de parties, 616 ; — 2° par changement de débiteur, sans changement de créancier, 619 ; — 3° par changement

de créancier, sans changement de débiteur, 620. — Des effets de la novation, 621. — III. De l'acceptilation, 622. — Définition, 622. — Analogies entre l'acceptilation et le paiement, 622. — *Id.* différences, 623. — Parallèle entre l'acceptilation et la stipulation, 623. — De la stipulation Aquilienne, 624. — IV. Du mutuel dissentiment, 626. — V. De la perte de la chose due, 627. — VI. De la confusion, 628. — VII. Du terme extinctif, 630. — VIII. De la compensation, 630.

LIVRE QUATRIÈME

TITRE I

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT D'UN DÉLIT..... 631

Définition du délit, 631. — Division des délits, 631 : — délits publics et délits privés, 631. — Des principaux délits privés, 632. — Du vol, 632. — Définition et étymologie, 632. — Conditions exigées pour qu'il y ait vol, 633. — Il faut : — qu'il y ait *contractatio rei*, 633 ; — que cette *contractatio* soit *fraudulosa et invito domino*, 634 ; — que cette *contractatio* soit faite *lucri faciendi gratia*, 636. — Des diverses espèces de vol, 636 : — vol *manifeste*, 636 ; — vol *non manifeste*, 637 ; — vol *conceptum*, 637 ; — vol *oblatum*, 637 ; — vol *prohibitum*, 638 ; — vol *non exhibitum*, 638. — Des actions qui naissent du vol, 638. — Actions civiles : — 1° la revendication, 638 ; — 2° la *condictio furtiva*, 639 ; — Action pénale : l'action *furti*, 639. — Quel est le montant de la condamnation prononcée par l'action *furti*, 640. — A qui est donnée l'action *furti*, 640. — Contre qui est donnée cette action, 643. — Des complices, 643. — Conditions nécessaires pour qu'il y ait complicité, 643. — Du vol commis par un esclave, par un fils de famille ou par l'un des époux, 643.

TITRE II

DES BIENS ENLEVÉS PAR VIOLENCE..... 644

Définition, 644. — De l'action *bonorum vi raptorum*, 644. — Analogies entre l'action *bonorum vi raptorum*, et l'action *furti*, 645. — *Id.* différences, 645. — De l'action publique de la loi *Julia de vi privata*, 648.

TITRE III

DE LA LOI AQUILIA..... 648

Origine de cette loi, 648. — Premier chef de la loi *Aquila*, 649. — Objet de ce premier chef, 649. — Qu'entend-on par le mot *injuria*, 649. — Quel est le montant de la condamnation portée par ce premier chef, 651. — De l'action de la loi *Cornelia de sicariis*, 652. — Deuxième chef de la loi *Aquila*, 652. — Objet de ce second chef, 652. — Montant de la condamnation portée par ce chef, 652. — Troisième chef de la loi *Aquila*, 653. — Objet de ce troisième chef, 653. — Montant de la condamnation portée par ce chef, 653. — Observations communes au premier et au troisième chefs de la loi *Aquila*, 653. — Observations communes aux trois chefs de la loi *Aquila*, 655.

TITRE IV

DES INJURES..... 655

Différents sens du mot *injuria*, 655. — De quoi peut résulter l'injure, 656. — Conditions constitutives du délit d'injure, 656. — Combien de personnes peuvent être injuriées à l'occasion d'une seule injure, 657. — Contre qui est donnée l'action d'injure, 659. — Quelle est la peine de l'injure, 659. — Des diverses espèces d'injures, 660. — Injures simples et injures atroces, 660. — Intérêt de la distinction des injures en injures simples et en injures atroces, 660. — Action criminelle contre l'injure, 661. — Extinction de l'action d'injure, 661.

TITRE V

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN DÉLIT..... 662

Quand les obligations naissent comme d'un délit, 662. — Diverses hypothèses d'obligations nées comme d'un délit, 662 : — Cas où le juge a fait le procès sien, 662. — Cas où l'on a jeté ou répandu quelque chose qui a causé un préjudice à autrui, 663. — Cas où l'on a posé ou suspendu des objets d'une manière périlleuse sur la voie publique, 663. — Cas où un vol a été commis dans un navire, dans une auberge ou dans une écurie, 664.

TITRE VI

DES ACTIONS. 665

Diverses significations du mot action, 665. — Des divers systèmes de procédure successivement en usage à Rome, 665. — Caractère commun de la procédure par les actions de la loi et de la procédure par les formules, 665. — Des magistrats, 666. — Des juges, 668. — I. Des actions de la loi, 671. — Caractère particulier des actions de la loi, 671. — De l'action *sacramenti*, 671. — De la *judicis postulatio*, 672. — De la *condictio*, 672. — De la *manus injectio*, 672. — De la *pignoris capio*, 674. — II. Système de la procédure formulaire, 674. — Caractère essentiel du système formulaire, 675. — Formalités qui précédaient la délivrance de la formule, 675. — Parties principales dont se composait une formule, 676. — Parties accessoires, 677. — De la *litis contestatio*, 678. — Ressemblance entre la *litis contestatio* et la novation, 679. — Différences, 679. — Conséquences d'une erreur commise dans la formule, 680. — Plus-pétition, 680. — *Minuspetitio*, 682. — *Aliud pro alio*, 682. — III. Procédure extraordinaire, 683. — Division des actions, 684. — *Première division*. Actions réelles (*in rem*), actions personnelles (*in personam*), 684. — Sens exact des mots *in rem* et *in personam*, 685. — Intérêt pratique de cette division des actions, 686. — Actions civiles, *in rem*, 686 : — 1° la revendication, 687 ; — 2° la pétition d'hérédité, 690 ; — 3° l'action confessoire, 693 ; — 4° l'action négatoire, 694. — Actions civiles *in personam*, 696. — *Deuxième division*. Actions civiles, actions honoraires ou prétoriennes, 696. — Actions *in rem* prétoriennes, 697 : — 1° action publicienne, 697 ; — 2° action rescissoire de l'usucapion ou contraire à la publicienne, 701 ; — 3° action paulienne, 703 ; — 4° action servienne et action quasi-servienne ou hypothécaire, 706. — Actions *in personam* prétoriennes, 713 : — action *constitutæ pecuniæ*, 713 ; — action *de jurejurando*, 717. — Des actions préjudicielles, 718. — Quelles étaient les principales actions préjudicielles, 718 : — action préjudicielle relative à la liberté ou *causa liberalis*, 719 ; — action préjudicielle relative à l'ingénuité, 720 ; — action préjudicielle relative à la question de filiation et de paternité, 720. — Contestation de l'état d'une personne après la mort de cette personne, 721. — Des actions mixtes, *tam in rem quam in personam*, 721 : — action *communi dividundo*, 721 : — *familix eriscundæ*, 721 ; — *finium regundorum*, 612, 722. — En quel sens les Institutes ont-elles pu dire que ces actions étaient

tam in rem quam in personam, 722. — *Troisième division*. Actions *in jus*, actions *in factum*, 724. — Corrélation entre les actions *in jus* et *in factum* et les actions civiles et prétoriennes, 725. — Intérêt de cette division des actions, 725. — *Quatrième division*. Actions persécutoires de la chose, persécutoires de la peine, persécutoires de la chose et de la peine ou mixtes, 726. — Intérêt de cette division des actions, 727. — *Cinquième division*. Actions au simple, au double, au triple, au quadruple, 729. — *Sixième division*. Actions de droit strict, actions de bonne foi, actions arbitraires, 731. — Différences entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi, 732. — Quelles étaient les actions de droit strict, 734. — Quelles étaient les actions de bonne foi, 736. — De l'action en restitution de la dot, 736. — Actions arbitraires, 740. — Action *ad exhibendum*, 742. — Action *quod metus causa*, 742. — Action *de dolo*, 743. — Action *de eo quod certo loco*, 744. — Action *finium regundorum*, 744. — Action paulienne, 745. — Action noxale, 745. — *Septième division*. Actions où le demandeur peut obtenir tout ce qui lui est dû, actions où il n'obtient que moins, 745. — Du bénéfice de compétence, 746. — A quelles personnes appartenait ce bénéfice, 746. — Calcul des facultés du défendeur, 747. — Effets de ce bénéfice, 747. — De la compensation, 748 : — avant Justinien, 748 ; — sous Justinien, 751.

TITRE VII

DES ACTIONS DONNÉES A RAISON DES CONTRATS PASSÉS AVEC CEUX QUI SONT SOUS LA PUISSANCE D'AUTRUI..... 754

Combien de sortes d'actions indirectes peut-on avoir contre le père ou le maître à raison des obligations contractées par le fils ou l'esclave, 754. — Action *quod jussu*, 755. — Action exercitoire, 755. — Action institoire, 756. — Extension apportée aux actions exercitoire et institoire, 756. — Action tributoire, 757. — Action *de peculio*, 758. — Action *de in rem verso*, 759. — Du choix accordé au créancier entre ces diverses actions, 759. — Différences entre les engagements pris par un esclave et ceux pris par un fils de famille, 760. — Du sénatus-consulte Macédonien, 761. — Cas d'application de ce sénatus-consulte, 761. — Exception qui en résulte, 761.

TITRE VIII

DES ACTIONS NOXALES..... 762

Qu'est-ce que l'action noxale, 762. — Sur quel principe repo-

sait cette action, 762. — Caractères de cette action, 762. — Contre qui se donnait l'action noxale, 763. — De quelle manière et à quel moment se faisait l'abandon noxal, 764. — Effet de cet abandon, 765. — Cas dans lesquels cet abandon ne pouvait être fait, 765. — Réformes en matière d'abandon noxal, 765.

TITRE IX

DU DOMMAGE CAUSÉ PAR UN QUADRUPÈDE..... 766

Qu'est-ce que l'action noxale *de pauperie*, 766. — A quels animaux s'appliquait cette action, 766. — De l'action introduite par l'Édit des édiles, 767.

TITRE X

PAR QUELLES PERSONNES ON PEUT AGIR EN JUSTICE..... 767

I. Sous le système *des actions de la loi*, 767. — II. Sous le système *de la procédure formulaire*, 769. — III. Sous Justinien, 771.

TITRE XI

DES SATISDACTIONS..... 771

Qu'est-ce qu'une satisfaction, 771. — I. De la satisfaction avant Justinien, 772. — II. De la satisfaction sous Justinien, 774.

TITRE XII

DES ACTIONS PERPÉTUELLES ET DES ACTIONS TEMPORAIRES ET DE CELLES QUI PASSENT AUX HÉRITIERS OU CONTRE LES HÉRITIERS..... 775

Des actions perpétuelles et des actions temporaires, 775. — I. Dans le droit ancien, 775. — II. Dans le droit du Bas-Empire, 777. — De la durée des instances, 778. — Des actions qui passent aux héritiers du créancier, 779. — Des actions qui se donnent contre les héritiers du débiteur, 779. — Effet de la *litis contestatio*, relativement aux actions qui ne sont point transmissibles aux héritiers ou contre les héritiers, 779.

TITRE XIII

DES EXCEPTIONS..... 780

Notions générales, 780 : — Défense, — exception, — *præscrip-*

tio, 780. — Division des exceptions, 783 : — 1° à raison de leur origine : — exceptions du droit civil, 783 ; — exceptions du droit prétorien, 784 ; — 2° à raison de leur nature : — exceptions *in rem* ou *rei cohærentes*, 785 ; — exceptions *in personam* ou *personæ cohærentes*, 785 ; — 3° à raison de leur durée : — exceptions perpétuelles et péremptoires, — exceptions temporaires et dilatoires, 786 ; — 4° à raison de leur but, 788.

DE L'EXCEPTION *REI JUDICATÆ*..... 789

Qu'est-ce que cette exception, 789. — Fondement de cette exception, 789. — A quelles conditions elle est admise, 789. — Quelle est l'étendue des effets produits par cette exception, 791. — De l'exception *rei in judicium deductæ*, 792.

TITRE XIV

DES RÉPLIQUES..... 792

Qu'est-ce qu'une réplique, 792 ; — une duplique, 793 ; — une triplique, etc., 793.

TITRE XV

DES INTERDITS..... 793

Qu'est-ce qu'un interdit, 793. — Division des interdicts, 794. — I. Des interdicts prohibitifs, restitutorifs et exhibitoires, 795. — Importance de cette division des interdicts, 796. — II. Des interdicts non possessoires et des interdicts possessoires, 796. — Interdicts non possessoires, 796. — Interdicts possessoires, 797. — A. Interdicts *adipiscendæ possessionis*, 797 : — 1° interdit *quorum bonorum*, 797 ; — 2° interdit *possessorium* et interdit *sectorium*, 798 ; — 3° interdit Salvien, 799 ; — 4° interdit *quod legatorum*, 801. — B. Interdicts *retinendæ possessionis*, 801 : — 1° interdit *uti possidetis*, 801 ; — 2° interdit *utrubi*, 803. — C. Interdicts *recuperandæ possessionis*, 804 : — 1° interdit *un devi*, 804 ; — 2° interdit *de precario*, 806 ; — 3° interdit *de clandestina possessione*, 807. — D. Interdicts *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*, 807 : — 1° interdit *quem fundum*, 807 ; — 2° interdit *quam hereditatem*, 808 ; — 3° interdit *quem usum fructum*, 808. — III. Des interdicts simples et des interdicts doubles, 808. — IV. Des interdicts relatifs aux servitudes, 809. — Fin de la procédure des interdicts, 810.

TITRE XVI

DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÊMÉRAIRES..... 810

Par quels moyens réprimait-on la témérité des plaideurs sous Justinien, 810. — Par trois moyens, 810 : — 1° par la religion du serment, 810 ; — 2° par une peine pécuniaire, 810 ; — 3° par la crainte de l'infamie, 811.

TITRE XVII

DE L'OFFICE DU JUGE..... 812

Qu'entend-on par office du juge, 812. — En quoi consiste l'office du juge, 812.

TITRE XVIII

DES JUGEMENTS PUBLICS..... 812

FIN DE LA TABLE DES TITRES.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

A

ABANDON NOXAL, 52, 715, 762.
ACCEPTATION d'une donation, 199
 et note 1.
 d'une hérédité, 490.
ACCEPTILATION, 622.
ACCESSION, 145.
ACCROISSEMENT, 270, 322, 338
 (note 1), 405.
ACCUSATION PUBLIQUE, 812.
ACQUISITION de la propriété, 142,
 221.
 de la possession, 227.
ACTIONS, 665.
 ad exhibendum, 638, 742.
 adjectitiæ qualitatis, 755.
 arbitraires, 740.
 æstimatoria, 534.
 au simple, au double, au
 triple, au quadruple, 729.
 bonorum vi raptorum, 644.
 civiles, 696.
 communi dividundo, 564, 590,
 721.
 confessoire, 693.
 constitutiæ pecuniæ, 713.
 de bonne foi, 731, 749.
 de dol, 743.
 de droit strict, 731, 749.
 de eo quod certo loco, 744.
 de in rem verso, 759.
 de jurejurando, 717.
 de la loi, 671, 767.

ACTIONS de partu agnoscendo, 720.
 de pauperie, 766.
 de peculio, 758.
 directes, 751.
 édilitienne, 767.
 en restitution de la dot, 736.
 en revendication, 437, 638,
 687, 692.
 en supplément, 286.
 ex empto, 534, 611 (note 1).
 exercitoire, 755.
 ex stipulatu, 466, 535, 736.
 ex vendito, 533.
 familiæ erciscundæ, 590, 721.
 finium regundorum, 722, 744.
 furti, 640, 645.
 honoraires, 697.
 hypothécaire, 707.
 indirectes, 754.
 in jus et in factum, 724.
 in rem et in personam, 684.
 institoire, 575, 756.
 iudicati, 594.
 mandati, 573,
 mixtes, 721, 726.
 négatoire, 694.
 noxale, 745, 762.
 Paulienne, 37, 703.
 perpétuelles, 775.
 persécutoires, 726.
 personnelles, 685, 696.
 præscriptis verbis, 583, 725.
 préjudicielles, 718.
 prétoriennes, 697.
 pro socio, 563.

ACTIONS pro vendito, 533.
 Publicienne, 697.
 quanto minoris, 534.
 quasi-institoire, 757.
 quasi-servienne, 707.
 quod jussu, 755.
 quod metus causa, 742.
 receptitia, 714.
 rédhibitoire, 534.
 réelles, 684, 686.
 rei uxoriæ, 736.
 rescisoire de l'usucapion, 701.
 sacramenti, 671.
 Servienne, 706.
 socii, 563.
 tam in rem quam in personam, 721.
 temporaires, 775.
 transmissibles et intransmissibles, 779.
 tributaire, 757.
 utiles, 769.
 V. *Contrats. — Obligations, etc.*

ADDICTIO, 17.
 ADDICTIO BONORUM libertatis causa, 415.
 ADDICTIO IN DIEM, 531.
 ADDICTUS, 673.
 ADITION D'HÉRÉDITÉ, 297,
 ADJECTUS SOLUT. GRAT., 489, 607.
 ADJONCTION, 154.
 ADJUDICATION, 158, 166, 423, 677.
 ADOPTION, 77, 90, 366, 368, 373.
 ADPROMISSIO, 498.
 ADROGATION, 79, 82, 366, 368, 411.
 ADSTIPULATEUR, 497, 652.
 ADVERSARIA, 511.
 AFFRANCHIS, 24, 388, 394.
 AFFRANCHISSEMENT, 26, 34.
 AGE, 111, 490.
 AGER LIMITATUS, 150.
 AGNATS, 59, 98, 360, 375.
 ALIÉNATION, 215.
 ALIUD PRO ALIO, 682.
 ALLIANCE, 62.
 ALLUVION, 149.

ANATOCISME, 445.
 ANTICHRÈSE, 459.
 ARBITER, 669.
 ARBITRIUM, 741.
 ARCA, 512 (note 3).
 ARCARIA NOMINA, 512.
 ARRHES, 521.
 AS, 263.
 ASSERTOR LIBERTATIS, 619.
 ASSIGNATION DES AFFRANCHIS, 394.
 AUTORISATION DU TUTEUR, 110,
 119, 217.
 AVEUGLE, 244.
 AVULSION, 150.

B

BARDARES, 21, 24.
 BÉNÉFICE d'abstention, 295.
 de cession d'actions, 504.
 de compétence, 745.
 de division, 504.
 d'inventaire, 302.
 d'ordre ou de discussion, 505.
 de séparation des patrimoines, 293.
 BONNE FOI, 186, 689.
 BONORUM POSSESSIO. — V. *Possession de biens.*
 BONORUM DISTRACTIO, 424.
 sectio, 420.
 venditio, 419.

C

CAPTIVITÉ, 16, 66, 87, 246, 262.
 CAPUT, 100 (note 3).
 CAS FORTUIT, 597.
 CAUSA LIBERALIS, 719.
 CAUSÆ PROBATIO, 70.
 CAUTIO damni infecti, 481.
 de dolo, 479.
 de persequendo servo, 480.
 de rato, 481.
 judicatum solvi, 772, 774.

- CAUTIO legat. servand. causa, 482.
 Mutienne, 320.
 rem pupilli salvam fore, 483.
 rem ratam dominum habitu-
 rum, 773, 774.
 V. *Satisfactio*.
- CÉLIBATAIRES, 259, 325.
 CENS, 17, 28, 31, 77.
 CENTUMVIRS, 668.
 CESSIO IN JURE, 79, 157, 166, 172.
 CESSION DE BIENS, 424.
 CESSION DE CRÉANCES, 537.
 CHIROGRAPHÀ, 516.
 CHOSE D'AUTRUI, 310, 521.
 CHOSE JUGÉE, 789.
 CHOSSES, 135.
 consommptibles et non con-
 sommptibles, 142.
 corporelles et incorporelles,
 140, 156, 158, 177.
 divini juris, 136.
 fongibles et non fongibles, 142.
 humani juris, 136.
 in commercio et extra com-
 mercium, 136.
 in patrimonio et extra patri-
 monium, 135.
 mancipi et nec mancipi, 140.
 mobilières et immobilières,
 141, 147, 152.
 nullius, 140, 181.
 singulorum, 138.
- CITÉ ROMAINE, 20, 86.
 CITOYENS, 20.
 CLAUSE codicillaire, 352.
 pénale, 431, 490.
 CODEX, 511.
 CODICILLES, 349.
 COEMPTIO, 74, 91.
 COGNATS, 60, 383, 683.
 COGNITIONES EXTRAORDINARÆ, 683.
 COGNITOR, 575, 769.
 COLLATIO BONORUM, 369, 372, 374.
 COLONAT, 49.
 COMMERCIMUM, 20, 53.
 COMMIXTION, 155.
 COMMODAT, 445, 447.
- COMMUNAUTÉ. — V. *Indivision*.
 COMPENSATION, 630, 748.
 COMPLICITÉ DE VOL, 643.
 COMPTE DE TUTELLE, 116.
 CONCEPTION, 25.
 CONCUBINAT, 67.
 CONDEMNATIO, 677.
 CONDICTIO, 466, 583, 592, 621, 672,
 735.
 furtiva, 639.
 indebiti, 591, 607, 616.
 ob causam datorum, 583.
 CONDITION, 97, 265, 319, 331, 429,
 495, 530.
 CONFARRÉATION, 74.
 CONFUSION, 154, 470, 628.
 V. *Commixtion*.
 CONNUBIUM, 20, 53, 59.
 CONSIGNATION. — V. *Offres*.
 CONSTITUT, 470 (note 4), 713.
 CONSTITUTIONS IMPÉRIALES, 8.
 CONSTRUCTIONS, 147.
 CONSULS, 666.
 CONTRATS, 435.
 consensuels, 519.
 in domés, 582.
 littéraires, 511, 614 (note 2).
 réels, 435.
 verbaux, 460.
 V. *Obligations*.
 CONTUBERNIUM, 70.
 COPROMETTANT, 466.
 CORRÉALITÉ, 466. — V. *Solidarité*.
 COSTIPULANT, 466.
 COUTUME, 13.
 CRÉANCES, 14 (note 1), 159, 537.
 CRÉANCIERS, 37.
 CRÉTION, 272.
 CRIMEN SUSPECTI, 133.
 CURATELLE, 121, 220, 589.
 CURATEUR DE FAILLITE, 421.
 CURIE (oblation à la), 72.
- D**
- DAMNUM INFECTUM, 431.
 DATIO TUTORIS, 106.

DATION EN PAIEMENT, 610.
 DÉCEMVIRES, 668 et note 4.
 DÉCRETS, 9.
 DÉBIT, 521.
 DÉBITICES, 23, 31, 241, 392.
 DÉFENSEUR, 711.
 DÉGUSTATION, 531.
 DÉLÉGATION, 619.
 DÉLITS, 114, 631.
 DEMEURE, 601.
 DEMONSTRATIO, 676.
 DÉPÔT, 445, 450, 569.
 irrégulier, 452.
 nécessaire ou misérable, 452.
 DÉSISTEMENT (pacte de), 532.
 DICTIO DOTIS, 211, 461.
 DIES CEDIT ET DIES VENIT, 331.
 DIMINUTION DE TÊTE, 100, 115, 183,
 382.
 DISSENTIMENT MUTUEL, 626.
 DISTRACTIO BONORUM, 424.
 DIVORCE, 66, 76 (note 2).
 DOL, 597.
 DOMINIUM, 143 (note 1).
 DOMMAGE causé par un quadru-
 pède, 766.
 DONATIONS, 198.
 à cause de mort, 204.
 à cause de noces, 214.
 entre époux, 209.
 entre-vifs, 199.
 DOT, 211, 215, 736.
 DROIT, 2, 3.
 civil, 4, 17.
 des gens, 4, 16, 68.
 écrit, 6.
 honoraire, 10.
 international, 5 et note 1.
 naturel, 5.
 non écrit, 13.
 personnel, 159.
 privé, 4, 13.
 public, 4, 53.
 réel, 159.
 DUPLIQUE, 793.

E

ÉCHANGE, 526.
 EDILES CURULES, 10.
 EDITS, 9.
 EDITS DES MAGISTRATS, 9.
 EDIT PERPÉTUEL, 11.
 EMANCIPATION, 88, 248, 366, 368,
 375.
 EMPÊCHEMENTS au mariage, 59.
 EMPHYTÉOSE, 552.
 ENVOI EN POSSESSION DES BIENS, 421.
 ERREUR, 593.
 ERRORIS CAUSÆ PROBATIO, 70.
 ESCLAVAGE, 14, 15.
 ESCLAVES, 15, 46, 79, 96, 224, 236,
 241, 259, 294, 335, 387, 474, 643,
 657.
 de la peine, 20, 24, 48.
 publics, 49.
 ESSAI (vente à l'). 531.
 EVICTION, 527.
 EXCEPTIONS, 780.
 de dol, 785.
 justi dominii, 698, 783.
 non numeratæ pecuniæ, 517.
 quod metus causa, 785.
 rei in judicium deductæ, 792.
 rei judicatæ, 789.
 EXCUSES des tuteurs et des cura-
 teurs, 129.
 EXÉCUTION sur les biens, 419.
 EXHÉRÉDATION, 217.
 EXPENSILATION, 513.
 EXPROMISSIO, 619, 716.
 EXTINCTION des legs, 334.
 des obligations, 605.

F

FACTIO TESTAMENTI, 20, 95, 235,
 256, 300, 318.
 FALCIDIE, 335.
 FAMILIA, 230.
 FAUTE, 596.
 FEMME, 79, 84, 95, 235, 244, 257,
 367, 376, 507.

FIANÇAILLES, 53.
FIDÉICOMMIS, 311.
 à titre particulier, 317.
 universel, 342.
FIDÉJUSSEURS, 498, 501, 506.
FIDEPROMISSORES, 499.
FILS DE FAMILLE, 221, 241, 248,
 643.
FLEUVE, 149.
FORMULES, 674.
FOU, 96, 123, 236, 244, 492.
FRAUDE, 37, 631, 705.
FRUITS, 146, 177, 689, 693.

G

GAGE, 219, 421, 445, 454.
GARANTIE, 527.
GENRE (chose de), 316, 531.
GENTILES, 100, 362.
GESTION D'AFFAIRES, 587.
GESTION DE TUTELLE, 111.

H

HABITATION, 182.
HÉRÉDITÉ ab intestat, 354.
 future, 523.
 testamentaire, 230.
HÉRITIERS externes ou volontaires,
 297.
 nécessaires, 292.
 siens et nécessaires, 295, 356,
 368.
HONORAIRES, 568.
HYPOTHÈQUE, 129, 216, 456, 707.
 — V. *Gage*.
 légale, 712.

I

ILES-ILOTS, 151.
IMPERIUM, 9, 667.
IMPUBÈRE, 84, 111, 217, 235, 491.

IMPUTATION DE PAIEMENT, 609.
IN BONIS, 143 (note 1).
INCAPACITÉS dans les obligations,
 490.
 dans les testaments, 235, 241,
 257.
INCESSIBILITÉ, 542.
INDIVISIBILITÉ, 433, 711.
INDIVISION, 589.
INDU, 591.
INFANTIA, 111, 490.
INFIRMATION du legs, 333.
 du testament, 278.
INGÉNU, 24, 33.
INGRATITUDE, 19, 203.
INJURE, 655.
INOFFICIOSITÉ du testament, 280.
INONDATION, 152.
INSENSÉ, 123, 220.
INSINUATION, 202.
INSTANCES (durée des), 778.
INSTITUTION d'héritier, 255.
INTENTIO, 677.
INTERCESSION, 492, 507.
INTERDITS, 793.
 doubles, 808.
 exhibitoires, 795.
 non possessoires, 796.
 possessoires, 797.
 prohibitives, 795.
 quasi-possessoires, 809.
 relatifs aux servitudes, 809.
 restitutoires, 795.
 simples, 808.

INTÉRÊTS DE SOMME, 441.

J

JUDICIA EXTRAORDINARIA, 683.
JUDICIS POSTULATIO, 672.
JUGEMENTS PUBLICS, 812.
JUGES, 668.
JURATA PROMISSIO liberti, 461.
JURISDICTIO, 9, 666.
JURISPRUDENCE, 2.
Jus antiquum, 327.

- JUS aureorum annulorum, 25 (note 1), 34 (note).
 caduca vindicandi, 325, 338 (note 1).
 capiendi, 258.
 civitatis, 20, 86.
 commercii, 20, 53.
 connubii, 20, 53, 59.
 fetiale, 5 et note 1.
 gentium, 4.
 honorarium, 11.
 ingenuitatis, 24.
 liberorum, 377.
 nominandi potioris, 132 (note 2).
 offerendæ pecuniæ, 710.
 postliminii, 24, 87, 145, 246, 262.
 suffragii et honorum, 20.
 V. *Droit*.
- JUS JURANDUM LIBERTI, 461.
 JUSTES NOCES. — V. *Noces*.
 JUSTE TITRE, 185 et note 2.
 JUSTICE, 1.
- L**
- LATIN, 21, 391.
 LATIN-JUNIEN, 23, 30, 95, 241, 259, 325, 391.
 LÉGITIMATION, 70.
 LÉGITIME, 284, 340.
 LEGS, 173, 304.
 de créance, 313.
 de genre, 316.
 de la chose d'autrui, 310.
 de la dot, 314.
 de libération, 312.
 d'option, 317.
 de rente viagère, 317.
 d'une chose appartenant au légataire, 311.
 d'une chose au testateur, 311.
 d'une chose due, 313.
 d'une chose future, 317.
 d'une chose incorporelle, 317.
- LEGS d'une chose principale, 314.
 d'une universitatis juris, 315.
 per damnationem, 306.
 per præceptionem, 307.
 per vindicationem, 305.
 sinendi modo, 307.
- LÉSION, 533.
 LEX COMMISSORIA, 460, 532.
 LIBERALE JUDICIUM, 719.
 LIBERTÉ, 14, 87.
 LITIS CONTESTATIO, 678, 779.
 LOI, 6, 158.
 Æbutia, 675.
 Ælia Sentia, 36.
 Apuleia, 500.
 Aquilia, 595, 648.
 Atilia, 106.
 Calpurnia, 672.
 Cicereia, 500, 507.
 Cincia, 201.
 Cornelia de falsis, 245, 262.
 Cornelia de sicariis, 652, 660.
 des Citations, 12.
 des Douze Tables, 17, 104, 246, 356, 388, 666.
 Falcidie, 337.
 Fufia Caninia, 43.
 Furia de sponsu, 500, 673.
 Furia testamentaria, 336, 560.
 Glitia, 281.
 Hortensia, 7.
 Hostilia, 768.
 Julia de vi privata, 648.
 Julia et Papia Poppæa, 64, 259, 324, 390.
 Julia Titia, 106.
 Junia Norbana, 30, 259.
 Junia Velleia, 251.
 Manlia, 36 (note 1).
 Marcia, 673.
 Mensia, 25.
 Minicia, 25.
 Petilia-Papiria, 17.
 Plætoria, 124.
 Plautia, 192.
 Publilia, 7, 673.
 Regia, 9.

LOI Scribonia, 167.
 Silia, 672.
 Valeria-Horatia, 7.
 Voconia, 257, 336.
 LOIS CADUCAIRES, 64, 259, 270, 324,
 390.
 LOUAGE, 543.
 de choses, 547.
 de services, 551.
 d'ouvrage, 551.

M

MAGISTER, 422.
 MAGISTRATS, 666.
 MANCIPIATION, 157.
 MANCIPIUM, 45, 76.
 MANDAT, 568.
 MANDATAIRE, 220.
 MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ, 506.
 MANUS, 45, 73.
 MANUS INJECTIO, 672.
 MANUS MILITARIS, 610.
 MARI, 215.
 MARIAGE, 53.
 du droit des gens, 68.
 MAUVAISE FOI. — V. *Bonne foi*.
 MÉLANGE, 155.
 MÈRE, 380.
 MILITAIRES, 222, 238.
 MINEUR DE VINGT-CINQ ANS, 84, 124.
 MINUS-PETITIO, 682.
 MINUTIO CAPITIS, 100.
 MISE EN DEMEURE, 601.
 MORALE, 3.
 MUET, 123, 244.
 MUTUEL DISSENTIMENT, 626.
 MUTUUM, 436, 580, 591.

N

NAISSANCE, 16.
 NEXUM, 462.
 NOCES. — V. *Mariage, Secondes nocces*.

NOMINA arcaria, 512.
 transcriptitia, 512, 515, 614.
 NON-USAGE, 169, 180 (note 5).
 NOVATION, 612, 679.
 NUDILITÉ, 56.

O

OBLIGATIONS, 426.
 naturelles, 488, 581, 754.
 quasi ex contractu, 586.
 quasi ex delicto, 662.
 V. *Contrats*.

OCCUPATION, 144.
 OFFICE DU JUGE, 812.
 OFFRES et consignation, 608.
 ONCE, 263.
 OPERÆ SERVI, 183.
 OPTIO TUTORIS, 118.
 ORATIO ANTONINI, 210.
 ORDI, 259, 325.

P

PACTES, 578.
 commissoire. — V. *Lex commissoria*.
 de désistement. — V. *Désistement*.
 de réméré. — V. *Réméré*.
 PACTES ET STIPULATIONS, 167, 174.
 PAIEMENT, 606, 623.
 PAIEMENT DE L'INDU, 591.
 PARENTÉ, 59.
 PATERFAMILIAS, 45.
 PATRES SOLITARI, 259, 325.
 PÉCOLE, 222, 241.
 adventice, 223, 242.
 adventice irrégulier ou extraordinaire, 224 (note 2).
 castrense, 222, 237, 241.
 profectice, 222.
 quasi castrense, 223, 242.
 PÉDANEI, 670.
 PÉRÉGRINS, 21, 515.

PÉREMPTION D'INSTANCE, 779.
 PERSONNES, 14, 15.
 esclaves, 15, 46.
 libres, 20.
 alieni juris, 45.
 sui juris, 45.
 PERTE de la chose due, 627.
 PÉTITION D'HÉRÉDITÉ, 690.
 PIGNORIS CAPIO, 674.
 PIGNUS, 219, 421, 619.
 PLAIDEURS TÊMÉRAIRES, 810.
 PLANTATIONS, 149.
 PLÉBISCITE, 7.
 PLEDS, 7.
 PLUS-PETITIO, 680.
 PONTIFE, 666 (note 2), 668 (note 3).
 POSSESSION, 189, 227.
 POSSESSION DE BIENS, 395.
 POSTHUMES, 94, 249, 274.
 POUVOIR législatif, 7.
 PRÆJUDICIUM INGENUITATIS, 720.
 PRÆSCRIPTIS VERBIS ACTIO, 584.
 PRÉCAIRE, 449.
 PRÉEMPTION (dr. de), 555.
 PRESCRIPTION DE LONG TEMPS, 193,
 777.
 longissimi temporis, 195.
 PRÊT A INTÉRÊT, 444.
 PRIVILÈGE, 711.
 PRIX de louage, 514.
 de vente, 525.
 PROCÉDURE, 665.
 extraordinaire, 683.
 formulaire, 674.
 PROCURATOR, 769.
 PRODIGE, 96, 123, 236, 244, 492.
 PRODUITS, 146, 177.
 PROPRIÉTÉ, 142, 221.
 du droit des gens, 143 (note).
 quiritaire, 143 (note).
 PRUDENTS, 11.
 PUBERTÉ, 56, 492.
 PUISSANCE dominicale, 46.
 paternelle, 50, 86.
 PUPILLE, 84, 111, 217.

Q

QUARTE ANTONINE, 85.
 Pégasienne, 346 (note 1).
 Sabinienne, 373.
 QUASI-CONTRATS, 434, 586.
 QUASI-DÉLITS, 435, 662.
 QUASI-POSSESSION. — V. *Posses-
 sion*.
 QUASI-USUFRUIT, 175, 442.
 QUEBELA INOFFIC. TESTAM., 280.
 QUESTION D'ÉTAT, 590.

R

RAPPORT à succession, 369.
 RATIFICATION, 588.
 RECONDUCTION, 550.
 RÉCUPÉRATEURS, 670.
 RÈGLE CATONIENNE, 328.
 RÉMÈRE, 532.
 RENONCIATION à l'hérédité, 302.
 à un mandat, 576.
 RÉPLIQUES, 792.
 RÉPONSES des Prudents, 11.
 REPRÉSENTATION, 358.
 RES. — V. *Choses*. —
 RESCISION, 533.
 RESCRIPTS, 9.
 RESTITUTIO IN INTEGRUM, 125, 218,
 414, 419, 492, 681.
 RESTITUTIO NATALIUM, 24.
 REVENDICATION, 687.
 RÉVOCATION des donations, 203.
 des legs, 333.
 RISQUES, 529, 555.
 RIVIÈRE, 149.
 ROIS, 666.

S

SACRAMENTUM, 671, 675.
 SATISDATION (en général), 771.

- SATISFACTION DES TUTEURS OU CURATEURS, 127.
- SECONDES NOCES, 66.
- SÉNATUS-CONSULTE, 8.
 Claudien, 19, 424.
 Emilien, 210 (note 2).
 Macédonien, 438, 761.
 Néronien, 308.
 Orphitien, 380.
 Pégasien, 344.
 Sabinien, 373.
 Tertullien, 376.
 Trébellien, 343.
 Velléien, 507.
- SECTIO BONORUM, 420.
- SÉPARATION DES PATRIMOINES, 293.
- SÉQUESTRE, 453.
- SERMENT, 717, 810.
- SERVITUDES, 161, 809.
 personnelles, 170.
 réelles ou prédiales, 161.
- SOCIÉTÉ, 556.
 alicujus negotiationis, 559.
 omnium quæ ex questu veniunt, 559.
 totorum bonorum, 558.
 unius rei, 559.
- SOCIÉTÉ vectigalis, 559.
- SOLIDARITÉ, 433. — V. *Corréalité*.
- SOLIDI CAPACITAS, 326.
- SOURD, 123, 244.
- SOUS-LOCATION, 549.
- SPÉCIFICATION, 152.
- SPONSORES, 498, 618.
- STATU LIBER, 29, 49.
- STIPULATIONS, 462, 514, 614, 623.
 Aquilienne, 624.
 communes, 483.
 conventionnelles, 479.
 des esclaves, 474.
 édilitiennes, 483.
 inutiles, 484.
 judiciaires, 479.
 pour autrui, 488.
 prépostères, 496.
 prétoriennes, 481.
- STUPRUM, 67.
- SUBSTITUTIONS, 268.
 exemplaire ou quasi-pupillaire, 276.
 fidéicommissaire, 277.
 pupillaire, 273.
 vulgaire, 268.
- SUCCESSION. — V. *Hérédité*.
 des affranchis, 388.
 irrégulières, 410.
- SUPPLÉMENT (action en), 286.
- SUSPICION des tuteurs et curateurs, 133.
- SYNDIC, 422.
- SYNGRAPHÆ, 516.
- T**
- TADULÆ, 511.
- TERME, 97, 267, 320, 429, 496, 529.
 extinctif, 630.
- TESTAMENT, 207-28, 31, 73, 166, 230.
 calatis comitiis, 231.
 destitutum, 280.
 inofficieux, 280.
 in procinctu, 231.
 irritum, 279.
 militaire, 238.
 nuncupatif, 233.
 per æs et libram, 232.
 prétorien, 233.
 privilégié, 240.
 ruptum, 278.
 tripartite, 234.
- TRADITION, 155, 157.
- TRANSACTION, 595.
- TRANSCRIPTITIA NOMINA, 512.
- TRANSLATION DES LEGS, 383.
- TRANSPORT DES CRÉANCES, 537.
- TRIPLIQUE, 793.
- TUTELLE, 91, 589.
 dativè, ou déferée par le magistrat, 106.
 des femmes, 117.
 fiduciaire, 105.

TUTELLE légitime des agnats, 98.
 légitime des ascendants, 105.
 légitime des patrons, 104.
 testamentaire, 93.

TUTEURS, 91, 109.
 administration, 109.
 auctoritas, 100.
 compte, 116.
 excuses, 129.
 satisfaction, 127.

TUTEURS SUSPECTS, 133.

U

UNIVERSITATES, 139.
 USAGE, 181.
 USUCAPION, 157, 167, 183.

USUCAPION libertatis, 169.
 pro herede, 187.
 USUFRUIT; 171, 548.
 USURECEPTIO, 188.

V

VADIMONIUM, 676.
 VECTIGAL, 553.
 VENDITIO BONORUM, 419.
 VENIA ETATIS, 127, 492 (note 4).
 VENTE, 520, 547, 551.
 VENTE DES BIENS en masse, 419.
 VINDICTE, 27, 31, 77.
 VIOLENCE, 644.
 VOCATIO IN JUS, 676.
 VOL, 449, 440, 632.

FIN

Enciclopedia Dreptului

3 Februarie 1920

*coina lui Jean Jacques Rousseau
 asupra dreptului a devenit de
 libertate pe baza unui contract*

