Ce dernier système, dans lequel, d'ailleurs, on ne rencontre jamais l'unité, a ses avantages; il en a surtout dans les pays où, comme en la plupart des États d'Allemagne, il n'existe pas encore de codification nationale, où le Droit romain forme la base de la science législative vivante, où il est étudié comme mêlé encore intimement à l'actualité.

7. Mais chez nous la thèse est différente : le Droit romain y est mort; c'est notre point de départ : or, dans l'étude de toute législation morte, l'histoire doit prédominer sur la philosophie. Changer sa classification, c'est lui enlever quelque chose de lui-même. Lui en donner une de création moderne, c'est le revêtir d'une forme, d'une apparence extérieure qui ne lui appartient pas.

Nous resterons donc fidèle à notre principe historique; cependant sans nous y attacher d'une manière tellement servile, que nous nous abstenions de compléter les idées, de grouper les éléments semblables et d'achever les déductions.

Nous prendrons même, sous ce rapport, d'autant plus de latitude dans notre exposition générale, que le reste de notre ouvrage est consacré au propre texte des Instituts; et que, d'ailleurs, la méthode philosophique, qui ouvre l'étude par un aperçu d'ensemble sur les généralités de la science, n'appartient pas elle-même au système romain : elle est moderne.

Mais, dans tous les cas, nous ferons soigneusement discerner ce qui ne sera que le fait de la méthode, de ce qui est réellement propre au droit romain.

---

comme appréciation rationnelle, dans le traité de droit romain de M. de Savigny, le paragraphe intitulé : *Des divers systèmes de classification du droit* (tome I, page 387 de la traduction).

PREMIÈRE PARTIE.

DU DROIT ET DES ÉLÉMENTS DE SA GÉNÉRATION.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

NOTIONS CONSTITUTIVES.

1. Idée du Droit.

8. Le droit (*jus*), ordre impératif et dur (*jussum*), formule technique et rigoureuse, mystère et arme aristocratique dans son établissement primitif à Rome, a pris ensuite, par le progrès de la civilisation et de la science, un caractère tout différent.

A mesure que son étude se généralise, qu'il passe de l'initiation secrète des patriciens à la publicité plébéienne, qu'il s'allie à la culture des lettres et de la philosophie, que les coutumes nouvelles l'envahissent et le modifient, que le magistrat, par ses édits annuels, travaille incessamment à l'adoucir, que le prudent, par ses réponses et par ses écrits, l'organise en science, il subit dans son principe fondamental une métamorphose radicale.

9. A l'époque où l'œuvre est à son plus haut point de splendeur, où cette belle création du droit romain, qu'on a surnommé la raison écrite, est achevée, le droit n'est plus l'ordre inflexible de la puissance publique, la règle imposée et absolue; son fondement n'est plus l'*autorité*, mais la *raison;* l'idée du droit est devenue éminemment philosophique.

C'est surtout dans l'exposition de cette idée générale et de tout ce qui s'y rapporte, qu'on peut voir combien les grands jurisconsultes romains avaient assis la science du droit sur celle de la philosophie (1).

Ainsi, le droit, selon Paul, c'est ce qui est toujours équitable et bon : « *quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (2). »

---

(1) Cicéron commence le mouvement d'une manière sensible : « Non ergo a Prætoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores, » se fait-il dire par Atticus, dans son Traité des lois, « *sed penitus ex intima philosophia* hauriendam Juris disciplinam putas? » (Cicér., *De legibus*, 1, 5.)

(2) Dig., 1, 1, *De just. et jur.*, 11, f. Paul. — Le jurisconsulte applique cette définition au droit naturel : *Ut est jus naturale*, ajoute-t-il; et il y oppose

Selon la définition de Celse, rapportée par Ulpien, c'est l'art de ce qui est bon et équitable : « *Jus est ars boni et æqui* (1). » Le principe est toujours le même.

10. Sans doute ces définitions n'ont pas la précision que nous sommes en droit d'exiger aujourd'hui de l'analyse métaphysique : qu'est-ce que le bon? qu'est-ce que l'équitable? et n'aurait-on fait que remplacer un mot par un autre (2)? Sans doute il ne s'y trouve pas une notion suffisante de la distinction entre la *science,* connaissance des vérités premières, et l'*art,* collection de préceptes déduits de la science ou de la pratique. Mais il n'y en a pas moins une révolution dans la manière d'entendre le droit par les jurisconsultes romains : au principe de l'autorité ils ont substitué celui de la raison; et déjà Cicéron indiquait la véritable source, lorsqu'il disait que pour expliquer la nature du droit il faut l'aller puiser dans la nature même de l'homme (3).

11. Cet empire de la raison, du bien et de l'équité, comme dogme constituant du droit, est reproduit dans une foule de fragments des jurisconsultes romains, et a passé jusque dans les constitutions impériales. Celse, Julien, Marcellus, Paul, Modestin,

---

le droit civil, c'est-à-dire ce qui, dans chaque cité, est utile à tous ou au plus grand nombre : « *Quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est.* » Ainsi, le principe de l'un, selon ce jurisconsulte, c'est le bon et l'équitable; le principe de l'autre, c'est l'utile.

(1) Dig., 1, princ. f. Ulp.

(2) Le droit n'est autre chose qu'une conception métaphysique, que notre raison déduit de tout rapport d'homme à homme, dans lequel l'un a la faculté d'exiger de l'autre une action ou une inaction : droit purement rationnel, si ces nécessités d'action ou d'inaction nous sont démontrées par la seule raison; droit positif, bon ou mauvais, si elles nous sont imposées, à raison ou à tort, par l'autorité; l'un a son point d'appui dans la raison, l'autre dans le pouvoir. Le droit positif en contradiction avec le droit rationnel n'est pas véritablement du droit.

Il n'y a de droit possible, pour le jurisconsulte, que d'homme à homme (homme pris collectivement, comme un peuple, une corporation, ou pris individuellement). Une branche d'arbre brisée par le vent me blesse, une bête fauve me mord, la foudre brûle ma maison, la grêle saccage ma récolte : je ne dirai pas que mon droit a été violé. Faites intervenir l'homme et l'idée des actions ou inactions qui lui sont imposées à notre égard, le droit apparaîtra.

(3) « Natura enim juris nobis explicanda est, eaque ab hominis repetenda natura. » (Cicér., *De legibus,* 1, 5.) — « Nos ad justitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse jus. » (*Ibid.*)

invoquent chacun, au besoin, même contre la règle positivement établie, la prédominance de la raison du droit, du *bonum et æquum* (1); et plus tard, les empereurs Constantin et Licinius, dans une de leurs constitutions, annoncent cette prédominance comme une doctrine incontestablement reçue : « *Placuit* (il a plu) *in omnibus rebus, præcipuam esse justitiæ æquitatisque quam stricti juris rationem* (2).

12. Le droit, cet art du bon et de l'équitable, ainsi caractérisé, Ulpien en élève la profession au rang de sacerdoce. « Car nous cultivons la justice, dit-il, la science du bien et de l'équité, séparant le juste de l'injuste, le licite de l'illicite; désirant rendre les hommes bons, non-seulement par la crainte des peines, mais encore par l'encouragement des récompenses : philosophie véritable, si je ne me trompe, et non simulée (3)! »

Et combien haut ne place-t-il pas l'honneur et la susceptibilité délicate de cette profession! Car, s'il accorde aux rhéteurs, aux grammairiens, aux géomètres, aux médecins, aux professeurs des études libérales, un recours devant la juridiction extraordinaire du président de la province pour la poursuite en payement de leurs honoraires, il le refuse aux philosophes et aux professeurs de droit : « C'est une chose sainte, en vérité, que la sagesse civile

---

(1) « Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. » (Dig., 1, 3, *De legib.,* 14, f. Paul.) — « In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. » (*Ibid.,* 15, f. Julian.) — « Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. » (*Ibid.,* 25 f. Modestin.) — « Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est : in aliis similibus non obtinet. » (*Ibid.,* 39, f. Cels.) — « In omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda sit. » (Dig., 50, 17, *De reg. jur.,* 90, f. Paul.) — « Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est. » (*Ibid.,* 183, f. Marcell.) — Et tant d'autres fragments qu'on pourrait ajouter à ceux-là.

(2) Cod., 3, 1, *De judic.,* 8, constitut. Constant. et Licin.

(3) « Jus est ars boni et æqui, cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profitemur : æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes : veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes. » (Dig., 1, 1, *De justitia et jure,* 1, § 1, f. Ulp.)

(c'est-à-dire la science du droit), mais elle n'est pas à estimer ni à déshonester à prix d'argent; il est des choses qu'on peut accepter, jamais demander avec honneur (1)! »

13. Le droit (*jus*), sous ce point de vue philosophique des jurisprudents romains, est donc, dans un sens abstrait et général: ce qui est toujours bon et équitable; ou, dans un sens collectif, comme corps de préceptes, de doctrines : l'art de ce qui est bon et équitable.

14. Nous ne parlerons pas ici de la division du droit, chez les Romains, en droit public : *quod ad statum rei romanæ spectat;* et en droit privé : *quod ad singulorum utilitatem;* — ni des subdivisions de celui-ci; — ni de cette classification philosophique, parfaitement établie par la jurisprudence, et passée, du moins quant à ses deux derniers termes, dans la réalité de la vie sociale: en *droit naturel,* ou commun à tous les êtres animés; *droit des gens,* ou commun à tous les hommes; et *droit civil,* ou exclusivement propre aux seuls citoyens.

Ce développement viendra plus tard, en suivant le texte des Instituts. Qu'il nous suffise de dire qu'il ne s'agit principalement dans cet ouvrage que du droit privé.

2. Conséquences immédiates du Droit.

15. Après l'idée première du droit, la déduction logique conduit à l'idée de ses conséquences immédiates : ce sont les facultés, les avantages qu'il confère. Pour désigner ces avantages, l'expression consacrée est encore le même mot *jus,* droit, qui ici s'emploie fréquemment au pluriel, *jura,* droits. Ainsi, dans cette acception, un droit, *jus,* est la faculté de faire, d'omettre ou d'exiger quelque chose. Dans le premier sens, il était cause; ici il est effet (2).

(1) « § 4. An et philosophi professorum numero sint? et non putem : non quia non religiosa res est; sed quia hoc primum profitcri eos oportet, mercenariam operam spernere. — § 5. Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent : est quidem res sanctissima civilis sapientia: sed quæ pretio nummario non sit æstimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti efferri debuit : quædam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. » (Dig., 50, 13, *De extr. cogn.* 1, §§ 4 et 5, f. Ulp.)

(2) L'école allemande dit, pour le premier cas, que le mot *jus* est pris dans un sens *objectif,* et, pour le deuxième cas, dans un sens *subjectif,* c'est-à-dire par rapport au sujet qui jouit de la faculté ou qui est passible de l'obligation résultant du droit.

A ce sujet nous trouvons encore chez les jurisconsultes romains la trace d'un principe d'équité philosophique : c'est qu'il ne doit être permis à personne d'exercer son droit dans le seul but de nuire à autrui, sans y avoir, du reste, aucun intérêt (1).

16. L'idée du droit assise, dans ces deux acceptions principales, comme cause et comme effet, nous passons aux éléments constitutifs de sa génération.

3. Éléments constitutifs de la génération du Droit.

17. Ces éléments sont au nombre de trois :

1° Les personnes (*personæ*), c'est-à-dire les hommes ou les êtres abstraits, de pure création juridique, considérés comme susceptibles d'avoir et de devoir des droits;

2° Les choses (*res*), c'est-à-dire tous les objets corporels, ou les objets abstraits, de pure création juridique, considérés comme soumis, ou pouvant être soumis, aux besoins, à l'utilité ou aux plaisirs de l'homme, et susceptibles, par conséquent, de former l'objet des droits.

La méthode romaine avait discerné et classé ces deux premiers éléments (voir ci-dessus, n° 5) : les personnes, d'abord, puisque, dit Hermogénien, c'est pour les hommes que tout le droit est établi (2); les choses en second lieu.

18. Mais la déduction s'était arrêtée là; elle n'est pas complète. Nous avons bien, dans les personnes, le sujet actif ou passif des droits; dans les choses, l'objet des droits; mais le droit n'est pas encore engendré. Il manque la cause efficiente, la cause génératrice, la cause qui fera naître, qui transmettra de l'un à l'autre, qui modifiera, qui détruira les droits. Ce troisième élément, le voici :

3° Les événements, les faits, les actes de l'homme, juridiques ou non juridiques : ce qui comprend l'idée du temps, du lieu, de l'intention, de la forme, toutes choses qui entrent dans la composition des faits et des actes humains.

(1) Dig., 6, 1, 38 *in fin.*, f. Cels. — 39, 3, 1, § 12, f. Ulp.

(2) Dig., 1, 5, 1, f. Gai., et 2 f. Hermogenian.

Réunissez et combinez ces trois idées : les personnes, sujet actif ou passif; les choses, objet; et les événements, les faits, les actes de l'homme, cause efficiente : les droits s'engendrent, ils se transmettent, ils se modifient, ils s'éteignent.

19. La notion du fait, l'appréciation des événements et des actes humains, quant à la génération et à la modification des droits, revient sans cesse dans la jurisprudence romaine, y est partout mêlée : il n'en pouvait être autrement, puisque c'est la nature elle-même des choses qui l'exige; mais l'idée n'en est pas dégagée, classée à part et traitée méthodiquement.

Cette spécialisation, ce développement théorique particulier, est l'œuvre de l'analyse moderne. Il est devenu vulgaire dans les méthodes allemandes.

20. Les trois éléments constitutifs de la génération du droit reconnus et signalés, il nous faut donner quelques idées générales sur chacun d'eux.

TITRE PREMIER.

DES PERSONNES.

CHAPITRE PREMIER. — NOTIONS CONSTITUTIVES.

4. Idée de Personne.

21. Le mot personne (*persona*) ne désigne pas dans la langue du droit, comme dans la langue vulgaire, l'homme physique (1).

Ce mot, en droit, a deux acceptions :

Dans une première, c'est tout être considéré comme capable d'avoir et de devoir des droits; d'être le sujet actif ou passif des droits.

Nous disons tout être, car les hommes n'y sont pas seuls compris. En effet la loi, par sa puissance d'abstraction, crée des personnes, comme nous verrons qu'elle crée des choses qui n'existent pas dans la nature. Ainsi, elle érige en personnes l'État, les cités, les communautés, les établissements de bienfaisance ou autres; même des objets purement matériels, comme le fisc,

(1) Voyez-le pourtant employé dans ce sens par Ulpien; Dig., 50, 17, *De div. reg. jur.*, 22, f. Ulp.

l'hérédité jacente : parce qu'elle en fait des êtres capables d'avoir et de devoir des droits.

En sens inverse, tout homme, en droit romain, n'est pas une personne. Ainsi ne le sont pas les esclaves, lorsqu'on les considère comme propriété du maître, et dans la rigueur de la législation primitive; parce qu'ici ils sont l'objet et non pas le sujet du droit (1) : ce qui n'empêchait pas les Romains de les ranger sous un autre rapport dans la classe des personnes (2).

22. Nous aurons donc à discerner et à étudier deux ordres de personnes :

Les personnes qu'on nomme personnes *naturelles* ou *physiques*, mais pour lesquelles nous ne trouvons d'autre dénonciation, dans la jurisprudence romaine, que cette expression tirée d'Ulpien, personnes individuelles (*singularis persona*), c'est-à-dire l'homme-personne;

Et celles qu'on nomme personnes *morales*, ou *abstraites*, ou *fictives*, ou *civiles*, ou *juridiques*, c'est-à-dire celles qui sont de pure création juridique (3).

5. Seconde acception du mot Personne.

23. Dans un autre sens, très-fréquemment employé, le mot personne désigne chaque rôle, chaque personnage que l'homme

(1) *Inst.*, 1, 16, § 4.

(2) Le droit romain, si rigoureux qu'il fût, n'a pu détruire complétement la personnalité des esclaves; parce qu'il est impossible qu'un être humain vive en relation avec d'autres hommes, sans qu'il y ait des droits et des devoirs de l'un à l'autre. Ainsi, l'esclave était punissable pour ses délits. Ainsi, la faculté d'être institué, d'être honoré d'un legs et de l'acquérir même pour soi, s'il se trouvait libre au moment de la dévolution du droit; la faculté d'être préposé par son maître à certaines opérations, de figurer dans les actes privés pour acquérir à son maître des créances ou des droits réels : tout cela constitue des capacités de droit qui supposent une personne. Enfin, les esclaves ont eu des droits même contre leur maître, du moment qu'il n'a plus été permis de les mettre à mort, ni de leur faire subir de mauvais traitements, bien que, dans l'origine, on n'ait interdit ces mauvais traitements que comme abus du droit de propriété. (Gai., 1, 53.)

(3) Ces expressions ne sont pas de la langue du droit romain, quoique la différence entre ces deux classes de personnes y soit bien marquée. — On trouve dans Ulpien l'expression *singularis persona*, pour la personne naturelle, par opposition à *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus*. (Dig., 4, 2, 9, § 1, f. Ulp.