

cidé que le demandeur ne pouvait être admis, dans l'espèce, à prouver par témoins, qu'un testament olographe était le fruit de la séduction, qu'autant qu'il aurait en sa faveur un commencement de preuve par écrit.

Pourtant, il ne faudrait pas trop généraliser cette décision. Elle ne peut s'expliquer que par les circonstances ; car la fraude peut se prouver par tous les moyens (1), et il n'est pas juridique d'avancer d'une manière absolue qu'il n'y a qu'à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, qu'on peut être admis à en faire la preuve.

## ARTICLE 902.

Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables.

## SOMMAIRE.

509. La capacité de donner et de tester est de droit commun. — Controverses des anciens auteurs.
510. Des incapacités actives, ou de disposer. — De celles qui proviennent du défaut de volonté. — Renvoi.
511. De l'incapacité qui résulte d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle.
512. Comment cette incapacité de disposer et de recevoir, dont est frappé le condamné à une peine perpétuelle, et dont était frappé autrefois le mort civil, peut-elle s'expliquer en présence de la disposition de la loi qui leur accorde la capacité de faire des actes de commerce ?
513. Explication de M. de Savigny sur cette question.
514. Suite.

(1) M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 650.

515. Avant le Code Napoléon, le mort civil était-il incapable de faire une donation entre-vifs ?
516. *Quid* en ce qui concerne le droit romain ?
517. Suite.
518. Suite.
519. Suite.
520. Suite.
521. Suite.
522. *Quid* en ce qui concerne l'ancienne jurisprudence ? Le Code Napoléon, en interdisant au mort civil la donation entre-vifs, n'a point innové ; il n'a fait que se conformer aux principes de l'ancienne jurisprudence.
523. *Quid* d'une donation à cause de noces ? — Le mort civil avait-il capacité pour la faire ? — *Quid* du condamné à une peine afflictive perpétuelle ?
524. L'incapacité du mort civil pour tester n'était pas douteuse en droit romain.
525. Doit-on mettre sur la même ligne que le condamné à une peine afflictive perpétuelle le condamné à une peine afflictive et infamante temporaire, qui est en état d'interdiction pendant la durée de sa peine ?
526. Du droit des étrangers de disposer à titre gratuit. — Ce qu'était ce droit à Rome. — Ce qu'il était autrefois en France. — Du droit de réciprocité admis par le Code Napoléon. — Loi du 14 juillet 1819.
527. Dans quelle forme doit être fait le testament d'un étranger en France ? — Application de la règle *locus regit actum*.
528. Sous Justinien, les moines furent privés du droit de tester. — Pour quelles raisons ? — En France, il était de droit public que les moines étaient morts civilement.
529. Il n'existe plus aujourd'hui d'incapacité légale contre les ecclésiastiques, quelles que soient les congrégations auxquelles ils appartiennent. — De l'institution des Frères de la doctrine chrétienne. — De la capacité civile des membres de cette institution *ut singuli*.
530. Des congrégations de femmes. — Décret du 3 janvier 1852. — Les religieuses ne sont point frappées de mort civile.
531. De l'incapacité du fils de famille en droit romain. — Sous le Code Napoléon, le fils de famille qui a l'âge requis peut disposer de ses biens.



532. De l'incapacité du mineur. — Renvoi.
533. De la femme mariée. — Renvoi.
534. *Quid* de la capacité du prodigue qui est privé de l'administration de ses biens ?
535. Y a-t-il des infirmités corporelles qui puissent mettre obstacle au droit de donner ou de tester ? — *Quid* de la vieillesse ?
536. *Quid* d'une maladie mortelle ?
537. *Quid* de la surdi-mutité ? — Le sourd-muet peut-il tester ?
538. Le sourd-muet peut-il faire une donation entre-vifs ?
539. Le sourd-muet qui ne sait pas écrire peut-il faire cet acte par signes ?
540. Un aveugle peut-il faire un testament en la forme olographe.
541. Des incapacités passives ou de recevoir. — Elles sont absolues ou relatives.
542. Des incapacités absolues. — Du mort civilement.
543. Peut-il recevoir des dons manuels excédant les aliments ? — Renvoi.
544. Des personnes incertaines. — Rigueur de l'ancien droit romain corrigée par Justinien.
545. L'ancienne jurisprudence autorisait les legs faits à personnes incertaines *ex certo genere*.
546. Peu importe que la personne soit inconnue du testateur, si cette personne se trouve désignée suffisamment par le testament, et s'il est certain que la disposition n'a pas été faite au hasard. — Exemples.
547. *Quid* si les libéralités sont faites de telle sorte que la personne appelée à la disposition n'était point conçue à l'époque du décès du testateur ? — Renvoi.
548. La faculté d'élire est valable quand elle est renfermée dans le cercle des personnes désignées. — Réfutation d'une opinion de M. Jaubert au Tribunal.
549. Le legs fait à un exécuteur testamentaire, pour être employé suivant les intentions secrètes du testateur, est-il valable ? — Arrêt de cassation qui annule un legs fait aux jésuites de Saint-Acheul.
550. Arrêts en sens contraire, dans des espèces analogues, rendus par les anciens parlements.
551. Cette jurisprudence, cependant, n'allait pas jusqu'à autoriser des legs pour des sommes indéfinies.

552. En outre, la faveur accordée aux dépôts testamentaires était indépendante de la question de dépôt entre-vifs. — Il en serait de même aujourd'hui aux termes de l'art. 1939.
553. Le mandat donné par testament de remettre une chose à une personne désignée est valable. — *Quid* si la personne n'a pas été désignée dans le testament ?
554. Motifs de l'ordonnance de 1735 qui déclare nulles les dispositions testamentaires, ou à cause de mort, qui ne sont pas faites par écrit.
555. Malgré le silence du Code, il n'est pas douteux que la disposition secrète dont il s'agit ne serait point valable.
556. De la capacité passive des établissements publics et des corps moraux. — Renvoi à l'art. 940.
557. Peu importe que le corps moral ne soit pas nominativement désigné.
558. Est valable la disposition suivante : « Je veux que, mes dettes » payées, le résidu de mes biens soit employé en messes pour » le repos des âmes de mon mari, de mes père et mère, de ma » fille et de la mienne. »
559. Les legs faits à Dieu, aux saints, à la vierge Marie sont valables ; ils sont réputés faits aux fabriques.
560. Le langage mystique du testateur ne détruit pas une disposition dont le sens n'est pas douteux. — Espèces jugées à Turin et en Corse.
561. En quel sens des legs faits à des animaux sont valables.
562. Transition.
563. De l'incapacité passive, en droit romain, de la veuve qui se remariait ou malversait dans l'an de deuil. — Différence de législation en France. — Capacité de la femme sous le Code Napoléon.
564. De l'incapacité des moines dans l'ancien droit français. — Ils ne sont frappés aujourd'hui d'aucune incapacité de recevoir.
565. Des congrégations des religieuses autorisées par la loi du 24 mai 1825.
566. Peut-on donner, en France, par testament ou par donation, à un religieux étranger mort civilement d'après la législation de son pays ?
567. Énumération des incapacités relatives.



568. Y a-t-il incapacité relative entre concubins? — Du concubinage en droit romain. — Distinction entre la *focaria* et la concubine.
569. Ancien droit français. — *Donation en mariage ni concubinage ne vaut.* — Lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII. — Comment le silence du Code doit être interprété
570. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour laisser subsister les dons entre concubins;
571. A moins qu'il n'y ait eu captation frauduleuse.
572. Des dons et legs dans le cas où le concubinage prend le caractère d'adultère. — Le Code n'a point adopté, sur ce point, les principes du droit romain et de l'ancienne jurisprudence.
573. De l'incapacité passive résultant de l'indignité. — Différence entre l'indigne et l'incapable.
574. Des causes d'indignité admises par le Code.
575. De la condamnation pour avoir donné la mort au défunt.
576. De la dénonciation capitale contre le défunt jugée calomnieuse.
577. Du défaut de dénonciation du meurtre du défunt. — En droit romain, l'héritier, qui ne poursuivait pas les meurtriers du défunt, était indigne. — Pourquoi en France suffit-il qu'il dénonce le meurtre?
578. Sens du mot *meurtre*. — Dans le cas où le ministère public a pris l'initiative, l'héritier n'est pas tenu de faire la dénonciation.
579. Les enfants de l'indigne venant à la succession du défunt, par représentation, sont indignes comme lui.
580. Celui qui serait indigne de succéder immédiatement est-il aussi indigne de succéder médiatement par le moyen d'un tiers? — Opinions contraires de Bartole et de Cujas. — Dans le silence du Code, l'affirmative doit être adoptée.
581. Les règles tracées par le Code, au titre *des Successions*, sur l'indignité, sont applicables aux successions testamentaires.
582. Renvoi quant à l'indignité en matière de donation entre-vifs.

## COMMENTAIRE.

509. Nous avons examiné précédemment si la donation et le testament sont de droit naturel, et nous avons résolu par l'affirmative cette question simple en elle-même, mais

trop obscurcie par de longs préjugés. La conséquence de cette solution est que la capacité de donner et de tester est de droit commun, c'est-à-dire qu'elle appartient à tout le monde, si ce n'est à ceux que la loi en a expressément privés.

Autrefois les jurisconsultes n'étaient pas plus d'accord sur ce point que sur celui dont il est le corollaire. Doneau disait formellement : *Omnes testamentum facere possunt, qui non prohibentur* (1). Au contraire, Osuald Hilliger, son annotateur, est d'avis que nul ne peut tester, excepté ceux à qui la loi le permet (2), et Furgole incline vers cette opinion, sur le fondement de la loi 3, D., *Qui test. facere possunt*, portant. « *Testamenti factio non privati sed publici juris est* (3). » Mais de ce que le droit public intervient dans les testaments et les libéralités pour en prévenir les abus, il ne s'ensuit pas qu'il les enlève au droit naturel pour l'essence et le fond. La disposition de la propriété est de droit naturel, comme la propriété même. Quiconque est propriétaire a le droit de disposer de sa chose, soit entre-vifs, soit à cause de mort. Telle est la règle souveraine; il faut une exception expresse et spéciale pour la faire fléchir. Quand on pense autrement, c'est qu'on ne part pas des vrais principes sur lesquels repose le droit de propriété. On limite ce droit souverain dans une de ses plus légitimes conséquences.

Tenons donc pour certain que, quiconque n'est pas privé par interdiction du droit de tester, jouit de cette prérogative éminente. Il suit de là que la présomption est en faveur de la capacité, et cette présomption ne cesse que par une preuve contraire tirée du texte de la loi. En voici un exemple :

Autrefois, on cherchait très-savamment si les eunuques peuvent tester, et plusieurs jurisconsultes, se mettant en

(1) VI, 4, 1.

(2) Sur Doneau, *loc. cit.*, note 2.

(3) Ch. 4, n° 45. Junge l. 1, D., *Ad leg. Falcid.*



frais d'observations physiologiques, leur refusaient ce pouvoir : « *Quia non pubescunt et quia nec viri nec mulieres, sed tertium genus habiti* (1). » C'était très-spirituel et très-ingénieux ; mais était-ce concluant ? Accurse s'en tirait par une autre raison peu digne de la gravité d'un jurisconsulte. « *Non habent testes, dit-il, quos testamentum requirit.* » Notre texte écarte de pareilles questions : il en montre même la frivolité. La capacité civile est dans l'intelligence et non dans la conformation corporelle. Tout être intelligent est dans la communauté humaine et jouit du droit commun.

Notre article n'a pas donné le détail des incapacités que la sagesse du législateur a fait établir ; il se réfère aux dispositions éparses dans le Code. Essayons de les parcourir ; car cette matière est importante, et c'est avec raison que la loi 4, D., *Qui test. facere possunt*, a dit : « *Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem* (2). »

Parlons d'abord des incapacités actives ; nous parlerons ensuite des incapacités passives.

510. Les incapacités, qui proviennent du défaut de volonté, nous ont assez occupé dans le commentaire de l'article 901. Nous n'avons plus rien à dire ici de cette intégrité de jugement, *sinceritas mentis*, qui est si nécessaire dans les libéralités. Il nous suffit de renvoyer à l'art. 903 pour les vices de la volonté qui résultent de l'âge.

511. La mort civile engendrait autrefois une grave incapacité de disposer.

Ce n'est pas le lieu de faire l'histoire de la mort civile et de rechercher les sérieuses critiques (3) sous lesquelles elle

(1) Hilliger sur Doneau, VI, 5, note 45.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 474, n° 1.

(3) Voy. *Revue de législ.*, 1849, art. de M. Cauvet, professeur suppléant à Caen. V. aussi la *Revue étrangère*, juin 1850, art. de M. Molinier, profes-

a fini par succomber. Aujourd'hui, la mort civile n'existe plus ; la loi du 31 mai 1854 l'a abolie. Mais, tout en prononçant l'abolition de la mort civile, cette loi (1) a maintenu l'incapacité absolue des condamnés à des peines afflictives perpétuelles, en ce qui concerne le droit de disposer ou de recevoir par testament.

Toutes les questions d'incapacité par suite de mort civile, en cette matière, restent donc les mêmes ; seulement on n'appellera plus mort civile la cause de cette incapacité, aussi absolue que l'était la mort civile. Il n'y aura que le nom de changé.

512. D'après l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854, le condamné à une peine afflictive perpétuelle, semblable au mort civil, est incapable de tester et de donner entre-vifs (2) : il est également incapable de recevoir par donation ou par testament (3), à moins que ce ne soient des aliments (4). La condamnation perpétuelle produit une incapacité si radicale, que, si un testament est fait par un homme *integri status*, ce testament est comme non avenue si cet homme est frappé d'une peine afflictive perpétuelle.

Cependant, de même que le mort civil, le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est pas incapable des actes du commerce des hommes ; il peut acheter et vendre ; il peut prêter à intérêt, passer un bail, etc. (5). Son état ne

seur de droit à Toulouse. M. de Savigny, *Traité du droit romain*, t. II, p. 454. M. Merlin, *Répert.*, v° *Mort civile*.

(1) Art. 3.

(2) Capacité de donner : L. 2. L. 8, § 4, D., *Qui test. facere poss.* L. 4, § 2, D. *De leg.*, 3°. Cujas, *XIV<sup>e</sup> observ.*, 42. — Capacité de recevoir : L. 4, C., *De hered. instit.* L. 3, D., *De his quæ pro non scripto*, etc.

(3) Richer, *Mort civile*, p. 225. Despeisses, *Donations*, p. 210, n° 45.

(4) L. 46, D., *De interd. et releg.*

(5) L. 45 et 46, D., *De interd. et releg.* Cujas sur la loi 424, D., *De verb. oblig.*



met pas fin à la rente viagère qui est assise sur sa tête, et qui se continue pendant sa vie naturelle (1).

Pour concilier cette apparente contradiction, on peut dire que le testament et la donation sont des actes du pur droit civil, tandis que la vente, le bail, etc., etc., sont des actes du droit des gens; qu'ainsi, il n'y a rien que de logique à défendre au condamné mort civil les premiers, tandis qu'on le laisse dans le droit commun pour les seconds. Mais cette explication laisse quelque chose à désirer, et nous ne l'admettons pas absolument.

Il est clair, en effet, que la donation se rattache au droit des gens, aussi bien que l'échange, la vente et le louage (2). Nous tenons également que le testament procède du droit naturel aussi bien que les autres manières de disposer de la propriété (3), et nous considérons comme dangereuse et fautive toute théorie contraire. Il faut avouer pourtant que, quant à la forme et à la quotité disponible, la donation et le testament reçoivent du droit civil une très-profonde impression (4). C'est par un emprunt fait au droit civil que ces actes de la vie se manifestent solennellement et deviennent une loi pour la famille et pour les tiers. Voilà la raison unique pour laquelle le condamné perpétuel a été assimilé au mort civil et n'y saurait participer. Exclu du droit civil et de ses avantages, il ne peut s'emparer de ses formes privilégiées, sans faire, à certaines prérogatives de la vie civile, un retour qui lui est interdit.

513. M. de Savigny n'a pas bien compris cette pensée, qui était aussi celle du Code Napoléon en ce qui concerne la

(1) Art. 1981.

(2) M. de Savigny, t. II, p. 157. *Supra*, nos 9, 10, 11.

(3) *Supra*, nos 42 et suiv.

(4) *Supra*, 44.

mort civile (1). Suivant lui, on ne peut pas dire que ce sont certaines formes déterminées qui font interdire au mort civil l'usage de la donation; car, au delà de 150 fr., la vente, l'échange et le louage sont également astreints à une forme déterminée (2).

Cette objection n'a aucune valeur. Et, en effet, est-ce que cette forme déterminée, que la loi impose aux contrats ordinaires au delà de 150 fr., est nécessairement une forme solennelle? Est-ce qu'elle ne peut pas se produire sous la simple enveloppe d'un acte sous seing privé? Est-ce qu'il y a la moindre parité à établir entre des conventions si dégagées d'entraves et dont la preuve écrite peut se trouver jusques dans des lettres missives, et la donation et le testament qui ne sauraient jamais se passer de solennités sacramentelles (3)?

514. Et comme les dons manuels d'effets mobiliers sont en dehors des formes solennelles de la loi et qu'ils restent placés sous la protection du droit naturel, il s'ensuit que le condamné, de même que le mort civil, peut donner et recevoir par ce mode facile et prompt (4). C'est aussi ce que n'a pas compris M. de Savigny, qui a apporté dans cette question l'esprit absolu d'un jurisconsulte spéculatif (5).

515. Cette incapacité du condamné étant une imitation de celle que le Code Napoléon attachait à la mort civile, il convient d'examiner si, en ce qui concerne la donation, l'incapacité prononcée par ce même Code à l'égard du mort civil était une innovation législative.

En d'autres termes, avant le Code Napoléon, le mort civil

(1) *Loc. cit.*, p. 157.

(2) Art. 1344, C. Nap.

(3) M. Merlin a commis un peu de l'erreur de M. de Savigny, Répert., v<sup>o</sup> *Mort civile*, § 4, art. 2, n<sup>o</sup> 5.

(4) M. Locré, t. I, p. 388. M. Toullier, t. I, n<sup>o</sup> 282. *Infra*, n<sup>o</sup> 543.

(5) T. II, p. 155, note G.



était-il incapable de donner, soit d'après le droit romain, soit d'après l'ancienne jurisprudence ?

Ce point n'est pas sans importance.

En ce qui concerne le droit romain, deux autorités se présentent à nous dans un sens contraire. M. Grenier enseigne que le mort civil était incapable de donner (1); et M. Merlin, qu'il avait à cet égard toute capacité (2). Mais ces auteurs ont traité la question sans y apporter leur érudition ordinaire. Nous allons chercher d'y pénétrer plus profondément.

516. M. Merlin a dit que, par le droit romain, la donation était un acte du droit des gens (5). Cette proposition n'est pas vraie dans sa généralité; on s'en convaincra aisément en distinguant les différentes époques où la législation a fait subir aux donations des changements notables.

En effet, si l'on veut remonter à l'origine de la donation, il faut convenir sans doute qu'elle procède du droit des gens. Aussitôt que les hommes se sont fréquentés, ils ont cherché par des libéralités à s'entretenir en amitié (4).

Mais le droit civil s'est emparé de la donation pour l'organiser et lui imposer des lois. Voici les métamorphoses qu'il lui a fait subir.

Dans l'ancien droit romain, la donation n'était parfaite que par la stipulation, ou bien par la tradition, ou bien par la mancipation, c'est-à-dire par la vente imaginaire, *per aes et libram* (5). Je m'explique. Il ne suffisait pas que le consentement respectif fût intervenu. La loi Cincia exigeait encore que si la chose donnée était chose de mancipation, *res man-*

(1) *Disc. prélim.*, p. 54, 55.

(2) *Répert.*, v° *Mort civile*, § 4, art. 2 n° 5.

(3) *Répert.*, v° *Mort civile*, p. 404.

(4) *Supra*, n° 11.

(5) Janus à Costa sur les *Instit.*, p. 464, note 5 et 6. *Fragm. Vatic. donat.*, *Ad legem Cinciam*, §§ 315 et 266.

*cipi* (1), la mancipation solennelle intervint; si au contraire la chose donnée était *res nec Mancipi* (2), elle exigeait la tradition. Si les formalités de la mancipation n'eussent pas été observées dans la donation des choses *Mancipi*, la donation n'aurait pas été parfaite, quand même la tradition serait intervenue, ainsi qu'on le voit dans Pline le Jeune (3), et le donateur aurait continué à rester seul maître quiritaire de la chose.

Il arrivait quelquefois que la donation n'était suivie ni de tradition ni de mancipation. Dans ce cas, s'il n'y avait eu qu'une simple convention de donner gratuitement, cette convention, ne formant qu'un pacte, ne pouvait produire aucune action contre le donateur. Pour donner à cette convention le caractère et la force d'un contrat, il fallait la revêtir des solennités de la stipulation; alors, le stipulant pouvait agir contre le promettant, pour contraindre ce dernier à faire, par mancipation ou par tradition, la donation promise (4).

Arrêtons-nous à ce point de la jurisprudence romaine.

517. On aperçoit aisément que la donation par mancipa-

(1) On appelait *res Mancipi* les héritages urbains ou ruraux situés en Italie et les servitudes attachées à ces derniers; on y comprenait aussi les esclaves et les animaux domestiques qui servent comme bêtes de trait ou de somme, c'est-à-dire les bœufs, les mulets, les chevaux et les ânes.

(2) Tout le reste était chose de non-mancipation, par exemple, les héritages situés hors de l'Italie, les éléphants, les chameaux et tous les autres animaux sauvages, enfin les servitudes urbaines et généralement toutes les choses incorporelles autres que les servitudes inhérentes au sol de l'Italie (Voy. Ulp., 49, fragm. 4; Caius, 4, *Inst.*, 420; 2 *ibid.*, 15, 16, 22, 29, 34; M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. I, p. 362, n° 455).

(3) Lib. 40, *Epist.* 3. Voy. *Pand.* de Pothier, t. III, p. 34, n° 44. Caius, 2, *Inst.*, 44, 42. Ulpian, 49, fragm. 8. M. Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. I, p. 457.

(4) Julian., l. 2, §§ 4 et suiv., D., *De donat.* Ulpian, l. 47, D. *De donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 35, n° 48. M. Ducaurroy, t. I, p. 393.



tion ne pouvait pas être faite par un mort civil. La mancipation était une solennité du droit civil; c'était une forme d'aliénation purement romaine (1). Voilà pourquoi Cujas dit (2) que la donation, faite avec la solennité de la mancipation, était une manière d'acquérir par le droit civil. « *Donatio quoque inter vivos, si fiat per traditionem nexi, sive mancipationem, civilis acquisitio est* (3).

A la vérité, Ulpien nous apprend que la mancipation pouvait avoir lieu entre d'autres personnes que les citoyens romains. — « *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios, Latinosque junianos, eosque peregrinos quibus commercium datum est* (4). » Mais que doit-on conclure de là ?

Les Latins *colonarii* étaient des étrangers, *peregrini*, habitants de villes ou colonies situées hors du Latium ou même de l'Italie, à qui Rome avait accordé le droit du Latium, *jus Latii*. Ce droit consistait dans la communauté de certains droits avec le peuple romain, c'est-à-dire la communauté de certaines cérémonies religieuses, celle de la mancipation, du gage, *nexus*, etc. Nîmes, au rapport de Strabon, jouissait du *jus Latii*. Les villes latines coloniales avaient le privilège de se gouverner par leurs lois et leurs magistrats; seule-

(1) Voy. Pothier, t. 4. note B, p. 46.

(2) X<sup>e</sup> observat., 28.

(3) On demandera si un non-citoyen pouvait posséder une chose de mancipation. Quoique cela paraisse étrange, il faut répondre qu'il le pouvait, et voici comment cela se faisait : Un citoyen romain remettait à un non-citoyen une chose *mancipi*, mais il n'observait pas les solennités de la mancipation. D'après le droit quiritaire, la propriété n'avait pas changé de main; mais, par l'effet de la tradition, les jurisconsultes décidaient, contre la rigueur logique de l'ancien droit, qu'elle était *in bonis*. Elle avait donc deux maîtres, l'un par le droit civil, l'autre par le droit des gens. (*Inst.* de Caius, comm. 2, §§ 40 et 41; M. Ducaurroy, t. I, nos 458 et 459.)

(4) *Fragm.*, tit. 49, § 4.

ment elles payaient à Rome un tribut, et fournissaient un contingent de troupes auxiliaires en temps de guerre (1).

Les Latins *juniani* étaient ceux qui étaient affranchis *inter amicos*, c'est-à-dire sans solennité. Cet affranchissement ne leur donnait pas le *jus civitatis*; il leur donnait seulement, en vertu de la loi Junia, le droit dont jouissaient les Latins : voilà pourquoi on les appelait *Latini juniani* (2). Ils étaient donc *peregrini*, quoique, sous certains points, ils participassent à quelques-uns des privilèges du droit de cité.

Enfin, Ulpien ajoute que la mancipation peut avoir lieu avec les pérégrins auxquels le commerce a été accordé.

Mais entend-il placer les morts civils sur la même ligne que ces pérégrins ?

Ce qui rend cette question difficile à résoudre, c'est que Marcien, dans la loi 15, D., *De interd. et releg.*, dit que le déporté peut acheter, vendre, échanger, prêter à intérêt, etc. *Emit et vendit, locat, conducit, permutat, fenus exercet et cætera similia* (3).

Or, tout cela, n'est-ce pas faire ce qu'Ulpien appelle le commerce? Ne peut-on pas dire d'eux que *commercium eis datum est*? Alors donc, ils peuvent pratiquer les solennités de la mancipation. Il paraît que telle est l'opinion de Godofroy; car il renvoie du texte du fragment d'Ulpien à la loi 15, *De interd. et releg.*

Je ne crois pas cependant que cette conclusion puisse être admise.

Le déporté était tout à fait retranché de la cité; en ce qui concerne les droits civils, il était considéré comme mort. *Deportatus comparatur mortuo*, dit Cujas (4). Qu'il fasse les

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 45, nos 49 et 21. Caius, *Inst.*, 4, § 22.

(2) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 46, n<sup>o</sup> 26. Caius, *Inst.*, comm. 4, § 22.

(3) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 525, n<sup>o</sup> 45.

(4) Sur la loi 121, D., *De verb. oblig.*



actes de commerce nécessaires pour sa subsistance, il le peut sans doute; car il faut bien qu'il emploie les moyens de conserver sa vie naturelle. Mais il ne peut employer que les moyens du droit des gens et nullement ceux du droit civil. Il sera dans le cas de tous les étrangers, *peregrini*, à qui Rome n'avait pas accordé le *commercium* dont parle Ulpien. Ceux-là, sans doute, pratiquent le droit des gens: ils louent, ils vendent, ils achètent, ils prêtent; mais ils ne peuvent pas se servir des solennités de la mancipation. C'est Ulpien qui nous le dit. Le déporté doit être assimilé à ces pérégrins.

Tous les pérégrins n'étaient pas traités d'une manière également dure. Plusieurs, comme nous l'avons vu, entraient dans une certaine communication du droit civil avec les Romains; non-seulement ils pouvaient acheter, vendre, louer, prêter, conformément au droit des gens; mais ils le pouvaient encore en pratiquant les formalités du droit civil romain. C'est de cette communication des relations civiles que veut évidemment parler Ulpien. Il n'est pas possible qu'il entende parler des actes de commerce du droit des gens; pour cela, il n'était pas nécessaire que Rome fit une concession à ces pérégrins (*concessum est*). Le droit des gens appartient à tout le monde. La concession portait sur la communication de certains droits civils, en vertu desquels ces pérégrins pouvaient employer dans le commerce de la vie les solennités romaines.

Aussi Pothier, dans ses *Pandectes*, n'hésite-t-il pas à dire que les déportés ne peuvent exercer les actes légitimes et civils. « *Cum ea quæ juris civilis sunt non habeat deportatus, hinc civiles et legitimos actus exercere non potest* (1). »

Or, la mancipation était un acte légitime d'après la loi 77, D., *De regulis juris*, tirée du livre 28 des *Quæst.* de Papinien.

(1) *Pand.*, t. III, p. 525, n° 45.

518. Mais le déporté pouvait-il faire une donation par la voie de la stipulation? Cujas résout ainsi cette difficulté: « *Ex stipulacione deportatus obligari non potest, quia stipulatio est juris civilis* (1).

Mais il faut bien prendre garde que Cujas ne peut entendre parler ici que de la stipulation solennelle qui se faisait par ces paroles: « *Dari spondes? spondeo.* » Car les stipulations conçues dans d'autres termes n'étaient pas solennelles; elles appartenait au droit des gens; les pérégrins pouvaient s'en servir. C'est ce que nous apprend Cælius dans ses *Institutes*. « *Sed hæc quidem verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium romanorum est: cæteræ vero juris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive Romanos, sive peregrinos, valent* (2). » C'est, sans aucun doute, de ces stipulations non solennelles que parle Ulpien dans la loi 1, § 6, D., *De verb. oblig.*, où il dit qu'on pouvait employer pour les faire des paroles grecques, carthaginoises, ou même assyriennes. Il ne peut évidemment entendre parler de la stipulation solennelle; car tous les actes solennels devaient être faits en langue latine (3). C'est aussi dans ce sens qu'il faut prendre la loi 8, § ult., D., *De accept.*, dans laquelle Ulpien nous apprend que l'acceptilation était du droit des gens. « *Hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio...* » Sans doute, elle était du droit des gens, dans tous les cas où l'on n'employait pas les paroles solennelles et sacramentelles. Le passage des *Institutes* de Cælius éclaircit avec la plus grande évidence ce point de droit un peu obscur jusqu'à ce jour (4).

(1) Sur la loi 121, D., *De verb. oblig.*

(2) Cælius, *Instit.*, comm. 3, § 93.

(3) Janus à Costa, *Instit.*, *De verb. oblig.*, p. 328.

(4) Voy. les notes de Pothier, *Pand.*, t. III, p. 379, note C. Cujas sur la loi 5, D., *De just. et jure*; et Godefroy sur la loi 8, § ult., D., *De acceptil.*