

1017. Ici se terminent les dispositions relatives aux enfants et descendants appelés par le préteur, par les empereurs ou par Justinien, au rang des héritiers siens. — Une remarque générale qu'il faut faire à leur égard, c'est que, n'ayant pas véritablement la qualité d'héritiers siens, ils ne sont pas héritiers nécessaires, la succession ne leur est pas acquise forcément et de plein droit. — Mais cette observation ne regarde pas les enfants donnés en adoption, qui, d'après la constitution de Justinien, restent héritiers siens, puisqu'ils ne sortent ni de la puissance, ni par conséquent de la famille du père naturel.

TITULUS II.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege Duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

TITRE II.

SUCCESSION LÉGITIME DES AGNATS.

S'il n'y a aucun héritier sien, ou aucun de ceux appelés par le préteur ou par les constitutions au rang des héritiers siens, qui recueille d'une manière quelconque l'hérédité, alors, d'après la loi des Douze Tables, elle appartient au plus proche agnat.

1018. L'ordre des agnats n'arrive que lorsque celui des héritiers siens et des descendants rangés parmi les héritiers siens se trouve absent ou déchu. Cependant, parmi les héritiers siens, comme parmi les agnats, la règle était, ainsi que nous l'expliquerons ci-dessous, n° 1028, qu'il ne se faisait pas de dévolution successive de l'un à l'autre : c'est-à-dire que si les plus proches refusaient, l'hérédité ne passait pas aux suivants; ni, en cas de refus de ceux-ci, aux subséquents. Mais comme les héritiers siens proprement dits ne pouvaient pas refuser, l'existence d'un seul empêchait toujours forcément les agnats d'arriver.

L'ordre des agnats, de même que celui des héritiers siens, n'est pas resté, dans sa composition primitive, telle qu'elle existait d'après la loi des Douze Tables. Nous aurons à examiner successivement les modifications qu'ont pu y apporter 1° une jurisprudence intermédiaire; 2° le droit prétorien; 3° les constitutions impériales avant Justinien; 4° les constitutions de Justinien.

Agnats, d'après la loi des Douze Tables.

II. Sunt autem agnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur: nec requiritur an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad

I. Du reste, sont agnats, comme nous l'avons déjà exposé au premier livre, les cognats unis par les personnes du sexe masculin; pour ainsi dire, cognats par le père. Ainsi les frères nés du même père sont agnats: on les nomme aussi consanguins: peu importe qu'ils aient ou non la même mère. De même l'oncle paternel et le fils de son frère sont agnats l'un de l'autre; comme aussi les frères patruels, c'est-à-dire les enfants issus de deux frères, qui se

plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem; sed iis qui tunc proximior gradu sunt, cum certum esse coeperit aliquem intestatum decessisse.

nomment également cousins; et ainsi de suite, pour les degrés plus éloignés d'agnation. Ceux qui naissent après la mort de leur père n'en ont pas moins les droits de consanguinité. Mais ce n'est pas à tous les agnats simultanément que la loi donne l'hérédité: c'est seulement à ceux qui sont au degré le plus proche, au moment où il devient certain que le défunt est mort intestat.

1019. Nous avons déjà défini les agnats (t. I, *Hist.*, n° 122, *Génér.*, n° 64, et tom. II, n° 194); cependant de ce fragment d'Ulpien: « Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum: » nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent: » tamen omnes qui *sub unius potestate fuerunt*, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt (1), » on a cru pouvoir conclure qu'il n'y a d'agnats que ceux qui se sont trouvés effectivement soumis ensemble à la puissance d'un même chef. Nous ne saurions admettre cette opinion. Ulpien, ici, ne s'exprime d'aucune manière restrictive; il ne songe même pas à donner une définition des agnats. Ce qu'il en dit n'est dit qu'incidemment et par forme de raisonnement; mais quand il veut les définir, voici en quels termes il le fait: « Adgnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti: nam post suos et consanguineos statim mihi proximus est consanguinei mei filius, et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur: » *deinceps ceteri, si qui sunt, hinc orti in infinitum* (2). » Cette définition, traditionnelle dans tous les textes du droit romain, « *adgnati sunt cognati per virilis sexus personas*, » ne comporte l'idée d'aucune limite; et cette idée est formellement repoussée par ces mots d'Ulpien: *deinceps ceteri in infinitum*; et par ceux-ci: *longissimo gradu; etiam si longissimo gradu sit*, que les textes nous offrent plus d'une fois (3). Elle l'est aussi, sans réplique, par le paragraphe qui suit.

III. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est quin improprie consanguinei appellantur. Item, si quis ex ceteris agnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitatur.

2. L'adoption établit aussi le droit d'agnation; par exemple entre les fils naturels et ceux que leur père a adoptés. Et nul doute que le titre de consanguins ne leur soit applicable, quoique improprement. De même, si l'un de tes agnats, par exemple ton frère, ton oncle paternel ou tout autre à un degré plus éloigné, adopte quelqu'un, ce dernier entre indubitablement au nombre de tes agnats.

1020. En somme, nous devons remarquer que tous ceux qui, par rapport au chef de famille, étant soumis à sa puissance,

(1) Dig. 50. 16. *De verb. signif.* 195. § 2. fr. Ulp. — (2) Dig. 38. 16. *De suis*, 2. § 1. fr. Ulp. — (3) Voir ci-dessous, § 3; et tit. 6. § 12.

étaient héritiers siens, tous ceux-là, entre eux, et par rapport à tous les autres membres de la famille, étaient agnats. Et réciproquement, tous ceux qui, par rapport au chef, n'étaient pas héritiers siens, soit parce qu'ils étaient sortis de sa puissance, soit parce qu'ils n'y avaient jamais été, tous ceux-là par rapport aux membres de la famille, n'étaient pas agnats. Ainsi, de même que nous avons compté hors des héritiers siens, de même nous compterons hors des agnats : 1° les enfants émancipés; 2° ceux donnés en adoption; 3° les descendants par les femmes.

Telle était la composition de l'ordre des agnats d'après la loi des Douze Tables. Si donc le droit prétorien ou les constitutions impériales ont eu quelques adoucissements à apporter à ce droit primitif, c'est, de même que pour l'ordre des héritiers siens, sur ces trois classes qu'ils ont dû les faire porter.

Mais avant de nous occuper de leurs dispositions, nous avons à examiner une jurisprudence intermédiaire, qui, loin d'étendre le cercle des agnats, tel qu'il était tracé par les Douze Tables, l'avait au contraire restreint.

Jurisprudence intermédiaire par rapport aux agnats.

III. Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiam longissimo gradu, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant: masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patris tui filia, vel amicitæ tuæ hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur. Ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex Duodecim Tabularum nullo modo introduxit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos sive masculos sive feminas cujuscunque gradus, ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege Duodecim Tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam diffe-

3. Entre les hommes, l'agnation jusqu'au degré le plus éloigné, donne un droit réciproque à l'hérédité. Mais quant aux femmes, on voulait qu'elles ne pussent acquérir l'hérédité que par droit de consanguinité si elles étaient sœurs et non au delà; tandis que leurs agnats mâles étaient admis à leur hérédité à elles, jusqu'au degré le plus éloigné. Ainsi tu succèdes à la fille de ton frère ou de ton oncle paternel, ou à ta tante paternelle; mais elles ne te succédaient pas. On l'avait ainsi établi, parce qu'il paraissait avantageux de concentrer généralement les hérédités sur les mâles. Mais comme il était de toute iniquité qu'elles fussent universellement exclues comme étrangères, le préteur les admet, par son édit, à cette possession des biens qu'il donne à la proximité du sang: ordre dans lequel elles ne sont admises que s'il n'existe aucun agnat ni aucun cognat plus proche qu'elles. Du reste, la loi des Douze Tables n'avait introduit aucune de ces distinctions; mais s'attachant à une simplicité amie des lois, elle appelait indistinctement tous les agnats, mâles ou femmes, quel que fût leur degré, à la succession les uns des autres. Ce fut une jurisprudence intermédiaire, plus jeune que la loi des Douze Tables, mais antérieure à la législation impé-

rentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omnia successione incognita: donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem Duodecim Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes, et ad jus Duodecim Tabularum eandem dispositionem exquantas, nostra constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini generis sive feminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari secundum sui gradus prærogativam; nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

riale, qui, par des idées de subtilité, introduisit cette différence, et repoussa entièrement les femmes de la succession des agnats, aucun autre ordre de succession n'existant alors; jusqu'à ce que les préteurs, corrigeant peu à peu la rigueur du droit civil, ou suppléant à ses lacunes, eussent, par une disposition d'humanité, ajouté dans leurs édits un nouvel ordre. Alors, la ligne des cognats se trouvant introduite selon le degré de proximité, ils venaient au secours des femmes par la possession des biens, et leur donnaient celle qui se nomme UNDE COGNATI. Mais nous, revenant à la loi des Douze Tables, et rétablissant sur ce point ses dispositions, tout en louant les préteurs de leur humanité, nous pensons qu'ils n'ont pas apporté au mal un remède complet. Pourquoi, en effet, dans le cas où le degré de parenté naturelle et le titre d'agnation sont les mêmes entre des hommes et des femmes, pourquoi donner aux hommes le droit de venir à la succession de tous les agnats, et le refuser entièrement, parmi ces agnats, aux femmes, si ce n'est à la sœur seulement? C'est pourquoi, abrogeant complètement ces dispositions et les ramenant au droit des Douze Tables, nous avons ordonné par notre constitution que toutes les personnes légitimes, c'est-à-dire unies par la descendance masculine, hommes ou femmes, seront également appelées, selon leur degré, à la succession légitime ab intestat, et que les femmes n'en seront point exclues faute d'avoir, comme les sœurs, les droits de consanguinité.

1021. *Etiam longissimo gradu.* Ainsi, non-seulement le lien d'agnation, mais encore le droit d'hérédité qui y est attaché, s'étendent jusqu'à l'infini.

Consanguinitatis jure. Les consanguins, dit Paul dans ses Sentences, sont les frères et sœurs issus du même père (peu importe leur mère), restés jusqu'à sa mort sous sa puissance; les frères adoptifs non émancipés y sont aussi compris (1). On les nommait *consanguins*, parce que le même sang paternel leur était commun; par opposition aux frères *utérins*, qui, étant nés seulement de la même mère, n'étaient frères et sœurs que par le sein maternel.

Les consanguins étaient entre eux, les uns aux autres, les plus proches de tous les agnats. « Si sui heredes non sunt, ad agnatos

• (1) PAUL. Sent. 4. 8. 15.

» legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent, dit Paul dans ses Sentences (1); et la jurisprudence intermédiaire, qui exclut les femmes de la succession des agnats, leur laissa cependant celle des consanguins. « Soror, dit encore Paul, jure consanguinitatis tam ad fratris quam ad sororis hereditatem admittitur (2). »

Cette distinction établie porta les jurisconsultes à distinguer en quelque sorte, dans l'ordre des héritiers agnats, deux rangs : 1° celui des consanguins ; 2° celui des agnats proprement dits : « Consanguineis non existentibus adgnatis defertur hereditas (3). » Les femmes étaient comprises dans le premier, mais elles ne l'étaient pas dans le second. Tous leurs agnats du sexe masculin (*virilis sexus*) leur succédaient bien, mais, sauf à leurs frères et sœurs consanguins, elles ne succédaient à aucun (4).

Qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur. C'est, comme le dit plus bas le texte même, la possession *unde cognati*, dans laquelle le préteur ne considère que la proximité des liens de parenté naturelle, sans égard aux règles du droit civil. Mais l'ordre des cognats appelés par cette possession ne vient qu'en troisième rang, après l'ordre des agnats. Nous verrons ci-dessous ce qui le concerne.

Media autem jurisprudentia. Cette jurisprudence fut, comme l'indique le mot lui-même, et comme le dit la paraphrase de Théophile, l'œuvre des prudents. Il paraît, d'après ce qu'en dit Paul, que ce fut par une interprétation puisée dans l'esprit de la loi VOCONIA, que les prudents étendirent des successions testamentaires aux successions légitimes cette exclusion des femmes : « Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur. Idque jure civili Voconiana ratione videtur effectum (5). » Nous avons parlé, t. II, n° 719, de cette loi Voconia, qui avait frappé les femmes d'une certaine incapacité d'être instituées héritières, et qui avait été portée sous la république, l'an de Rome 585. La jurisprudence intermédiaire dont nous parlons ici est donc postérieure à cette époque.

Droit prétorien par rapport aux agnats.

1022. Le préteur n'avait introduit aucun parent au nombre des agnats : ni les émancipés, ni les adoptés, ni les descendants par les femmes. Il avait laissé cet ordre tel que la loi des Douze Tables et la jurisprudence intermédiaire l'avaient fait, sans y transporter personne ; se contentant, toutes les fois que les parents étaient exclus de l'ordre des agnats par la rigueur du droit civil, de les appeler à leur rang selon leur degré de parenté, dans son ordre des cognats, en cas que cet ordre vint à arriver à la succes-

(1) PAUL. Sent. 4. 8. § 13. — (2) *Ib.* § 16. — (3) *Ib.* § 17. — (4) GAI. 3. 14. — (5) PAUL. Sent. 4. 8. § 22.

sion ; et le préteur le faisait arriver dès que l'ordre des agnats était déchu ou faisait défaut par une cause quelconque.

On peut donner pour raison de ces dispositions du préteur à l'égard de l'ordre des agnats, que cet ordre étant, à ses yeux, purement civil et contraire au lien de la nature, il n'avait pas voulu l'alimenter ; mais qu'il saisissait au contraire toutes les occasions qui le faisaient déchoir, afin d'appeler immédiatement à sa place son ordre des cognats : c'est ainsi que l'agnate non consanguine était appelée au troisième degré comme cognate (1).

Parents appelés au rang des agnats par les constitutions impériales antérieures à Justinien.

1023. Les constitutions impériales, non plus que le droit prétorien, n'introduisirent dans l'ordre des agnats aucun parent, soit émancipé, soit donné en adoption, soit descendants des femmes. Ces trois classes de collatéraux restèrent toutes sous la rigueur du droit civil jusqu'à l'empereur Anastase.

Cet empereur, en 498, par une constitution qui ne nous est pas parvenue, mais que nous trouvons rappelée dans un fragment inséré au Code de Justinien (2), et dans quelques autres passages (3), appela les frères et sœurs émancipés, en concours avec les frères et sœurs agnats, à la succession légitime, comme si l'émancipation ne les avait pas fait sortir de la famille ; toutefois, avec une certaine diminution, nous disent les Instituts. Cette diminution, qui ne nous est pas indiquée par les textes, était telle, d'après la paraphrase de Théophile (4), que le frère légitime devait avoir le double du frère émancipé : si ce dernier avait quatre onces, l'autre devait en avoir huit.

Du reste, cette faveur accordée par la constitution d'Anastase aux frères et sœurs émancipés, l'était à eux seuls ; mais non à aucun de leurs enfants ou autres descendants.

Rien n'était encore ordonné en faveur des frères, sœurs ou autres parents donnés en adoption, ou parents seulement par les femmes.

Parents appelés au rang des agnats par les constitutions de Justinien.

1024. *Par rapport aux femmes*, exclues par la jurisprudence intermédiaire, Justinien, comme nous venons de le voir, rétablit le droit des Douze Tables. Les femmes seront appelées comme les hommes, sans distinction, à leur rang d'agnation.

Par rapport aux frères et sœurs émancipés, Justinien, dans les Instituts, confirme purement et simplement la constitution

(1) GAIUS, 3. § 29. — (2) COD. 5. 30. 4. const. Anast. — (3) INSTITUTS, ci-dessous, tit. 5. § 1. — COD. 6. 58. 15. § 1. const. Just. — (4) PARAPH. DE THÉOPHILE, ci-dessous, tit. 5. § 1.

d'Anastase : ces frères et sœurs viendront à l'hérédité légitime avec une certaine diminution, et sans que la même faveur soit étendue à leurs enfants (1). Mais, par une constitution postérieure, datée de l'an 534, Justinien étend ces adoucissements faits au droit rigoureux : il appelle les frères et sœurs émancipés en concours avec les légitimes, sans aucune diminution, et il transporte la même faveur, après eux, au premier degré de leurs enfants, c'est-à-dire à leurs fils ou filles, mais non à leurs petits-fils ou petites-filles ; de sorte que les fils ou filles pourront, si leur degré est le plus proche, venir dans la succession de leur oncle ou tante, en concours avec les autres neveux ou nièces restés dans la famille (2).

Par rapport aux frères, sœurs ou autres parents donnés en adoption, nous savons que, d'après la constitution de Justinien, l'adoption, en règle générale, ne fait plus perdre les droits de famille.

Enfin, par rapport aux frères et sœurs utérins, unis entre eux par les femmes seulement, Justinien, par une constitution de l'an 528, les appela à la succession fraternelle, comme s'ils étaient agnats, en concours avec les frères et sœurs consanguins (3) ; et, plus tard, en 534, il appela aussi, aux rangs des neveux et nièces agnats, le premier degré de leurs enfants (4), ainsi que l'expose le paragraphe suivant.

IV. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem : ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patris sui vocentur ; sed etiam germanæ consanguinæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant : et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

4. Nous avons même cru devoir ajouter à notre constitution que tout un degré, mais un seul, serait transféré de la ligne des cognats dans la succession légitime : de telle sorte que non-seulement le fils et la fille d'un frère viendront, selon ce que nous avons déjà exposé, à la succession de leur oncle paternel ; mais encore le fils et la fille d'une sœur consanguine ou utérine viendront, mais eux seuls et personne au delà de ce degré, concourir avec les précédents à la succession de leur oncle maternel. Ainsi, à la mort de celui qui est aux enfants de son frère un oncle paternel, et à ceux de sa sœur un oncle maternel, les deux branches succéderont également, comme si, descendant tous de mâles, ils avaient un droit légitime à la succession ; pourvu, bien entendu, qu'il n'y ait ni frère ni sœur survivant. Car ces derniers intervenant et acceptant la succession, les degrés inférieurs se trouvent entièrement exclus, parce qu'ici l'hérédité ne se partage pas par souches, mais par têtes.

(1) INSTITUTS, ci-dessous, tit. 5. § 1. — (2) COD. 6. 58. 15. §§ 1 et 3. — (3) COD. 6. 56. 7. const. Just. — (4) *Ib.* 58. 15. §§ 2 et 3.

1025. *Hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.* Ce qui n'est pas une disposition spéciale pour ce cas particulier, mais une règle générale pour tout l'ordre des agnats, ainsi que nous allons l'expliquer sous le paragraphe suivant.

Après avoir ainsi exposé la composition de l'ordre des agnats, il ne nous reste plus qu'à faire connaître, avec le texte, quelques principes généraux relatifs à cet ordre de succession.

V. Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex Duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si, verbi gratia, sit defuncti frater et alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis, singulari numero usa, lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur : et tamen non dubium est quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

5. Entre plusieurs degrés d'agnats, la loi des Douze Tables appelle expressément le plus proche. Si donc le défunt laisse, par exemple, un frère et l'enfant d'un autre frère ou un oncle paternel, le frère est préféré. Et quoique la loi, s'exprimant au singulier, appelle le plus proche, nul doute cependant que, s'ils sont plusieurs du même degré, tous doivent être admis. De même, le plus proche suppose, à rigoureusement parler, qu'il y a plusieurs degrés ; et cependant nul doute aussi que, s'il n'existe qu'un seul degré d'agnats, l'hérédité ne leur en appartienne pas moins.

1026. A côté du principe exposé dans ce paragraphe, que les agnats sont appelés à l'hérédité suivant l'ordre des degrés, les plus proches excluant toujours et d'une manière absolue les plus éloignés, il faut poser cet autre principe, que, dans l'ordre des agnats, l'hérédité ne se partage pas par souches, mais seulement par têtes. « *Adgnatorum hereditates dividuntur in capita,* » nous disent les règles d'Ulpien (1). Ainsi, le partage par souches, dans lequel les enfants représentent leur père prédécédé et viennent, à l'aide de cette représentation, occuper son degré dans la succession et prendre sa part pour se la partager entre eux, ce partage reste exclusivement propre à l'ordre des héritiers siens : il n'a pas lieu pour les agnats. Il suit de là, par exemple, que jamais les enfants d'un frère prédécédé ne viendront concourir avec les frères ou sœurs vivants : ceux-ci étant plus proches en degré, les excluront entièrement. Il suit encore de là que si, tous les frères ou sœurs étant morts, ce sont les neveux et nièces qui arrivent à la succession, on fera une part égale pour chacun d'eux, sans distinguer de quelle souche ils viennent, ni s'ils sont un ou plusieurs dans cette souche. « *Velut, si sit fratris filius, ajoutent les règles d'Ulpien, et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personæ, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant* (2). »

VI. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, n'a fait aucun testament, s'examine à per hoc tempus requiritur, quo mortuus

6. La proximité, lorsque le défunt l'époque du décès. Mais s'il en a fait un,

(1) ULP. REG. 23. 4. — (2) ULP. REG. 26. 4.

est is cuius de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem extitutum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis saepe accidit ut, proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

1027. Cette règle n'est pas spéciale à l'ordre des agnats; mais générale pour toutes les successions *ab intestat*, ainsi que nous l'avons déjà dit ci-dessus, n° 997.

VIII. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum *successionem non esse*: id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum praetores, *imperfecto jure corrigentes*, non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus *successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam*; cum satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

1028. *Successionem non esse*. Le principe qu'il ne se fait pas de dévolution de l'hérédité d'un degré à l'autre était commun tant à l'ordre des héritiers siens qu'à celui des agnats. « *Successio in suis heredibus non est*, » nous dit un fragment d'Ulpien au Digeste (1); *In hereditate legitima successionem locus non est*, nous dit Paul (App. 2, liv. 3.) (2). Ainsi, la succession était déferée toute, mais une seule fois dans chaque ordre, au plus proche degré. Si tous les membres de ce degré la refusaient ou mouraient avant d'avoir fait adition, elle n'était pas dévolue au degré subséquent dans le même ordre, mais le droit entier de

(1) D. 38. 16. 1. § 8. — (2) PAUL. Sent. 4. 8. 23.

l'ordre étant épuisé, cet ordre était déchu et la succession passait au suivant; de cette manière, la dévolution se faisait d'un ordre à l'autre, mais non pas de degré en degré. Cependant il existe des distinctions à faire, à cet égard, entre l'ordre des héritiers siens et l'ordre des agnats.

Dans l'ordre des héritiers siens, la question de dévolution d'un degré à l'autre, de déchéance de l'ordre entier faute d'adition, ne pouvait pas se présenter à l'égard de ceux qui étaient siens proprement dits, puisque l'hérédité leur était acquise de plein droit.

Elle ne pouvait pas même se présenter pour savoir si, en cas d'abstention des plus proches héritiers siens, les héritiers siens subséquents auraient pu venir à leur place; puisque nous savons que l'abstention n'empêchait pas d'être héritier, et, par conséquent, n'ouvrait aucun droit à l'ordre subséquent, sauf l'appel, par le prêteur, des enfants du second degré, à défaut desquels seulement venaient les agnats (1). Mais la question de dévolution pouvait se présenter, même en droit civil, à l'égard des descendants qui, sans être *sui*, étaient seulement appelés, par la législation postérieure, au rang des héritiers siens, sans que l'hérédité leur fût acquise de plein droit.

Dans l'ordre des agnats, comme l'hérédité ne leur était acquise que par l'adition, la question de dévolution était entière. Dans cet état des choses, pour les uns comme pour les autres, la dévolution ne pouvait ou ne devait jamais avoir lieu.

Imperfecto jure corrigentes. Le prêteur se serait bien gardé d'établir la dévolution de degré en degré, dans l'ordre des agnats. C'eût été perpétuer cet ordre, tandis que l'esprit du droit prétorien était de profiter immédiatement de sa déchéance, afin d'appeler à l'hérédité l'ordre des cognats, selon leur degré de parenté naturelle. C'était dans cette succession prétorienne que la dévolution avait lieu.

Successionem in agnatorum hereditatibus non esse denegandam, nisi probablement à l'égard des personnes appelées au rang des héritiers siens, sans qu'elles le soient réellement. La raison est la même: pourquoi leur refuserait-on un droit qui est accordé aux agnats et aux cognats?

VIII. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

S. Est appelé pareillement à la succession légitime, l'ascendant qui émancipe son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille avec contrat de fiducie. Ce qui, par notre constitution, se trouve modifié en ce sens, que l'émancipation des enfants est toujours censée faite avec contrat de fiducie; tandis que, chez les anciens, cela n'avait lieu qu'autant que l'ascendant s'étant spécialement ménagé ce contrat, faisait la dernière manumission.

(1) Cod. 6. 58. 6. *De legit hered.* Const. Diocl. et Maxim.

1029. D'après la loi des Douze Tables et le droit civil rigoureux, quel était le rang héréditaire des ascendants dans la succession de leurs descendants? Étaient-ils compris dans l'ordre des agnats, et quel degré y occupaient-ils? Il est bien entendu que nous ne parlons ni des ascendants du côté maternel, ni des ascendantes elles-mêmes, soit la mère, soit l'aïeule ou autres, puisqu'ils ne faisaient pas partie de la famille civile; mais nous parlons seulement des ascendants paternels. A leur égard, il faut distinguer deux cas: 1° celui où leur descendant défunt était encore au moment de sa mort sous la puissance paternelle; 2° celui où il en était sorti du vivant des ascendants, par émancipation ou de toute autre manière.

Dans le premier cas, le défunt étant encore sous la puissance paternelle, fils de famille, ne pouvait avoir aucune hérédité, selon la loi des Douze Tables. A sa mort, celui des ascendants qui était chef de la famille reprenait, comme chose à lui appartenant, tous les biens que le fils de famille décédé pouvait, de son vivant, avoir eus à sa disposition. Or, comme le fils de famille ne pouvait devenir chef, et par conséquent susceptible de laisser une hérédité, que par la mort de tous ces ascendants paternels, puisque, tant qu'il en restait un, il passait successivement sous la puissance de l'un à l'autre, il suit de là qu'il ne pouvait jamais être question d'ascendants dans la succession légitime d'un chef de famille; à moins qu'il ne fût sorti de leur puissance, de leur vivant, par suite d'une émancipation ou de toute autre petite diminution de tête: ce qui forme le second cas à examiner.

Dans ce second cas, l'enfant étant sorti de la puissance paternelle, aucun lien de famille civile ne l'attachait plus à ses ascendants, qui par conséquent ne pouvaient avoir aucun droit légitime sur son hérédité.

Ainsi, soit, dans le premier cas, parce que le fils de famille défunt ne pouvait avoir aucune hérédité; soit dans le second cas, parce que le fils sorti de la famille n'était plus lié civilement à ses ascendants, jamais, selon la loi des Douze Tables, il ne pouvait être question d'ascendants dans la succession légitime.

1030. Voyons les modifications qui furent apportées à ce droit rigoureux dans ces deux cas; et en premier lieu, à l'égard des fils de famille soumis à la puissance paternelle.

L'introduction des pécules vint leur permettre d'avoir une hérédité testamentaire, d'abord sur leur pécule castrans, et ensuite sur leur pécule quasi-castrans. Mais cette modification ne s'étendit pas, dans le principe, à la succession *ab intestat*; car nous savons que si le fils de famille était mort sans avoir fait de testament, le chef ascendant reprenait tous ces pécules quelconques, non pas par droit héréditaire, mais par droit de puissance, et par préférence à tous, même aux enfants du défunt, selon le droit rigou-

reux (t. II, n° 688). Il n'y avait donc pas encore de succession *ab intestat* pour les fils de famille.

Ce genre de succession ne fut introduit à leur égard que postérieurement, par les constitutions impériales, et d'une manière tout exceptionnelle: c'est-à-dire seulement pour les biens qui auraient pu provenir au fils de famille, soit de sa mère, soit en général de sa ligne maternelle, par donation, legs ou autrement. Nous voyons par les constitutions d'abord de Théodose et de Valentinien (1), ensuite de Léon et d'Anthémios (2), et enfin de Justinien (3), qu'à l'égard de ce genre de biens, l'ordre de succession *ab intestat* du fils de famille est ainsi fixé: 1° ses enfants, fils ou filles, petits-fils ou petites-filles, et ainsi de suite; 2° ses frères et sœurs, soit du même lit, soit d'un autre; 3° son père ou autres ascendants, selon leur degré. Et, dans ce cas, il est tellement vrai que les ascendants arrivent en vertu d'un droit de succession qui leur est accordé, et non par droit de puissance paternelle, que si l'aïeul chef de famille et le père du défunt vivent tous deux, ce sera le père qui succédera aux biens maternels, comme le plus proche ascendant, et l'aïeul, quoique ayant la puissance paternelle, ne recueillera que l'usufruit auquel cette puissance lui donne droit (4).

Tout ceci, introduit spécialement en considération des liens du mariage et de l'origine maternelle des biens, était resté entièrement étranger aux pécules castrans ou quasi-castrans. Le chef de famille, en cas de décès du fils sans testament, recueillait toujours ces pécules par droit de puissance paternelle. Mais une disposition de Justinien, que nous avons vue ci-dessus (5), voulut que ces pécules ne lui revinssent que dans le cas où le fils décédé ne laisserait ni enfants, ni frères, ni sœurs. Ainsi, Justinien ouvrit encore, par rapport aux pécules castrans ou quasi-castrans du fils de famille, une sorte de succession *ab intestat*, dont l'ordre était ainsi réglé: 1° les enfants; 2° les frères et sœurs. A défaut, le chef de famille prenait les biens *jure communi*, selon les expressions de Justinien. Je ne fais aucun doute que ces expressions signifient qu'il les prenait par droit de pécule et non de succession. D'abord la paraphrase de Théophile le dit formellement: *jure communi, id est tanquam peculium paganum*. En effet, le droit commun, c'était ici le droit de pécule, et non l'ordre successif tout exceptionnel établi sur les biens maternels. D'ailleurs, les motifs particuliers qui avaient dicté les dispositions des empereurs à l'égard des biens maternels n'existaient plus ici. Enfin, il devient évident, d'après la comparaison des textes, qu'ici le droit est attribué à celui des ascendants qui est investi de la puissance paternelle, et que, si, par exemple, l'aïeul et le

(1) Cod. 6. 61. 3. — (2) *Ib.* 4. — (3) *Ib.* 59. 11. — (4) *Ib.* 6. 61. 3. — (5) *Inst.* 2. 12. *princ.*