

la famille des clients ou de la famille affranchie, race civilement dérivée de l'autre, cliente ou esclave dans son principe; mais sans que ce titre et ces droits fussent réciproques pour ces derniers par rapport aux autres. On voit aussi par cela même que le titre de *gentil* était un titre honorifique, puisqu'il indiquait dans ceux qui l'avaient qu'ils appartenaient à une race primitive, ayant sa généalogie propre et toujours ingénue, ne devant sa génération civile à aucune autre race, et remontant toujours d'aïeux en aïeux jusqu'à sa source la plus reculée, à des personnes libres de naissance et franches de toute clientèle.

1053. Le droit de gentilité disparut avec le temps; déjà Cicéron en parle comme d'une chose rare à son époque. Sous Gaius il n'existait plus: « Et cum admonuerimus, dit ce jurisconsulte, totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare (1). » Et Ulpien dit encore après lui: « Nec gentilitia jura in usu sunt (2). » Cette disparition successive et enfin totale est facile à expliquer. Quant à ce qui concerne la clientèle, assujettissement des plébéiens aux patriciens, cette antique relation quiritaire a disparu, et avec elle toute une grande partie de la gentilité. Quant à ce qui concerne les affranchissements, la succession des races se multipliant à l'infini, celles primitivement affranchies affranchissant à leur tour et créant ainsi de nouvelles races qui, de leur côté, en engendraient d'autres (car chaque affranchissement produisait cet effet); toutes ces familles, superposées et dispersées par la ramification, s'épurant à mesure qu'elles s'éloignaient de leur origine servile et que l'ingénuité se prolongeait en elles de génération en génération: enfin, toutes ces choses arrivant dans une progression croissante, selon le cours que suivaient la multiplicité des affranchissements et l'accroissement de la population, il résulta de là que les vestiges des droits de gentilité durent inévitablement se perdre. Ce travail, ce renouvellement de la population, en même temps qu'il a épuré et multiplié les familles secondaires, a dû faire disparaître et noyer dans les générations successives les familles primitives qui avaient formé le noyau ingénu générateur et auxquelles était réservée exclusivement la qualité de gentil. D'un côté, ces familles avec le temps sont devenues chaque jour moins nombreuses, surtout comparativement à la population commune; de l'autre, elles ont perdu la trace de celles sur lesquelles avait existé leur droit de gentilité. Si quelques-unes ont résisté davantage, et si parmi elles le titre et les droits de gentils ont survécu plus longtemps, c'a été naturellement chez les familles puissantes, qui perdent difficilement leurs traces, parce qu'elles mettent leur honneur et leur intérêt dans leur généalogie. Ceci explique comment la gentilité, à une certaine époque, de fait, n'a plus eu

(1) GAL. 3. 17. — (2) Legum mosaïcarum et romanarum collatio, 16. 4. in fin.

d'existence que dans quelques hautes familles, et comment enfin elle n'a plus été qu'un vague souvenir.

Mais par l'effet mystérieux des traditions historiques et populaires, tandis que l'idée de l'institution s'est perdue et n'a plus été qu'une énigme pour les jurisconsultes et pour les érudits, les mots sont restés avec leur véritable valeur dans la bouche du peuple, et la dénomination de *gentil*, *gentilhomme*, *gentiluomo*, *gentilhombre*, *gentleman*, a passé jusque dans la plupart des langues modernes européennes, pour indiquer ce qu'on nomme une bonne extraction, une noble généalogie, un pur sang (1)!

TITULUS III.

DE SENATUS-CONSULTO TERTULLIANO.

Lex Duodecim Tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret; nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, honorum possessione UNDE COGNATI accommodata, vocabant.

TITRE III.

DU SÉNATUS-CONSULTE TERTULLIEN.

La loi des Douze Tables avait un droit tellement rigoureux, une telle préférence pour la descendance des mâles, et une telle exclusion contre ceux qui ne sont unis que par les liens du sexe féminin, qu'elle n'accordait pas même entre la mère et le fils ou la fille le droit de venir à la succession l'un de l'autre. Ces personnes n'y étaient appelées que par les préteurs, à leur rang de cognition, à l'aide de la possession de biens UNDE COGNATI.

1054. Aucun droit de succession civile et réciproque n'existait entre la mère et ses enfants. Les enfants ne succédaient à la mère ni comme *héritiers siens*, puisqu'elle n'avait sur eux aucune puissance paternelle, ni comme *agnats*, puisqu'elle n'était pas dans leur famille: et, de son côté, la mère ne succédait à aucun titre civil à ses enfants. Il n'y avait d'exception que dans le cas où la femme était entrée sous la main et dans la famille de son mari (*in manu viri*), ainsi que nous l'avons expliqué tome II, n° 151. Alors seulement elle était agnat de ses enfants, considérée, par rapport à eux, comme au degré de sœur consanguine, et les droits d'agnation existaient réciproquement entre eux à ce degré. « Præterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint (2). » Sauf ce cas, la rigueur de la loi civile les laissait sans droits; ils n'étaient appelés que dans le troisième

(1) *Gentil* dit beaucoup plus qu'*ingénu* en l'acception étroite et amoindrie qui a prévalu de bonne heure pour ce dernier mot dans la langue et dans le droit des Romains: l'*ingénu*, en cette acception amoindrie, est né libre, mais rien n'indique que son père ou quelques-uns de ses aïeux n'aient été clients ou esclaves; le *gentil* appartient à une race éternellement et complètement libre jusqu'à lui. — L'expression de *gentil-homme* elle-même est toute romaine; nous la trouvons textuellement dans Cicéron parlant ainsi de Clodius, lequel, afin de pouvoir arriver au tribunal, avait abandonné sa généalogie patricienne en se faisant adopter par un plébéien: « Discite orationem, pontifices, et vos, flamines; etiam tu, rex, disce a *gentili homine*; quanquam ille gentem istam reliquit. » (CICÉRON, *Pro domo*, § 49.) — (2) GAL. 3. 24.

ordre imaginé par le préteur, celui des cognats. De là deux sénatus-consultes corrigeant cette aspérité du droit : 1° le sénatus-consulte Tertullien, relatif au droit de succession de la mère sur ses enfants; 2° le sénatus-consulte Orphitien, relatif au droit de succession des enfants sur leur mère.

I. Sed hæc juris angustia postea emendata sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

1055. Il ne s'agit ici que d'une faveur spéciale accordée par rescrit de l'empereur Claude à une mère qui avait perdu tous ses enfants.

II. Postea autem senatus-consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam avia, deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit : ut scilicet, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

1056. *Divi Hadriani temporibus.* Ce n'est pas Adrien lui-même, c'est son fils adoptif, Antonin le Pieux, qui est ici désigné par son nom d'adoption. Ce fut sous lui (l'an 911 de Rome, et 158 de J. C.) que fut rendu le sénatus-consulte Tertullien.

Ce sénatus-consulte fut conçu dans le même esprit que ce qui avait déjà été fait par la législation caducaire au sujet des libéralités testamentaires, soit en faveur des *patres*, c'est-à-dire des citoyens ayant au moins un enfant légitime, soit en faveur des femmes *ter quaterve enixa* (ci-dess., n° 719 bis). Il s'agit ici d'hérédité *ab intestat*. Le sénatus-consulte n'établit le droit de succession *ab intestat* des mères sur leurs enfants que comme un privilège pour celles qui en auraient eu un certain nombre déterminé par la loi. Les mères ayant atteint le nombre fixé, trois pour les ingénues, quatre pour les affranchies, étaient dites avoir le *jus liberorum*. Les jurisconsultes discutaient avec le plus grand soin les conditions de ce *jus liberorum* : les enfants devaient être nés vivants et à terme; néanmoins au septième mois ils profitaient encore à la mère; chaque accouchement ne comptait que pour un enfant, quel que fût le nombre qui en fût issu; les avortements, les produits inertes ou monstrueux, ne profitaient en rien. Telles étaient, et encore d'autres semblables, les questions débattues par les jurisconsultes dans cette matière, si importante, puisqu'elle

I. Mais, dans la suite, cette rigueur de droit fut adoucie; et le divin Claude, le premier, déféra à une mère l'hérédité légitime de ses enfants, comme un soulagement à leur perte.

2. Plus tard, au temps du divin Adrien, le sénatus-consulte Tertullien établit généralement, en faveur de la mère, mais non de l'aïeule, le droit de recueillir la triste succession des enfants; en ce sens que la mère ingénue ayant trois enfants, ou l'affranchie quatre, serait admise aux biens de ses fils ou filles morts intestat, quand même elle serait sous la puissance paternelle; sauf, dans ce cas, à ne faire addition que par l'ordre du chef auquel elle est soumise.

tenait à un des premiers degrés de succession (1). Toutefois, des femmes qui, d'après la loi, n'avaient pas et n'avaient jamais eu le *jus liberorum*, faute d'avoir atteint le nombre fixé, pouvaient l'obtenir de l'empereur (2). Ainsi, la seule volonté du prince pouvait, par un rescrit individuel, changer l'ordre d'une succession.

Non etiam avia. Le sénatus-consulte ne s'étendait pas à l'aïeule; chaque mère ayant le *jus liberorum* pouvait succéder à ses enfants, mais non à ses petits-enfants.

Licet in potestate parentis sit : cela peut arriver fréquemment, puisque, par le mariage, non plus que par l'âge, la femme ne sort ni de la puissance ni de la famille de son père.

III. Præferuntur autem matri liberi defuncti qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filia suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est avia suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus et proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filia excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratri et sorori.

3. Sont préférés à la mère les enfants du fils défunt, héritiers siens ou considérés comme tels, soit au premier, soit à tout autre degré. Et si c'est une fille hors puissance qui est morte, son fils ou sa fille est préféré par les constitutions à la mère de la défunte, c'est-à-dire à son aïeule. Pareillement, dans l'un ou l'autre cas, le père, mais non l'aïeul ni le bisaïeul, obtient la préférence sur la mère, pourvu toutefois que le débat d'hérédité n'ait lieu qu'entre eux seuls. Le frère consanguin du fils ou de la fille excluait la mère; la sœur consanguine était admise avec elle; mais s'il y avait un frère et une sœur consanguins, et la mère ayant le droit d'enfants, celle-ci était exclue par le frère, et l'hérédité se partageait également entre le frère et la sœur.

1057. Cette succession de la mère sur ses enfants est un genre tout spécial de succession, qui n'est ni celui des agnats ni celui des cognats, qui ne se place bien positivement ni avant ni après, mais qui se règle par un ordre particulier, selon le degré de parenté.

Ainsi, avant la mère sont toujours placés, lorsqu'ils concourent directement avec elle, sans distinguer en vertu de quel droit successoral ils arrivent, héritiers siens, agnats, cognats ou possesseurs des biens, peu importe : 1° les *enfants* du fils ou de la fille décédée; 2° le père, mais non l'aïeul; 3° les frères consanguins, dont la présence, n'y en eût-il qu'un, suffit pour exclure la mère. Les sœurs consanguines, quand elles sont seules et sans aucun frère, n'excluent pas la mère, qui prend une part avec elles. Et de cette hiérarchie particulière de degrés, il résulte que cette succession : 1° est toujours exclue par l'ordre des héritiers siens; 2° exclut toujours les agnats à partir d'un certain degré, mais se

(1) Voy. toutes les règles minutieuses dans les *Sentences* de PAUL, 4. 9. ad S. C. Tertullianum. — (2) PAUL. *Sent. Ibid.* § 9.

trouve exclue par ceux du degré supérieur, ou concourt avec quelques-uns; 3° n'exclut pas toujours les cognats; quelques exemples feront sentir ses conséquences.

Mais un principe qu'il faut poser avant tout, et sans lequel le rang de cette succession maternelle ne pourrait pas être compris, c'est qu'il faut nécessairement, pour que l'ordre de préférence que nous venons d'indiquer produise son effet: par exemple, pour que le père soit préféré à la mère et l'exclue, ou bien pour que la mère soit préférée à l'aïeul et l'exclue, il faut que le concours s'établisse directement entre eux seuls.

Scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. C'est ainsi que notre texte énonce ce principe; il paraît vouloir le rapporter uniquement au père et à l'aïeul; mais le principe est général. Il nous reste à en faire l'application aux divers cas.

1058. 1° Les enfants d'un fils excluent toujours la mère de ce dernier, s'ils sont héritiers siens, ou appelés au nombre des héritiers siens. Mais supposons qu'au moment du décès de leur père les enfants se trouvent dans une famille adoptive; nous savons que, dans cette position, ils n'ont sur la succession paternelle ni droit d'hérédité ni droit de possession des biens, si ce n'est comme cognats; après l'ordre des agnats, excluront-ils la mère? Il faut distinguer: s'il existe des agnats, le concours ne s'établit pas directement entre la mère et les enfants situés dans une famille adoptive, il s'établit entre la mère et les agnats, puisqu'en supposant même que la mère fût écartée, ce seraient non pas les enfants, mais les agnats qui succéderaient. En conséquence, l'existence des enfants sera sans influence, la mère exclura les agnats et arrivera à l'hérédité. Mais s'il n'existe pas d'agnats, c'est l'ordre des cognats qui arrive; alors les enfants, quoique placés dans une famille adoptive, sont appelés dans cet ordre, le concours s'établit directement entre eux et la mère du défunt: celle-ci est exclue (1). Ainsi, dans ce cas, la succession maternelle qui excluait l'ordre des agnats n'exclut pas celui des cognats.

Quant aux enfants d'une fille, ils n'étaient pas héritiers siens par rapport à elle, puisqu'elle n'avait aucun héritier sien; ils ne lui succédaient qu'en vertu du sénatus-consulte Orphitien, avant tous les agnats, et, dans cette position, les constitutions impériales les appelaient spécialement de préférence à la mère; c'est ce que nous indique le texte par ces mots *ex constitutionibus* (2).

2° Les frères consanguins, toutes les fois qu'il n'y avait pas d'héritiers siens, ni d'enfants appelés au nombre des héritiers siens, arrivaient en tête des agnats et excluaient la mère.

(1) Dig. 38. 17. 2. § 9. f. Ulp. — (2) Une constitution, à ce sujet, des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, est ainsi conçue: « Quotiens de emancipati filii filiaevae successione tractatur: filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio, neque ulla defuncti defunctave patri matrive concedatur intestatæ successiois hereditas. » (Cod. 6. 57. 4.)

3° Le père, toutes les fois qu'il est dans la position que nous avons exposée ci-dessus (n° 1030), ayant droit de succession immédiate sur son fils ou sur sa fille prédécédés, exclut la mère. Mais supposons qu'il s'agisse d'un père qui a été émancipé ou donné en adoption par l'aïeul. Dans ce cas, nous savons qu'il est exclu par les agnats, et n'a de droits qu'après eux, comme cognat. Si donc il existe des agnats, par exemple une sœur consanguine, le concours ne s'établissant pas directement entre la mère et le père (puisque ce dernier n'a aucun droit), la mère arrivera, elle partagera avec la sœur consanguine; ou, s'il n'existe que des agnats plus éloignés, elle les exclura. Mais s'il n'y a aucun agnat, l'ordre des cognats arrive, le père s'y trouve, le concours s'établit entre lui et la mère: celle-ci est exclue (1).

4° L'aïeul est exclu par la mère toutes les fois qu'il concourt directement et seul avec elle; mais supposons qu'il s'agisse de la succession d'un petit-fils émancipé par son aïeul, et laissant, outre cet aïeul, son père et sa mère. L'aïeul, en qualité d'émancipateur, a la préférence sur le père: sera-t-il exclu par la mère? Non, car celle-ci n'exclurait l'aïeul que pour se trouver en présence du père, qui alors l'exclurait elle-même à son tour, et qui, se retrouvant ainsi en présence de l'aïeul émancipateur, en serait en définitive exclu. Ce serait un circuit inutile. Il vaut donc mieux conserver à l'aïeul son droit; ainsi la mère ne l'exclura pas, parce que le débat héréditaire ne s'agite pas directement entre eux seuls (2).

1059. Une dernière remarque, c'est que, dans ce genre de succession nouvelle, la dévolution avait toujours été admise: si les personnes préférées à la mère et lui faisant obstacle refusaient l'hérédité, la mère arrivait; et, réciproquement, si la mère refusait, la succession légitime reprenait son cours, et les agnats, qui auraient été exclus par elle si elle avait accepté, succédaient à leur rang (3).

1060. Du reste, cet ordre héréditaire que nous venons d'exposer se réfère au droit primitif du sénatus-consulte; mais il a été bien modifié par les empereurs, et enfin par Justinien, ainsi que nous allons l'expliquer dans les paragraphes suivants:

IV. Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit immerito defraudadatur

4. Mais nous, dans une constitution insérée en notre Code, considérant les liens de la nature, l'enfantement et ses périls, et la mort que souvent il occasionne, nous avons pensé qu'il fallait subvenir à la mère, et qu'il était impie de tourner contre elle un cas purement fortuit. En effet, une ingénue, fautive d'avoir eu trois enfantements, ou une affranchie quatre, était injustement pri-

(1) Dig. 38. 17. 2. §§ 17 et 18. f. Ulp. — (2) Dig. 38. 17. 5. § 2. f. Paul. — (3) Dig. Ib. 2. §§ 9. 14. 20 et 22. f. Ulp.

successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimam plenam matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixa fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt: ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successione.

1061. *Constitutione quam in Codice posuimus.* C'est la constitution 2 du titre 59, liv. 8, au Code de Justinien. Toutefois, la constitution qui la précède, extraite du Code Théodosien, rendue par Honorius et Théodose, et conçue en ces termes: « Nemo post hæc a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege detulimus » (1), pourrait faire penser que, même avant Justinien, le *jus liberorum*, qu'on pouvait obtenir par rescrit impérial sans être dans les conditions voulues, avait été généralisé et concédé par ces empereurs à toutes les mères, quel que fût le nombre de leurs enfants. Mais il y aurait là une confusion dans laquelle il importe de ne pas tomber, ainsi que nous allons l'expliquer au paragraphe suivant.

V. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant: sed in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris et sororis persona: sive consanguinei sint sive sola cognationis jura habentes; ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

vée de l'hérédité de ses enfants. Où donc est sa faute, si elle a eu, non pas beaucoup, mais peu d'enfants? En conséquence, nous avons donné aux mères un droit plein et légitime, qu'elles soient ingénues ou affranchies, qu'elles aient eu trois, quatre enfants, ou seulement celui que la mort vient de leur ravir; et c'est ainsi qu'elles seront appelées à la succession légitime de leurs enfants.

5. Mais comme précédemment les constitutions relatives aux droits de succession légitime, venant d'un côté au secours de la mère, et de l'autre à son détriment, ne l'appelaient pas pour la totalité, mais, dans certains cas, lui retiraient un tiers pour le donner à certains agnats, et, dans d'autres cas, faisaient tout le contraire, nous avons voulu que la mère fût purement et simplement préférée à tous les héritiers légitimes, et reçût, sans diminution aucune, la succession de ses enfants, à l'exception des frères et sœurs, soit consanguins, soit simplement cognats. Ainsi, de même que nous l'appelons avant tout l'ordre des héritiers légitimes, de même nous appelons avec elle tous les frères et sœurs, agnats ou non, pour recueillir ensemble l'hérédité, toutefois dans la proportion suivante. S'il ne reste, avec la mère du défunt ou de la défunte, que des sœurs agnates ou cognates, la mère aura la moitié, et les sœurs l'autre moitié entre elles toutes. Mais si, avec la mère, survit un frère ou des frères seuls, ou avec eux des sœurs agnates ou simplement cognates, l'hérédité ab intestat se partagera par têtes.

(1) C. TH., 8, 17, *De jure liberorum*, 3, Honor. et Theod., an 410; — et C. JUST., 8, 59, *De jur. liber.*, 1, avec cette variante: « Quod simul hac lege omnibus concedimus. »

1062. *In quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant.* Nous trouvons ces constitutions dans le Code Théodosien: elles sont, l'une de Constantin, l'autre des empereurs Valentinien et Valens. Elles commencent réellement à détruire le privilège du *jus liberorum*, et à le rendre général à toutes les mères, du moins pour une partie de la succession. Ainsi, d'après ces constitutions, lorsqu'une mère ayant le *jus liberorum* se trouve en concours avec un oncle paternel de son enfant défunt, ou bien avec des fils ou petits-fils de cet oncle, au lieu de les exclure totalement, comme elle l'aurait fait d'après le sénatus-consulte, elle prendra les deux tiers, et le tiers qu'on lui retranche sera dévolu à ses agnats (*tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis*). Si c'est, au contraire, une mère n'ayant pas le *jus liberorum*, au lieu d'être exclue en totalité par eux, comme elle l'aurait été d'après le sénatus-consulte, elle prendra un tiers, et ces agnats ne conserveront que les deux tiers (1). Il en était de même pour les frères consanguins émancipés et par conséquent placés par le sénatus-consulte après la mère: celle-ci, en concours avec eux, leur abandonnait, ou bien, au contraire, leur enlevait un tiers de la succession, selon qu'elle avait ou qu'elle n'avait pas le *jus liberorum* (2).

Nous avons signalé (tom. I^{er}, *Hist.*, n^{os} 484 et 485) les trois sortes variées de *jus liberorum* qui existaient encore sous Constantin: — 1^o Pour la capacité entre époux de recueillir l'un de l'autre, condition supprimée par la Constitution d'Honorius et de Théodose rapportée au paragraphe précédent; — 2^o Pour les dispenses de tutelle et de curatelle, ce qui subsiste sous Justinien (tom. II, n^o 280); — 3^o Enfin pour le droit des mères dans la succession de leurs enfants: c'est le seul dont il s'agisse ici. Il est indubitable, soit d'après notre texte, soit d'après la phrase de Théophile, que Justinien est le premier qui abroge les dispositions relatives au retranchement ou à la concession d'un tiers, et qui, par conséquent, supprime toute différence entre les mères ayant le nombre voulu d'enfants et celles qui ne l'avaient pas.

Sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes. On n'aura plus égard qu'au lien fraternel provenant du sang, et la mère ne sera pas totalement exclue par les frères et sœurs: s'il y a des frères seuls, ou des frères avec des sœurs, elle concourra avec eux pour une part; s'il n'y a que des sœurs, elle prendra la moitié de l'hérédité à elle seule.

VI. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere; scituris eis quod, si tutores liberis non petierint, vel in

(1) COD. THÉOD. 5. 1. 1. — (2) COD. THÉOD. 5. 1. 2.

reorum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

demandé dans l'année soit la nomination d'un tuteur à leurs enfants, soit son remplacement en cas d'exclusion ou d'excuse, elles seront, à bon droit, repoussées de la succession de ces enfants morts impubères.

1063. *Si tutores liberis non petierint.* Cette négligence ne serait pas un motif d'exclusion contre une mère âgée de moins de vingt-cinq ans, mais seulement contre celles majeures de cet âge.

Intra annum. L'obligation imposée à la mère était de provoquer, au besoin, la nomination du tuteur immédiatement (*confestim*), à moins d'empêchement par maladie ou par autre cause grave; de manière toutefois que le terme d'un an ne devait jamais être dépassé : « *ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet* (1). »

Les jurisconsultes discutaient minutieusement les diverses espèces dans lesquelles il y aurait ou il n'y aurait pas déchéance, selon les circonstances.

Impuberum morientium. Si l'enfant auquel la mère a négligé de nommer un tuteur est arrivé à la puberté et est mort pubère, aucune déchéance ne peut plus être opposée à la mère. La puberté du fils et la possibilité qu'il a eue, mais dont il n'a pas voulu user, de changer par testament l'ordre légitime de sa succession, suffisent pour relever la mère.

VII. Licet autem vulgo quæsitus sit filius vel filia, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatus-consulto admitti.

7. Peu importe que le fils ou la fille soit né de père incertain : la mère n'en est pas moins admissible à leurs biens en vertu du sénatus-consulte Tertullien.

1064. Ce n'est pas le *lien civil* qui produit les droits de la mère sur la succession de ses enfants, d'après le sénatus-consulte Tertullien, puisqu'il n'existe entre elle et eux aucun lien civil. C'est uniquement le lien naturel : or, à l'égard de la mère, les Romains reconnaissaient ce lien aussi bien par rapport aux enfants vulgairement conçus que par rapport aux légitimes.

TITULUS IV.

DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur senatus-consulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est *divi Marci temporibus*; et data est tam filio quam filie legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et *præferuntur consanguineis* et agnatis defunctæ matris.

TITRE IV.

DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN.

Réciproquement, l'admission des enfants à leurs biens de leur mère intestat a été établie par le sénatus-consulte Orphitien, sous le consulat d'Orphite et de Rufus, au temps du *divin Marc-Aurèle*. L'hérédité légitime est ainsi déferée tant au fils qu'à la fille, même soumis au pouvoir d'autrui, par *préférence aux consanguins* et aux agnats de la mère décédée.

1065. *Divi Marci temporibus.* Le sénatus-consulte Orphitien

(1) Dig. 38. 17. 2. § 43. f. Ulp.

date de l'an de Rome 931 (de J.-C. 178), sous le règne des empereurs Marc-Aurèle (qu'Ulpien désigne, à ce sujet, par son nom d'adoption, Antonin) et Commode (1).

Præferuntur consanguineis et agnatis. Ainsi, les enfants venaient les premiers à la succession de leur mère, avant l'ordre des agnats. Ils ne formaient pas un ordre d'héritiers siens, puisque la mère ne pouvait pas en avoir; mais ils en tenaient la place, étant appelés avant tous autres.

Ils précédaient même le père de leur mère défunte, puisque les droits de succession accordés au père, tels que nous les avons exposés ci-dessus (n° 1030), ne l'étaient qu'à défaut d'enfants.

Enfin ils précédaient également la mère de leur mère défunte, qui aurait invoqué le sénatus-consulte Tertullien pour venir à la succession de sa fille. Cette préséance n'était pas établie par les deux sénatus-consultes, qui avaient gardé le silence sur ce point, mais par des constitutions impériales, notamment par celle des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius, dont nous avons donné le texte ci-dessus (n° 1013, note 1).

I. Sed cum ex hoc senatus-consulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur.

I. Mais comme ce sénatus-consulte n'appelait pas les petits-enfants à la succession légitime de leur aïeule, plus tard des constitutions impériales, corrigeant ce point, appelèrent, à l'exemple des fils et des filles, les petits-fils et les petites-filles.

1066. *Constitutionibus principalibus.* La première constitution par laquelle nous trouvons le droit de succession du sénatus-consulte Orphitien étendu même sur l'hérédité de l'aïeule est des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius : elle se trouve à la fois et dans le Code Théodosien et dans celui de Justinien (2).

II. Sciendum est autem hujusmodi successiones, quæ a Tertulliano et Orphitiano senatus-consultis deferuntur, *capitis deminutione non perimi*, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege Duodecim Tabularum deferuntur.

2. On doit savoir que ces successions, déferées par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, ne se perdent pas par la diminution de tête, d'après cette règle, que la diminution de tête n'enlève pas les hérédités légitimes nouvellement introduites, mais seulement celles des Douze Tables.

1067. *Capitis deminutione non perimi.* Bien entendu par la petite diminution de tête; car par la grande et par la moyenne il en serait autrement. En effet, le droit de succéder en général et dans quelque ordre que ce soit (civil, prétorien, sénatus-consulaire ou impérial, peu importe) est toujours un droit de citoyen : on ne l'a plus si on a perdu les droits de cité, comme il arrive

(1) « Sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata, id actum est... » (Ulp. Reg. 26. § 7.) Marc-Aurèle, fils adoptif d'Antonin, est ici désigné par son nom d'adoption. — (2) Cod. Théod. 5. 1. 4. — Cod. Justin. 6. 55. 9.

par la grande et par la moyenne diminution. Quant au droit de succéder dans l'un des ordres établis par la loi des Douze Tables, c'est un droit de famille : on le perd par la petite diminution de tête, puisqu'on sort ainsi de la famille. Au contraire, les successions nouvelles créées par les sénatus-consultes ou par les empereurs, de même que les droits de possession accordés par le prêteur étant uniquement établis à cause des liens du sang et non pas de ceux de famille, n'éprouvent aucune altération par la petite diminution.

III. Novissime sciendum est, etiam **3.** On doit savoir enfin que, même illos liberos qui vulgo quæsitæ sunt, ad les enfants nés de père incertain sont matris hereditatem ex hoc senatus-consulto admitti. admis par ce sénatus-consulte à l'hérédité maternelle.

1068. La mère n'avait jamais ce qu'on appelait, en droit romain, des enfants *légitimes*, c'est-à-dire des enfants qu'elle eût en sa puissance, et qui fussent, sous elle, membres de sa famille. Ce lien légitime n'existait qu'entre le père et les enfants en sa puissance : la légitimation, en droit romain, ne concernait jamais que le père, et non la mère. En effet, relativement à celle-ci et à ses enfants, comme on ne considérait entre eux aucun lien de famille, mais seulement les liens du sang, on n'avait mis aucune différence entre ceux issus de justes noces, nés d'un concubinat, ou même vulgairement conçus, puisque leur filiation à l'égard de la mère était également certaine, leur sortie du sein maternel aussi indubitable pour les uns que pour les autres; en conséquence, dans les droits de succession ou de possession des biens accordés soit à la mère sur ses enfants, soit aux enfants sur leur mère, par les prêteurs, par les sénatus-consultes, ou par les empereurs, on n'avait tenu aucun compte de la différence de naissance.

Néanmoins, Justinien, par une constitution nouvelle, tout en maintenant aux enfants nés d'un concubinat l'intégrité de leurs droits dans l'hérédité maternelle, range les enfants vulgairement conçus (*spuriæ*) dans une classe spéciale, moins favorisée. Il veut, mais seulement dans le cas où leur mère serait une femme *illustre*, et où elle aurait d'autres enfants issus de justes noces, qu'ils ne puissent rien avoir d'elle, soit par donation, soit par testament ou par succession *ab intestat* (1).

IV. Si ex pluribus legitimis hereditibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis qui adierint, aderescit illorum portio; et licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.

4. Si, entre plusieurs héritiers légitimes, quelques-uns ont répudié l'hérédité, ou n'en ont pu faire adition, empêchés soit par la mort, soit par toute autre cause, leur part accroît à ceux qui ont fait adition; et ceux-ci fussent-ils déjà morts, l'accroissement n'en aurait pas moins lieu au profit de leurs héritiers.

(1) Cod. 6. 57. 5. const. Justinian.

1069. Il ne s'agit plus, dans ce paragraphe, de la succession du sénatus-consulte Orphitien; il s'agit du droit d'accroissement pour tous les héritiers légitimes. Comme ce droit est commun aux héritiers testamentaires, à tous les héritiers *ab intestat*, et même aux possesseurs des biens, nous en traiterons plus tard sous une rubrique spéciale, quand nous aurons exposé tous les genres d'hérédité.

Licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet. C'est l'application du principe que nous avons déjà énoncé (t. II, n° 743), en comparant le droit de substitution au droit d'accroissement : savoir, que le droit d'accroissement est forcé; qu'il a lieu de plein droit comme suite inévitable de la première adition, et qu'il se règle, en conséquence, soit pour les conditions de capacité, soit pour l'acquisition, sur l'époque de cette adition. Nous en voyons ici un exemple : Une fois que l'un des héritiers a fait adition, il a droit aux accroissements qui pourraient survenir plus tard si les autres cohéritiers ou quelques-uns venaient à refuser ou à ne pas pouvoir recueillir leur part. Et quand bien même ces accroissements ne surviendraient qu'après sa mort, ils ne s'en opéreraient pas moins à son profit, ou du moins au profit de ceux qui auraient recueilli ses biens et succédé à ses droits; car c'est à la part héréditaire acceptée, dans quelques mains qu'elle se trouve, ou, pour mieux dire, à la personne juridique de l'héritier acceptant, sur quelque tête qu'elle ait passé, et non à sa personne physique individuelle, que l'accroissement a lieu.

TITULUS V.

TITRE V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

DE LA SUCCESSION DES COGNATS.

1070. La loi des Douze Tables ne reconnaissait d'autre ordre de succession que ceux : 1° des *héritiers siens*; 2° des *agnats*, et, à leur défaut, des *gentils*, s'il y avait lieu. Si aucun de ces ordres n'existait, la succession était en déshérence, quels que fussent les parents naturels qui existassent, car la succession était rigoureusement renfermée dans la *famille* et dans la *gens*. Nous venons de voir quels adoucissements furent apportés à cette rigueur; quels parents furent transportés par les prêteurs ou par les empereurs avec les héritiers siens ou avec les agnats, quoiqu'ils n'appartinsent pas à ces ordres; quelles nouvelles successions furent créées par les sénatus-consultes.

Mais, à défaut, le prêteur, au lieu de laisser tomber la succession en déshérence et de l'abandonner au trésor public, avait appelé un troisième ordre de sa création, celui des cognats, c'est-à-dire des parents unis par les liens naturels du sang, sinon par ceux de la famille civile. Toutefois le prêteur ne leur avait pas donné un droit d'hérédité; car le prêteur ne peut pas faire d'hé-