

revient au droit commun, et le droit héréditaire sur cette succession retourne à tous les autres enfants du patron.

I. Nec tantum libertum, sed etiam libertam : et non tantum filio nepotivæ, sed etiam filia nepotivæ adsignare permittitur.

1. C'est non-seulement un affranchi, mais une affranchie; et non-seulement à un fils ou à un petit-fils, mais à une fille ou à une petite-fille qu'on peut assigner.

1097. *Nepotivæ, nepotivæ*. Le patron peut choisir entre tous ses enfants celui qu'il veut pour faire l'assignation d'un affranchi : il n'est pas astreint à suivre la hiérarchie des degrés. Il peut, quoique ayant des fils, assigner à un petit-fils ou à une petite-fille et leur donner ainsi la préférence sur ceux du degré antérieur; il le peut, quand bien même ces petits-enfants seraient précédés dans la famille par leur père, sous la puissance duquel ils doivent retomber à la mort du patron (1).

II. Datur autem hæc adsignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio. Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

2. Du reste, cette faculté d'assignation est donnée à celui qui a deux ou plusieurs enfants en sa puissance, de manière qu'il puisse assigner à ceux qu'il a sous sa puissance. Ce qui a fait demander si, en cas d'émancipation postérieure de l'enfant auquel l'assignation a été faite, cette assignation s'évanouira. La décision a été qu'elle s'évanouira : tel est l'avis de Julien et de la plupart des autres.

1098. *Duos pluresve liberos*. Au lieu de faire l'assignation à un seul des enfants, on peut la faire à deux ou à plusieurs : elle leur est attribuée alors en commun, à l'exclusion des autres.

Quos in potestate habet. C'est la condition indispensable. En effet, il faut remarquer qu'il n'est pas permis au patron de créer à son affranchi des héritiers que la loi n'a pas donnés à cet affranchi; il lui est loisible seulement de choisir entre les successibles. Le patron ne crée pas un droit héréditaire, il exerce seulement un droit de préférence. Or, les enfants qu'il n'a plus sous sa puissance n'ayant plus aucun droit héréditaire éventuel sur la succession de l'affranchi, il ne peut faire porter sur eux l'assignation.

Placuit evanescere. En effet, bien que l'assignation ait été faite avant l'émancipation, ce n'était jamais qu'un droit de préférence attribué à l'un des habiles à succéder; mais cet enfant devenant inhabile à succéder à l'affranchi, son droit de préférence s'évanouit (2).

(1) Dig. 38. 4. 3. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (2) Voir une exception que Modestinus semble faire à cette règle, pour un cas particulier : lorsque l'assignation est faite en commun à un enfant resté sous la puissance paternelle et à un enfant émancipé, si les enfants restés en puissance sont au moins deux. (Dig. 38. 4. 9. f. Modest.)

III. Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso senatus-consulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Osterio Scapula consulis.

3. Peu importe que l'assignation soit faite par testament ou sans testament. Il est même permis au patron de la faire en termes quelconques, d'après le sénatus-consulte lui-même, qui fut fait au temps de Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et d'Osterius Scapula.

TITULUS IX.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TITRE IX.

DES POSSESSIONS DES BIENS.

1099. L'hérédité était la seule manière de succéder qui fût reconnue par le droit civil : c'était l'institution primitive, rigoureusement romaine, ne dépendant d'aucun magistrat, mais seulement de la loi civile (*ex jure civili, ipso jure*).

Mais un usage qui s'introduisit dans le tribunal du préteur, et ensuite les dispositions formelles de l'édit, établirent, à côté de l'hérédité, une nouvelle manière d'entrer en jouissance des biens du défunt, la *possession des biens* : institution postérieure, prétorienne, réglée non pas par la loi, mais par le magistrat.

Voici quelle en dut être l'origine. Le préteur, dans ses fonctions d'assurer l'exécution de la loi, était chargé, en cas de contestation, de faire livrer et maintenir à l'héritier la possession des biens du défunt. Cette mise en possession n'était que la mesure exécutoire de la loi d'hérédité : c'était le *fait* venant exécuter le droit. Le préteur, dans le principe, dut donner exclusivement la possession des biens à ceux qui étaient héritiers par la loi; mais, ensuite, il imagina de l'accorder à des parents que le droit civil avait laissés de côté, et même, dans d'autres cas, de la refuser à l'héritier légal, et de l'attribuer, à son détriment, à d'autres personnes que l'équité et les liens naturels lui rendaient préférables. Ainsi, faisant exécuter le droit civil dans le premier cas, il suppléait à ses lacunes dans le second; il le contredisait, afin de corriger sa rigueur, dans le troisième (1). Nous savons que telle était la destination du droit prétorien (*adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*) (voir t. II, n° 28).

Alors la possession des biens devint une espèce de droit héréditaire distinct et à part, une sorte de succession prétorienne dont l'ordre et les conditions furent réglés par l'édit. Alors on distingua l'hérédité et la *possession des biens*; le titre d'héritier et celui de *possesseur des biens*, qui se réunissaient ordinairement sur la même personne, mais qui souvent aussi étaient séparés.

La loi, et la loi seule, faisait l'héritier; le préteur faisait le *possesseur des biens*.

Dans l'édit, la *bonorum possessio* venait la première, parce que le droit que le préteur donnait avant tout, c'était la possession des biens; l'hérédité n'était traitée qu'en second lieu.

(1) M. Accarias (*Précis*, tom. II, nos 440 et 441) expose le développement historique de la *bonorum possessio*

Jus bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat: cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet a prætore adjuvabatur. Sed is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

I. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat: sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

1100. On voit, par ces deux paragraphes, que la possession des biens est donnée: *confirmandi, emendandi vel impugnandi veteris juris gratia*: ce qui revient à la destination générale du droit prétorien: *adjuvandi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*. Nous aurons soin de faire remarquer, en exposant les diverses possessions des biens, dans quels cas elles confirment, elles amendent ou elles contredisent le droit civil.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le præteur attribue la possession des biens à ceux qui étaient déjà héritiers d'après la loi, quel est l'avantage de ce droit? Le seul avantage, nous dit Gaius, c'est de pouvoir user de l'interdit qui commence par ces mots: *Quorum bonorum*, interdit qui avait pour effet de se faire mettre en possession des biens héréditaires (1).

II. Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt; nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes

Le droit de possession des biens a été introduit par le præteur pour corriger l'ancien droit, et il a apporté ce correctif non-seulement dans les hérédités *ab intestat*, comme nous l'avons exposé ci-dessus, mais encore dans celles des personnes mortes avec un testament. Par exemple, si un postume externe avait été institué héritier, quoique, d'après le droit civil, il ne pût faire adition de l'hérédité, parce qu'une pareille institution était nulle; cependant, par le droit honoraire, il devenait possesseur des biens avec l'aide du præteur. Du reste, aujourd'hui un tel postume, d'après notre constitution, est valablement institué héritier, et comme reconnu par le droit civil.

I. Quelquefois, cependant, ce n'est ni pour corriger, ni pour combattre l'ancien droit, mais plutôt pour le confirmer, que le præteur promet la possession des biens; car il donne aussi aux héritiers institués par un testament régulier la possession des biens *secundum tabulas* (suivant les tables). De même, *ab intestat* il appelle à la possession des biens les héritiers siens et les agnats, quoique, même sans le secours de cette possession des biens, l'hérédité leur appartienne d'après le droit civil.

2. Ceux que le præteur appelle seuls à l'hérédité ne sont pas, en droit, héritiers; car le præteur ne peut faire aucun héritier. C'est en effet la loi seulement, ou tout autre acte législatif, tels que des

(1) « Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere quod is qui ita bonorum possessionem petit interdicto cujus principium est *QUORUM BONORUM* uti possit. » Gai. 3. 34.

fiunt, veluti per senatus-consulta et constitutiones principales; sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, *loco heredum constituuntur* et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum *id agebat ne quis sine successore moreretur*. Nam angustissimis finibus constitutum per legem Duodecim Tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor *ex bono et æquo dilatavit*.

sénatus-consultes ou des constitutions impériales qui peuvent faire des héritiers. Mais le præteur leur donnant la possession des biens, *ils sont en place d'héritiers*, et se nomment possesseurs des biens. Le præteur a établi en outre plusieurs autres degrés de possessions des biens, son but étant de pourvoir à ce qu'on ne meure pas sans successeur. Aussi, le droit de recueillir les hérédités, restreint par la loi des Doubles Tables dans les limites les plus étroites, a-t-il été équitablement étendu par lui.

1101. *Loco heredum constituuntur*. Ils ne sont point héritiers, mais ils sont établis au lieu et place d'héritiers. C'est ce que nous dit à peu près dans les mêmes termes Ulpien, qui ajoute qu'en conséquence, soit qu'ils agissent, soit qu'on agisse contre eux, il y a nécessité de recourir à des actions fictives, dans lesquelles on les suppose héritiers, car ne l'étant pas réellement, il ne peut y avoir pour eux ni contre eux d'action directe en cette qualité: « *Here- des quidem non sunt; sed heredis loco constituuntur beneficium prætoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitious actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur* (1). »

Id agebat ne quis sine successore moreretur; ex bono et æquo dilatavit. Tel est l'esprit qui a poussé le præteur à ajouter, après les héritiers siens et les agnats du droit civil, de nouveaux ordres de possesseurs des biens, afin qu'à défaut des deux premiers ordres, la succession ne tombât pas en déshérence; mais que les limites en fussent étendues en faveur de personnes auxquelles la nature et l'équité commandaient d'avoir égard.

III. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque *CONTRA TABULAS*; secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur *SECUNDUM TABULAS testamenti*. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit; et primo loco, suis heredibus, et iis qui ex edicto prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur *UNDE LIBERI*. Secundo, legitimis heredibus. Tertio, decem personis quas extraneo manumissori præferbat. Sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei sive uterini. Quarto, cognatis

3. Les possessions des biens testamentaires sont: en premier lieu, celle déferée aux enfants omis, et nommée *CONTRA TABULAS*; en second lieu, celle que le præteur promet à tous ceux légalement institués héritiers, et qui se nomme en conséquence *SECUNDUM TABULAS*. Après avoir traité des testats, il passe aux intestats. Et il donne la possession des biens: premièrement, aux héritiers siens et à tous ceux que l'édit compte au nombre des héritiers siens: celle-ci se nomme *UNDE LIBERI*; secondement, aux héritiers légitimes; troisièmement, aux dix personnes qu'il préférerait au manumisseur étranger, savoir: le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule tant paternels que maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille issus d'un fils ou d'une fille, le frère et la

(1) Ulp. Reg. 28. 12.

proximis. Quinto, TUM QUEM EX FAMILIA. Sœur, consanguins ou utérins; quatrième-
Sexto, patrono et patronæ, liberisque mement, aux cognats les plus proches;
eorum et parentibus. Septimo, viro et cinquièmement, TUM QUEM EX FAMILIA,
uxori. Octavo, cognatis manumissoris. au plus proche membre de la famille de
l'affranchi; sixièmement, au patron et
à la patronne, à leurs descendants et
ascendants; septièmement, à l'époux et
à l'épouse; huitièmement, aux cognats
du manumisseur.

1102. De même que l'hérédité, les possessions des biens sont ou testamentaires (*ex testamento*) ou *ab intestat*, selon que le défunt a laissé ou n'a pas laissé de testament. Le texte énumère ici toutes ces possessions des biens : l'ordre dans lequel elles sont énoncées est bien loin d'être indifférent, car il indique leur rang de préférence. Nous allons les parcourir successivement dans cet ordre.

1103. Et d'abord, en tête, viennent les possessions des biens *ex testamento*, qui passent avant les possessions des biens *ab intestat*, de même que l'hérédité testamentaire passe avant l'hérédité sans testament : « Prætor eum ordinem secutus quem et lex Duodecim Tabularum secuta est : fuit enim ordinarium, ante de judiciis testantium, dein de successione ab intestato loqui (1). »

Les possessions des biens testamentaires sont au nombre de deux seulement, rangées dans l'ordre suivant :

1° CONTRA TABULAS ; — 2° SECUNDUM TABULAS.

1104. *Contra tabulas*. La possession des biens *contra tabulas* se nomme *contra lignum*, parce qu'il suffit, pour lui donner ouverture, qu'il existe un testament, bien que non accepté (2). Un titre au Digeste est consacré à cette possession des biens (3). Elle est donnée, en général, aux enfants passés sous silence par le chef de famille, *præteritis liberis*, comme dit le texte. Les enfants dont il s'agit ici sont les enfants héritiers siens ou mis au rang des héritiers siens : naturels ou adoptifs, émancipés ou donnés en adoption, conformément à tout ce que nous avons exposé ci-dessus, n° 998 et suiv., 1011 et suiv. (4), sans distinction (tome II, n° 709), entre les descendants du sexe masculin et ceux du sexe féminin. Ceux de ces enfants qui, n'ayant pas été institués ni exhérédés par leur père, se trouveraient privés, par seule prêterition, des droits successifs d'héritiers siens, obtiendront du préteur, malgré les tables du testament, la possession des biens, dans les droits et dans l'ordre dans lesquels ils étaient appelés à la succession par le droit civil (*eo jure eoque ordine quo vocantur ad successionem ex jure civili*) (5), ou par le droit postérieur qui les a mis au rang d'héritiers siens. Mais les enfants

(1) D. 38. 6. 1. pr. f. Ulp. — (2) D. 37. 4. 19. f. Tryphon. — (3) Dig. 37. 4. — (4) ULP. Reg. 28. 3. — (5) D. 3. 7. 4. 1. § 1. f. Ulp.

exhérédés n'y sont pas admis (1). Cette possession des biens n'a pas lieu contre le testament des femmes, parce qu'elles n'ont pas d'héritiers siens (2). — Elle confirme le droit civil et lui vient en aide (*adjuvat*), lorsqu'il s'agit d'enfants réellement héritiers siens, dont l'omission annule le testament d'après le droit civil; si ce testament n'a été fait que suivant les formes civiles, la nullité civile suffit, et il faut recourir à la possession des biens *ab intestat unde liberi*; mais s'il a été fait suivant la forme prétorienne, portant les cachets de sept témoins, la rescision prétorienne *contra tabulas* est nécessaire pour venir confirmer la nullité de droit civil (3). — Au contraire, elle corrige, elle contredit le droit civil (*emendat, impugnat*), lorsqu'il s'agit d'enfants émancipés, ou autres semblables, puisqu'elle enlève, à leur profit, les biens aux héritiers institués qui devraient les garder d'après le droit civil. — Une sorte de possession des biens *contra tabulas* était encore donnée, selon ce que nous avons vu n° 1085, au patron, contre le testament de l'affranchi, pour se faire donner la moitié de l'hérédité dont il avait été dépouillé par ce testament. Ici elle contredisait encore le droit civil.

1105. *Secundum tabulas*. Cette possession des biens était donnée aux héritiers institués, conformément aux dispositions du testament, qui se trouvait ainsi mis à exécution par le préteur. Le titre 11 du livre 37, au Digeste, y est spécialement consacré. Elle était donnée non-seulement lorsque le testament était régulier et valable d'après le droit civil, mais encore dans d'autres cas où le droit civil ne lui aurait pas donné d'effet. Ainsi, soit dans la forme, soit dans la capacité du testateur ou de l'institué, soit dans les dispositions mêmes de l'acte, le préteur était moins rigoureux que le droit civil. Dans la forme, peu importait qu'il n'y eût pas eu de mancipation de la famille, ou de nuncupation, pourvu que l'acte portât les sept cachets exigés (tom. II, n° 654 (4)). Dans la capacité du testateur, peu importait que ce dernier eût perdu cette capacité dans le temps intermédiaire entre la confection du testament et son décès, car le préteur n'exigeait la capacité qu'à ces deux époques (voir tom. II, n° 685 et 783 (5)). Dans celle de l'institué, nous venons d'en voir un exemple au préambule même de ce titre (ci-dessus, page 74), où les Instituts nous disent que, si un postume externe a été institué, bien que cette institution ne soit pas valable selon le droit civil, le préteur viendra à son aide : c'est-à-dire qu'il lui accordera la possession des biens *secundum tabulas*. Dans les dispositions mêmes de l'acte, car en cas d'institution faite sous condition le préteur accordait la possession des biens

(1) *Ib.* 8. pr. et 10. § 5. fr. Ulp. — (2) *Ib.* 4. § 2. f. Paul. — (3) Il n'était pas indifférent de venir par la possession des biens *unde liberi*, ou par celle *contra tabulas*, à cause de certains legs qui étaient maintenus dans ce dernier cas (D. 37. 5. *De legatis præstandis cont. tab. bon. poss. petita*), et non dans l'autre. — (4) ULP. Reg. 28. 6. — (5) Dig. 37. 11. 1. § 8. f. Ulp.

secundum tabulas, même avant l'accomplissement de la condition (*pendente conditione*), sauf à la retirer si la condition venait à défaillir (1). Enfin, dans d'autres cas encore, tels que celui que nous avons indiqué tom. I, p. 609. On voit donc que cette possession des biens est tantôt conforme, tantôt contraire au droit civil. Du reste, la possession des biens *secundum tabulas* ne venait qu'en second lieu, après celle *contra tabulas*. En effet, s'il existe des enfants ayant droit à la possession des biens contre le testament, tant qu'ils peuvent la demander, celle qui a pour but de faire exécuter le testament ne peut avoir lieu. Il faut donc attendre que les enfants aient laissé expirer le délai pour demander la possession des biens *contra tabulas* (car nous verrons que chaque possession des biens devait être demandée dans un certain délai, passé lequel il y avait déchéance), ou bien qu'ils soient morts ou qu'ils en aient répudié ou perdu le droit (2).

1106. A défaut de possessions des biens testamentaires, soit faute de testament, soit faute d'avoir demandé les possessions des biens *contra* ou *secundum tabulas* dans les délais voulus, l'édit passe aux possessions des biens *ab intestat*, qui étaient les suivantes :

UNDE LIBERI,

UNDE LEGITIMI,

UNDE DECEM PERSONÆ,

UNDE COGNATI,

TUM QUEM EX FAMILIA,

UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EORUM,

UNDE VIR ET UXOR,

UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

1107. Cette dénomination des possessions des biens, qui consiste dans la préposition *unde* suivie de la désignation des personnes appelées, est une abréviation de cette phrase : « *Ea pars edicti unde liberi vocantur : unde legitimi vocantur*, etc. »

1108. Quatre de ces possessions des biens seulement sont relatives à la succession des ingénus : *Unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*; les quatre autres sont exclusivement applicables aux successions des affranchis. Il nous faut les parcourir toutes brièvement.

1109. *Unde liberi* (3). C'est la première; elle est accordée aux enfants qui sont héritiers siens, ou appelés au nombre des héritiers siens, d'après ce que nous avons déjà dit (ci-dessus, n° 998 et suiv.). Elle n'a pas lieu dans la succession des femmes, puisque ces dernières n'ont pas d'héritiers siens. Elle est commune à celle des affranchis, comme à celle des ingénus, puisque les affranchis ont d'abord pour successeurs leurs héritiers siens.

(1) Dig. 37. 11. 5 et 6. ff. Ulp. — (2) *Ib.* 2. pr. f. Ulp. — (3) Voir le titre spécial consacré à cette possession des biens, dans le Dig. lib. 38. tit. 6.

1110. *Unde legitimi* (1). Par cette possession des biens sont appelés tous ceux qui sont légalement héritiers *ab intestat*, soit d'après la loi des Douze Tables, soit d'après toute autre loi, sénatus-consulte ou constitution : ainsi, les agnats qui viennent d'après la loi des Douze Tables; les personnes mises par les constitutions au rang d'agnats; la mère succédant à ses enfants d'après le sénatus-consulte Tertullien, ou les enfants succédant à leur mère d'après le sénatus-consulte Orphitien (2); le patron et ses enfants, puisqu'ils sont héritiers légitimes de l'affranchi (3). Et même les héritiers siens, s'ils avaient négligé de demander dans le délai voulu leur possession des biens spéciale *unde liberi*, ou s'ils l'avaient répudiée, pouvaient revenir à la possession des biens *unde legitimi*, et la recevoir de préférence aux agnats, puisque étant héritiers d'après la loi, ils étaient compris sous la dénomination générale d'héritiers légitimes. Un fragment de Julien nous a conservé les termes mêmes de l'édit : « *Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset....* » (sous-entendu *vocabo*); et le jurisconsulte ajoute qu'il faut entendre ces termes *large et cum extensione* (4). Cette possession des biens n'avait jamais pour effet que de confirmer le droit civil. Elle avait lieu aussi bien pour la succession des femmes que pour celle des hommes; pour celle des ingénus que pour celle des affranchis (5).

1111. *Unde decem personæ*. Cette possession des biens s'appliquait au cas tout particulier de la succession d'une personne libre qui, ayant été acquise *in mancipio* par un étranger, avait été affranchie par lui. Ce qui avait lieu principalement, comme nous l'avons vu, d'une manière fictive, pour opérer une émancipation. Nous savons que, dans ce cas, l'affranchissant étranger (*manumissor extraneus*) obtenait, d'après la loi civile, les droits de patronage, et par conséquent ceux de succession, sans que le père naturel ni la famille d'où était sorti l'affranchi en eussent aucun (voir tom. II, n° 166). Le préteur corrige cette rigueur civile, en appelant ici, avant le manumisseur étranger, les dix personnes de la famille naturelle qui sont énumérées dans le texte.

1112. *Unde cognati*. C'est ici un nouvel ordre de successeurs prétoriens, ouvert à la parenté du sang : « *Quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem* », dit Gaius (6). C'est pour cela que nous avons toujours pensé, bien qu'il n'y ait aucun texte précis ni pour ni contre, que les enfants nés du concubinat pouvaient l'invoquer, soit quant à la mère et aux parents maternels, soit même quant au père et aux parents paternels (n°s 122 et 1073) (V., en sens contraire, t. II, Ap. 3, l. 1.). L'idée que la cognation ne se formerait que par les femmes est une idée fautive : une seule preuve, entre mille, c'est que les agnats, s'ils avaient né-

(1) Voir le titre spécial au Dig. 38. 7. — (2) *Ib.* 2. § 4. f. Ulp. — (3) *Ib.* § 1. — (4) Dig. 38. 7. 1. f. Jul. — (5) Dig. 38. 7. 2. §§ 1 et 2. f. Ulp. — (6) Voir le titre spécial au Dig. 38. 8. *Unde cognati*. 2. f. Gai.

gligé de demander la possession des biens *unde legitimi*, pouvaient recourir, à leur rang de proximité par le sang, à celle *unde cognati*. A partir de Constantin, des incapacités plus ou moins dures de recevoir de leur père frappèrent les enfants naturels, que Justinien traita plus favorablement (1); mais ceci n'existait pas avant Constantin, et l'institution d'héritier en faveur d'un fils naturel, citée ci-dess., n° 122, en est la preuve.

1113. *Tum quem ex familia*. Cette possession des biens est exclusivement propre à la succession des affranchis. Pour cette succession, nous savons qu'il y avait, en premier lieu, la possession des biens *unde liberi*; et, en second lieu, à défaut de la première, la possession des biens *unde legitimi*, dans laquelle se trouvaient compris le patron et ses enfants. Mais, à défaut de cette seconde possession des biens, le prêteur avait appelé en troisième lieu le plus proche membre de la famille du patron, ce qui comprenait le patron lui-même ou ses enfants, s'ils avaient négligé ou refusé de demander la possession des biens *unde legitimi*, et, en outre, ses agnats. La dénomination de cette possession des biens *tum quem ex familia* n'offre réellement aucune difficulté; ce n'est que par une erreur évidente qu'on a pu la corrompre en celle de *tantum ex familia* ou hésiter entre elles. Ces mots *tum quem ex familia* sont le commencement de l'édit; ils sont entièrement conformes à ceux que nous avons déjà cités, pour la possession des biens des héritiers légitimes: *tum quem ei heredem esse oporteret*, et que nous trouvons deux fois rapportés au Digeste (2). On peut en conclure que c'était la locution habituelle de l'édit pour les diverses possessions des biens. Ici le sens était, sans doute: « *Tum quem ex familia... (patroni proximum oportebit, vocabo)* j'appellerai celui de la famille du patron qui sera le plus proche. »

1114. *Unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*. Telle est la dénomination de cette possession des biens, comme nous la font connaître le § 5 de ce titre et Théophile dans sa paraphrase. Cette possession des biens était aussi exclusivement applicable aux successions des affranchis. Quelle en était l'utilité? Malgré l'explication que nous en donne Théophile, on a considéré cette question comme un problème difficile à résoudre d'une manière satisfaisante. Si le patron ou ses enfants, nous dit Théophile, ont négligé de demander la possession des biens *unde legitimi* dans les délais prescrits, qu'ils aient pareillement laissé expirer le délai de la possession des biens *tum quem ex familia*, alors le patron ou ses enfants ou ses ascendants pourront venir par la possession des biens *unde liberi patroni... etc.* On a trouvé ridicule cette répétition de possessions des biens, qui serait inventée

(1) C. 5. 2. *De naturalibus liberis*. 1. Constant. (an 336.) — Nov. 18, ch. 5. Justinian. (an 537); et Nov. 89, ch. 12. — (2) D. 38. 7. 1. f. Julian. — 38. 14. 1. f. Ulp.

seulement pour multiplier le recours du patron et lui donner la faculté de se rattacher de possession des biens en possession des biens, comme de branche en branche. Mais tel n'est pas le but principal: la possession des biens *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum* n'est pas donnée spécialement au patron ni à la patronne, il n'est pas même question d'eux dans sa dénomination; et s'ils ont le droit d'en profiter, ce n'est qu'accidentellement. Du reste, il n'y a rien là qui ne soit commun et général à tous les ordres de possession des biens. En effet, nous avons vu que, dans la succession des ingénus, les possessions des biens sont d'abord: *unde liberi*, pour les héritiers siens; ensuite *unde legitimi*, principalement pour les agnats; enfin *unde cognati*, pour tous les cognats parents naturels: ce qui n'empêche pas que les héritiers siens ne soient compris dans chacune des trois, et qu'après avoir laissé passer la première, ils ne puissent venir par la seconde, et à défaut par la troisième; et que de leur côté les agnats, après avoir laissé passer la possession des biens *unde legitimi*, ne puissent venir à leur rang de proximité par la possession des biens *unde cognati*. De même, dans la succession des affranchis, la série des possessions des biens quant au droit de patronage était celle-ci: 1° *unde legitimi*, pour le patron et ses enfants, conformément à la loi, ce qui ne comprenait ni les enfants hors la puissance du patron, ni ceux de la patronne, puisque les mères n'avaient jamais de puissance paternelle; 2° *tum quem ex familia*, pour la famille civile du patron ou de la patronne, c'est-à-dire principalement pour leurs agnats, ce qui ne comprenait aucun des parents unis seulement par les liens naturels; 3° *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*, pour les descendants ou ascendants, sans plus distinguer s'ils sont ou non en la puissance ou dans la famille du patron, mais seulement à cause du lien du sang; aussi les enfants de la patronne et les ascendants y sont-ils nominativement compris: c'est la possession des biens déferée à la famille naturelle du patron, en commençant par la ligne directe, descendante et ascendante. Enfin, comme nous allons le voir immédiatement, 4° *unde cognati manumissoris*, pour les cognats du patron ou de la patronne, c'est-à-dire spécialement pour sa famille naturelle collatérale. Ce qui n'empêche pas que le patron ou ses enfants héritiers siens ne soient compris dans toutes ces possessions des biens, et qu'après avoir laissé passer celle *unde legitimi*, ils ne puissent venir par celle *tum quem ex familia*, puisqu'ils sont de la famille civile; puis par celle *unde liberi patroni... etc.*, puisqu'ils sont de la ligne directe; ou enfin par celle *unde cognati manumissoris*, puisqu'ils sont de la cognation; et que, de même, les agnats, à défaut de leur possession des biens *tum quem ex familia*, et les ascendants et descendants, à défaut de la leur, *unde liberi patroni... etc.*, ne puissent venir également par la dernière, *unde cognati manumissoris*, dans laquelle ils sont tous

compris. Cette explication est donc toute naturelle, et entièrement conforme à l'esprit général des possessions des biens. Quelques auteurs allemands en ont imaginé une autre. Ils supposent que la possession des biens *unde liberi patroni*, etc., est relative au patron du patron de l'affranchi défunt. Ainsi, le patron immédiat de cet affranchi défunt serait lui-même un affranchi ayant un patron, et ce serait ce patron du patron qui serait appelé, ainsi que ses enfants et ses ascendants, à défaut du patron immédiat et de sa famille (1). Cette explication est ingénieuse; mais elle n'est en harmonie ni avec la gradation des droits de patronage, qui se trouverait troublée et contradictoire, ni avec l'esprit des possessions des biens tel que nous l'avons démontré; ni avec l'explication de Théophile, qui, en matière pareille, doit obtenir plus de crédit que les imaginations modernes; ni, enfin, avec les textes des Instituts et d'Ulpien, qui ne parlent jamais que du patron et de la patronne, quand il eût été si facile et si court de dire le patron du patron (2).

1115. *Unde vir et uxor*, relative à la succession des ingénus comme à celle des affranchis, suppléant à une lacune du droit civil, qui avait laissé les époux sans droits réciproques de succession quand il n'y avait pas *in manum conventio*; ne s'appliquant du reste que dans le cas de justes noces, et lorsque le mariage existait encore au moment de la mort (3).

1116. *Unde cognati manumissoris*, exclusivement propre à la succession des affranchis. Il paraît cependant, d'après Ulpien, que ce droit n'était pas indéfini pour tous les cognats du patron, et qu'il s'arrêtait à certaine limite fixée d'après la loi *FURIA* (4).

1117. A défaut de toute personne à qui la possession des biens pût appartenir, les biens étaient déférés au peuple, d'après la loi *JULIA CADUCARIA*. « Et si nemo sit, dit Ulpien, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria » (5).

IV. Sed eas quidem prætoriam intro-
duxit jurisdictio : a nobis tamen nihil in-
curiosum prætermisum est; sed nostris
constitutionibus omnia corrigentes, CON-
TRA TABULAS quidem et SECUNDUM TABU-
LAS bonorum possessiones admisimus,
utpote necessarias constitutas, nec non
ab intestato UNDE LIBERI et UNDE LEGI-
TIMI bonorum possessiones. Quæ autem
in prætoris edicto quinto loco posita fue-

4. Telles furent les possessions des
biens introduites par la juridiction pré-
torienne; mais, pour nous, ne laissant
rien échapper à notre investigation, et
corrigeant toutes choses par nos consti-
tutions, nous avons maintenu, comme
étant de nécessité, les possessions des
biens CONTRA TABULAS et SECUNDUM
UNDE LEGITIMI dans l'ordre *ab intestat*.

(1) Mémoire de M. Gœschen, sur la *bonorum possessio libertini intestati*. (Civilistisches Magazin, t. 4. p. 257, 359. — *Histoire du droit romain*, de M. Hugo, t. 1. § 224. note 3.) — (2) Ulp. Reg. 28. 7. — (3) Voir le titre spécial, Dig. 38. 11. — (4) « Septimo, cognatis manumissoris quibus per legem Furiam plus quam mille asses capere licet. » Ulp. Reg. 28. 7. — (5) Ulp. Reg. 28. 7.

rat, id est UNDE DECEM PERSONÆ, eam pio
proposito et compendioso sermone su-
pervacuum ostendimus. Cum enim præ-
fata bonorum possessio decem personas
præponebat extraneo manumissori, nos-
tra constitutio quam de emancipatione
liberorum fecimus, omnibus parentibus
eisdemque manumissoribus contracta
fiducia manumissionem facere dedit,
ut ipsa manumissio eorum hoc in se
habeat privilegium, et supervacua fiat
supradicta bonorum possessio. Sublata
igitur præfata quinta bonorum posses-
sione, in gradum ejus sextam antea
bonorum possessionem induximus, et
quintam fecimus, quam prætor proxi-
mis cognatis pollicetur.

V. Cumque antea fuerat septimo loco
bonorum possessio TUM QUEM EX FAMILIA,
et OCTAVO UNDE LIBERI PATRONI PATRO-
NÆQUE ET PARENTES EORUM, utramque
per constitutionem nostram quam de
jure patronatus fecimus, penitus vacua-
vimus. Cum enim ad similitudinem
successionis ingenuorum, libertinorum
successiones posuimus, quas usque
ad quintum tantummodo gradum coarct-
tavimus ut si aliqua inter ingenuos et
libertinos differentia, sufficit eis tam
CONTRA TABULAS bonorum possessio
quam UNDE LEGITIMI et UNDE COGNATI,
ex quibus possunt sua jura vindicare :
omni scrupulositate et inextricabili
errore istarum duarum bonorum pos-
sessionum resoluta.

VI. Aliam vero bonorum possessio-
nem, quæ UNDE VIR ET UXOR appellatur,
et nono loco inter veteres bonorum pos-
sessiones posita fuerat, et in suo vigore
servavimus, et alio loco, id est sexto,
eam posuimus : decima veteri bonorum
possessione, quæ erat UNDE COGNATI
MANUMISSORIS, propter causas enarratas
merito sublata, ut sex tantummodo
bonorum possessiones ordinariæ per-
maneant, suo vigore pollentes.

Mais quant à celle placée en cinquième
lieu dans l'édit du préteur, c'est-à-dire
la possession UNDE DECEM PERSONÆ; par
une décision pieuse, et en peu de mots,
nous en avons établi l'inutilité. En effet,
cette possession des biens avait pour but
de placer dix personnes avant le manu-
misseur étranger; mais, d'après notre
constitution sur l'émancipation des en-
fants, tous les ascendants sont eux-
mêmes manumisseurs, comme s'ils s'é-
taient réservé la clause de fiducie; de
sorte que ce privilège est inhérent à la
manumission qu'ils font eux-mêmes, et
rend inutile la possession des biens
dont nous parlons. Supprimant donc
cette cinquième possession des biens,
et donnant son rang à celle qui n'était
auparavant que la sixième, nous avons
établi pour cinquième possession des
biens celle que le préteur promet aux
plus proches cognats.

5. Et, comme auparavant, se trou-
vait en septième lieu la possession des
biens TUM QUEM EX FAMILIA, et en huiti-
ième UNDE LIBERI PATRONI PATRONÆQUE
ET PARENTES EORUM, nous les avons enti-
èrement supprimées l'une et l'autre par
notre constitution sur le droit de patro-
nage. Car, puisque nous avons établi les
successions des affranchis sur le modèle
de celle des ingénus, en les restreignant
seulement au cinquième degré afin de
laisser une différence entre elles, il suf-
fit, pour réclamer les droits du patro-
nage, des possessions des biens tant
CONTRA TABULAS que UNDE LEGITIMI et
UNDE COGNATI, toutes les subtilités et les
détours inextricables de ces deux pos-
sessions des biens se trouvant résolus.

6. Quant à la possession des biens
UNDE VIR ET UXOR, placée au neuvième
rang parmi les anciennes, nous l'avons
conservée dans sa vigueur, en la faisant
remonter de rang, et la portant au
sixième. La dixième, qui existait jadis,
celle UNDE COGNATI MANUMISSORIS, s'est
trouvée justement supprimée par les
motifs déjà exposés; de sorte qu'il n'est
plus resté que six possessions des biens
en toute vigueur.

1118. Par suite des changements opérés par Justinien et dont
les motifs sont suffisamment expliqués dans les trois paragraphes
précédents, les quatre possessions des biens *ab intestat*, qui
étaient exclusivement propres à la succession des affranchis, se

trouvent supprimées, et il ne reste plus que les quatre possessions des biens des ingénus,

UNDE LIBERI,
UNDE LEGITIMI,
UNDE COGNATI,
UNDE VIR ET UXOR,

qui servent tant pour la succession *ab intestat* des ingénus, que pour celle des affranchis, puisque cette dernière a été ramenée à une similitude presque entière avec l'autre, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, n° 1088 : la possession des biens *unde liberi*, pour les héritiers siens de l'affranchi et les personnes rangées au nombre des héritiers siens; *unde legitimi* pour le patron et ses enfants; *unde cognati* pour les ascendants et cognats du patron jusqu'au cinquième degré seulement; et enfin *unde vir et uxor*.

VII. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut datur lege, vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est. Quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt prætor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatus-consultis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

1119. Quibus ut datur lege, vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est. C'était, d'après ce que nous apprend Théophile, le nom de cette dernière possession des biens, qui se nommait aussi, d'après la même autorité, *tum quibus ex legibus*: « Alors, ceux à qui les lois (probablement) ordonnent de déférer la possession des biens »; ou simplement, d'après l'intitulé du titre spécial consacré dans le Digeste à cette matière: *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio* (1). Ulpien nous a conservé les termes de l'édit relatifs à cette possession des biens: « *Uti me quaque lege, senatus-consulto, bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo.* » Il faut remarquer qu'il s'agit ici de loi, sénatus-consulte ou acte législatif qui ordonnerait expressément de déférer la possession des biens. C'est ce qui résulte positivement des termes de l'édit, ainsi que de l'explication que nous en donnent Paul et Ulpien; et c'est aussi ce qui distingue la possession des biens *ut ex legibus senatusve consultis*, de celle

(1) Dig. 38. 14.

unde legitimi. La première est applicable seulement lorsque la loi ordonne nominativement de déférer la possession des biens (*cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet*), ce qu'avait fait la loi Papia pour la patronne (1); la seconde, lorsque la loi ne défère que l'hérédité, sans faire mention de la possession des biens (*defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem*) Mais si la loi défère à la fois et l'hérédité et la possession des biens, on a droit indifféremment à l'une et à l'autre possesseur (2). — Le préteur n'a pas besoin ici de s'inquiéter de savoir si cette possession des biens sera testamentaire ou *ab intestat*, ni du rang qu'elle occupera: il promet seulement, quant à lui, d'obéir à toute loi qui ordonnera de déférer la possession des biens. Cette possession des biens sera un *extraordinarium auxilium*, comme dit le texte, auquel aucune autre ne peut faire obstacle contrairement à la loi qui l'ordonne (3). — En sens inverse, le préteur ne devrait pas donner la possession des biens là où la loi le défendrait (4).

VIII. Cum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ, ne actiones creditorum differerentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinitur. Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonorum possessione annum spatium, ceteris centum dierum dedit.

IX. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis ad crescit; vel si nemo sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit expectatur; sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

1120. La possession des biens n'était pas déférée de plein droit: il fallait la demander; elle pouvait aussi se répudier.

(1) Gaius. 2. § 50. — Dig. 38. 14. 1. § 2. f. Ulp. — 38. 7. 3. f. Paul. — (2) Dig. 38. 14. 1. § 1. — (3) Ce passage d'Ulpien: « Ubiunque Lex, vel Senatus, vel Constitutio capere hereditatem prohibet: et bonorum possessio cessat » (D. 37. 1. 12. § 1), avait en vue les lois caducaires.

S. Le préteur ayant ainsi introduit plusieurs espèces de succession et les ayant disposées par ordre, et dans chaque ordre, souvent plusieurs personnes existant à différents degrés: afin que les créanciers ne restent pas suspendus dans leurs actions, mais qu'ils aient à qui s'attaquer; afin, d'un autre côté, qu'ils ne se fassent pas facilement envoyer en possession des biens du défunt, et qu'ils n'aient pas recours à ce mode d'exercer leurs droits, le préteur a fixé un délai limité pour demander la possession des biens. Il a donné aux enfants et aux ascendants, tant naturels qu'adoptifs, l'espace d'un an; et à tous les autres, cent jours.

9. Si quelqu'un laisse expirer ce délai sans demander la possession des biens, elle accroît aux personnes du même degré; ou, s'il n'y en a pas, elle passe, d'après l'édit successoral, au degré subséquent, comme si le précédent n'existait pas. Mais si quelqu'un répudie la possession des biens qui lui était déférée, on n'attend pas l'expiration du terme fixé à la demande de possession des biens; mais les autres sont immédiatement admis d'après le même édit.