

APPENDICES DU LIVRE III

APPENDICE I. (Nos 1008, 1015, 1131.)

DE LA FAMILLE CIVILE ET DE LA FAMILLE NATURELLE.

L'histoire du droit romain nous présente une lutte incessante et continue entre la famille ou la parenté civile, et la parenté ou la famille naturelle. Les phases diverses de cette lutte ont toujours tourné à l'avantage de la famille naturelle, dont le triomphe à la fin a été presque complet. On cherche, pour ainsi dire, dans le dernier état du droit romain, ce qui reste de la famille civile et de la puissance paternelle, sur laquelle elle reposait.

Essayons de décrire la destinée, la décadence de la famille agnatique. Nous rattachons cette étude à la matière des successions *ab intestat*, parce que nous aurons beaucoup d'emprunts à faire à cette matière. Nous montrerons ainsi l'influence, sur l'ordre des successions, des changements accomplis dans l'organisation de la famille.

La constitution de la famille romaine entraîne des conséquences :

Quant à l'état des personnes ;

Quant à la propriété des biens ;

Quant à l'hérédité.

Rappelons l'état primitif de la législation. La famille civile est une société qui a un chef, investi d'une juridiction, même criminelle, sur les personnes membres de la famille.

Cette société, gouvernée par un *paterfamilias*, a un patrimoine unique, composé des acquisitions faites par ses différents membres.

De ce patrimoine, les fils de famille sont dits copropriétaires ; la femme *in manu* est dite *particeps bonorum* (1).

Ce patrimoine est librement géré par le *paterfamilias*, lequel, dans le principe, omnipotent sur les personnes, est omnipotent sur les biens.

En prévision de sa mort, le *paterfamilias* peut disposer par testament de l'universalité du patrimoine de la famille.

Comment le peut-il, n'étant pas seul propriétaire ? Le patri-

(1) GAIUS. *Com.* 2. § 157. — DENYS D'HALIC. 1. 2. c. 25 κοινων χρηματων.

moine est, en effet, destiné à passer comme hérédité aux fils de famille qui en ont déjà la copropriété; mais le *paterfamilias*, juge de la conduite de ses enfants, peut les priver de leur part dans le patrimoine commun, comme il pourrait, pour une faute plus grave, les condamner à mort; *quod et occidere licebat*. Toutefois, un fils de famille ne peut disparaître du nombre des héritiers que par l'effet d'une exhérédation. Sorte de sentence pénale, l'exhérédation lui enlève ses droits d'héritier sien, lui inflige une peine analogue à celle de la *publicatio*, de la confiscation (1).

Le père de famille meurt. Il n'a point fait de testament, ou il a institué héritiers ceux de ses fils de famille qu'il en a jugés dignes, après avoir exhéredé les autres. Les fils de famille appelés à l'hérédité n'acquièrent pas, ils n'ont pas à accepter; ils continuent à être propriétaires de biens qui leur appartenaient déjà en commun. Seulement chacun, devenu *sui juris*, sera chef d'une famille distincte. Un partage est nécessaire. Le partage entre les enfants du *de cuius* est égal ou conforme aux prescriptions paternelles. Constatons qu'aucun vestige dans les sources ne permet d'affirmer que le droit d'ainesse ait jamais existé dans les mœurs romaines (2).

Le père de famille est mort intestat: il n'a pas laissé d'héritiers siens. L'hérédité est dévolue aux agnats, parents collatéraux, membres de la famille civile dans le sens large du mot, personnes qui seraient encore sous la puissance d'un même père de famille si un ancêtre commun avait prolongé son existence (3).

A défaut d'agnats, l'hérédité est dévolue aux gentils. Une famille civile est éteinte; les biens sont recueillis par la *gens* dont elle faisait partie. On dit que les biens *retournent*, par le souvenir d'une ancienne propriété collective et commune entre tous les membres d'une même *gens*, d'une même tribu (4).

Dans ce régime successoral, quiconque est en dehors de la famille civile ou agnatique du défunt, est exclu de son hérédité légitime:

a. D'abord celui qui, après avoir été dans la famille civile, en est sorti, le fils émancipé, le fils donné en adoption, la femme qui a passé *in manum mariti*;

b. Ensuite ceux qui n'ont jamais eu avec le défunt qu'un simple lien de cognation, les descendants d'une fille; membres de la famille civile de leur père, ils n'ont avec les parents de leur mère qu'un rapport de cognation (5).

L'hérédité légitime dérive de la parenté civile exclusivement

(1) PAUL, f. 11. Dig. De liberis et postumis, xxviii. 2. — (2) M. FUSTEL DE COULANGES, Cité antique, p. 93 et p. 305. — (3) ULP. f. 195. § 2. Dig. De verb. signif. 50. 16. — (4) TERENCE, Andr. Ad me redierunt bona. — (5) GAIUS. Com. 3. § 18 et suiv.

Perdre l'agnation, c'est perdre tout espoir d'hérédité légitime relativement à la famille que l'on quitte.

Arrivons à un deuxième état de la législation: Le préteur exerce son influence au profit de la parenté naturelle dans une certaine mesure.

Le préteur appelle, en toute succession ouverte *ab intestat*, à défaut d'agnats et de gentils, les cognats du défunt, les parents par les femmes, les membres de la famille naturelle.

Le préteur appelle l'émancipé à la succession paternelle, même en concours avec des enfants restés en puissance.

Une conséquence notable se produit en matière d'émancipation.

Selon le droit primitif et rigoureux, l'émancipé perdait les biens qu'il avait pu acquérir jusqu'au jour où il devenait *sui juris*. Il perdait toute espérance de succéder légitimement, soit à son père, soit aux agnats de son père.

Grâce au droit prétorien, le dommage résultant de l'émancipation est moindre. L'émancipé laisse encore, dans la famille qu'il quitte, les biens dont il a réalisé l'acquisition; mais il conserve le droit de succéder à son père au rang des *liberi*. Il a aussi l'espoir de succéder, à défaut d'agnats, aux parents de son père (1).

Que des cognats viennent à la succession, c'est une nouveauté. Que des cognats puissent concourir dans la succession avec des agnats, des héritiers siens, c'est une révolution contre l'intégrité de la famille légitime.

Continuons; nous abordons les réformes impériales.

Résumons d'abord celles accomplies dans le Haut-Empire, vers le règne des Antonins.

La plus importante, comme reconnaissance des droits de la parenté naturelle, est celle-ci:

La mère (pourvu qu'elle ait rendu à l'État le service de mettre au monde un certain nombre d'enfants) recueillera l'hérédité de ses enfants, quoique étrangère à la famille civile de son mari et, par suite, de ses enfants. Elle succédera, en général en second ordre, à défaut de postérité (2).

Par réciprocité, les enfants seront héritiers légitimes de leur mère. Simples cognats de la défunte, ils viendront à son hérédité en premier ordre, à l'exclusion des agnats (3). Cette réforme atteste, ou a dû précipiter la décadence de la *manus*.

La femme était par le droit ancien mise dans cette alternative. Passant *in manum mariti*, elle créait des rapports d'agnation et par suite des vocations héréditaires entre elle et ses enfants ou mieux les enfants de son mari; mais elle renonçait à l'hérédité légitime des membres de sa famille originaire. Restant dans sa

(1) ULP. Reg. tit. 28. §§ 2, 3, 8, 9. — (2) ULP. Reg. tit. 26. § 8. — (3) ULP. Reg. tit. 26. § 7.

famille, elle gardait le droit d'acquérir de ses parents; mais elle était alors incapable de transmettre à sa descendance.

Le nouveau droit est plus clément et plus juste. La femme mariée peut, restant dans sa famille d'origine, y conserver ses espérances d'hérédité, et cependant elle aura pour héritiers ses enfants, et dans cette transmission héréditaire, ses enfants ne seront pas tenus de partager avec les enfants que son mari aurait eus d'un autre mariage, comme dans le système de la *manus*.

Voilà l'exemple d'une vocation héréditaire légitime, attachée à une parenté naturelle, et sur laquelle la *minima capitis minutio*, la *mutatio familiæ* n'aura aucune influence (1).

C'est au Bas-Empire que s'accroît et s'accélère la décadence de la famille civile.

Le patrimoine collectif de la famille est dissous.

Tout ce qu'un fils de famille acquiert *aliunde quam ex re patris*, lui appartient en propre. Le père de famille en a seulement l'administration et la jouissance (2).

Ce changement a eu un notable contre-coup sur le caractère de l'émancipation et sur l'effet de l'exhérédation.

L'émancipation, qui était à l'origine une exclusion fâcheuse, est devenue un bienfait.

Non-seulement l'émancipé aura seul dans l'avenir le profit de ses acquisitions, non-seulement il conservera le droit de succéder à son père, même en concours avec ses frères restés en puissance, sauf une *collatio* parfaitement équitable; mais encore il emportera, en sortant de la famille civile, la propriété de ses acquisitions antérieures. Il devra laisser toutefois à son père une part de jouissance (3).

L'émancipation a le caractère d'un bienfait, à tel point qu'elle est déclarée révocable pour cause d'ingratitude (4).

Le père de famille a conservé comme sanction de sa puissance paternelle le droit d'exhérer ceux de ses enfants qui ont démérité, mais l'exhérédation a désormais une portée moins grande, un effet moins rigoureux.

L'exhérédié, selon le droit antérieur, perdait sa part d'un patrimoine dans lequel étaient venues se fondre ses propres acquisitions; il perdait même le fruit de son travail et de son activité.

Dans le droit du Bas-Empire, le fils exhérédié est privé de toute part dans la fortune paternelle; mais il conserve la propriété des biens qu'il a pu acquérir ou qui ont pu lui échoir.

(1) POMPONIUS. f. 44. Dig. De suis et legitimis. 38. 16. ULP. f. 1. § 8. Dig. Ad. S. C. Tertyl. et Orphit. 38. 17. — (2) INST. 2. 9. § 1. Il y a même des biens dont le fils de famille a la pleine propriété: biens du pécule castrens, biens du pécule quasi castrens, biens adventices extraordinaires, par ex.: biens donnés ou légués au fils à la condition que le père de famille n'en ait pas la jouissance. Nov. 177. Cap. 1. Comp. C. civ. art. 387. — (3) INST. 2. 9. § 2. — (4) Fr. Vatic. § 248. CONSTANTIN.

L'hérédité reposait en principe sur l'agnation. Les cognats ne venaient à la succession *jure pratorio* que subsidiairement.

A ce principe des dérogations spéciales avaient été apportées, surtout dans l'ordre des descendants. L'émancipé et ses descendants avaient été relevés par le préteur des conséquences de la *capitis minutio* à l'égard de la succession paternelle.

Les descendants par les filles, simples cognats, ont été, par les empereurs du Bas-Empire, appelés à succéder à leur grand-père maternel en premier ordre, même en concours avec les descendants nés d'un fils et membres de la famille agnatique, mais non pas avec une égalité parfaite (1).

Ces modifications de détail, incomplètes, illogiques, ont été absorbées dans une refonte radicale de la matière de l'hérédité légitime. C'est l'œuvre mémorable de Justinien dans la nouvelle 118. Au point de vue de l'hérédité *ab intestat*, elle abolit la distinction entre l'agnation et la cognation, elle détruit le privilège successoral attaché jusqu'alors à la parenté civile, elle fait dériver la vocation dans tous les ordres, descendants, ascendants collatéraux, de la simple parenté naturelle (2).

Cette transformation accomplie, que reste-t-il de la famille et de la parenté civiles, de la parenté par les mâles, de l'agnation? — La puissance paternelle du chef de famille sur les enfants et descendants à tous les degrés, sauf émancipation; puissance douée d'un grand prestige, bien affaiblie dans ses effets.

Sur la personne de l'enfant elle est réduite à un droit de correction modérée (3); sur les biens des enfants, réduite à un droit d'administration et de jouissance. Encore faut-il excepter les biens du pécule castrens, du pécule quasi castrens, en d'autres termes presque tous les produits de l'activité personnelle du fils, et les biens adventices extraordinaires, que le fils administre et dont il a le revenu.

Tels sont les attributs subsistants de la puissance paternelle. A ce double point de vue il y a lieu, jusque dans le dernier état du droit romain, de distinguer l'enfant en puissance de l'enfant *sui juris*.

Nous ne parlons pas du droit pour le père de famille d'exclure de sa succession l'enfant qui a démérité. Ce pouvoir d'exhérédation est l'une des sanctions de la puissance paternelle. Des esprits sérieux regrettent son absence de notre Code civil. Ce serait un sage tempérament au principe salutaire de la réserve. Toutefois cette faculté n'est pas vraiment un effet de la puissance paternelle. Depuis que les acquisitions du fils lui restent propres, elle constitue un respect du droit de propriété du père plus qu'un empiètement sur la personnalité du fils. Elle s'exerce avec des

(1) INST., l. 3, tit 1, § 15. — (2) Nov. 118. *Constitutio quæ jura adgnatorum tollit*. — (3) ALEX. SEV., l. 3. C. De patria potestate. 8. 47.

résultats semblables à l'égard de tous les descendants, qu'ils soient ou non *in potestate*.

Mais, à part la soumission à la puissance paternelle avec les effets restreints qui viennent d'être déterminés, en ce qui concerne l'ordre successoral, la parenté agnatique n'a plus aucune valeur. La parenté naturelle a supplanté la parenté civile.

Un changement parallèle s'est accompli dans la matière de l'adoption.

A l'origine, l'adoption fait changer de famille, rompt l'agnation qui unissait à la famille primitive, assimile l'adopté aux enfants nés *ex justis nuptiis* dans la famille de l'adoptant. La parenté civile est une matière que la volonté humaine façonne à son gré. Émancipé par son père adoptif, l'adopté devient *sui juris*, également étranger aux deux familles dont il a été membre successivement.

Le droit prétorien admet qu'une cause purement civile, purement arbitraire, fasse changer de famille, mais non qu'un lien artificiel de parenté, susceptible de rupture, détruise entièrement les droits de succession accordés à l'enfant issu de justes noces. Il fait en sorte que l'enfant donné en adoption ait les droits d'un descendant légitime, au moins dans une famille, dans sa famille d'origine, sinon dans sa famille adoptive. L'adopté est traité par le préteur comme un héritier sien par rapport au père adoptif tant que subsiste le lien créé par l'adoption, mais il obtient la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas* à l'égard de la succession de son père naturel, si avant l'ouverture de cette succession, il a été émancipé par le père adoptif.

Justinien fait découler ses innovations d'un principe différent : La parenté naturelle ne se dissout pas arbitrairement. La famille a une composition que la volonté de l'homme ne saurait modifier.

Ce principe exclut l'adoption telle que l'antiquité l'avait conçue et organisée.

L'adoption par un *extraneus*, c'est-à-dire par un étranger à la famille, disons mieux, par tout autre qu'un ascendant, ne fait plus sortir de la famille d'origine; elle n'est plus qu'une institution d'héritier par contrat, et encore une institution révocable. L'adopté acquiert, sauf émancipation survenue, le droit de succéder *ab intestat* à l'adoptant, mais non le droit de se plaindre d'une disposition par laquelle, sans juste motif, l'adoptant le priverait de son hérité.

L'adoption a des effets plus pleins dans le cas où l'enfant est donné en adoption à un ascendant paternel ou maternel. Mais quels sont ces effets? L'adoption dans ce cas ne fait pas changer de famille, puisque celui qui donne et celui qui reçoit sont unis par une parenté au moins naturelle, et que la parenté naturelle est devenue le vrai fondement de la famille ainsi que du droit

successoral. L'adoption déplace la puissance paternelle. Elle la fait passer d'un ascendant à un autre ascendant (1).

Il importe de remarquer que la réforme accomplie par Justinien dans la matière de l'adoption est postérieure à celle par laquelle les descendants nés d'une fille ont été appelés, dans l'ordre des *liberi*, à la succession de leur grand-père maternel (2). Cette remarque est essentielle à faire pour comprendre la phrase : *In hoc casu, in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura*.

En résumé, l'ancienne adoption, conséquence de l'idée que l'homme peut se créer une famille, se donner une descendance, n'existe plus sous Justinien. Le même terme désigne une institution dissemblable.

Les droits concédés par le préteur à l'enfant émancipé en considération de la parenté naturelle, ont entraîné l'introduction d'une règle qui, en se transformant, est devenue une institution moderne très-équitable.

L'enfant issu de justes noces, sorti de la famille par une émancipation, n'a été admis par le préteur à concourir avec ses frères restés en puissance dans la succession paternelle, grâce à la *bonorum possessio unde liberi* ou *contra tabulas*, qu'à la charge de partager avec ses frères héritiers siens les biens qu'il avait acquis d'une source quelconque depuis qu'il était devenu *sui juris*. C'est la *collatio bonorum*, qui est une mise en commun, un apport en partage, non pas un rapport (3). Le droit moderne n'a rien eu à emprunter à cette institution, conséquence de l'inégalité admise entre les enfants selon qu'ils étaient *in patria potestate* ou *sui juris*.

Sous l'empire, la fille dotée par son père, venant à la succession paternelle, a été soumise à la nécessité de rapporter à la succession sa dot ou l'action qu'elle avait pour la recouvrer. Elle en était tenue, qu'elle fût restée en puissance ou émancipée, envers ses frères héritiers siens ou *bonorum possessores*. Nous disons rapport, parce que la dot à comprendre dans le partage est uniquement la dot profectice, celle qui est sortie du patrimoine du *de cujus* et qui, pour ce motif, rentre dans l'hérédité (4). Nous apercevons l'origine de l'institution moderne.

La *collatio bonorum emancipati* a successivement déchu d'importance au fur et à mesure que le principe de l'attribution

(1) JUST., l. 10 (an 530). Cod. *De adopt.* 8. 48. — Justinien laisse sous l'empire des anciens principes : 1° l'adrogation (§ 5), 2° l'adoption par un étranger d'un petit-fils qui est précédé par son père dans sa famille naturelle (§ 4). Ce sont deux erreurs législatives, deux inconséquences; mais le principe que nous mettons en relief n'en ressort pas moins manifestement de la Constitution. — (2) VALENT. ET THÉOD., l. 9 (an 389). — JUSTIN., l. 12 (an 528). Cod. *De suis et legitimis*, 6. 55. — (3) DIG. *De collatione*, 37. 6. *De collatione dotis*, 37. 7. — (4) GORD., l. 4. Cod. *De collationibus*, 6. 20.

au père de famille des droits acquis par le fils a reçu plus de restrictions. L'émancipé a été dispensé de *conferre* ce que, resté en puissance, il aurait acquis en propre (1). Or, dans le dernier état du droit, l'enfant en puissance acquiert en propre tout ce qui ne lui vient pas de son père.

La règle de la *collatio dotis profectivæ* a été étendue à la donation *propter nuptias* émanant du père ou d'un ascendant paternel, même à la dot et à la donation *propter nuptias* constituées par la mère ou par un ascendant maternel. Nous sortons du cercle de la famille agnatique. L'idée qui préside à cette extension est que les libéralités qui sont imputables sur la légitime sont rapportables. Les deux décisions découlent d'un même principe : toutes ces libéralités sont présumées faites en avancement d'hoirie (2).

La *collatio bonorum emancipati* dépendait de la seule volonté du prêteur. — Le rapport des libéralités qui proviennent du *de cuius* et ont été adressées à l'un de ses descendants successibles, repose sur une interprétation de la volonté du donateur et cesse par l'expression d'une volonté contraire; liberté qui doit être contenue toutefois dans les limites de la quotité disponible (3).

L'émancipé n'était tenu de *conferre* au profit de ses frères héritiers siens, que les biens dont il était encore propriétaire au jour de l'ouverture de la succession. — L'enfant doté ou gratifié en avancement d'hoirie, est tenu de rapporter ce qu'il a reçu, l'eût-il aliéné ou perdu par sa faute (4).

Dans la législation romaine, la *collatio* se réalise au moyen d'une promesse que fait celui qui prétend à la succession. Elle n'a donc pas l'effet d'une condition résolutoire affectant la propriété des biens rapportables (5).

L'important en cette matière est de bien distinguer la *collatio bonorum emancipati* et la *collatio* des libéralités que nous appellerons *profectives*, provenant du *de cuius*. Les principes et les destinées de ces deux institutions réunies sous le même mot sont complètement différents.

J. E. L.

APPENDICE II. (N° 1028.)

DE LA DÉVOLUTION DANS LA SUCCESSION LÉGITIME.

Le texte de la loi des Douze-Tables, tel qu'il nous a été transmis par Ulpien (*Reg. I. 26, § 1*) : « Si intestato moritur, cui

(1) JUST., l. 21. Cod. *De coll.* 6. 20. — (2) LEO., l. 17, JUSTIN., l. 20. Cod. *De coll.* 6. 20. — (3) NOV. 18, c. 6. — (4) ULP., f. 2. § 1. DIG. 37. 6. *De coll.* arg. nov. 97. c. 6. — (5) ULP., f. 5. § 1. DIG. 37. 6.

suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto », a-t-il toujours, du moins jusqu'à Justinien, été interprété en ce sens qu'il fallût attribuer exclusivement le droit de succession légitime à l'agnat le plus proche au moment où s'ouvrirait la succession *ab intestat* (*Ib.*, § 3)? En d'autres termes, a-t-il toujours été constant qu'il n'y avait point de dévolution (*successio*) dans l'ordre des agnats?

Bien que Justinien nous dise (*Inst.* 3. 2, § 7) : « Placebat in eo genere percipiendarum hereditatum successione non esse, id est, ut, quamvis proximus, qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut, antequam adeat, decesserit, nihilomagus legitimo jure sequentes admittantur » ;

Bien que Gaius, plus rapproché des sources, ne soit pas moins formel (*Comm.* III, § 12) : « Nec in eo jure successio est. Ideoque, si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit » ,

On a soutenu récemment (M. Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, n° 425) que c'était là une interprétation relativement moderne; que la dévolution avait lieu dans l'origine, mais que le prêteur avait fait prévaloir la doctrine opposée, afin d'arriver plus facilement à la succession des cognats, qu'il envisageait avec faveur, comme rentrant dans l'ordre de la parenté naturelle.

Que le prêteur ait pu s'accommoder volontiers de cette interprétation, cela est assez probable; mais que ce soit lui qui l'ait imaginée après coup, contrairement à une doctrine ancienne, voilà qui ne nous paraît ni conforme à l'esprit général du droit prétorien, ni justifié par les documents que nous possédons.

On sait que le droit primitif est essentiellement formaliste, porté aux interprétations littérales. Nous voyons constamment, dans la marche de la législation, les textes interprétés d'abord à la lettre, et plus tard expliqués d'une manière plus rationnelle. A une époque où l'on perdait son procès pour avoir mentionné les vignes, au lieu de se plaindre généralement *de arboribus succisis* (Gaius, *Com.* IV, § 11), il est tout simple qu'on ait pris à la lettre l'expression de *proximus*, comme appelant, une fois pour toutes, l'agnat le plus proche lors de l'ouverture de la succession *ab intestat*. Que si l'on avait admis la dévolution dès l'origine, il est bien difficile de croire que le prêteur soit venu substituer, après coup, le sens littéral au sens rationnel. Qu'il ait maintenu avec une certaine complaisance l'interprétation la plus étroite, en vue de l'ordre des cognats, soit; mais il nous semble peu conforme à la marche logique des idées de lui en attribuer l'initiative.

Si en était ainsi, comment se ferait-il que Gaius, qui nous donne de si précieux renseignements sur la marche de la jurisprudence romaine dans les successions *ab intestat*, soit complètement

muet sur cette ancienne doctrine de la dévolution ? Comment une innovation aussi importante n'aurait-elle laissé aucunes traces ?

Il est vrai qu'on nous oppose deux textes.

Le premier est tiré des Sentences de Paul (4. 8, § 21) :

« Legitimi heredes jure civili antiquo intra centesimum diem si tantum adierint hereditatem, ad proximum eadem successio transfertur. »

On signale dans ce texte un vestige de l'ancienne dévolution (*jure civili antiquo*) admise dans l'ordre des agnats. Si celui qui devait faire crétion perdait son droit pour n'avoir fait qu'une simple adition, la succession ne passait point à un autre ordre, mais elle était dévolue à l'agnat du degré suivant.

S'il nous était impossible d'expliquer ce texte, nous pourrions opposer une fin de non recevoir tirée des obscurités que présentent souvent les Sentences de Paul, obscurités qui les ont fait soupçonner, non sans quelque fondement, d'avoir été plus d'une fois altérées. Mais nous pensons qu'on peut, en admettant l'authenticité de ce fragment de Paul, en donner une interprétation satisfaisante, sans y voir consacrée une antique dévolution dans l'ordre des agnats.

Paul suppose une *cretio*, avec le délai de cent jours ; or, c'est aux héritiers testamentaires (Gaius, Com. II, §§ 164 et suiv.) que la *cretio* peut être imposée (1). Il faut donc supposer le plus proche agnat institué héritier *cum cretione*. Si cet héritier laisse expirer le délai sans faire crétion, et se borne à une simple adition, il perd son droit, lequel se trouve transféré au substitué, s'il y en a un, sinon, à l'héritier *ab intestat* le plus proche. Or, cet héritier se trouve être, à cette époque, le second agnat. Il n'y a aucune dévolution dans l'espèce, puisque le second est devenu *proximus* à l'époque où l'agnat institué a perdu son droit, faute de *cretio*. Maintenant, pourquoi nous parle-t-on du *jus civile antiquum* ? C'est que Paul fait probablement allusion à la constitution de Marc-Aurèle, citée par Ulpien (Reg. 27. § 34), qui assimile favorablement la gestion *pro herede* à la *cretio* ; à partir de cette constitution, *jure novo*, l'absence de crétion ne peut plus nuire à l'institué.

Le second texte est tiré des Instituts de Gaius. Ce jurisconsulte, après nous avoir dit que l'agnat qui a subi une *capitis diminutio* peut venir subsidiairement en qualité de cognat, ajoute (Comm. III, § 28) :

« Idem juris est, ut quidam putant, in ejus agnati persona qui, proximo agnato omittente hereditatem, nililomagis jure legitimo admittitur. Sed sunt qui putant hunc eodem gradu a prætore vocari, quo per legem agnatis hereditas datur. »

(1) L'héritier *ab intestat* peut bien *cernere hereditatem*, mais alors la *cretio* est une simple manifestation de volonté, qui n'est limitée par aucun délai. (Gai. *Ibid.* § 167.)

Il y avait donc, à l'époque de Gaius, des auteurs qui pensaient que l'agnat de second degré devait venir, par dévolution, à la *bonorum possessio unde legitimi*. Or, la possession *unde legitimi* n'est donnée qu'à ceux qui sont appelés par le droit civil à l'hérédité *ab intestat* (Dig. 38. 7. *Und. legit.*, 1 f. Julien). Pour qu'il pût y avoir controverse sur la vocation de l'héritier du second degré, il faut évidemment, dit-on, que cette dévolution ait été admise autrefois dans le droit civil, d'où on aurait voulu la faire passer dans le droit prétorien.

A cela nous répondons toujours que, si l'absence de dévolution dans l'ordre des agnats *jure civili* avait été révoquée en doute, il serait étrange que les plus anciens jurisconsultes, tels que Gaius, n'eussent conservé aucun souvenir de la doctrine primitive. Il est facile, d'ailleurs, de rétorquer l'argument tiré de ce que la possession *unde legitimi* ne serait qu'une confirmation du droit civil. Puisqu'il était constant, du moins à l'époque de Gaius, que le droit civil n'admettait point de dévolution dans l'ordre des agnats, et qu'ici la succession prétorienne était calquée sur le droit civil, comment aurait-on pu mettre en question *jure prætorio* ce qui ne faisait aucun doute d'après l'interprétation qui avait prévalu pour la loi des Douze-Tables ?

Ce qui nous semble plus vrai, c'est qu'à l'époque où Gaius écrivait, les règles sur la possession de biens n'avaient point encore la fixité qu'elles ont eue plus tard. C'est ainsi qu'il avait fallu un rescrit d'Antonin (Com. II, § 120) pour donner efficacité au moyen de l'exception de dol, à la *bonorum possessio secundum tabulas*, lorsque l'héritier du droit civil venait réclamer l'hérédité. Il est à croire que les caractères de la *possessio unde legitimi* n'étaient pas non plus bien déterminés à cette époque, et qu'on pouvait encore considérer le prêteur comme libre d'admettre à son gré, dans cet ordre, la dévolution qui n'était point autorisée par le droit civil. Mais, quant à l'interprétation de la loi des Douze-Tables, les textes sont tellement précis qu'il nous est impossible de croire qu'aucun doute eût été soulevé sur ce point avant l'époque de Justinien.

Y avait-il dévolution dans l'ordre des *gentiles* ? Aucun texte ne s'y oppose. Et M. Accarias fait observer avec raison que l'absence de dévolution entre les *gentiles*, à l'époque où la succession des cognats n'avait pas encore été admise, aurait abouti à rendre assez fréquentes les vacances d'hérédité, auxquelles répugnaient essentiellement les mœurs des Romains.

E. B.