

THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

## FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR ✱, DOYEN, professeur de Droit Commercial.  
BONFILS, professeur de Procédure civile, doyen nommé  
au mois d'octobre.  
MOLINIER ✱, professeur de Droit Criminel.  
BRESSOLLES ✱, professeur de Code Civil.  
MASSOL ✱, professeur de Droit Romain.  
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
HUC, professeur de Code Civil.  
POUBELLE, professeur de Code Civil, en congé.  
ROZY, professeur de Droit Administratif.  
ARNAULT, professeur d'Économie politique.  
DELOUME, professeur de Droit Romain.  
HUMBERT ✱, professeur honoraire.  
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.  
PAGET, agrégé, chargé d'un cours de Droit Romain.  
CAMPISTRON, agrégé, chargé d'un cours de Code Civil.  
BRESSOLLES (Joseph), agrégé.  
VIDAL, agrégé.  
WALLON, agrégé.

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. G. BRESSOLLES.

SUFFRAGANTS : {  
MM. MASSOL, professeur.  
HUC, professeur.  
ARNAULT, professeur.  
CAMPISTRON, agrégé.  
VIDAL, agrégé.

---

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.*



20941  
A  
20949  
FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

DE LA CONDITION JURIDIQUE  
DES ESCLAVES A ROME

---

DE LA CONDITION DES SERFS  
DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

---

DES  
INCAPACITÉS ABSOLUES DE DISPOSER  
PAR DONATION OU PAR TESTAMENT  
D'APRÈS LE CODE CIVIL

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

Par M. Marcel PIET

---

TOULOUSE  
PAUL PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT  
RUE TRIPIÈRE, 9

---

1879

ÉCOLE DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA CONDITON DES SERFS  
DES ESCLAVES A ROME

DE LA CONDITON DES SERFS  
A MON PERE, A MA MERE

A MON GRAND-PERE  
INGRATITUDE APOLOGEE DE DISPOSER

A MES PARENTS

THREE POUR LE DOCTEUR  
A MES AMIS

Par M. Marcel TIT

PAUL THOMAS IMPRIMERIE DE LA FACULTE DE DROIT  
RUE SAINTE

1878



A MON PÈRE, A MA MÈRE

---

A MON GRAND-PÈRE

---

A MES PARENTS

---

A MES AMIS





# DROIT ROMAIN

---

## INTRODUCTION

Parmi les institutions antiques, celle qui mérite entre toutes de fixer notre attention est sans contredit l'esclavage. Son étude est intéressante à plus d'un titre. Que ce soit, en effet, au point de vue de l'économie politique ou de la philosophie, de l'histoire ou du Droit lui-même qu'on envisage cette institution, on se retrouve toujours en présence de problèmes de la plus grande importance qu'il s'agit de résoudre pour le bien commun de l'humanité.

Si de nos jours ces questions s'agissent encore chez quelques peuples, ce n'est guère qu'avec les dernières hésitations d'une solution prochaine et définitive, qui nous montrent combien le présent diffère du passé et combien l'avenir renferme d'heureuses espérances si l'égalité devant Dieu comme devant la loi vient à être comprise comme elle doit l'être.

Au point de vue économique, nous aurions à examiner dans ses nombreux détails l'exploitation de l'esclavage dans les services privés et publics. En ce qui concerne les services privés, quelle étude de mœurs à



faire, que de choses à dire sur ces légions d'esclaves, divisés en catégories de toutes sortes, ayant mille emplois suivant les mille caprices du maître !

Relativement aux services publics, les horizons s'agrandissent : dans ces masses gigantesques, dans ces monuments remarquables, qu'on les appelle le Colisée à Rome, ou les Arènes à Nîmes, nous sentons revivre tout un passé. Nous y retrouvons le produit d'un travail opiniâtre, difficile, aussi prodigieusement conçu que prodigieusement exécuté ; l'exécution, c'est là que nous rencontrons l'esclave suant le sang pour satisfaire le brutal orgueil des maîtres de la terre. Aussi ne peut-on s'empêcher d'être saisi d'un sentiment de tristesse profonde quand on songe à ces milliers d'esclaves dont la vie a été sacrifiée pour élever ces édifices qui font encore aujourd'hui notre étonnement et notre admiration. C'est un des côtés par lequel nous pourrions envisager l'esclavage ; mais tel ne saurait être notre but.

Au point de vue philosophique nous aurions à parler de la liberté, de son fondement, des lois de son existence, de l'application et des effets de ces mêmes lois et par opposition de la négation de cette même liberté, de ce prétendu droit qui fait d'un homme un être dégradé et soumis pleinement, absolument, à un autre homme libre, celui-là, et dans lequel il vient en quelque sorte s'absorber. Telle est l'œuvre du philosophe et non la nôtre.

Au point de vue historique, l'intérêt est peut-être plus grand encore : nous faire assister à la naissance de l'esclavage, à la marche de cette barbare institution avec les modifications que les événements inté-



rieurs ou extérieurs ont pu lui faire subir ; nous retracer la vie des esclaves ; nous exposer les misères sans nom comme sans nombre, nous entretenir de la transformation de leur personnalité par le christianisme, cette religion des faibles et des persécutés ; nous couduire aux dernières lueurs de l'empire romain s'effondrant, à travers les persécutions, jusqu'à la formation de notre ancienne France ; nous montrer enfin le changement d'état de l'esclave qui devient d'abord serf, puis enfin homme libre, telle est la mission de l'historien, tâche difficile à coup sûr, mais belle, féconde, et qui nous permettrait de suivre pas à pas les progrès de la civilisation et du Droit lui-même depuis les premières origines de Rome jusqu'à nos jours.

Nous arrivons enfin au point de vue juridique. Et d'abord peut-il être question de droit pour l'esclave ? Il n'a rien pour lui, ni droits de famille, ni droits civils, ni droits politiques à plus forte raison. Il est une chose, ou tout au moins un être *sui generis*, dont on ne paraît guère plus se soucier que de quelque objet sans importance. Et, cependant, c'est cet être sans individualité propre, cet être énigmatique qui, malgré tout, « conduit et dirige souvent à sa guise la famille dont il dépend, et tient entre ses mains les ressorts cachés grâce auxquels se meut la société (1). »

Il y a là une anomalie étrange, qui pourtant s'explique si l'on considère que si l'esclave par lui-même n'est rien, il est tout en empruntant la capacité de son maître. Il en est l'instrument animé, le porte-voix

(1) M. Dejust, *l'Esclavage à Rome*, partie II<sup>e</sup>, chap. 1.



fidèle ; et comme en somme il a une parole, une intelligence, tous les effets juridiques qui se seraient produits, si le maître eût agi directement, se produiront tout aussi bien par son intermédiaire.

Ainsi donc l'esclave joue, en réalité, un grand rôle dans la société antique ; aussi, sous peine d'être arrêté à chaque pas dans l'étude qu'on en peut faire, faut-il étudier avec soin les lois qui président à son existence, à sa condition juridique et à son affranchissement. Comment on naît ou on devient esclave ? ce qu'il est ? comment on cesse de l'être ? Telles sont, en effet, les trois importantes questions que l'on peut se poser sur la matière.

Mais forcément borné dans les proportions de notre thèse, nous nous contenterons d'aborder l'étude de la seconde des questions précitées.

Nous parlerons de l'esclave considéré en lui-même, et dans ses rapports avec le maître et les tiers ; nous examinerons les effets de ces rapports, et par là il nous sera facile de bien apprécier la situation juridique de la classe servile à Rome. Poursuivant encore notre étude, nous dirons comment la servitude personnelle s'est changée en servitude réelle dans notre ancien Droit et, dans un court aperçu, comment au servage a succédé l'état d'homme libre.

Cette étude, comme on peut l'envisager, est loin d'être stérile, « car, ainsi que le fait fort bien observer M. Dejust (1) dans son introduction sur l'esclavage, non-seulement elle est la source d'un précieux encourage-

(1) M. Dejust, *l'Esclavage à Rome*. Introduction.



ment, en ce qu'elle nous fait voir l'humanité perfectible et non stationnaire; mais encore elle contient un grand enseignement : elle nous prouve que la violence n'a jamais rien pu fonder de solide et de durable, et que les institutions qui reposent sur l'iniquité et l'injustice renferment le germe de la dégradation et de la décadence »; tandis qu'au contraire celles qui reposent sur un principe vrai, auquel ni les passions des hommes ni leurs extravagances ne peuvent rien changer, portent en elles-mêmes les éléments de force et de vitalité qui les rendront grandes et prospères.

---



## TITRE PREMIER

### CONDITION DE L'ESCLAVE AU POINT DE VUE DES MŒURS ET DE LA FAMILLE

Avant de parler de la condition légale de l'esclave, il nous a paru indispensable de nous expliquer sommairement, tout au moins, sur son véritable caractère. Quelques considérations sur le rôle qu'il a joué dans la société romaine, au point de vue des mœurs et de la famille, nous fourniront les premiers éléments d'appréciation et nous aideront à mieux saisir tout ce qu'il y a de particulièrement étrange dans sa nature.

## CHAPITRE PREMIER

### CONDITION DE L'ESCLAVAGE AU POINT DE VUE DES MOEURS

#### § 1.

Wallon, dans le tome II, chapitre III, *de l'Esclavage*, s'exprime ainsi : « Deux influences dominaient toute la vie de l'esclave : 1° l'influence générale de son état ;



l'esclave n'est rien, rien qu'une chose sous la main qui le possède ; 2° l'influence particulière de son maître ; le maître est tout pour lui, sa parole est la loi et ses ordres le devoir. » Il ressort de là que la loi de l'intérêt est le fondement de sa condition.

Puisqu'il est sans aucune valeur, qu'il est à vrai dire une chose, le maître s'en servira suivant ses caprices et surtout suivant ses intérêts. C'est dans le but de les satisfaire, qu'il exigera de lui les qualités physiques, force, vigueur, beauté, et les qualités morales, intelligence, talent, aptitudes artistiques, car alors la vente lui procurera des bénéfices énormes.

## § 2.

S'il sert les intérêts pécuniaires du maître, il sert aussi les intérêts de ses plaisirs. « Point de principe de morale en dehors du maître. (Wallon, *loc. cit.*) » Un dévouement absolu, une obéissance aveugle, un zèle empressé, voilà ce que le maître exige de l'esclave. Seulement il faisait servir ces qualités à perpétrer des crimes, à commettre toutes sortes de méfaits, violant ainsi, sans honte, comme sans remords, les préceptes les plus sacrés de la justice et de la morale ; on comprend, dès lors, qu'une pareille influence dût nécessairement altérer la constitution intime de son être et corrompre son naturel. Les simples notions d'équité, d'humilité et de vertu disparaissaient dans ces saturnales sans nom, dont l'histoire nous renvoie le triste écho : l'esclave finissait toujours par exploiter le plaisir pour lui-même tout en l'exploitant pour son maître. Il alla



beaucoup plus loin qu'on ne l'eût voulu dans cette morale de l'intérêt ; aussi le voyons-nous chercher son bien partout où il lui était donné de le trouver « dans la débauche, les orgies, par la fraude, les mensonges, le vol, le meurtre lui-même. (Wallon, *loc. cit.*) » Vint un jour où le maître, qui était tout, dut compter avec l'esclave qui n'était rien, et user envers lui dans une multitude d'occasions, de la plus grande prudence : l'esclave servait, en effet, l'intérêt du fils contre le père, du père contre le fils, de l'époux contre l'épouse, se mêlant à toutes les intrigues, versant avec autant de cynisme, le poison dans la coupe, qu'il plongeait un poignard dans le sein innocent. Il arriva à un degré de scélératesse inouï, et si nous consultons l'histoire, elle nous renvoie aussitôt la physionomie hideuse de ce monstre affranchi, Narcisse, qui est le type achevé de la perversion morale. Comment s'étonner de tant de turpitudes ? L'esclave avait contre lui, conjurées pour le perdre, toutes les puissances de la terre ; une fois entré dans la pente du mal, il marcha vite dans l'œuvre de sa propre dégradation ; rien ne put l'arrêter, il perdit le sens de sa dignité et devint un être sans raison capable de tous les forfaits ; aussi pouvons-nous dire, sans exagération aucune, avec Valérius, que si l'impudicité était un crime dans l'ingénu, elle devenait un devoir dans l'affranchi, *une nécessité* dans l'esclave.



§ 3.

Le châtement, tel est le dernier mot de cette morale étrange, qui pourtant n'est que politique et calcul ; les plus sages d'entre eux la suivent en tout, et, pourtant, d'autres ne pouvant échapper aux vexations de toutes sortes, dont ils étaient l'objet, devenaient comme insensibles ; et alors, comme le dit M. Wallon (1), « c'est aux supplices qu'ils allaient demander leurs titres de noblesse. » Il faut pourtant ici se garer de l'exagération du poète et de l'historien, car, pour nous servir d'un mot technique dans son expression, quel que soit le degré d'abrutissement auquel on soit arrivé, cependant on ne va pas jusqu'à demander à grands cris les tourments de la mort. Nous devons toutefois ajouter que ce spectacle n'était pas rare ; nous voyons par là que l'esclave, par la seule influence générale de son état, avait été jeté hors de la nature, hors des lois ordinaires de la vie, et que ses actes devaient, par une fatale conséquence, être entachés de tout ce qui peut révolter l'esprit et le cœur.

Mais si, comme le dit fort bien M. Wallon, les mauvais traitements eurent pour effet d'endurcir l'esclave, ils pouvaient, loin d'amortir en lui le sentiment, le surexciter jusqu'à l'impatience du joug et parmi tant de passions mauvaises provoquer la plus terrible, celle de la haine et de la vengeance.

(1) *De l'Esclavage*, partie II<sup>e</sup>, chap. VII.



## CHAPITRE II

### CONDITION DE L'ESCLAVAGE AU POINT DE VUE DE LA FAMILLE

Examinons maintenant ce qu'il est en ce qui concerne la famille. Les Romains regardaient l'esclave plutôt comme une chose que comme une personne. Aussi, le maître devait-il le ménager comme on le fait de tout ce dont on a la propriété.

#### § 1.

La nourriture, les vêtements, le logement leur étaient donnés, mais nous nous hâtons de dire que la parcimonie la plus grande guidait le maître dans tout ce qu'il leur attribuait. Le principe était celui-ci : « Exiger le travail jusqu'aux limites du possible, et donner des soins dans les limites du nécessaire. » Tout était calculé d'après cette donnée rigoureuse et inhumaine.

#### § 2.

Le mariage, sans portée juridique, était accordé comme une faveur, et les jurisconsultes de l'ancien Droit le recommandaient : les uns, pour en tirer un profit pécuniaire qu'on exigeait de l'esclave sous forme de tarif ; les autres, pour en avoir le plus de produits pos-



sibles et augmenter ainsi le nombre des esclaves, qu'ils faisaient vendre, s'ils ne les utilisaient pas. Le *contubernium* par lui-même, était impuissant à créer un lien de parenté; cependant, dit Paul, le lien purement naturel qui dérive de l'union des sexes est un empêchement au mariage, ainsi que celui qui découle d'une parenté légitime, comme le confirme Modestin : *Dans le fait du mariage, il ne faut pas considérer seulement ce qui est, mais encore ce qui est honnête.* (L. 197. D L. XVII.)

§ 3.

Le maître affectait à l'usage spécial de l'esclave une part de son patrimoine, dont il lui laissait, avec l'usage, l'administration directe; cette part ainsi concédée avait reçu le nom de *pécule*, dont nous reparlerons plus tard avec détail. C'était là un moyen de stimuler son dévouement et d'exploiter son habileté et ses talents particuliers.

Mais le *pécule* était aussi et souvent le fruit des épargnes du malheureux esclave « sur la seule chose qui parût être à lui, la nourriture. » L'esclave espérait ainsi pouvoir se constituer un bien à lui propre, il n'en était rien, le maître absorbait tout, il pouvait en disposer d'une manière absolue; mais en pratique, et pour ménager ses propres intérêts, il lui en laissait l'usufruit. En empruntant les propres termes de M. Wallon, nous pouvons dire « qu'il y avait là une sorte d'assurance sur la vie au milieu des hasards de tous les jours; mais on ne pouvait y voir les éléments



d'un contrat, car le maître ne peut valablement s'obliger envers un esclave. Ce fut d'abord une obligation de convention ; plus tard, mais longtemps après, la loi en tint compte en justice.

#### § 4.

Ainsi donc, l'esclave trouve dans la famille une apparence de mariage et de propriété ; mais ce n'est là qu'une apparence, et la triste réalité revenait, impitoyable, pour lui apprendre à se souvenir, s'il le pouvait encore.

I. — Parmi les causes qui aggravent la situation des esclaves dans la famille, nous devons signaler en premier lieu l'extension de la propriété, qui avait entraîné l'augmentation du nombre de ces malheureux sur le même domaine ; pour prévenir la fuite ou la révolte, on les chargeait de chaînes. Certains historiens, Pline entre autres, déploraient, dans l'intérêt de l'agriculture, l'emploi d'une mesure si rigoureuse.

II. — Une seconde cause fut l'établissement d'un intermédiaire, *villicus*, entre le maître et ses esclaves : ceux-ci furent, dès lors, plus torturés que jamais ; car les *villici*, tout en faisant l'affaire du maître, cherchaient surtout à faire la leur par toutes sortes de vexations.

III. — En certaines occasions, certaines fêtes, aux fêtes de Saturne par exemple, l'esclave devenait roi d'un jour ; on oubliait son état et on tolérait toutes ses libertés : il se coiffait du bonnet de l'affranchi,



et prenait tous les dehors de l'homme libre, étrange ironie des mœurs de ces temps-là, qui ne servait qu'à leur faire sentir plus vivement l'état d'abjection où ils étaient réduits.

IV. — Somme toute, les esclaves étaient incapables de contracter un mariage valable ; la conséquence est qu'ils ne pouvaient point acquérir des droits de famille qui en découlent. Les enfants étaient soumis à l'absolutisme du maître. Ils n'avaient pas non plus de nom propre légitime.

Tel est, au point de vue des mœurs et de la famille, le véritable caractère de l'esclave. Disons un mot, maintenant, de sa véritable nature au point de vue juridique.

---

## TITRE II

### CONDITION JURIDIQUE DE L'ESCLAVE

#### GÉNÉRALITÉS

##### § 1. — *Nature de l'esclave.*

Une difficulté peut s'élever en ce qui concerne la nature de l'esclave. Justinien le range parmi les choses corporelles ; il résulte également de plusieurs textes du Digeste qu'il peut être l'objet de toutes sortes de tran-



sactions : ainsi, il peut être donné en vente, en gage, en usufruit, en hypothèque. Mais, par ailleurs, Justinien lui-même lui reconnaît formellement des droits ; il semble tout au moins en convenir en laissant insérer au Digeste un passage de Paul, dans lequel le jurisconsulte regarde explicitement l'esclave comme une personne. (L. 38, § 8 ; D., XLV, 1.) Évidemment, il y a là une contradiction réelle qui choque la raison. Comment l'expliquer ? A notre sens, il faut ne pas confondre la législation romaine et la législation française. Chez nous, les choses seules peuvent être vendues, données ; chez les Romains, il n'en était pas ainsi : le père avait bien le droit de vendre son enfant, mais nul n'eût osé refuser au fils de famille la qualité de personne. Ce qui est vrai de l'un est vrai de l'autre. Ainsi donc, croyons-nous pouvoir affirmer qu'en logique rigoureuse, l'esclave est une personne. Ne peut-il, en effet, s'obliger par ses délits, naturellement par ses contrats ? N'a-t-il pas le droit de poursuivre son maître en justice dans certains cas déterminés (L. 53 ; D., VI), le droit de stipuler (L. 38, § 7 ; D., XLV, 1), de figurer comme sujet dans une vente ou dans un achat, etc. ?

Il résulte de ces textes que l'esclave est évidemment une personne ; nul ne peut le nier. La contradiction de Justinien que nous venons de signaler s'explique si l'on considère que cet empereur n'avait pas une idée bien arrêtée sur la question qui nous préoccupe. Du reste, de pareilles contradictions ne sont pas rares dans les textes qui traitent de l'esclavage.



§ 2. — *Division de la matière.*

Nous venons de voir quel est le vrai caractère de l'esclave, quelle est sa vraie nature ; s'il peut être l'objet de toutes transactions, avons-nous dit, il peut être aussi sujet actif, et, comme tel, il acquerra à son maître, soit *la propriété* et autres droits réels, soit *la possession*, soit *une hérédité* ou *un legs*, soit *des droits de créance*. Il peut être, en outre, le *sujet actif et passif d'un délit*, et, par là, *obliger les tiers envers le maître*, et, dans une certaine mesure, *le maître à l'égard de ces derniers*, en le soumettant aux *actions noxales*, s'il n'aime mieux abandonner le sujet du délit.

Cette division de la matière établie, comment le maître peut-il acquérir ? Il peut acquérir non-seulement par lui-même, par des actes auxquels il figure personnellement, mais encore par des tiers, dans des actes dans lesquels il est représenté. (Gaius, II, § 86 ; Inst., *Per quas pers.*, II, ix.)

Parmi les personnes dont on peut se servir pour l'acquisition des droits réels et de créance, nous trouvons avec le tuteur, curateur, mandataire et les fils de famille, les esclaves, lorsqu'ils agissent conformément à la volonté du maître. Cette volonté peut être donnée d'une manière expresse ou bien tacitement, par exemple en concédant un pécule avec la faculté de l'administrer librement (L. 41, § 1 ; D., *de Rei vind.*, VI, 1) ; mais, d'après un texte du Digeste (L. 28, § 2 ; D., II, XIV), « les aliénations gratuites leur sont interdites. » En fait, il pourrait s'élever une controverse sur



le point de savoir si la faculté d'aliéner accordée par le maître à l'esclave peut comprendre toutes dispositions à titre onéreux. (L. I, § 1; D., *Quæ res*, XX, III.) Nous nous contentons d'en donner l'indication.

Quant aux obligations résultant des délits ou quasi-délits commis par ou contre l'esclave, nous verrons que, sur plusieurs points, le Droit prétorien a innové sur le Droit civil, notamment en ce qui concerne la responsabilité du maître à l'égard des tiers.

## CHAPITRE PREMIER

### EFFET DE LA PUISSANCE DOMINICALE RELATIVEMENT AUX BIENS

(Acquisition de la propriété et autres droits réels. — De la possession.  
De l'hérédité ou d'un legs. — Des droits de créance.)

#### SECTION PREMIÈRE

##### **Acquisition de la propriété et autres droits réels.**

§ 1. — *Comment l'esclave acquiert-il les droits de propriété et autres droits réels?*

L'esclave peut acquérir la propriété et autres droits par tous les modes ordinaires d'acquisition (occupation, usucapion, mancipation, stipulation, le legs, etc.), excepté par l'*in jure cessio* (Gaius, II, § 87) et l'*adjudicatio* (Gaius II, § 91) : l'*in jure cessio*, car il ne peut défendre à aucune action, en principe du moins



(nous verrons, dans certains cas, une dérogation à cette règle); l'adjudication, car il n'a pas le droit de revendiquer une chose comme sienne devant le magistrat.

§ 2. — *A qui profite l'acquisition faite par l'esclave?*

I. — Évidemment pas à lui, car il est incapable d'être propriétaire, mais au maître. Gaius, dans son *Commentaire* (I, § 52), formule cette règle, « que tout ce que l'esclave acquiert est acquis au maître. » Dès lors, le *servus pœnæ*, qui est un *servus sinè domino*, ne pourra point acquérir : il ne peut, en effet, emprunter la capacité de personne. (L. 25, § 1; D., *de Acquir. vel amitt.*, XLI, II.) L'esclave est donc, dans tous les actes civils, l'intermédiaire du maître et, pour ainsi dire, son porte-voix; aussi, dans la mancipation, lorsqu'il joue le rôle d'acquéreur, c'est au nom du maître qu'il prononcera la formule d'acquisition.

II. — Nous devons toutefois apporter une restriction en ce qui concerne les esclaves publics, dont le maître est l'État. Par une faveur tout à fait exceptionnelle, on leur accorde une part des bénéfices.

III. — L'esclave peut appartenir à un ou plusieurs maîtres. Dans la première hypothèse, point de difficulté, la propriété de la chose acquise revient à celui en la puissance duquel il se trouve. Dans la seconde, il acquiert à ses maîtres en proportion des droits de chacun, sauf pourtant le cas où l'acquisition a lieu par le fait de l'un d'eux et celui où l'esclave a déclaré vouloir acquérir pour tel et non pour tel autre. Toutefois, d'après un texte de Gaius (l. 43, D., XLI, I), nous



devrions décider que la chose reste commune aux divers maîtres, alors même que l'acquisition aura été faite à l'un d'entre eux, mais alors celui qui n'a rien formulé sera dans l'obligation de tenir compte de la somme dans l'action *communi dividundo*.

IV. — Supposons maintenant un esclave sur lequel est constitué un droit d'usufruit : Toutes les acquisitions qui proviennent *ex re suâ* ou *ex operis servi* appartiennent à l'usufruitier. Ces expressions demandent d'être expliquées.

En acquérant *ex re meâ* je ne fais qu'user du *jus utendi* ; l'esclave en payant avec mon argent acquiert une chose quelconque pour mon propre compte. (Gaius, II. § 91.) D'ailleurs, l'acquisition *ex re fructuarii* porte non-seulement sur les actes à titre onéreux, mais aussi sur les libéralités entre-vifs ou à cause de mort qu'un tiers fait à l'usufruitier en considération de sa personne. Sur ce point nous devons citer un texte de Justinien qui paraît contradictoire. (Inst., § 4. II, IX.) Justinien concède non à l'usufruitier mais au nu-propiétaire toutes les donations, institutions d'héritier ou legs faits à l'esclave. Cette solution paraît juste, car, d'après les principes, il est certain que l'esclave institué par un tiers n'acquiert pas *ex re meâ*, mais *ex re testatoris* ; de là c'est le nu-propiétaire qui recueille la succession après que sur son ordre l'esclave aura fait adition. (Gaius, II, § 92.) L'apparente contradiction que nous venons de signaler s'explique encore si l'on considère que la présomption n'est jamais en faveur de l'usufruitier ; le droit de celui-ci est un démembrement de la propriété, et la loi favorise



toujours le retour au droit commun. Il en résulte que c'est à l'usufruitier à prouver que l'intention du donateur ou du testateur était de le gratifier par l'intermédiaire de son esclave.

Certains auteurs font entrer dans les acquisitions *ex re fructuarii* les dons qu'il reçoit de l'usufruitier lui-même. Mais ici nous devons faire remarquer que la donation faite par l'usufruitier constitue un véritable pécule dont il conserve la propriété, et on ne peut assurément pas dire qu'il y ait là une acquisition véritable.

J'acquiers *ex operis servi*, comme usufruitier, en ce sens que l'esclave fournissant son travail à une tierce personne, celle-ci lui paye un salaire qui me revient en vertu du *jus fruendi*. — De même l'usufruitier qui fait travailler directement l'esclave pour son propre compte acquiert également *ex operis servi*; mais ici on ne peut pas dire qu'il y ait une acquisition proprement dite; c'est là plutôt une transformation de matière. (Ulp., l. 14. D., VII, viii.)

Cependant, avant d'entrer dans d'autres explications, nous devons nous hâter de faire observer que si l'esclave déclarait expressément (*nominatim*) son intention d'acquérir pour le nu-propriétaire, celui-ci bénéficierait de l'acquisition et non l'usufruitier; mais le *fructuarius* pourrait réclamer une indemnité qu'il obtiendrait par la *condictio*. (l. 39. D., de *Stip. serv.* XLV, iii.)

Si nous supposons qu'un esclave dont j'ai l'usufruit et l'usage a fait une acquisition, mais qu'il n'a pas encore payé le prix au vendeur, ou bien qu'il ait simplement donné satisfaction sans payer le prix, que



devient l'acquisition? à qui appartient la chose acquise? est-ce au nu-propriétaire? On ne saurait le dire tout d'abord, car la question est *in pendent*. En effet, si le prix est payé par le nu-propriétaire, de ses deniers, c'est à lui que l'acquisition profite; si c'est au contraire l'usufruitier qui a fourni la valeur, c'est pour lui que l'acquisition se réalisera. Il faut donc attendre que le prix soit payé pour juger la question; il suffira, dès lors, d'examiner lequel des deux l'a fourni.

## SECTION II

### Acquisition de la possession.

#### *Comment et pour qui l'esclave acquiert-il la possession?*

I. — Voici le principe qui règle cette matière: Pour qu'un esclave puisse acquérir à son maître la possession, il faut qu'il soit lui-même en la possession du maître. (D., *de Acquir. vel amitt. poss.*, I, 1, § 14.) Il s'ensuit que le débiteur, par exemple, qui a donné *corporaliter* son esclave en gage, ne pourra plus acquérir la possession par cet esclave; car il ne le possède plus. Paul dit qu'il le possède, mais seulement *ad usucapionem*.

Dans l'ancien Droit, le maître ne pouvait non plus acquérir la possession par un esclave fugitif; mais cette question ayant partagé l'opinion des auteurs, on en vint à admettre un terme moyen, et on décida que



l'esclave fugitif pouvait acquérir la possession tant qu'il n'était pas lui-même possédé par personne.

II. — Indépendamment donc de la propriété que le maître peut acquérir par les personnes soumises à sa puissance, nous devons parler de la possession qu'il peut acquérir par les mêmes personnes. — Deux éléments constituent la possession : 1° l'élément intentionnel, *animus* ; 2° l'élément matériel, *corpus*. L'*animus*, la volonté de posséder, doit de toute nécessité se réaliser dans la personne de celui qui a la puissance ; en ce qui concerne l'élément corporel, au contraire, le fait en d'autres termes, la détention matérielle de la chose, le maître peut la réaliser par l'intermédiaire d'une autre personne, *corpore nostro vel alieno*.

Pour plus de clarté nous croyons devoir rappeler quels sont les différents genres de possession admis par les jurisconsultes : 1° la possession purement matérielle, *nuda detentio* ; 2° la possession qu'on nomme le plus souvent *ad interdicta*, et que l'on pourrait appeler « intentionnelle » ; 3° la *possessio civilis*...

La détention corporelle avec l'*animus*, même protégée par les interdits, ne conduit pas à l'usucapion. — La détention avec l'*animus* et la *justa causa* conduit à l'usucapion ; relativement à la possession *ad interdicta*, l'*animus* n'est pas requis chez l'esclave ; il suffit qu'il se trouve chez le maître (Paul, *Sent.* V, 2, § 1) : *Possessionem adquirimus et animo et corpore ; animo utique nostro corpore vel nostro vel alieno*. Telle était la règle en Droit romain pur, à laquelle on a fait une dérogation tellement considé-



rable qu'aisément on a pu lui substituer l'exception : il a été admis, en effet, que l'esclave peut acquérir au maître, même à *son insu*. Le motif d'une pareille dérogation se trouve dans cette considération que le maître est censé avoir eu une fois pour toutes la volonté de posséder lorsqu'il a concédé le pécule. Cette fiction, comme le fait observer Papinien, a été admise « afin que le maître ne soit pas obligé de se livrer à une inquisition perpétuelle sur la consistance du pécule. »

L'esclave peut acquérir la possession *ad interdicta* par la seule détention de la chose possédée, à laquelle doit être joint l'*intellectus possidendi* dans le cas où l'acquisition ne procède pas *ex peculiari causâ*.

Il en est de la *possessio civilis* comme de la possession dont nous venons de parler.

D'après un texte du Digeste (§§ 10 et 11, D., XLI, IV), la bonne foi doit exister chez le maître et chez l'esclave pour que la possession puisse conduire à l'usucapion. Il n'y a pas lieu de distinguer ici si la possession est acquise *ex re peculiari* ou *aliundè*; il faut, de plus, que la possession soit exempte d'erreur ou de violence et qu'elle procède, en outre, *ex justâ causâ*, c'est-à-dire qu'il ait reçu la chose possédée en vertu d'un titre qui serait translatif de propriété, s'il émanait du véritable propriétaire.

III. — *Peut-on acquérir la possession comme on acquiert la propriété par l'esclave sur lequel est constitué un droit d'usufruit et d'usage ?*

Au temps de Gaius, le doute existait sur le point que nous traitons. Nous retrouvons dans un texte de



cet auteur (C. 11, § 94), les hésitations de la doctrine à cette époque. Voici comment on raisonnait : Je suis propriétaire d'un esclave, j'acquiers la possession par son intermédiaire, point de difficulté ; mais je ne suis qu'usufruitier, je ne le possède pas, donc je ne puis acquérir la possession. L'opinion contraire prévalut : un texte de Papinien en fait foi : *Possessio quoque per servum cujus ususfructus est ex re meâ, vel ex operis servi, acquiritur mihi.....* Le motif de cette solution est tiré de l'assimilation qu'on peut établir entre la situation de l'esclave soumis à un usufruit et la situation du fils de famille dans ses rapports avec le père ; celui-ci, en effet, acquiert très-régulièrement la possession à son père, bien qu'il ne soit jamais possédé par lui ; c'est ce qui résulte d'un texte du Digeste. (C. 1, § 8, *de Acq. vil amitt. poss.*, XLI, II.)

Mais d'après cette donnée, et pour être logique, nous sommes conduits à décider que le propriétaire lui-même peut acquérir la possession par un esclave qu'il ne possède plus. Dans les textes de Justinien, on ne retrouve plus les traces de cette controverse, et on admettait que l'on pouvait acquérir la possession par l'esclave.

Les principes que nous appliquons à l'esclave soumis à un droit d'usufruit, sont les mêmes en ce qui concerne l'esclave soumis à un droit d'usage ; toutefois, nous devons faire une réserve relativement aux *operæ* qui ne sont pas accordées à l'usager ; car, il ne peut donner à bail. L'usager d'un esclave peut seulement user de ses services et de son travail ; mais il ne peut



transférer son droit à un tiers, car ce droit est personnel.

IV. — *Esclave d'autrui possédé de bonne foi par un tiers.* — Le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui acquiert *ex re possessoris* et *ex operis servi*; *ex re possessoris*, par le seul motif d'équité; *ex operis servi*, en vertu de son droit général aux fruits de la chose. Il semble, dès lors, que sa situation soit en tout point analogue à celle de l'usufruitier, il n'en est rien. D'après un texte de Gaius (L. 20, *de rei vindic.*, VI, 1), une distinction doit être établie : la condition de possesseur est préférable en ce sens qu'il peut usucaper et, en conséquence, devenir propriétaire de l'esclave d'autrui lorsqu'il l'aura possédé pendant le temps voulu; moins avantageuse en ce sens qu'il perd les *operæ*, du moment où il devient de mauvaise foi.

Relativement aux acquisitions *ex re possessoris* qui lui sont attribuées, même après qu'il a perdu sa bonne foi, nous devons faire observer que ces acquisitions ne sont pas à vrai dire définitives et, d'un autre côté, le propriétaire ne peut pas s'autoriser de sa mauvaise foi pour s'enrichir aux dépens du possesseur.

L'usufruitier, de son côté, a une position inférieure, en ce sens qu'il ne peut pas usucaper et, par conséquent, acquérir la propriété de l'esclave par la raison qu'il ne possède pas et que, par ailleurs, il sait que l'esclave n'est pas sien, qu'il appartient à autrui.

Les distinctions établies par Gaius et reproduites par Justinien n'étaient pas acceptées par Julien et Ulpien; le premier laisse au possesseur de mauvaise foi le droit absolu aux *operæ* de l'esclave jusqu'à ce



qu'il soit évincé. (C. 25, § 2, XXII, 1.) Le second, complètement défavorable au possesseur, ne lui accorde même pas les acquisitions *ex re suâ*. (C. 23, § 1, D., XLI, 1.) Une telle solution ne s'expliquerait guère, si nous n'admettions qu'Ulpien devait accorder au possesseur de bonne foi un *condictio* pour se faire rembourser la valeur par lui fournie; c'était un moyen d'arriver au même résultat que celui recherché par Gaius, mais par des voies beaucoup plus longues et moins sûres.

V. — *Homme libre possédé à juste titre et de bonne foi comme esclave.*

Les principes que nous venons d'exposer sont à peu près les mêmes en cette matière : il existe cependant des différences assez notables entre le possesseur de bonne foi de l'esclave d'autrui et le possesseur de l'homme libre possédé comme esclave : 1° le premier peut usucaper l'esclave, ainsi que nous l'avons dit ; il n'en est rien pour le second ; 2° Accarias rapporte une seconde différence qui aurait été proposée anciennement : l'homme libre institué héritier, *contemplatione possidentis*, aurait néanmoins acquis l'hérédité pour lui-même ; seulement le possesseur aurait pu en exiger la restitution à titre de fidéicommissaire. Mais cette opinion ne prévalut pas, ainsi que l'attesterait le texte suivant (L. 45, § 4; XXIX, II) ; 3° une troisième différence résulte du caractère de la personne objet de la possession : si la personne est libre, toutes les acquisitions se réalisent pour son propre compte et ne profitent pas au possesseur ; si la personne est esclave,



dans cette hypothèse, les acquisitions reviennent nécessairement au maître.

Enfin, et pour terminer ce qui est relatif à l'acquisition de la possession par l'esclave, on peut acquérir par ce dernier *ex omni causâ* avant même d'avoir accompli l'usucapion; le cas se présente quand une personne a un esclave *in bonis* et que le *dominium ex jure Quiritium* appartient à un autre. Cependant, à l'époque de Gaius, quelques auteurs prétendaient que cette personne ne saurait acquérir ce que l'esclave s'est fait manciper *nomine ejus*. (C., II, § 88.)

### SECTION III

#### Acquisition d'une hérédité, d'un legs.

##### § 1. — Acquisition d'une hérédité

*Servos alienos instituere possumus sine libertate*, dit Ulpien. (*Regul.* 22.) On peut donc instituer un esclave dans un testament. Mais quelles sont les conditions, les formes, les cas d'application, les effets enfin de cette institution? Les développements que nécessite une pareille question nous entraîneraient bien au delà des bornes de notre sujet; qu'il nous suffise de savoir que le propriétaire a seul droit à l'hérédité ou au legs que son esclave acquiert, à moins que l'institution et le legs n'aient été faits *contemplatione possessionis vel usufructuarii*. La seule condition pour que l'institution se réalise, c'est qu'on ait la *factio tes-*



*tamenti* avec le maître. — Gaius nous apprend que lorsqu'un esclave est institué, c'est comme si le maître l'était lui-même. Mais voici quel tempérament les jurisconsultes romains ont apporté à cette règle :

C'est uniquement par rapport à la *factio testamenti*, et uniquement pour donner à l'esclave la capacité dont il était privé, qu'il faut considérer la personne du maître en cette matière. D'où la conséquence que l'esclave pourra recevoir en legs une chose appartenant à ce dernier. C'est là une faculté qu'il ne posséderait pas si le legs était fait véritablement au maître lui-même.

Certains jurisconsultes sont allés plus loin dans cette voie et décident, en raison des solutions précédentes, que la liberté étant bien du maître, il peut léguer à l'esclave sa propre liberté ; un texte, du reste, déclare que c'est inutilement qu'un pareil legs est fait à l'esclave d'autrui. (L. 49, *in fine* ; D., *de Hered., inst.* XXVIII, IV.)

L'esclave qui n'a par lui-même aucune capacité juridique ne peut faire adition que sur le *jussus domini* ; il pourra arriver qu'il soit affranchi avant l'adition ; dans ce cas il bénéficiera seul de la succession ; si, au contraire, il est encore esclave au moment de l'adition, il acquerra l'hérédité pour le maître qu'il aura à cette époque.

Toutefois, relativement à l'hérédité jacente, il peut se présenter une difficulté : Les biens laissés par le défunt sont, croyons-nous, jusqu'à l'adition de véritables *res nullius*. De là on pourrait conclure : 1° que les esclaves de l'hérédité jacente ne pourront ni acquérir, ni stipuler, ni même figurer dans un testament à



titre d'institué ou de légataire ; 2° que le meurtre de l'esclave et d'une manière générale « le dommage causé à la chose héréditaire n'aurait pas pu donner lieu à l'action *legis Aquiliæ*, qui n'appartient jamais qu'au propriétaire. »

C'est par une fiction que les jurisconsultes cherchèrent à remédier à ces inconvénients : *Hereditas personam sustinet*, telle est la règle qui leva toutes les difficultés.

Mais il existe une autre doctrine d'après laquelle ceux qui la soutiennent prétendent que l'hérédité représentait non le défunt, mais l'héritier futur ; ceux-là admettent à coup sûr la rétroactivité de l'adition, de telle sorte que l'héritier futur était censé avoir immédiatement succédé à son auteur.

On ne saurait admettre une pareille opinion ; Gaius lui-même, partisan de la rétroactivité de l'adition, semble admettre la règle fictive : *Hereditas personam sustinet*.

Du principe que l'adition implique absolument la volonté de l'héritier lui-même, nous devons faire découler plusieurs conséquences :

1° En droit strict, les personnes qui ne peuvent pas avoir de volonté, l'esclave par exemple, ne sauraient faire valablement adition, et nul ne peut le représenter.

2° L'institué *alieni juris* ne peut faire valablement adition sans ordre préalable et spécial. L'autorisation du maître est tellement nécessaire que le vice résultant du défaut d'autorisation ne peut être couvert par un consentement donné après coup ; mais la volonté du



maître ne peut qu'autoriser et valider la sienne; elle ne saurait s'y substituer ni la contraindre. (L. 33; D., XLVI, 1.) C'est probablement ce résultat qu'on veut expliquer en disant que l'hérédité passe directement au maître; pourtant nous devons ajouter que les Romains n'ont pas suivi cette idée dans toutes ses conséquences.

### § 2. — *Acquisition d'un legs.*

Nous avons vu que l'esclave peut être non-seulement institué héritier, mais aussi légataire, et acquérir comme tel la propriété à son maître. La condition exigée était que le testateur eût la *factio testamenti* avec le maître de l'esclave; peu importe, au reste, que le legs soit *per vindicationem*, *per præceptionem*, *per damnationem* ou *sinendi modo*: si, avant Justinien, les deux premiers étaient seuls translatifs de propriété, sous cet empereur il n'en est plus ainsi: l'effet translatif de la propriété se réalise indépendamment de la forme du legs.

L'esclave au moyen du legs peut encore acquérir à son maître l'usufruit, les servitudes prédiales..... Mais il pouvait naître des difficultés en ce qui concerne les modes d'acquérir entre-vifs. .... « Les servitudes rurales, seules susceptibles de mancipation, étaient des *res Mancipi*. » On ne pouvait acquérir les autres droits réels que par l'*in jure cessio* et l'adjudication. Or, nous avons déjà vu que ces modes étaient refusés à l'esclave. Que faire? Le paragraphe 51 des *Fragmenta vaticana*, nous dit: *Per mancipationem ita potest*



\* *ut nos proprietatem quæ illis mancipio data sit, deducto usufructû, remancipemus.* Ainsi donc, l'esclave par la mancipation acquérait la pleine propriété à son maître; celui-ci remancipait la nu-propriété à l'aliénateur, et se réservait l'usufruit. Voilà comment on tournait la difficulté.

Le préteur y mit fin en permettant de constituer les servitudes prédiales ou personnelles par une quasi-tradition.

Nous aurions maintenant à nous demander si un esclave peut, sous Justinien, établir par pactes et stipulations, une servitude au profit du fonds de son maître; mais cette discussion nous entraînerait trop loin; nous dirons seulement que, d'après un texte classique de Gaius et d'Africain (1), « les pactes et stipulations s'employaient pour suppléer un droit réel, qui ne pouvait être établi pour un motif quelconque. » On ne retrouve pas même les traces de cette question, soit dans le Digeste, soit dans les Constitutions de Justinien; mais ce dernier reproduit fort maladroitement un texte de Gaius relatif à la matière, et c'est ce qui a précisément fait naître la difficulté d'interprétation (2).

(1) § 31. Gaius, *Comm.* II; l. 33, D. VIII, III.

(2) § 4. Inst. II, liv. III, *de Servit.*



SECTION IV

**Acquisition des droits de créance.**

*Comment les esclaves peuvent-ils obliger les tiers  
envers eux ?*

§ 1.

L'esclave, dit Ulpien, ne peut être, à proprement parler, ni créancier ni débiteur; en employant ces expressions, à tort selon nous, ce jurisconsulte considère le fait plutôt que le droit, car ce qui est dû à l'esclave peut être réclamé pour le maître.

On voit par là toute la similitude qu'il faut établir entre l'acquisition des droits de créance et de propriété. L'esclave les acquiert sans pouvoir prendre ni la qualité de créancier, ni la qualité de propriétaire; cela tient à ce que l'esclave n'était que l'instrument, le porte-voix du maître dans tous les actes juridiques auxquels il prenait part. Tous les modes d'acquisition lui sont ouverts; car il acquiert les droits de créance absolument comme un homme libre.

§ 2.

Nous aurions toute une théorie à établir au sujet des stipulations des esclaves, mais le cadre de notre thèse ne nous le permettant pas, nous nous contenterons de donner le motif pour lequel ce mode d'acquérir était



permis aux esclaves, et de résoudre les deux questions suivantes : Quel esclave peut stipuler ? et pour qui acquiert-il les droits de créance ?

I. — L'esclave, à Rome, occupait une immense place, tant au point de vue social qu'au point de vue économique. S'il a été réduit à cet état d'abjection que nous savons, c'est à la guerre qu'il faut en rejeter toute la honte, mais comme homme il est l'égal des citoyens eux-mêmes ; du reste, s'il est un instrument entre les mains du maître, il en est cependant l'instrument animé, actif, capable d'opposer à la volonté du maître sa volonté propre ; par leur travail, leur intelligence, les esclaves forment dans la société une classe qui, bien que dégradée, n'en est pas moins en cela supérieure à celle des *cives romani*.

Le propriétaire lui-même, dans un but d'intérêt personnel, fait donner de l'instruction à l'esclave, lui fait enseigner un art qu'il cultive ensuite pour le compte de celui qui le commande. Les conquêtes de la Grèce et la prise de Corinthe augmentèrent considérablement le nombre des esclaves, qui apportèrent à Rome l'éclat des sciences et des lettres.

C'est aussi pour cela qu'ils étaient les instruments de la stipulation, en raison de cette facilité qu'avait le maître de figurer dans tous les actes juridiques par leur intermédiaire ; c'était au fond une véritable représentation par autrui.

II. *Quel esclave peut stipuler ?* — Tout esclave d'un maître ayant capacité, ainsi qu'il résulte d'un



texte des Institutes : *servus ex personâ domini jus stipulandi habet.*

III. — *Pour qui l'esclave acquiert-il des droits de créance?* Il ne faut pas croire, malgré les affirmations d'Ulpien, que l'esclave acquière toujours pour son véritable maître. Nous avons, ailleurs, établi une distinction qu'il est ici nécessaire de faire revivre : L'esclave peut être possédé par le véritable propriétaire ou par un tiers ; dans le premier cas, point de difficultés, tous les droits de créance qu'il acquiert profitent au propriétaire ; dans le second, il n'en est plus ainsi : d'après les principes que nous avons précédemment développés sur la question d'usufruit et d'usage constitués sur l'esclave, nous avons décidé qu'il acquiert toutes les créances provenant *ex opere suâ et ex re possessoris* à un tiers possesseur ; la créance provenant d'une autre cause revient au véritable propriétaire, que celui-ci ait ou non connaissance de l'acquisition, d'après cette règle, établie par Justinien lui-même : *Sive autem domino, sive impersonaliter vernus stipulatur, omnia acquirit.* Il n'y a d'exception que pour le cas où le *factum ex stipulatû continetur*, ainsi qu'il arrive quand un esclave stipule *ex nomine ejus*, un droit de passage : lui seul et non le maître aura le droit d'en user.

Gaius nous apprend qu'avant Justinien l'esclave n'acquerrait pas pour celui qui a le *nudum jus Quiritium* sauf le cas où il stipulait nominativement pour lui ; à qui donc les acquisitions de créances profitaient-elles ? On distinguait dans la propriété pleine et entière : d'abord le *nudum jus*, ensuite une propriété



particulière qu'on qualifiait d'*in bonis*. Assurément, le nu-propriétaire était toujours celui qui avait pour lui les droits fondamentaux, mais c'était celui qui avait l'esclave *in bonis* qui bénéficiait de toutes les créances qu'il avait acquises.

IV. — Il pouvait se produire une difficulté dont la solution a son importance et qui est relative aux contestations qui pouvaient s'élever au sujet de l'exécution des obligations contractées vis-à-vis de l'esclave. Celui-ci tout d'abord ne saurait être mis en cause, car *cum servo*, dit Gaius, *nulla actio est*. — *Servus in judiciis interesse non potest*. « C'est la personne libre (propriétaire ou possesseur) à laquelle les droits acquis par l'esclave appartiennent définitivement, qui a seule la faculté de poursuivre en justice la revendication de ces mêmes droits. »

### § III

Nous n'insisterons pas d'avantage sur cette matière qui cependant est des plus intéressantes, et nous fournirait l'occasion de traiter certaines questions juridiques dont l'importance nous est révélée par un grand nombre de textes du Digeste ; mais, comme nous venons de le dire, cette étude des stipulations qui, à elles seules, présentent les éléments de plus d'un volume, nous entraînerait au-delà des limites que nous nous sommes tracées dans cette thèse.



SECTION V

Obligations naturelles des esclaves.

*Du pécule. — Actions indirectes.*

Nous avons vu que si l'esclave est rangé au rang des choses, « il est en réalité une personnalité que la loi est impuissante à étouffer sous la fiction. » (*Considérations sur l'esclavage*, partie II, chap. II.) L'institution du pécule et surtout la loi naturelle proclament hautement cette personnalité. Nous allons dans un premier paragraphe nous occuper *des obligations naturelles*, dans le second nous traiterons du *pécule*, dans un troisième et dernier *des actions indirectes*.

§ 1. — *Des obligations naturelles de l'esclave.*

I. — Quelle est tout d'abord la raison pour laquelle l'esclave ne peut par lui-même contracter une obligation civile? L'esclave est entre les mains du maître un instrument doué de parole, d'intelligence et aussi de volonté qui lui permet de vouloir intérieurement au moins ce que ne veut pas le maître.

Quand donc le *dominus* se sert de lui comme d'un instrument pour contracter, il peut se faire que cette volonté reste libre et ne se soumette pas à la volonté étrangère à laquelle on prétend la subordonner. « Dès lors comment prétendre, dit M. Wallon, que l'accord sera parfaitement établi, parfaitement assuré et que



deviendra la fiction légale s'il se rompt? Elle tournera contre le but qu'on se propose, et loin d'assujettir l'esclave au service de son maître elle liera le maître à cette volonté servile. Aussi ne peut-on prétendre que l'acte de l'esclave entraîne par lui-même une véritable obligation. » C'est un pur fait sans aucun caractère juridique, d'après cette donnée du jurisconsulte lui-même : « Rien n'est dû par l'esclave, ni à l'esclave. » (L. 41. Ulp. D. XV, 1.) Comment enfin pourrait-il être obligé par ces contrats faits *in servitute* au profit du maître? Comment, à plus forte raison, le regarder comme un débiteur civil, puisqu'il n'a pas de patrimoine véritable?

Toutefois, il y a dans le fait d'un contrat passé par lui « un commencement d'obligation, une sorte d'engagement particulier, ainsi qu'il résulte de ce texte d'Ulpien : *Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur sed naturaliter obligantur et obligant.* L'esclave peut donc par ses actes s'obliger naturellement, et on conçoit aisément que sa capacité reste entière au point de vue du droit naturel, soit qu'on l'envisage dans ses rapports avec un étranger soit qu'on le considère dans ses relations avec le maître. Il faut observer à cet égard que même après l'affranchissement les dettes de l'esclave qui constituent des obligations naturelles, conservent les mêmes caractères et ne peuvent être l'origine d'une action. (Paul. *Sent.*, 11, 15. § 9.) Il est donc hors de doute que l'esclave peut contracter une obligation naturelle : cette obligation prend naissance à côté, ou plutôt parallèlement à l'obligation dont l'exécution peut être pour-



suivie civilement contre le maître à raison du même fait juridique, mais sans que l'une puisse influencer sur l'existence de l'autre. Du reste, si nous nous reportons à la loi (50, 2, D., *de Peculio*, XV, 1), nous trouvons : « Qu'un fidéjusseur peut venir cautionner la dette naturelle de l'esclave, même après l'exercice de l'action *de Peculio*. »

II. — Ces notions fondamentales établies, examinons si l'autorisation du maître ou un événement quelconque peut par le temps transformer l'obligation naturelle de l'action en une obligation civile. Cette transformation n'est point possible ; car il est un principe universellement admis en cette matière que « pour apprécier la portée d'une obligation il faut toujours se reporter à l'époque de sa formation. » Or, à cette époque l'acte fait par l'esclave n'était qu'un pur fait sans caractère légal, et les tiers qui ont contracté envers lui sont tenus de savoir que le contrat ne peut produire, en ce qui le concerne, qu'une obligation naturelle tout au plus. Ce qui prouve que cet acte reste bien avec son caractère primordial, quels que soient du reste les événements, c'est que le pupille, alors même qu'il devient maître de sa chose, s'oblige naturellement et non civilement.

Cependant, dans un intérêt général et celui du maître en particulier, il était utile de pouvoir faire produire aux actes de l'esclave un effet juridique efficace ; on y arriva en admettant cette distinction toute en faveur du maître : que l'esclave contracte, stipule ou acquiert à son maître, même à son insu, si ces stipulations et ces acquisitions doivent lui profiter ; sinon



point d'effet produit, à moins toutefois que le maître ne lui ait donné une autorisation expresse de l'obliger à ses dépens. « Ainsi, comme le fait observer M. Wallon, pleins pouvoirs pour acquérir, nul pouvoir, sauf disposition contraire, pour aliéner, et dans le cas mixte, l'esclave n'engagera au profit du maître que jusqu'à concurrence de son pécule ou de l'avantage qu'il lui a procuré. »

III. — L'esclave peut-il accepter lui-même des créances? Il n'acquerra lui-même des créances qui ne créent que des liens naturels que dans des cas tout à fait exceptionnels. Nous devons toutefois en excepter celui où l'esclave n'a point de maître, car alors il est admis que l'esclave peut stipuler comme bon lui semble; l'effet de ces stipulations ne saurait être contrarié par la propriété du maître, puisqu'il n'en a pas. Il peut se faire que, d'après la nature de la convention, l'esclave seul soit appelé à en profiter; nous en voyons une preuve dans l'espèce prévue (§ 2, *de Stip. serv.*): L'esclave stipule qu'il lui sera permis de se promener sur le champ de Titius; en fait, il ne procure aucun avantage à son maître. Donc, il n'y a pas d'action; d'ailleurs, cette convention ne pourra même pas servir d'appui à une obligation naturelle. D'après la loi 64, D., XII, VII, nous sommes fondé à établir d'une manière certaine que l'esclave peut acquérir une créance naturelle lorsqu'il contracte avec le maître, par la raison que le maître, qui absorbe la personnalité de l'esclave, « peut apporter des restrictions à ses pouvoirs; » mais, si nous consultons l'esprit d'une loi importante (L. 14, *de Oblig.*, D., XLIV, VII), nous devons



décider que l'esclave devient créancier naturel quand des promesses lui sont faites, mais seulement dans certaines hypothèses prévues dans la loi 53 (*de Pecul.*, D., XV, 1.) Ce n'est qu'après coup que l'esclave, étant affranchi, obtient par la volonté du maître une créance naturelle. C'est le maître qui confère cette créance; dès le principe elle ne résidait que sur sa tête, parce que la promesse faite à l'esclave profite à celui sous la puissance duquel il se trouve.

IV. — Nous venons de voir que l'esclave peut s'obliger *naturaliter* et non *civiliter*. C'est là un principe fondamental, duquel découlent des conséquences importantes.

1° L'esclave ne peut être poursuivi en justice par les créanciers : on ne peut, dès lors, le forcer d'exécuter son obligation.

2° L'obligation naturelle de l'esclave peut servir de base à une novation, car l'obligation naturelle peut être novée comme une obligation civile.

3° L'esclave devenu libre acquitte son obligation; il n'est pas admis à répéter ce qu'il a payé (L. 64, D., *de Cond. ind.*, XII, vi) : ... *Ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.*

4° L'obligation naturelle peut être garantie par une hypothèque (L. 13; D., *de Cond. ind.*, XII, vi) : ... *et si servus, qui peculii administrationem habet rem pignori in id, quod debeat, dederit utilis, pigneratitia reddenda est.*

5° L'obligation naturelle peut être garantie par un fidéjusseur (*id.*).

V. — Des données précédemment établies il résulte



que l'esclave a la faculté presque absolue d'acquitter ou non l'obligation qu'il a pu contracter.

Cette irresponsabilité créait dans la société un état de choses nuisibles surtout à l'industrie et au commerce, en jetant le discrédit le plus complet dans les relations d'affaires, et, de plus, elle permettait au maître de se mettre à l'abri de toute poursuite pour les dettes contractées par l'esclave, tandis que, par ailleurs, il profitait de toutes les acquisitions, de telle sorte que la condition des créanciers était des plus précaires.

Le préteur, toujours vigilant, répara cette injustice en instituant une catégorie d'actions, appelées *actions indirectes*, et qui ont pour but d'assurer aux créanciers des esclaves un recours contre le maître dans les limites déterminées par le Droit civil. Voici comment Justinien s'explique à cet égard : « Quoique, d'après le Droit civil, les maîtres ne soient pas tenus des obligations contractées par leurs esclaves, l'équité veut cependant qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, qui forme pour l'esclave une sorte de patrimoine. » Tel est le but de l'action *de Peculio*. Pour la même raison, dit-il ailleurs, le préteur donne deux autres actions (*exercitoire* et *institoire*), auxquelles il faut ajouter les actions *quod jussu* et *de in rem verso*. Mais, avant d'entrer dans l'étude de ces actions, nous croyons nécessaire de parler tout d'abord du *pécule*.



§ 2. — *Du pécule.*

Il est impossible à l'esclave d'avoir un patrimoine.

I. — Toutes les fois donc qu'il fait un acte entraînant par sa nature acquisition d'un droit de propriété ou de créance, l'acquisition doit profiter ou nuire au maître; dans le premier cas, elle se réalise à son profit; dans le second, elle ne se réalise pas. Mais s'il est vrai que le maître acquiert un droit à l'occasion de l'esclave, comme il acquiert un fruit à l'occasion de l'arbre dont il est propriétaire, il peut, cependant, suivant sa volonté, laisser une part des biens à l'esclave; c'est cette part détachée du patrimoine du maître qu'on appelle pécule.

II. — Bien qu'en Droit romain le pécule désignât spécialement cette partie des biens dont le maître abandonne la gestion à l'esclave, il y avait cependant plusieurs autres sens attachés à ce mot; ainsi il s'entendait encore :

1° Du patrimoine de l'homme libre (*ad senatus-cons. Trebell.*, C. 1).

2° De cette partie du patrimoine qu'on mettait en sûreté, pour le soustraire au danger résultant des guerres civiles, des excursions des brigands, etc. (C. 79, § 1, D. XXIII).

3° Des biens paraphernaux de la femme. (L. 9, § 3, D. XXIII, III, § 3.) D'après Ulpien, le mot *peculum* était employé avec cette signification par les Gaulois plutôt que par les Romains.

4° Des biens qui appartenait en propre au fils de



famille *peculum castrense, quasi castrense profectice, adventice* (Just., *per quas pers.* Inst., § 1, II, ix);

5° Du salaire attribué aux employés, tels que les appariteurs des juges.

Tels sont les sens divers qu'a le mot pécule.

III. — *Voyons maintenant comment il naît et comment il se forme : Peculum nascitur, crescit decrescit, moritur ideo eleganter Papirius Puncto dicebat peculum simul esse homini.* (L. 40, Marcien, D. XV, 1.) C'est ainsi que les Prudents, qui voyaient dans l'esclave une chose, étaient tentés de voir comme une image de l'homme dans ce pécule qui naît, croît et meurt.

L'esclave ne saurait avoir un pécule à l'insu du maître et sans son consentement.

De plus, la tradition des objets qui composent le pécule est nécessaire. *Quid* si l'esclave est déjà en possession? Par une fiction de droit on supposait que la tradition a été faite. Du reste, la volonté du maître suffit à vrai dire à constituer le pécule. Il faut dans ce cas que la volonté soit manifestée d'une manière expresse. Ulpien pense que non. D'autres jurisconsultes soutiennent une opinion opposée. A notre avis, la solution d'Ulpien nous paraît devoir être admise; car non-seulement elle est conforme au principe, mais encore elle a le mérite de satisfaire pleinement les lois de l'équité.

Qu'importe la manière avec laquelle cette volonté se manifeste! il n'y a plus qu'une question de preuve; les jurisconsultes admettent que l'on peut par tous les moyens possibles prouver que le maître a donné son



consentement. Cette doctrine est donc conforme aux principes.

D'ailleurs, supposons un moment que le pécule ne puisse être constitué sans une manifestation claire, certaine, expresse, en un mot, de la volonté du maître. Quelle sera la véritable conséquence? Un maître confie à un ou plusieurs esclaves l'administration de ses biens, ceux-ci font tous les actes juridiques, vendent, achètent, etc. : le maître bénéficie évidemment des opérations faites par les esclaves, tant que ces opérations rapportent profit, mais du jour où des dettes, par exemple, seraient contractées à l'occasion de ces mêmes biens, et où les créanciers voudraient exercer leurs poursuites, le maître répondra que cela ne le regarde point, de s'adresser à l'esclave. Or, celui-ci est incapable de contracter une obligation civile; voilà donc les tiers impunément lésés dans tous leurs intérêts; ils ont cru que le pécule sur lequel spéculait l'esclave était pour eux une garantie; vain espoir, tout est perdu pour eux. On ne saurait admettre une pareille iniquité; c'est pour cette raison que l'opinion contraire soutenue par Ulpien (1), nous paraît obvier à ces inconvénients, et satisfait la loi et les principes primordiaux de toute justice.

Nous pourrions à la rigueur exposer encore des arguments en faveur de notre solution, des arguments d'analogie par exemple; mais ce que nous avons dit précédemment suffit, pensons-nous, à établir d'une manière irréfutable la doctrine d'Ulpien, qui n'exige

(1) L. 7, § 1, D., *de Pecul.*, XV, 1.



point dans la concession d'un pécule que la volonté du maître soit expressément manifestée.

IV. — Mais immédiatement se présente à l'esprit cette question : *Tous les maîtres sont-ils capables de concéder un pécule à l'esclave ?* Nous devons appliquer ici les principes généraux d'incapacité, et décider que ni les fous, ni les pupilles n'auront ce droit. (L. 7, § 1, D., XV, 1.) Quant à la femme, il est nécessaire de faire une distinction : si elle n'est pas mariée, on admet qu'en principe elle jouit de cette faculté ; si elle est mariée, elle en jouit aussi suivant que le pécule concédé se compose d'esclaves ou de biens paraphernaux, d'une part, ou de biens dotaux, de l'autre. Dans le premier cas, sa capacité est certaine ; dans le second, elle lui fait défaut, car la dot apportée par la femme au mari ne saurait être diminuée pendant le mariage, *cum rei marito quæsitæ dominium auferre nolenti minimè potuerit.* (C., de *Jure dot.*, I, 25.)

V. *Quant aux esclaves, pouvaient-ils être concessionnaires du pécule ?* — Avant de répondre à cette question, nous croyons devoir établir comment les esclaves se distinguaient entre eux.

*In servorum conditione*, dit Justinien, *nulla est differentia* ; cela est vrai, mais en tant que l'on considère les rapports du maître et de l'esclave ; les droits du maître sur ce dernier sont, en effet, toujours les mêmes. Mais en pratique et même en droit, cette donnée n'est pas absolument vraie.

*En fait*, ils se distinguaient par leurs travaux : les *ordinarii*, *peculiares*, intendants ou qui peuvent pos-



séder un pécule ; les *vicarii*, qui peuvent être compris dans ce pécule ; ces derniers obéissent aux *ordinarii*. Il faut aussi distinguer d'une manière générale ceux qui sont employés aux travaux de l'agriculture ou qui se livrent aux professions manuelles, à l'étude et aux arts libéraux.

*En droit*, par leur capacité : les *servi sinè domino*, les *ordinarii*, les *publici*, les *statu liberi*.

Les *servi sinè domino* sont les *servi pœnæ*, esclaves de la peine. Il faut y ajouter les esclaves qui étant l'objet d'un usufruit sont affranchis par le nu-propriétaire. Ces esclaves peuvent rentrer, en effet, dans la catégorie des *derelicti* ; les *servi pœnæ*, sont ceux qui ont été condamnés à mort, aux bêtes, aux mines.

Nous avons déjà parlé des *ordinarii*.

Les *publici* étaient les esclaves du peuple romain ; c'était presque toujours des prisonniers de guerre, que le peuple avait gardés au lieu de les vendre ou de les mettre à mort, ou bien ceux qui, d'affranchis déditices, étaient tombés dans l'esclavage pour avoir séjourné dans les cent milles autour de Rome. Ils étaient quelquefois, assez souvent même, au service des magistrats et des prêtres, et connus alors sous la dénomination de « officia » ou de « ministeria. »

Les *statu liberi* étaient les esclaves affranchis sous condition ; c'était ceux qui, par exemple, étaient affranchis par testament, sous cette condition d'élever un tombeau au testateur décédé : à la mort de ce dernier, l'esclave passait bien à l'héritier, mais dès qu'il avait terminé le tombeau, il devenait libre ; jusqu'à



ce moment, l'attente de la liberté constituait une sorte de droit.

Nous indiquerons en passant une certaine catégorie d'individus dont la condition est mixte, c'est-à-dire qu'elle touche par certains points à celle des esclaves et par d'autres à celle de l'homme libre ; nous voulons parler des colons, des *servi terræ*, sur lesquels nous aurons à revenir plus tard.

Parmi les esclaves dont nous venons de parler, il n'y avait à proprement parler que les esclaves *ordinarii* et les *servi publici* qui pouvaient être concessionnaires d'un pécule ; ces derniers pouvaient en disposer pour la moitié. En dehors de là, toutes les distinctions établies par le maître pouvaient être aussi anéanties par lui ; et en fait, le pécule naît, croît et meurt à son gré ; il peut dès lors accorder un pécule à un esclave quelle que soit d'ailleurs la catégorie à laquelle il appartienne, car c'est sa volonté seule qui fait que l'esclave est ou n'est pas de telle ou telle catégorie.

VI. *Quel sera l'effet de cette concession entre le maître et l'esclave ?* — Cette concession est-elle définitive ? Le maître se dépouille-t-il de tout droit ? Nous répondrons négativement ; si le maître, par sa seule volonté, peut créer un pécule au profit de l'esclave, par sa seule volonté encore, il peut le retirer. Tout est donc subordonné à son bon plaisir ; nous devons toutefois faire une restriction en ce qui concerne les pouvoirs du maître lorsque l'esclave a des créanciers, car, dans ce cas, le pécule devient tout naturellement leur gage, la garantie de leur créance. C'est donc, comme



le dit fort bien M. Dejust (1), à cette hypothèse d'étrangers intervenant entre le maître et l'esclave qu'il faut toujours se reporter lorsqu'on recherche s'il y a eu concession de pécule, et en quoi il consiste.

VII. — Telles sont les règles qui président à la formation du pécule. Voyons maintenant comment il s'accroît ; et d'abord, en deux mots, que peut-il comprendre ? Toutes choses qui sont *in commercio* : les meubles, les immeubles, les titres de créance, les *vicarii*, dont nous avons précédemment parlé (D., *de Pecul.*, I, § 4) ; il faut donc en excepter les *res sacræ, sanctæ, religiosæ* et l'homme libre. Quand le maître concède un pécule, il suffit, d'après Ulpien, qu'il en connaisse d'une manière générale la composition.

Le pécule s'accroît de tout ce que l'esclave a acquis, à quel titre que ce soit ; le maître est présumé consentir par cela seul qu'il n'enlève point à l'esclave les choses que celui-ci a administrées comme chose de pécule.

Si le maître ignore l'acquisition faite par l'esclave, il suffit pour qu'elle soit comprise *in peculio* de présumer la volonté du maître de ne pas s'y opposer.

Relativement aux choses données par le *dominus* à son esclave après la concession, il faut encore consulter sa volonté pour savoir si oui ou non ces choses deviennent *peculiares*.

Il s'accroît encore des sommes dues par les étrangers et aussi de celles dues par le maître, lui-même,

(1) *L'esclavage à Rome*, part. II<sup>e</sup>, chap. I.



avec cette condition : *Si dominus ei debitor manere voluit.* (L. 7, § 4, D., XV, 1.)

Le pécule peut donc être créancier du maître. Cependant, si l'on reprend la réciproque du texte que nous venons de citer, il suffirait au maître de ne plus vouloir être débiteur pour ne plus être tenu de sa dette. Une pareille solution doit-elle être admise ? Nous pensons qu'il y a lieu d'établir de nouveau ici la distinction que nous avons précédemment établie : Si le pécule n'a pas de créancier et que l'esclave n'ait, en ce qui concerne le pécule, que des rapports de maître à esclave, le maître évidemment pourra par sa seule volonté s'affranchir de toute obligation ; mais si le pécule a des créanciers, les tiers ne sauraient être liés par sa mauvaise foi. En conséquence, il devra payer intégralement au pécule le montant des sommes qu'il doit.

Telle est la solution que la raison semble indiquer ; elle se confirme encore si nous nous reportons à cette règle qui fait considérer comme un dol le fait par le maître d'enlever le pécule à son esclave au détriment du créancier, bien qu'il n'y ait pas eu de sa part intention frauduleuse ; il faut en conclure que s'il ne peut enlever le pécule entier, il ne saurait pouvoir en enlever une partie ; car de cette façon il serait par trop aisé d'éluder la loi.

Il semble résulter de quelques textes que si le maître peut être constitué débiteur par suite d'un contrat, il ne pouvait être constitué tel par suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Il y a là, semble-t-il, une étrange anomalie qui pourtant s'explique par la consi-



dération suivante : Lorsque le maître a reçu une somme des mains de l'esclave, rien ne fait connaître qu'il ait l'intention d'amoinrir le pécule, comme tel est son droit. On suppose, au contraire, et avec raison, qu'il se reconnaît par son silence débiteur d'une pareille somme; tandis que dans le cas où il a détérioré une chose faisant partie du pécule ou qu'il l'a volée, le doute ne saurait se produire; son intention formelle a été de l'amoinrir. Or, c'est son droit; l'esclave n'a donc rien à réclamer.

Nous croyons encore, contrairement à l'opinion d'Ulpien, que s'il l'amoinrit par son délit, il sera tenu pour le tout si le pécule a des créanciers, suivant la distinction que nous avons précédemment établie.

Le pécule peut également être amoinri par son *conservus* ou un étranger; dans le premier cas, le maître est entièrement responsable; il ne l'est point dans le second, pourvu, toutefois, qu'il n'ait point profité du vol.

VIII. *Comment le pécule peut-il être anéanti?* — Il peut l'être par les causes ordinaires et extraordinaires qui font disparaître d'un patrimoine un meuble, un immeuble, un titre de créance, et sur le développement desquelles nous n'avons pas à entrer; mais si le pécule n'a point de créanciers, il pourra être anéanti par la volonté du maître qui l'a créé.

Toutefois, au point de vue des droits de ce dernier, il fallait distinguer entre le pécule proprement dit et le pécule *liberæ administrationis*.

En ce qui concerne le premier, la règle est que



l'esclave ne peut rien faire sans le consentement du maître. — Relativement au second, au contraire, l'esclave jouit à peu près de tous les droits d'un véritable propriétaire.

### § 3. — *Actions indirectes.*

En principe, avons-nous dit, l'esclave ne peut avoir de patrimoine; cependant, il peut lui être concédé un pécule, « que le maître détache de ses biens pour lui donner la faculté de l'administrer séparément et à son propre compte. » (Ulp., f. 5, §§ 3 et 4, *de Pecul.*, XV, 1.) De telle sorte qu'il peut, à raison de ce pécule, se trouver débiteur ou créancier de son maître, suivant les données précédemment indiquées.

I. — Cette concession avait totalement changé la situation de l'esclave; désormais, il constituait une personnalité avec laquelle il fallait compter au point de vue pécuniaire, comme avec un individu pleinement capable. En cela le préteur fut obligé de suivre le progrès réalisé par les mœurs; aussi, bien qu'en principe l'esclave fut incapable d'obliger son maître, accorda-t-il contre ce dernier aux créanciers une action jusqu'à concurrence de la valeur du pécule; ce fut l'action *de peculio*. En ce qui concerne cette action, il faut toujours supposer que le maître a ignoré les obligations contractées par l'esclave, ou bien que, les connaissant, il n'a rien ordonné à cet égard. Cependant, nous devons faire remarquer que le maître ne peut être obligé *de peculio*, si par exemple l'esclave s'est porté fidéjusseur ou mandataire, à l'occasion d'affaires



qui ne concernent pas le pécule ; il faut, pour qu'il soit tenu, qu'il s'agisse d'une créance née d'un contrat passé par l'esclave à l'occasion de ce pécule.

Le maître a un droit de préférence pour ce qu'il lui est dû (19, § 2, D., XV, 1), et les créanciers sont payés définitivement et intégralement dans l'ordre où ils se présentent.

La raison du privilège du *dominus* se tire de cette considération : que le maître est censé avoir agi contre l'esclave, du moment où la créance a pris naissance, et avoir distrait à ce même moment du pécule une valeur égale à celle qui lui était due. A proprement parler, ce n'est pas là un privilège.

Un texte du Digeste (1) nous fournit une application remarquable du droit qu'a le maître d'opérer la *deductio* ; c'est le cas où l'esclave s'est engagé vis-à-vis de lui à lui payer ce qu'un tiers lui devait. L'esclave, en se portant *expromissor*, est tenu naturellement, et le tiers reste tenu civilement, par cette raison que l'obligation naturelle ne saurait opérer novation de la dette de ce tiers. — Mais qu'arrivera-t-il si ce tiers est insolvable? le maître pourra-t-il déduire sur le pécule de l'esclave? Il faut décider que oui, car l'esclave est obligé naturellement envers son maître. Il s'ensuit que ce serait les créanciers du pécule qui auraient à souffrir de cette déduction.

Mais comment le maître exercera-t-il son droit de préférence? en un mot, comment fera-t-il la déduction de ce qui lui est dû? De deux manières : *verbis tantùm*

(1) L. 44, § 4, D., XV, 1.



ou *re et verbis*; dans le premier cas, ce qu'il aura le droit de reprendre restera dans le pécule, et sur ce point que faut-il décider s'il vient à être poursuivi de nouveau *de peculio*? Son droit est-il définitivement éteint ou peut-il opposer au nouveau créancier la créance ainsi déduite?

Nous trouvons la réponse dans un texte (1), duquel il résulte que non-seulement il a le droit de déduire une seconde fois ce qu'il a déduit, *verbis tantum*, mais encore que le risque de la chose déduite ainsi est à la charge du pécule. Le maître est censé ne pas reprendre la propriété intégrale des choses qu'il déduit, et il leur laisse en entier le caractère de *res peculiares*. En sorte que, dit Pomponius, s'il fait ensuite remise de ce qu'il lui est dû, les choses qu'il avait déduites, *verbis tantum*, feront partie du pécule, sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle concession. (L. 4, § 5, D., *de Pecul*).

Voilà pour la déduction du maître : ce qui reste du pécule est le gage exclusif du créancier ; s'il ne peut être satisfait, il aura un droit sur les accroissements qu'il pourra prendre dans l'avenir.

Nous dirons ici quelques mots de la vente des esclaves en ce qui concerne le pécule ; cette matière si importante, mais qu'il nous est impossible d'étudier sous ses divers points de vue, avait été réglementée d'une façon toute spéciale en Droit romain par un édit des Édiles.

Un esclave est l'objet d'une vente ; il possède un

(1) L. 56, *de Pecul.*, XV, 1.



pécule, mais le maître lui en retire une partie et lui laisse l'autre. Si le pécule avait des créanciers, contre qui ces derniers exerceraient-ils l'action *de peculio*? Ils pourront poursuivre l'acheteur ou le vendeur, mais non les deux ensemble; s'ils poursuivent le vendeur, par exemple, il reste tenu jusqu'à concurrence de la partie du pécule qu'il avait gardée; mais cette partie n'a pas suffi à désintéresser les créanciers, ils pourront alors se retourner contre l'acheteur pour lui faire parfaire la somme due.

L'action *de peculio* est une action qui peut être intentée par le créancier tant qu'il possède l'esclave; mais cette action s'éteint du jour où il acquiert sa liberté par l'affranchissement, ou bien du jour où il vient à mourir.

La conclusion à tirer de l'action *de peculio*, c'est que si elle sauvegarde souvent les intérêts des créanciers, il n'en est pas toujours ainsi; cette action ne leur servira que lorsque la créance proviendra *ex causâ peculiari*; d'ailleurs, le droit de préférence du maître est un droit dangereux pour les créanciers. Le prêteur comprit qu'il y avait là une injustice à prévenir ou à réparer; aussi, tant pour obvier à ces divers inconvénients qu'elle présentait que pour préserver les créanciers, créa-t-il d'autres voies de recours: les actions *de in rem verso, quod jussu, exécutoire* et *institutoire*.

II. *Action de in rem verso.* — Cette action est donnée au créancier qui prouve que le maître a profité de l'obligation contractée sans sa volonté. Le prêteur l'accorde dans un but d'équité jusqu'à concurrence de l'enrichissement du maître.



Voici la règle de cette action : Toutes les fois qu'à la suite d'un contrat passé par un esclave, le maître l'aura affranchi, il sera tenu *de in rem verso* sans qu'il y ait à distinguer si le contrat avait une cause commerciale ou non et si l'esclave avait ou n'avait pas de pécule ; l'action *de in rem verso* pourra donc compéter aux tiers en même temps que les actions *de peculio*, *institoire*, *tributoire*, et elle leur sera éminemment utile lorsque le pécule sera insuffisant pour satisfaire les créanciers. Pour savoir si le maître est tenu de cette action, il suffit de rechercher si le contrat a ou non une cause raisonnable ; supposons, par exemple, que l'esclave emprunte pour faire des dépenses folles, le maître ne sera point responsable.

Voici donc comment on apprécie le *quantum* dont est tenu le maître. L'esclave a-t-il acheté une chose indispensable ? le maître sera tenu *in solidum* s'il a acheté ou a fait l'acquisition d'une chose dont le maître n'avait pas un besoin pressant, il n'est obligé que jusqu'à concurrence de la valeur véritable.

Nous venons de dire que l'action *in rem verso* peut être intentée en même temps que les actions *de peculio*, *tributoire* et *institoire*. Toutefois, certains commentateurs, comparant les actions *de in rem verso* et *de peculio*, prétendent qu'elles sont parfaitement distinctes et que leur champ d'application est complètement séparé ; d'autres, parmi lesquels M. Ducaurroy, soutiennent que ces deux actions n'en forment qu'une, qu'elles n'ont qu'une seule formule, mais deux condamnations : *Duos habet condemnationes*, dit Gaius. Ils sont d'autant plus fondés à le croire



qu'il semble clairement ressortir de plusieurs textes que les jurisconsultes romains n'entendent pas distinguer ou caractériser plusieurs actions ni même une action spéciale ayant une existence distincte de toute autre, et qu'ils indiquent seulement l'objet ou la valeur que détermine le montant de la condamnation subie par un chef de famille lorsqu'on agit contre lui en vertu des engagements pris par une personne soumise à sa puissance et par l'action qu'ils produisent ordinairement (1).

Lorsqu'on poursuit par cette voie, le juge a d'abord à examiner s'il y a enrichissement du maître ; en second lieu il ne s'occupe de l'évaluation du pécule que si le maître n'a pas réellement profité des engagements contractés par l'esclave ou s'il n'a pas profité de la totalité, ne s'occupant du pécule que subsidiairement pour les valeurs qui n'ont pas reçu le même emploi.

Dans le cas où l'évaluation est nécessaire, le juge doit commencer par faire abstraction des dettes de l'esclave avec le maître et envers les personnes qui sont sous la même puissance, parce que dans ce cas l'obligation est censée avoir été contractée avec le maître lui-même.

Cette déduction faite, ce qui reste représente la valeur du pécule. Nous devons faire remarquer ici que dans le

(1) Quant à nous, nous pensons que si, dans la pluralité des cas, les deux actions étaient réunies, il pourrait pourtant se faire qu'elles fussent quelquefois nécessairement séparées. Ainsi un créancier pourrait parfaitement avoir intérêt à intenter l'action *de in rem verso* seule et non l'action *de peculio*, afin d'éviter le concours des créanciers du pécule ; il en était ou pouvait en être de même lorsque l'esclave n'avait pas de pécule ou qu'il n'en avait plus, ou bien lorsqu'il était mort ou aliéné depuis une année utile,



cas où c'est un esclave *vicarius* qui est compris dans le pécule de l'*ordinarius* qui a contracté, on ne doit pas déduire ce qu'il peut donner au *vicarius*, car cet esclave est dès lors compté dans le pécule lui-même. L'esclave *ordinarius* est, en effet, dans ce cas, et créancier et débiteur, et par voie de conséquence il n'est ni grossi ni diminué du montant de cette obligation.

III. *Action quod jussu*. — Cette action, comme le mot l'indique, a lieu quand l'obligation a été contractée par l'ordre du maître; non-seulement dans cette action le tiers suit la bonne foi de ce dernier, mais il est censé avoir traité avec lui; ainsi qu'il résulte d'un texte d'Ulpien : *Quodam modo cum eo contrahitur, qui jubet*. (L. 1, pr. D., XV, iv.) Cependant il y a une certaine différence à établir entre le cas où l'on traite directement avec le maître et celui où l'on n'arrive à lui qu'indirectement par l'intermédiaire de l'esclave; dans la première hypothèse, c'est une action *civile* qui se produit à l'occasion du contrat; dans la seconde, c'est une action *prétorienne*.

Quoi qu'il en soit, le tiers a une action contre le maître pour la totalité de l'engagement. D'ailleurs, que celui-ci ait donné son *jussus* à l'engagement ou qu'il l'ait ratifié postérieurement, l'effet est le même au point de vue de l'action, car la ratification équivaut à un mandat. — Le maître n'est pas tenu *quod jussu* lorsqu'il s'est porté simplement fidéjusseur de son esclave, ainsi que l'affirme Ulpien (1). Le pupille, le

(1) L. 1, § 5, D., XV, iv.



fou, le prodigue, à raison de leur incapacité, ne s'obligent pas *quod jussu* en donnant à leur esclave l'ordre de contracter, mais il en est différemment s'ils ont l'autorisation du tuteur ou du curateur. En ce qui concerne l'ordre d'emprunter donné par le pupille avec l'autorité du tuteur, celui-ci n'est tenu *quod jussu* que *si in rem ejus versum est*.

Il est bien entendu que le maître n'est obligé que dans les limites des ordres donnés à l'esclave.

Si nous faisons l'hypothèse d'un maître empruntant une somme d'argent et ordonnant qu'elle soit versée entre les mains de l'esclave, ce n'est pas l'action *quod jussu* qui est accordée, mais bien une simple *condictio*, comme si c'était le maître qui eût reçu cet argent (L. 1, § 6, D., XV, iv.) Cependant, à s'en tenir à la lettre de la loi 5, § 2, D., XV, iii, ce serait l'action de *in rem verso* et non l'action *quod jussu* qui serait donnée au créancier; mais ce texte s'explique si l'on considère qu'il a d'abord l'action *quod jussu* et ensuite l'action *in rem verso*. Qu'est-il besoin, en effet, pour la ratification du maître de l'action *in rem verso*?

IV. *Action exercitoire et institoire* — L'action exercitoire relative aux affaires maritimes est accordée contre le maître armateur d'un navire auquel il a préposé son esclave, au tiers qui a contracté avec le préposé dans la limite de ses attributions.

L'action institoire relative aux affaires terrestres est donnée contre le maître qui a préposé son esclave à une opération de commerce; cette action a été étendue à toute opération isolée, même non commerciale; d'où



l'action quasi-institoire donnée contre le mandant au tiers ayant traité avec le mandataire.

Il existe entre ces deux actions des différences importantes : 1<sup>o</sup> le *magister navis* peut, dans le cours de la navigation, se substituer un tiers, même à l'insu et malgré la défense du maître, et cela, soit pour une opération seulement, soit pour toute la série des opérations, et l'action exercitoire est alors accordée contre l'*exercitor*, à l'occasion des engagements pris par le substitué du *magister navis*, tout comme s'il avait traité avec le *magister* lui-même, tandis que l'*institor* ne peut pas se substituer quelqu'un, que de la volonté et du consentement du maître, de telle sorte que l'action instoire ne saurait être exercée contre ce dernier pour les obligations contractées par le substitué de l'*institor*.

2<sup>o</sup> Lorsqu'on contracte avec un *magister navis* esclave, on peut intenter l'action même contre le maître de l'*exercitor* ; tandis que celui qui traite avec l'*institor* ne peut poursuivre que le préposant lui-même ; d'où la conséquence logique que si l'on suppose le préposant esclave, cette action s'évanouit.

Il peut se faire qu'il y ait plusieurs préposants ; dans ce cas, les tiers créanciers auront une action *in solidum* contre eux, résultant de leur contrat avec le préposé. (L. 11, § 25, D., XIV, II, de *Exerc. act.*) C'est là une règle commune aux deux actions.

L'*institor* oblige son maître *in solidum* lorsqu'il contracte avec un tiers dans les limites des pouvoirs qui lui ont été confiés ; et, sur ce point, lorsque le maître place un esclave à la tête d'un commerce, il est



censé donné pouvoir de faire tous les actes d'administration; s'il n'entend lui permettre qu'une certaine catégorie d'actes, il faut qu'il le dise expressément.

L'action institoire a pour effet de soumettre le maître à toutes les actions spéciales auxquelles peut donner naissance le contrat passé par l'*institor*.

L'action institoire est perpétuelle et se donne même contre l'héritier.

V. *Action tributoire*. — L'action *tributoire* est donnée au créancier d'un esclave qui a employé tout ou partie de son pécule en entreprises commerciales avec le consentement du maître; celui-ci créancier à un titre quelconque figure au marc le franc dans la répartition. L'intérêt de cette action est considérable, car elle n'admet pas le privilège du maître et ne souffre pas les déductions qui ont lieu dans l'action *de peculio*. Le prêteur accorde à ce dernier le droit de faire lui-même la répartition; mais en l'autorisant il édicte une sanction pour le cas où il ne remplirait pas ses obligations. Si donc les créanciers ont à se plaindre du partage, les créanciers pourront le poursuivre; c'est par l'action *tributoire* qu'ils exerceront leur droit. Mais afin que cette action puisse être utile, il faut que le maître se soit rendu coupable de dol; les Institutes, en omettant cette condition, commettent une erreur. La loi 7, § 2, D., XIV, iv, nous indique la nécessité de cette condition par ces mots : *Quæ actio dolum malum coerces domini*.

Cette même loi énumère les diverses espèces de dol qui donnent lieu à l'action en ayant pour effet de



diminuer ou de supprimer la part des créanciers ou de l'un d'eux.

Le droit des créanciers qui poursuivent par l'action tributoire porte, non pas sur le pécule tout entier, mais sur cette portion qu'on appelle la *merx peculiaris* (la part affectée au commerce). Le pécule sera donc le gage des créanciers jusqu'à concurrence de cette part.

Les jurisconsultes romains ne s'étaient pas attachés à cette idée que le commerce a un besoin particulier de crédit; il leur avait paru juste de faire participer le maître aux risques commerciaux qu'il avait dû prévoir. D'où le concours auquel il était soumis, la liquidation dont il était chargé, l'action tributoire destinée à l'empêcher de commettre un dol dans cette liquidation, notamment pour se soustraire aux conséquences du concours.

L'action tributoire est donnée à perpétuité, même après la mort de l'esclave, contre le maître et contre son héritier; mais il n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce qui lui est parvenu de la *merx peculiaris*.

Le créancier a le choix entre l'action tributoire et l'action *de peculio*; mais il ne peut intenter l'un et l'autre à la fois, sauf le cas où il a contracté avec l'esclave pour son commerce et à l'occasion du pécule qui ne fait pas partie de la *merx peculiaris*. L'action tributoire n'est pas toujours préférable; ainsi le maître a-t-il une créance? dans ce cas les créanciers auront avantage à choisir cette action, car le maître n'a pas de droit de préférence; mais si le maître n'est pas créancier, ils auront intérêt à poursuivre par l'action



*de peculio*, car dans cette hypothèse ils pourront se faire payer sur tout le pécule.

VI. *Choix accordé aux créanciers entre les actions de peculio, de in rem verso, quod jussu, exercitoire, institoire, tributoire.* — D'une manière générale les créanciers qui peuvent intenter l'une des actions *quod jussu, exercitoire* et *institoire* peuvent aussi choisir l'action *de peculio* ou *de in rem verso* suivant leurs intérêts.

Quelle est celle qui leur sera préférable? Evidemment les trois premières parce que dans l'exercice de ces actions ils agissent contre le maître pour le tout, tandis que dans l'action *de peculio* ils seront primés par lui, et dans l'action *de in rem verso* ils n'auront recours que *quatenus dominus locupletior factus fuerit*.

*Quid* du concours entre l'action *tributoire* et les actions *exercitoire* et *institoire*? Ne s'appliquant pas aux mêmes hypothèses, elles ne pourront jamais concourir entre elles.

*Quid* du choix entre l'action *quod jussu* et l'action *tributoire*? Les créanciers ont tout intérêt à choisir l'action *quod jussu*, parce que dans l'action *tributoire* ils viennent en concours avec le maître sur le pécule ou sur une fraction seulement, n'obtenant dans ce dernier cas qu'un simple dividende.

Lorsqu'on a le choix de l'action *de in rem verso* d'une part, et des actions *quod jussu, exercitoire* et *institoire* de l'autre, c'est toujours à la première de ces actions qu'il faudra recourir dans l'hypothèse où le créancier a fourni des valeurs employées par l'esclave aux affaires du maître. Dans le cas contraire, le choix



entre l'action *de peculio* et l'action *tributoire* dépend des circonstances que les textes expliquent suffisamment et dont nous avons donné quelques espèces.

VII. — Indépendamment des actions indirectes dont nous venons de parler, les créanciers pourront encore poursuivre le maître par l'action civile qu'on nomme *condictio*. (Ulp., fr. 19, § 2; Paul, fr. 29, *de Rebus cred. Instit.*, § 8, l. IV, VII.) Mais alors à quoi servent les actions introduites par le préteur? Nous devons tout d'abord faire observer que la *condictio* est une action de droit strict, poursuivant l'exécution d'une obligation unilatérale, accordée en outre aux créanciers pour agir directement contre le maître, et non toute action résultant des contrats passés par l'esclave *jussu domini* ou par l'*institor* ou le *magister navis*. Il ne faut donc pas donner au paragraphe 8 des Institutes une extension qu'il ne saurait avoir : Sans doute, la jurisprudence étendit cette action, d'abord limitée aux sommes d'argent, à tous les objets certains, puis à toutes les obligations indéterminées, même à celles de faire, mais ce fut toujours comme poursuite d'une obligation unilatérale de droit strict.

Dans le cas d'enrichissement du maître la *condictio* peut être également intentée par les créanciers qui, en outre de cette action directe et civile, fondée sur l'enrichissement même, ont encore à leur choix les actions prétoriennes *de peculio* ou *de in rem verso*.

La jurisprudence admit encore que lorsque l'opération d'où pouvait résulter une *condictio* avait été faite par l'ordre d'une personne quelle qu'elle fût, cette personne était censée avoir traité directement et



se trouvait dès lors munie de la *condictio*. (L. 9, 2, D. XII, 1.).

Mais, pour les actions *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conducti*, *pro socio*, *præscriptis verbis* et toutes autres semblables, il est impossible que les effets de bonne foi qui en dérivent puissent être produits par l'action de droit strict, la *condictio*. On ne peut les avoir contre le maître et poursuivre l'exécution des contrats dont elles découlent, qu'avec la modification prétorienne, qui les transforme en actions *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio*, et *de in rem verso*. Aussi l'utilité de ces actions prétoriennes subsiste encore, et leur usage se maintint après que la jurisprudence eut étendu les bornes de la *condictio*.

Certains jurisconsultes romains, Ulpien entre autres, avaient prétendu que l'interprétation des prudents, consacrant plus tard les principes établis par le Droit prétorien, avait autorisé directement ce que le préteur aurait autorisé indirectement. Nous ne nous rendrons pas à cette explication, et nous préférons trouver la raison de l'existence de la *condictio* en ce que celui qui contracte avec l'esclave par ordre du maître suit la foi de ce dernier, que dès lors il y a à son égard *creditum*. La *condictio* n'a été appliquée aux cas dont il s'agit que plus tard, et par un développement progressif de jurisprudence, de telle sorte que pour ce cas particulier l'exception prétorienne a existé plus anciennement que l'action civile.



## SECTION VI.

### **Incapacités diverses de l'esclave.—Exceptions.**

Il résulte de tout ce que nous avons pu dire jusqu'à ce moment que l'esclave peut bien figurer dans certains actes juridiques, tels que l'achat, la vente, etc. Mais les droits qui en découlent ne restent pas même un instant de raison sur sa tête. Comme nous l'avons déjà dit (c'est un point sur lequel il faut insister, car il est de la plus grande importance), l'esclave est *le porte-voix* du maître (l'expression nous semble technique) pour tous les actes dans lesquels il intervient, mais dont les conséquences juridiques se résument activement et passivement en la personne de ce dernier.

#### § 1. — *Incapacité de l'esclave de figurer dans une instance. — Exceptions.*

Les actes de l'esclave ne créant aucun droit pour ou contre lui, il ne saurait être question d'action à son égard, car l'action n'est autre chose que la sanction d'un droit préexistant. Cependant des exceptions ont été admises à cette incapacité de l'esclave de figurer dans une instance judiciaire :

1° Lorsque l'esclave étant troublé, en l'absence de son maître, dans la possession d'une chose qu'il détient au nom de celui-ci ; dans ce cas il s'adressera au magistrat, qui devra faire droit à sa demande et faire cesser le trouble.



2° Lorsqu'il prétend avoir droit à la liberté; il pourra alors intenter une demande contre le maître. (L. 24, D., XL, XII.)

3° Lorsque l'héritier institué par son maître ne fait pas adition d'hérédité; il actionnera celui-ci devant le magistrat pour l'y contraindre.

Ces exceptions, comme on peut le remarquer, font une fois de plus ressortir *la personnalité* de l'esclave.

II. — Voilà pour les *judicia privata*; mais que faut-il décider en ce qui concerne le droit criminel? — Il est un principe admis, c'est que l'esclave peut lui-même se défendre devant le magistrat.

Et dans le cas où il ne pourrait ou ne voudrait pas agir personnellement pour sa défense, il pourra emprunter le secours d'un *causiticus*, ainsi qu'en dispose une constitution d'Alexandre. (L. 2, C. IX. II.)

III. — *Quid de l'esclave accusateur?* En principe il doit être puni de mort; mais il peut intenter l'accusation dans les cas suivants :

1° De la loi Julia *majestatis* (l. 1, D., XLVIII, v) (lèse-majesté);

2° De la loi Cornélia *de Falsis* (fausse monnaie), (l. 9, pr., D., XLVIII, IX);

3° De la loi Julia de *Annonâ* (accaparement de denrées) (l. 1, D., XLVIII, XII);

4° De la loi Julia *de Peculatu* (soustraction des deniers publics) (Inst., *de public. judic.*, § 9);

5° De suppression de testament lorsqu'il prétend que la liberté lui était donnée (l. 7, D., *de leg.*, Cornel.).



§ 2. — *Incapacité de témoigner en justice.*

*Exceptions.*

En principe, les esclaves ne peuvent être témoins pas plus que demandeurs ou défendeurs dans une action. Cependant dans quelques cas le magistrat reçoit ses déclarations ; mais elles n'ont de valeur que si elles sont faites sous l'empire de la douleur (*quæstio*), d'après certaines règles et sous certaines conditions qu'Ulpien nous fait connaître. C'est là un moyen de preuve aussi détestable que cruel.

*Quid* si un témoin qui a fait sa déposition et donné sa signature est reconnu pour être un esclave ?

Il semble naturel de décider que si l'instance est terminée il n'y a plus à y revenir. Si, au contraire, l'instance est *in pendent*, il faut annuler la déposition du témoin et replacer les choses en l'état où elles seraient si le témoignage ne fût pas intervenu.

§ 3. — *Incapacité pour les esclaves de remplir les fonctions publiques. — Exceptions.*

I. — La règle générale est qu'ils ne peuvent exercer aucune fonction publique, sauf les deux exceptions suivantes :

1° Ils peuvent être chargés de l'administration de l'*actus republicæ* ;

2° Ils peuvent être exécuteurs publics.

Les fonctions militaires ou religieuses leur sont absolument interdites.



Reste à savoir si les fonctions que le maître peut leur permettre d'exercer ne les relèvent point de l'incapacité générale dont ils sont frappés.

Il résulte d'un texte du Code (l. 4, § 6, VI, iv) qu'un esclave, avec l'autorisation du maître peut parvenir à quelques fonctions publiques. Il faut entendre cette disposition en ce sens que le maître en permettant à l'esclave « *dignitatem habere* » perd son droit de propriété sur lui et que celui-ci devient libre et ingénu ; dans ce cas ce n'est donc pas un esclave, mais bien un ancien esclave « *qui dignitatem habet.* »

II. — Que faut-il décider enfin relativement aux actes faits par un esclave qui, en se faisant passer pour libre, brigue, obtient et exerce une magistrature. « La fameuse loi *Barbarius Philippus* vise cette espèce et nous indique la solution. Elle valide, ainsi que la jurisprudence, les actes faits pendant cette magistrature ; la raison principale résulte de cette règle formulée par un grand nombre de textes : *Circa factum communis facit jus* ; c'eût été d'ailleurs violer ouvertement les premiers principes de l'équité en rendant les tiers de bonne foi responsables d'une erreur qu'ils n'ont pu éviter.

Cette décision, du reste, ne fait que confirmer la règle en ce que, si les fonctions publiques avaient été accessibles aux esclaves, il n'aurait pas été besoin de discuter ni connaître le sort des actes faits en qualité des magistrats. On se serait borné à constater leur parfaite validité et c'eût été tout.



## CHAPITRE II

### EFFETS DE LA PUISSANCE DOMINICALE SUR LA PERSONNE DE L'ESCLAVE

Si la condition juridique des esclaves est si précaire, combien leur destinée nous paraîtra plus misérable et plus digne de pitié, si nous considérons que dès le principe la loi sanctionnait de son pouvoir les droits absolus qui permettait au maître de disposer de la liberté et de la vie même de son semblable.

Le principe fondamental en cette matière est l'égalité de tous les citoyens romains ; ils ont les mêmes droits, les mêmes devoirs, les mêmes privilèges ; chacun dès lors a la souveraineté pleine et entière sur les choses de son patrimoine. Égaux entre eux, le droit de l'un limite le droit de l'autre et défend chacun contre la prétention d'autrui ; la loi, du reste, apporte son action efficace : Quand la lutte s'engage, elle intervient pour régler les conditions, les formes, en juger la raison et en sanctionner les résultats.

L'esclave, dans une certaine mesure, et surtout aux premiers temps de Rome, est une propriété dont rien, sauf la volonté du maître, ne saurait changer la nature.

Et sur ce point se présentent quelques différences avec le fils de famille. — Il semble au premier abord que la puissance du maître sur celui-ci est plus considérable, plus étendue que sur l'esclave.

1° Prenons, en effet, l'exemple d'un esclave vendu



et affranchi ; il acquiert la liberté pleine et entière, sauf les droits de patronage ; le fils de famille, au contraire, vendu et affranchi, retombe jusqu'à trois fois sous la puissance du père, et cela parce qu'il reste au père un droit naturel qui fait revivre son droit civil chaque fois que le pouvoir du maître a terminé le sien.

2° Le fils, quand il passe dans une autre famille par adoption, subit la *capitis diminutio*. — L'esclave, lui, n'a point d'état (*Caput*). Dès lors, il ne saurait subir ni *maxima*, ni *media*, ni *minima capitis diminutio*.

Nous ferons cependant observer que le passage de l'esclave dans une famille laissait quelquefois des traces analogues à l'adoption ; il est un simple indice d'origine qui ne procure, soit au maître, soit à l'esclave, aucun droit particulier.

Ces différences, jusqu'à un certain point, pourraient prouver que la puissance est plus durable, mais on ne peut en induire qu'elle soit moins étendue

## SECTION PREMIÈRE

**Droits du maître sur la personne de l'esclave.**

**Adoucissements apportés à son pouvoir.**

§ 1. — *Droits rigoureux du maître d'après la loi des Douze-Tables.*

I. La puissance dominicale est issue du droit des gens et, pour ce motif, accordée même à un pérégrin ; de plus elle découle aussi de la loi.



II. En nous plaçant au point de vue du droit rigoureux de la loi des Douze-Tables et nous inspirant de l'esprit du Droit romain à cette époque, nous pouvons affirmer qu'à l'origine l'esclave était considéré bien plutôt comme une chose que comme une personne dans ses rapports avec le maître; le maître avait, en effet, sur lui le *plenum jus quiritium*, le *dominium* dans tout ce qu'il a d'absolu; en un mot, le *jus utendi fruendi et abutendi* que la loi lui reconnaît sur la chose; nous allons voir les applications de cette donnée.

III. Le maître dispose de la personne de l'esclave, et, comme conséquence, la loi lui accorde le droit de vie et de mort. Ce droit rigoureux, exorbitant, lui est en effet concédé par la loi des Douze-Tables. Nous devons cependant faire remarquer ici que le législateur, en consacrant un droit si excessif, n'avait pas eu pour but de justifier l'arbitraire et la cruauté du maître, mais bien de lui permettre d'exercer sa puissance d'après le caractère qu'elle lui reconnaissait, c'est-à-dire d'une manière absolue.

IV. Quoi qu'il en soit, du jour surtout où les conquêtes eurent accru d'une façon considérable le nombre de ces malheureux et que la corruption et l'immoralité la plus odieuse se furent répandues dans la société, le sort des esclaves fut des plus misérables. Des maîtres à l'envi les torturaient; qui ne connaît la barbarie cruelle de ce chevalier romain, Védus Pollion, qui par simple caprice faisait jeter son esclave en pâture à ses murènes! (Pline, IX, 39.) Le fait n'est pas isolé, et l'histoire nous renvoie l'écho de mille cruautés de tout



genre inventées par les farouches instincts de ces tyrans, dont le seul plaisir était de se repaître de la vue du sang.

§ 2. — *Adoucissements au pouvoir rigoureux du maître.*

I. Tant de rigueurs et de vexations avaient éveillé la pitié dans l'âme des philosophes et par ailleurs (comme le dit Accarias lui-même), « de pareils abus inquiétaient le patriotisme de ceux qui n'avaient pas perdu le souvenir des guerres civiles (1). » Cicéron et Sénèque font entendre leur voix dans leurs écrits immortels. Ce dernier va jusqu'à ruiner le principe même de l'esclavage en développant la théorie reproduite dans nos temps modernes pour la traite des noirs et qui est fondée sur les plus simples notions de la justice et de la morale.

II. Sous leur influence, un courant d'idées nouvelles s'était produit, et l'application en fut immédiate : les empereurs, en effet, se hâtèrent d'émettre plusieurs décisions, toutes de faveur pour les esclaves. C'est ainsi qu'Auguste, par la loi Petronia, défendit aux maîtres de les condamner aux bêtes ; que Claude accordait la liberté à l'esclave abandonné pour infirmité ; qu'Adrien condamnait à cinq ans de rélegation une femme qui, sans motif, avait maltraité son *ancilla* (l. 2, D., I, vi), et défendait, en outre, d'employer la peine de mort sans la *sententia* du magistrat. Marc-Aurèle, de son côté, décida que cette clause *ut cum*

(1) *Précis de Droit romain*, t. I, part. I ; III, p. 79.



*bestiis pugnarent* serait nulle pour toute vente où elle serait contenue. Nous avons sur la matière deux constitutions très-importantes d'Antonin le Pieux ; cet empereur assimile le meurtre sans cause d'un esclave au meurtre de l'esclave d'autrui. Or, le meurtrier de l'esclave d'autrui était réputé meurtrier du maître lui-même, d'après ce texte du Digeste : L. 3, § 5, *ad leg. Corn. XLVIII, viii*. Pour les *humiles*, la peine infligée était la mort ; pour les *honesti*, la déportation et la confiscation des biens. Une seconde constitution est relative aux mauvais traitements *sine causâ* que peut subir l'esclave de la part du maître. Dans ce cas, il sera obligé de le vendre *bonis conditionibus* et de lui donner le prix. Le maître reprenait toute la vigueur de son pouvoir quand l'esclave était surpris en flagrant délit d'adultère avec la fille, la femme de son maître, ou bien quand il l'avait attaqué. Nous retrouvons le texte de ces deux constitutions soit au Digeste, soit même aux Institutes (1).

Constantin est loin d'être en progrès sur les autres empereurs, car, par une bizarre interprétation des constitutions d'Antonin, il va jusqu'à déclarer que le maître qui avait tué son esclave ne serait vraiment réputé meurtrier qu'autant qu'il l'aurait tué sur le coup. Une pareille décision ouvre le champ à toutes les vexations et justifie en quelque sorte l'arbitraire du maître. En l'année 374, les empereurs Valentinien et Valens décident que si le maître fait exposer les enfants de ses esclaves, il perd tous ses droits sur les

(1) Inst. I, viii, § 2 ; l. I, § 4, D., I, vii.



malheureux qu'il a abandonnés à la charité publique. Enfin, Justinien déclare que non-seulement il est de l'intérêt des maîtres eux-mêmes de se montrer humains envers les esclaves, mais encore il y a aussi un intérêt public engagé, en ce sens que l'esclave étant généralement regardé comme une chose, l'État est toujours intéressé à ce que le propriétaire en use convenablement. Gaius lui-même nous dit, à propos des règles posées par Antonin le Pieux : « *Et utrumque recte fit; male enim nostro jure ali non debemus : quâ ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio* (1). »

§ 3. — *Influence des philosophes et du christianisme sur la condition des races serviles.*

I. Tels furent les adoucissements successivement apportés au sort des esclaves ; assurément les progrès réalisés étaient considérables ; sans doute, sous Justinien, l'esclavage avait perdu son caractère de cruauté native, mais la condition servile était encore des plus tristes ; le christianisme, en faisant pénétrer l'idée d'égalité dans les masses, et par son esprit de douceur et d'apaisement, contribua pour une large part à l'amélioration physique et morale de la race servile.

II. Toutefois, malgré l'influence que nous devons reconnaître au christianisme, nous devons cependant, pour être justes, faire la part qui revient aux philosophes qui, avant la venue du Christ, avaient déjà

(1) Gaius, Inst., Comment. I, § 53.



reproduit ces idées d'égalité universelle dont nous parlions tout à l'heure. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, Pline, Cicéron, Sénèque et bien d'autres auteurs encore avaient déjà ruiné par leur théorie le fondement même de l'esclavage.

III. Certains critiques, prenant l'autre extrême, ont accusé l'Église d'indifférence, de mollesse, déclarant qu'elle n'a rien transformé pour le bien de la société en ces temps-là; à ces adversaires ignorants ou de mauvaise foi on peut aisément répondre que l'Église, au temps de Justinien, n'était pas organisée comme elle l'est de nos jours? Possédait-elle ces moyens d'immense influence qu'elle a acquise par dix-neuf siècles de persévérants efforts? N'était-elle pas bien plutôt la communion de quelques fidèles, souvent persécutés, toujours surveillés et soupçonnés par l'État et la société elle-même? Comment donc peut-on lui reprocher ce qu'elle n'a pu faire?

IV. Quoi qu'il en soit de ces questions débattues bien à tort, pensons-nous, nous devons affirmer que l'Église, autant qu'il était en son pouvoir, a travaillé à l'émancipation des races serviles. Nous devons reconnaître que non-seulement par ses actes, tels que rachat des captifs par exemple, mais encore et surtout par la prédication de ses maximes sublimes sur la charité chrétienne et l'égalité des hommes devant Dieu, elle contribua à l'œuvre qu'on a si justement appelée « l'œuvre de justice et de réparation sociale. »



## SECTION II

### Crimes et délits commis par des tiers contre les esclaves.

Nous avons vu jusqu'à présent comment la législation romaine protégeait l'esclave contre le maître; nous allons maintenant examiner comment elle le protégeait contre les tiers.

Il est évident qu'il ne pouvait être question pour l'esclave d'obtenir lui-même en justice une réparation, quelle qu'elle fût, car la loi lui refuse formellement le droit d'introduire une action judiciaire. Il fallait cependant le protéger. Mais, de même que le maître acquiert seul le droit de faire valoir les obligations contractées par les tiers vis-à-vis de son esclave, de même il est seul investi du droit d'exiger la réparation des crimes et délits dont l'esclave aura à souffrir. »

#### § 1.

La loi Aquilia a pour objet la réparation des dommages causés sans droit et par suite d'une faute quelconque. Elle comprend trois chefs :

*Premier chef.* — Meurtre d'un esclave ou (d'un quadrupède vivant en troupe.)

Le meurtre d'un esclave commis sans droit et hors le cas de légitime défense par un autre que par le propriétaire entraîne la condamnation à payer la plus haute valeur que l'esclave ait eue pendant l'année, en



tenant compte de tout le préjudice causé au maître; c'est ce qui donnait à la loi Aquilia un caractère pénal. Il faut que le meurtre ait été commis par suite d'une faute ou d'un dol. Il n'est tenu aucun compte du degré de la faute; et la simple négligence ou omission n'engendre pas la responsabilité aquilienne, qui ne peut naître que d'un acte.

Le maître avait deux actions, dans le cas de meurtre, contre celui qui s'en était rendu coupable : l'action résultant de la loi Aquilia et l'action résultant de la loi Cornelia, *de Sicariis*. D'après Ulpien, l'exercice de l'une n'empêchait pas l'exercice de l'autre. D'autres jurisconsultes, au contraire, disposaient que, si le maître a intenté l'une des actions, il ne pourra plus intenter l'autre. Ces auteurs s'appuient sur la loi 4, *de Publicis judiciis*. On peut leur répondre qu'en effet, en matière d'injure, l'exercice de l'action privée éteint l'action publique, mais parce qu'elle poursuit par deux actions le même but : la réparation du dommage. Il n'en est plus ainsi en ce qui concerne l'action privée de la loi Aquilia et l'action publique de la loi Cornelia : la première tend à la réparation du dommage pécuniaire que le maître éprouve par suite de la mort de son esclave, tandis que la seconde a pour but la vengeance publique du meurtre commis. Il n'y a donc pas lieu de raisonner d'un cas à l'autre, puisque les cas sont différents.

Quant à l'argument tiré d'une loi de Paul (l. 4. D. XLVIII, 1.), voici ce qu'il faut répondre; le passage sur lequel s'appuie l'opinion adverse est le suivant : *Interdum evenit ut præjudicium judicio publico*



*fiat sicut in actione legis Aquiliæ.....*; il n'implique en rien qu'on ne puisse agir par l'action privée; il faut en déduire que celui qui doit connaître de l'action publique est tenu de se conformer à la décision de fait qui a été rendue par le juge chargé de statuer sur l'action civile. Dans notre Droit actuel, une controverse s'est élevée précisément sur le point de savoir si la chose jugée au criminel a une influence sur l'action civile relativement aux faits sur lesquels le jugement du tribunal criminel a statué.

*Deuxième chef.* — Les dispositions qu'il vise ne sont pas relatives à notre matière.

*Troisième chef.* — La blessure faite à un esclave entraîne condamnation à une somme égale à sa plus haute valeur dans les trente jours qui précèdent le délit.

*Quid* quand l'esclave meurt des blessures qu'il a reçues ?

Le maître qui avait intenté l'action de la loi *Aquilia de vulnerato*, avait encore une action *de occiso* (l. 46. D. IX, II.); mais il n'obtenait, par cette seconde action, que ce qu'il aurait obtenu s'il avait agi dès le commencement *de occiso*. (l. 1, 27, § 5, D. IX, II.)

## § 2.

L'action de la loi *Aquilia* est également accordée dans le cas d'injure faite à l'esclave, par la raison que l'injure faite à une personne *alieni juris* rejaillit sur tout individu ayant autorité sur la personne injuriée. L'injure *atrox*, c'est-à-dire l'injure aggravée à raison



de la nature de l'outrage, du lieu du délit, de la valeur de l'esclave, rejaillit seule de l'esclave au maître, et peut seule motiver l'action d'un affranchi contre son patron, d'un fils émancipé contre son père.

Si l'esclave injurié est grevé d'usufruit, on présume que le propriétaire a été injurié plutôt que l'usufruitier.

Si l'esclave injurié est un *servus communis*, on peut dire que l'injure rejaillit sur chacun des maîtres, et ici il faut considérer la qualité de chacun des copropriétaires pour apprécier le montant du dommage qui doit être alloué. ✕

### § 3.

L'action de la loi Aquilia, qui est d'abord donnée au propriétaire seul, a été, dans la suite, accordée utilement à tout individu directement intéressé (gagiste, etc.). Cette action, applicable en principe au seul dommage directement causé *corpore et corpori*, a été étendue au dommage indirect causé *corpori sed non corpore* ou *non corpori neque corpore*. On n'était pas d'accord sur le point de savoir si c'est une action *utile* ou simplement une action *in factum* qui était accordée. On peut dire que l'action *utile* était donnée pour le cas de dommage causé autrement que *corpore*.

L'action indirecte demeurait réservée pour le cas de dommage *corpore*. En outre, si ce dommage avait été fait *non corpori* (par exemple si, par compassion, j'ai détaché un esclave, afin de favoriser sa fuite), une action *in factum* était donnée contre moi ; mais, si



j'avais rompu ses liens pour me l'approprier, le maître avait alors l'action de vol.

Si, pour le cas de dommage causé *non corpore sed corpori*, le préteur accordait l'action *utile* prétorienne, c'était parce qu'il eût été injuste que la personne dont le dol ou la faute avait été la cause de la mort de l'esclave échappât à toute responsabilité.

#### § 4.

Pour nous résumer, le maître, en vertu de la loi Aquilia, avait, soit une action directe, soit une action *utile*, dans le cas de mort de l'esclave et dans le cas où le fait délictueux a occasionné des blessures ; dans tous les autres cas, il pouvait intenter l'action d'injure. Cependant, le préteur n'était pas forcé de la lui accorder toutes les fois qu'il avait été injurié ou frappé, mais seulement lorsque les coups et blessures prenaient quelque gravité.

Nous venons de voir que l'action de la loi Aquilia et l'action d'injure accordées au maître lui permettaient, dans presque toutes les circonstances, d'être rédimé du préjudice causé ; cependant, il pouvait se faire (et la chose était fréquente à Rome) que des personnes, pour exploiter la passion ou la sottise des esclaves, leur donnaient de mauvais conseils et les entraînaient à des entreprises coupables. Ici, la loi refusait toute action au maître, c'était un danger ; le préteur le comprit et lui accorda l'action *de servo corrupto*. Il fallait, pour que cette action pût être exercée utilement, que les conseils aient été donnés *dolo malo* ; elle était



toujours accordée *in duplum* dans le cas de dépréciation que l'esclave a subi par suite de la corruption dont il a été victime.

Il est facile de remarquer de quelle protection était entouré l'esclave ; il semble que le législateur ait voulu relever ici sa personnalité. Permettre, en effet, au maître de venger la mort de l'esclave, et faire condamner le meurtrier, non pas à une peine pécuniaire, mais à une peine afflictive ; proclamer qu'il n'y a aucune différence entre le maître d'un esclave et le maître d'un homme libre, c'était faire un grand pas dans la voie de l'égalité, c'était relever la classe servile non-seulement à ses propres yeux, mais encore aux yeux même des citoyens libres en forçant ces derniers à respecter la vie de l'esclave au même point que celle d'un de leurs égaux.

### SECTION III

#### Crimes et délits commis par les esclaves.

##### § 1.

I. — Primitivement, l'esclave pouvait être mis à mort sur un simple caprice du maître, ainsi que l'affirme la loi des Douze-Tables ; mais nous avons vu que la rigueur de cette loi s'était peu à peu adoucie, et que sous Justinien ils ne pouvaient plus être condamnés sans de justes motifs. La loi, du reste, leur reconnais-



sait le droit d'être jugés devant le tribunal, à l'instar des hommes libres : *Si servus reus postulabit, eadem observanda sunt quæ si liber esset ex senatus-consulto Cottâ et Messalâ consulibus*, dit Vénuléius. (L. 12, § 3, D., XLVIII, II.) C'est une exception à ce principe du Droit romain : qu'un esclave ne saurait ester en justice, exception dont on comprend, du reste, toute l'équité. Il pouvait donc se défendre ou se faire défendre, comme nous l'avons vu déjà précédemment.

II. — En principe, d'après la législation de Justinien, un esclave peut être poursuivi par tous les accusateurs par lesquels peuvent être poursuivis des hommes libres. Cependant, d'une manière générale, on ne pouvait exercer contre eux les actions qui aboutissaient à une peine pécuniaire, car l'esclave n'était pas propriétaire ; d'ailleurs, n'ayant légalement ni père ni mère, il ne pouvait tomber sous les coups de la loi Pompeia. Dans ces divers cas, il ne restera certainement pas impuni, et le préfet de la ville lui infligera une peine extraordinaire. Hormis ces exceptions, il rentre dans le droit commun criminel. Les peines que l'on prononçait contre lui étaient à peu près les mêmes que celles infligées à l'homme libre pour les mêmes crimes ou délits.

III. — S'il y avait des points d'inégalité, s'il n'était pas dans une situation identique, toutefois la similitude dans bien des cas était complète ; on voit par là combien considérables étaient les progrès réalisés par le Droit romain en ce qui concerne le Droit criminel des esclaves.



§ 2. — *Actions indirectes résultant d'un délit.*

*Actions noxales.*

I. — Ces actions ont pour but de punir l'esclave à raison des délits par lui commis; il fallait songer, en outre, aux droits et intérêts des tiers qu'il était équitable de sauvegarder. Comment y parvenir? Pouvait-on demander la réparation du dommage à l'esclave lui-même? Mais l'esclave est impuissant à réparer le mal qu'il a pu faire; il est incapable d'être propriétaire, et ne peut dès lors disposer de quoi que ce soit. Ce n'est donc pas contre lui qu'il faut poursuivre. Nous avons vu que le maître bénéficie de toutes les acquisitions faites par l'esclave; il était juste dès lors qu'en retour il fut responsable du préjudice causé par lui; si le législateur n'avait pas admis cette responsabilité, on voit quels abus se seraient produits, car l'esclave étant toujours assuré de l'impunité, les tiers lésés dans leurs droits n'auraient pu recourir contre personne.

II. — Toutefois, si le maître est responsable, il ne faut pas cependant qu'il subisse, à l'occasion de son esclave, une perte supérieure à sa valeur; c'était là un principe fondamental du Droit romain. La conséquence immédiate, c'est que le maître pouvait se libérer en faisant l'abandon de l'esclave. Mais dans le cas où il ne faisait pas cet abandon, les tiers avaient contre lui des actions pour se faire indemniser du préjudice causé; ces actions reçurent le nom de *noxales*, du mot *noxa*, qui signifie l'auteur du fait nuisible, ou du mot *noxia*, qui signifie le délit lui-



même ; or, le mot *noxæ* se prend pour *noxia*, ainsi qu'il résulte de quelques textes ; d'où le nom d'abandon noxal, d'actions noxales.

III. — L'action noxale est une action pénale, arbitraire, tantôt civile, tantôt prétorienne, consistant dans la poursuite d'une réparation pénale contre un *paterfamilias*, lorsque celui-ci ne faisait pas l'abandon.

Elles étaient de deux sortes : l'action noxale ordinaire, relative au fils et à l'esclave, — et l'action noxale de *pauperie*, relative au dommage causé par un quadrupède ; nous ne nous occupons, bien entendu, que de la première catégorie de ces actions.

Indépendamment de toute idée d'équité dont nous avons parlé et qui fait le fondement de l'action noxale, nous ajouterons qu'il était encore raisonnable d'imposer au maître l'obligation de réparer le dommage, afin de l'engager à surveiller de près la conduite de ceux qui étaient soumis à son pouvoir.

IV. — Nous avons dit que le maître pouvait se libérer en abandonnant l'esclave sujet du délit ; *mais cet abandon pouvait-il être fait en tout état de cause ?*

1° Il peut faire l'abandon avant la *litis contestatio*, en cédant son droit sur la victime du délit ; il évite ainsi l'action. (L., 29, D., *de Nox. act.*, IX, IV.)

2° Il le peut encore après la *litis contestatio*, mais avant la *sententia*, et dans ce cas il n'évitait pas l'action mais la condamnation. (Inst., § 31, *de Nox. act.*)

3° D'après un texte du Digeste, il avait encore ce droit même après la condamnation. (L. 6, § 1, D., XLII, I.)



V. — Ces notions préliminaires établies, demandons-nous *si le maître pouvait toujours se libérer par cette voie*? Cette faculté ne lui est pas toujours accordée; ainsi, le maître a-t-il pu empêcher le délit? S'il ne l'a pas fait, il est tenu *in solidum*, sur tous ses biens, de la condamnation prononcée contre lui. Si, au contraire, il a complètement ignoré le délit, il pourra, ou indemniser le tiers du préjudice causé, ou faire l'abandon; cette distinction est fort juste; la simple énonciation suffit à en montrer l'équité.

VI. *Conséquence de l'abandon*. — Par l'abandon, quand il est légalement fait, le maître perd la pleine propriété de l'esclave, et cependant, grâce à une disposition prétorienne, il ne tombe pas nécessairement en la puissance de sa victime; s'il peut trouver assez d'argent pour indemniser le nouveau maître, il pourra exiger qu'on lui donne la liberté.

VII. *Quels sont les modes par lesquels celui qui a souffert du délit devient propriétaire de l'esclave livré noxaliter*? — Ces modes sont du Droit civil et transfèrent la propriété quiritaire. Certains commentateurs pourtant, par une fausse interprétation des textes, prétendent que la victime du délit a simplement l'esclave *in bonis*; il n'en est rien; ces textes visent le cas d'un esclave amené par le demandeur, *jussu magistratûs*, en l'absence du maître, et lorsque personne ne se présente comme défendeur dans cette opération.

VIII. — Voici une espèce qui a bien son importance :

Le maître a connu le fait délictueux de l'esclave, il l'a même ordonné, les tiers lésés ont contre lui deux actions; le maître est tenu, en effet, en son propre



nom et au nom de l'esclave. (L. 2, § 1, D., de *Nox. act.*, IX, iv.) Satisfait-il à l'une de ces actions, *altera tollitur*, dit Paul. (L. 24, § 2, D., de *Nox. act.*) Mais que faut-il décider s'il aliène l'esclave? Peut-on le poursuivre par les deux actions, ou bien le maître ne sera-t-il plus obligé que *in nomine suo*? Nous devons tout d'abord dire comme notion générale qu'en vertu de la maxime bien connue : *Noxa caput sequitur*, l'action compète toujours au tiers contre le maître sous la puissance duquel il trouve l'esclave au jour de la poursuite. Le législateur accorde ainsi à la personne lésée un certain droit de suite qui garantit sa créance envers et contre tous.

L'action noxale est donc attachée à la personne de l'auteur du dommage. Elle se donnait contre le propriétaire ou le possesseur de l'esclave; car, pour être soumis à cette action, il n'est point nécessaire d'avoir les droits de propriété, et ce n'est même qu'en tant que possesseur que le maître pouvait être poursuivi; il en résulte que ce dernier ne saurait l'être quand l'esclave est en fuite. (§ 37, Paul, *Sent.*, II, xxxi.)

D'après Ulpien, le maître reste tenu tant *in nomine suo* que *in nomine servi*, malgré l'aliénation et l'affranchissement de ce dernier, de telle sorte que l'action noxale pourra être intentée même contre l'ancien propriétaire. (L. 2, § 1, D., de *Nox. act.*)

D'après Paul, le tiers lésé peut agir *in solidum* contre l'ancien propriétaire, et *noxaliter* contre le second. Il aura intérêt à choisir l'action *in solidum* si tant est qu'il puisse prouver la complicité du maître; sinon



il fera bien d'user de l'action noxale, parce qu'ainsi il obtiendra moins, c'est probable, mais il sera toujours sûr de recevoir l'esclave en abandon noxal. (L. 4, § 3, D., de Nox. act.)

*Mais peut-il intenter les deux actions alternativement ou même simultanément ?*

Pomponius soutient la négative ; cependant, il semble que si le tiers lésé ne peut pas être payé intégralement, il pourra se retourner contre l'autre et obtenir le montant intégral de la condamnation.

*Quid si l'esclave a commis plusieurs délits ?* Le maître sera-t-il obligé autant de fois qu'il y a de faits délictueux ?

Il faut, comme précédemment, distinguer si le maître a ou non connu leur existence ; s'il les a connus ou ordonnés, il peut être poursuivi *in solidum* pour chacun d'eux. Si, au contraire, il les a ignorés, il pourra faire l'abandon noxal et, dès lors, il ne sera plus inquiété ; s'il préfère payer le montant de la condamnation, il continuera d'être obligé pour tous les autres délits jusqu'à ce qu'il ait fait l'abandon ou qu'il ait acquitté toute les obligations successives.

Dans le cas où sa volonté est de livrer l'esclave, la personne qui aura la préférence sera donc celle qui, la première, a obtenu la sentence du magistrat : *Melior est causa occupantis*, dit Ulpien. (L. 14, pr. D., de Nox. act.)

**IX.** *Quid si un même délit a été commis par plusieurs esclaves ?* — Suivant la rigueur des principes il faut décider que dans ce cas le maître sera obligé de faire l'abandon de chacun d'eux ou de payer le



montant de la condamnation autant de fois qu'il y a de coupables.

Dans le cas de vol, il existe une dérogation dont nous parle Julien. Il suffit en effet, dans ce cas, pour que le maître soit libéré, qu'il paye trois fois la valeur de la chose volée. (L. 2, D., XLVII, IV.)

X *Quid si l'esclave a commis un délit contre son maître?* — Conformément à la doctrine sabinienne, il ne peut y avoir d'action dans ce cas, par la raison que la personnalité de l'esclave s'absorbant dans la sienne il serait censé se donner une action contre lui-même, ce qui est impossible et absurde.

XI. *Que faut-il enfin décider si un esclave appartenant à Primus et ayant commis un délit envers Secundus vient à tomber sous la puissance de ce dernier?* L'action primordiale de Secundus s'évanouit : *quia in eum casum deducta sit in quod consistere non potuit*. S'il vient à sortir de sa puissance, Secundus n'en pourra pas agir davantage.

Cette solution n'était pas approuvée par les Proculiens. Pour eux, l'action existait à l'état latent, et dès que l'esclave sorti de la puissance du maître était passé à un autre, elle reprenait sa vie et son cours régulier. (Gaius, c. IV, § 78.)

Nous ferons observer, en terminant, que d'une manière générale nous avons raisonné en supposant que l'abandon noxal était fait après la condamnation prononcée contre le maître.



## SECTION IV

### Devoirs de l'esclave.

Parmi les devoirs dont l'esclave est tenu vis-à-vis du maître, il faut placer en première ligne :

1° *L'obéissance à ses ordres quand ils ne sont pas contraires au droit.* — L'esclave n'est pas tenu d'obéir aveuglément et d'une manière absolue aux caprices du maître ; ainsi, lorsque le maître veut le forcer à commettre un délit, ou s'il lui ordonne un travail au-dessus de ses forces, ou bien s'il veut le prostituer : dans toutes ces hypothèses, l'esclave pourra s'opposer à ses volontés.

En dehors de ces cas, il lui est entièrement soumis, et s'il n'exécute pas ses ordres la *castigatio* sera son châtiment.

2° *Obligation de demeurer dans le lieu désigné par le maître.* — S'il s'éloigne pendant quelque temps et sans sa permission, il commet une faute légère dont la répression est laissée à ce dernier. — S'il s'enfuit sans esprit de retour, *il commet*, suivant les propres termes de Dioclétien, *le vol de sa propre personne.*

Voici les conséquences :

1° Toute personne qui recèle un esclave fugitif se rend elle-même coupable de vol et peut être poursuivie par l'action *furti*, car on suppose qu'elle a voulu le soustraire au maître.

2° L'esclave fugitif est incapable d'acquérir la liberté



par prescription, puisqu'il est nécessairement de mauvaise foi.

Celui qui a recélé l'esclave sans intention frauduleuse est puni d'une amende.

L'action *de corrupto* est aussi donnée au maître contre celui qui a conseillé la fuite à son esclave.

Enfin, lorsque le tiers a recélé l'esclave après lui avoir conseillé de fuir, la loi Fabia reçoit son application.

3° *Les esclaves sont tenus de défendre leurs maîtres contre tous les périls qu'ils sont en état de prévoir et de combattre.* C'est au magistrat d'apprécier si les efforts tentés par l'esclave, dans tel ou tel cas donné, ont été suffisants pour le mettre à l'abri de toute condamnation.

4° Enfin, d'une manière générale, ils sont tenus de cette multitude de devoirs qu'il est impossible d'analyser ici et dont l'accomplissement est nécessité par les rapports caractéristiques de supérieur à inférieur.

---



# ANCIEN DROIT FRANÇAIS

---

## De la condition des serfs dans l'ancien Droit français.

L'étude du servage exigerait pour l'approfondir des volumes entiers. Les questions qui s'y rattachent, soit directement, soit indirectement, sont, en effet, nombreuses, importantes et du plus haut intérêt; aussi n'est-ce pas sans un certain regret que nous nous voyons obligé de réduire notre cadre sur la matière.

Avant de parler de la condition des serfs, nous croyons, pour être plus complet, devoir traiter aussi sommairement que possible les deux questions suivantes : *Comment s'est transformé l'esclavage au Bas-Empire et comment, par suite, le servage de la glèbe a-t-il pris la place de l'ancienne servitude personnelle?*

Nous verrons, par les considérations que nous avons



à établir sur ce point, que cette dernière institution est à la fois d'origine romaine, gauloise et germanique.

## CHAPITRE PREMIER

TRANSITION ENTRE L'ESCLAVAGE A ROME ET LE SERVAGE  
DANS NOTRE ANCIEN DROIT

### SECTION PREMIÈRE

#### Transformation de l'esclavage en colonat

(Sous le Bas Empire.)

#### § 1.

Nous avons déjà parlé dans la première partie de notre thèse de cette catégorie d'individus dont la condition était mixte, qui, par certains côtés, pouvaient être assimilés aux hommes libres et par d'autres aux esclaves ; c'étaient les *agricolæ* ou *coloni*. Leur origine, d'après certains auteurs, remonterait au temps de Constantin, un peu avant le règne de cet empereur. La raison de cette nouvelle institution est facile à concevoir.

Dès le principe les esclaves étaient surtout employés à la culture de la terre ; sous l'empire, il en était encore ainsi. Mais il arriva un moment où, par suite d'invasions sans cesse renaissantes, les campagnes se trouvèrent à peu près dépeuplées ; car l'un des effets de



la guerre fut de grever d'impôts énormes les malheureux cultivateurs, qui se virent obligés d'abandonner leurs champs pour échapper à une situation aussi intolérable. Dans une pareille extrémité, les propriétaires du sol comprirent que le seul moyen de recouvrer la prospérité perdue par cet abandon universel était de ramener par une vive impulsion à l'agriculture cette multitude d'esclaves qui encombraient les villes et devenaient un danger sérieux pour l'État. Pour mieux y parvenir, ils résolurent de leur accorder la liberté à la condition qu'asservis à la terre ils payeraient l'impôt à l'État, et à eux-mêmes une certaine redevance (vectigal). C'est ainsi que l'esclave changea de condition ; mais sa nouvelle position, quoique préférable à la première, était en bien des points aussi rigoureuse.

Ce ne fut pas tout ; les petits propriétaires, qui vivaient du produit de leur fonds, se virent ruinés à leur tour et tombèrent dans un état de misère absolu. Aussi, dès qu'on vint leur offrir, avec les moyens d'exploitation, des terres à cultiver, se hâtèrent-ils d'accepter pour sortir au plus tôt de leur triste dénûment. Ils formèrent à leur tour le *colonat libre*, en ce sens qu'ils étaient libérés du service domestique, mais ils n'en restaient pas moins assujettis à perpétuité à la culture du sol. Le colonat était établi et s'étendit rapidement ; on pouvait être colon, soit de naissance, soit en vertu, ou d'une décision de l'autorité, ou d'une convention, ou de la prescription ; les naissances surtout aidèrent puissamment à cette extension.



§ 2.

Les colons étaient divisés en deux classes : la première comprenait les *adscriptii*, *censiti* ou *tributarii*; la seconde, les *inquilini* ou *liberi coloni*. Nous avons ailleurs indiqué les traits communs qui les caractérisaient; ils étaient, avons-nous dit, attachés à la terre à perpétuelle demeure, et quand la terre était vendue, par voie de conséquence ils étaient vendus avec elle, comme un accessoire de la chose principale

Mais les *adscriptii coloni*, tout au moins au point de vue de leur origine, différaient des *inquilini* : les premiers étaient probablement des esclaves primitifs qui avaient été transformés en colons sous l'influence des besoins agricoles; ils forment, peut-on dire, le *colonat forcé*; les seconds étaient, au contraire, les petits propriétaires, les petits agriculteurs ruinés dont nous avons parlé et qui, pour échapper à leur détresse, avaient accepté d'être asservis à la terre (*servi terræ*.)

Dès le principe du colonat, leur situation juridique était aussi différente. Les *inquilini* pouvaient être propriétaires moyennant le payement d'une redevance en denrées et quelquefois en argent; tandis que les *adscriptii* ne pouvaient rien avoir pour eux-mêmes.

Peu à peu ces deux conditions tendirent à n'en plus former qu'une, les maîtres du sol ayant fini par permettre à leurs colons *adscriptii* de percevoir les fruits de la terre moyennant une redevance qu'ils leur payaient.

En fait donc, sinon en droit, il n'y avait plus à dis-



tinguer, sous le Bas-Empire, ces deux classes de colons. Le colonat qui, dès les premiers siècles de notre ère, n'avait pas encore pris place dans la législation, avait été officiellement reconnu par l'empereur Marc-Aurèle, et à l'époque du Bas-Empire il était définitivement constitué.

### § 3.

Telle est, d'après certains savants modernes, l'origine, la raison d'être de cette institution. — D'après une autre opinion, soutenue en particulier par M. Giraud (1), le colonat n'aurait été qu'un des types principaux de la servitude antique. Nous n'avons pas l'autorité nécessaire pour apprécier une question aussi importante et prendre un parti définitif pour l'une ou l'autre des théories admises.

Nous croyons, toutefois, que l'opinion de M. Giraud est mieux fondée, en ce sens qu'elle est plus conforme aux données historiques et à l'organisation agricole des premiers temps de Rome. C'est aussi ce que décide M. Guizot quand il nous dit que « l'existence d'une telle classe, la condition des colons, est un fait ancien, débris d'une organisation sociale primitive, naturelle, que n'avaient enfantée ni la conquête ni une oppression savante, et qui s'est maintenue, en cela du moins, à travers les destinées diverses du territoire (2).

(1) *Histoire du Droit français au moyen âge*, t. I, pp. 148-184.

(2) *Cours d'histoire de la civilisation en France*, t. IV, p. 247.



## SECTION II

### **Transformation du colonat et de l'esclavage en servage**

Quoi qu'il en soit, nous retrouvons dans la Gaule, à l'époque des invasions des barbares, le colonat romain à côté de l'esclavage personnel, qui avait continué de subsister.

Les Germains, en venant établir leur domination sur le territoire de l'Empire, se trouvèrent en présence de ces deux institutions : l'esclavage d'un côté et le colonat de l'autre ; il est probable qu'ils ne se firent jamais une idée exacte des différences profondes qui distinguaient les esclaves des colons : « Ils durent, comme le remarque encore M. Guizot, confondre les deux classes dans leurs actions comme dans leurs idées (1). »

#### § 1. — *Transformation du colonat en servage.*

La servitude en vigueur chez les Germains était la servitude réelle. Leurs esclaves s'appelaient *læti* ; ils tenaient une position intermédiaire entre les hommes libres et les esclaves proprement dits ; ils étaient, dans une certaine mesure, capables de contracter, de posséder des biens ; mais, pour devenir hommes libres, ils devaient se faire affranchir ; leur condition était à peu près analogue à celle de la plèbe gauloise, dont nous parle César, et qui a été, avec les *læti*, une des sources du servage. Il est à croire que la servitude

(1) *Cours d'histoire de la civilisation en France*, t. IV, p. 262.



réelle des Germains ne dut pas tarder à se confondre avec le colonat, qui, lui-même (il est à peine besoin de le dire), était un esclavage réel, pour former cette institution caractéristique qui reçut le nom de servage; toutefois, ce n'est guère que vers le neuvième siècle que le colonat prit définitivement cette appellation.

II. — Jusque-là les colons continuèrent de vivre à côté des esclaves proprement dits : mêlés, confondus, en apparence seulement, mais non en réalité. Si plusieurs auteurs, des savants même, ont eu l'erreur de croire à la parfaite similitude de leur situation, des jurisconsultes éminents à leur tour, Ducange entre autres, ont constaté, démontré que cette similitude n'existait pas; ils ont établi par des raisons excellentes que leur condition différait en plusieurs points, et qu'il en avait été ainsi jusqu'au neuvième siècle. Une différence essentielle, par exemple, consistait en ce que le colon pouvait être propriétaire. Ainsi, quand il retirait de la terre plus qu'il n'en fallait pour payer sa redevance, l'excédant lui appartenait. Toutefois, il ne pouvait l'aliéner sans le consentement de son maître. — L'esclave, lui, ne pouvait acquérir les droits de propriété. — Le colon, en outre, pouvait se marier, et son mariage avec une personne libre était parfaitement valable. — Il n'en était pas ainsi pour l'esclave. — Le colon, enfin, était dispensé de toute obligation autre que celle de cultiver le sol, et, d'après une Constitution de Valentinien, il pouvait même sembler ingénu (*licet conditione videantur ingenui*). (L. 1, C. J., de Col. tracen, XI, LI). Sur ce point, la situation de l'esclave était encore différente.



III. — Mais si depuis les invasions (395) jusqu'au neuvième siècle, ces deux institutions s'étaient parfaitement distinguées l'une de l'autre, elles ne restèrent cependant pas, pendant cet intervalle de cinq siècles environ, identiques à elles-mêmes.

Dès le principe, d'abord, et sous l'influence des mœurs brutales des premiers barbares, la situation des esclaves et des colons s'était aggravée; et l'on put craindre un moment que la société ne fût ramenée à cet état de barbarie que la civilisation romaine avait eu l'honneur d'abandonner.

Le christianisme, heureusement, à travers les difficultés matérielles et morales de toutes sortes avait eu le temps de s'asseoir et de prendre racine. Ce fut lui qui, dans la période qui suivit les invasions, prit en main la cause de l'humanité outragée dans la personne des esclaves et travailla, de toutes ses forces, à l'œuvre de justice et de réparation sociale. Nous ne saurions mieux faire que de citer ici les propres termes par lesquels s'exprime M. Dejust quand il parle de l'action de l'Église à cette époque.

« Divulguer, dit-il, et prêcher avec persévérance la doctrine de l'égalité des hommes devant Dieu; préparer l'application pratique de cette doctrine en élevant progressivement le niveau intellectuel et moral de la classe servile et en s'efforçant d'effacer les distinctions que les lois et les mœurs avaient tracées entre les hommes libres et les esclaves, rendre la condition de ces derniers moins pénible et moins dure en leur accordant aide et protection contre la tyrannie des maîtres; enfin tarir, le plus promptement possible, les sources de



l'esclavage en rachetant autant de captifs que ses ressources lui permettaient de le faire : telle a été l'œuvre de l'Église. Il s'en faut, comme on le voit, que cette œuvre ait manqué de grandeur. Si l'Église n'a pas aboli l'esclavage (ce qui lui était impossible à cette époque), elle en a du moins rendu l'abolition ou la transformation possible. » (*L'Esclavage à Rome*, II, ch. III.)

§ 2. — *Transformation de la servitude personnelle encore existante en servage.*

Les propriétés territoriales, vers les septième, huitième, neuvième et dixième siècles, étaient divisées en deux catégories bien distinctes : les bénéfices et les biens allodiaux (alleux).

I. — Les bénéfices étaient inaliénables. Le bénéficiaire n'avait donc pas le droit de vendre, encore moins de donner l'esclave qui était fixé sur la terre ; l'esclave, qui vivait sur un bénéfice, faisait partie intégrante de la terre, dont il ne pouvait être détaché. Comme pour l'ancien colon, son sort était lié à celui du domaine qu'il cultivait : tel avait été, en ce qui concerne les esclaves, le résultat produit par l'érection en bénéfices d'une portion importante des territoires d'Europe. Ce fut l'une des causes de la transformation de l'ancien esclavage en servage de la glèbe. Tous les esclaves établis sur les terres concédées devinrent du même coup inaliénables, et cessèrent d'être esclaves du maître pour devenir *servi terræ*.

II. — Mais sur les propriétés des biens allodiaux il



pouvait aussi y avoir des esclaves ; or ces biens n'étaient pas inaliénables ; comment, dès lors, la transformation pût-elle s'opérer ? Les propriétés allodiales étaient en quelque sorte englobées dans les bénéfices, et les grands seigneurs ne se firent pas faute d'exercer toutes sortes de vexations sur les petits propriétaires, les petits cultivateurs, qui furent obligés, pour y échapper, de se jeter entre les mains de leur oppresseur ; une convention intervint, qui régla leurs rapports ; en échange de la protection que les seigneurs leur promettaient, ils durent s'engager à ne pas amoindrir, diminuer leur domaine sans leur consentement. Cette assimilation de la terre s'étendit aux choses qui accédaient, telles que les esclaves ; et dès lors ils devinrent inaliénables comme les terres et attachés à perpétuité au sol (*servi terræ*).

La transformation de la servitude personnelle en servitude réelle étant ainsi expliquée, examinons maintenant les traits caractéristiques de leur condition juridique. Et d'abord, on distinguait les serfs de *meubles*, d'*immeubles*, de *corps* (ou mainmortables) ; ces derniers étaient les véritables serfs. D'une manière générale, ils étaient frappés des mêmes incapacités ; ils ne jouissaient ni des droits politiques, ni des droits civils : ainsi, ils ne pouvaient ni ester en justice, ni témoigner ; ils ne pouvaient non plus être faits chevaliers, ni prêtres ; ils étaient également incapables de se marier sans consentement ; les droits de propriété leur étaient aussi enlevés, et ils n'avaient qu'une possession précaire sur certains biens ; ils étaient enfin *taillables et corvéables à merci*. Ces traits généraux, que nous



nous contentons d'indiquer, nous allons les retrouver tout à l'heure, en comparant la situation des serfs avec celle des esclaves romains.

## CHAPITRE II

### CONDITION DES SERFS

#### SECTION PREMIÈRE

##### Aperçu général sur la matière.

##### § 1.

La situation des serfs, comme il est aisé de le voir, bien que préférable à celle des esclaves par certains côtés, n'était cependant guère plus enviable sous beaucoup d'autres. Mais il n'en fut ainsi que pendant une très courte partie de l'existence du servage; c'est ce que nous nous hâtons de dire, avec d'autant plus de raison que l'on croit généralement, dans le vulgaire surtout, à l'éternelle misère des serfs dans notre ancienne France; sans doute leur sort était loin d'être enviable; mais généralement, à partir du douzième siècle, leur condition devint de moins en moins rigoureuse.

##### § 2

Pour apprécier, du reste, sainement une pareille institution, il faut se placer au point de vue des mœurs



des temps où elle était en vigueur, et considérer d'ailleurs les gradations établies dans la marche générale de tout peuple.

Le monde civilisé romain avait été profondément troublé par les invasions des barbares; un état de choses nouveau s'était produit avec les perturbations politiques sociales sans cesse renaissantes; mais dès que les chefs des divers peuples vainqueurs se furent établis dans les provinces romaines, on put croire que désormais une ère de paix et de tranquillité allait régner dans le monde; il n'en fut rien : aux crises sociales succédèrent des crises intestines. A la dissolution de l'empire de Charlemagne, les grands seigneurs entrèrent en lutte directe avec le pouvoir central, et la guerre fut partout à l'état normal. La société, sous tant d'efforts contraires, devint de moins en moins policée; la force, le courage héroïquement brutal furent les seules lois de ces époques troublées.

Les mœurs avaient naturellement acquis cette rudesse caractéristique des nations qui se forment et tendent vers l'unité. Les hommes, par une conséquence inévitable, en subissaient l'influence, et ceux qui étaient au dernier degré de l'échelle sociale, les serfs, en un mot, devaient plus que tout autres en ressentir le terrible contre-coup; dès lors, si leur condition fut un moment si misérable, ne faut-il pas en attribuer la faute non aux maîtres d'alors, mais bien à l'influence fatale de l'état de choses existant?

C'est, en effet, comme nous l'indiquions tout à l'heure, une loi nécessaire de tout peuple en formation qu'il y ait entre les hommes des différences de



castes profondément inégales, et ce n'est que lorsqu'une nation a posé ses premières assises et que son unité commence à paraître que ces différences se modifient tout en s'harmonisant. Ainsi en a-t-il été dans notre vieille France.

### § 3.

Du reste, l'institution du servage était soumise à une très-grande diversité de manière d'être. Les Coutumes, en effet, ne s'accordaient pas du tout sur les principes qui réglaient la condition des enfants nés de personnes soumises au servage. Tandis que quelques-unes d'entre elles restèrent fidèles à la loi romaine et déclarèrent que l'enfant né dans le mariage suivrait la condition du père, les autres empruntèrent au Droit canonique une disposition plus favorable à la liberté, et reconnurent à la femme libre qui épousait un serf le droit de conférer la liberté à ses enfants. De même, les règles juridiques variaient beaucoup, en tant qu'il s'agissait de régler le droit de propriété sur les enfants nés de serfs appartenant à des maîtres différents. La coutume la plus générale voulait que ces enfants fussent également partagés entre les deux maîtres.



## SECTION II

### Étude de la condition des serfs du neuvième au douzième siècle.

Nous nous plaçons, bien entendu, pour apprécier la condition des serfs, à l'époque où l'institution du servage était le plus en vigueur, c'est-à-dire du neuvième au douzième siècle.

#### § 1.

Voici comment Beaumanoir, dans un passage caractéristique, nous peint leur situation : « Li uns des sers  
« sunt si souget à lor seignor, que lor sires por penre  
« quanques ils ont à mort et à vie et les cors tenir en  
« prison, toutes les fois qu'il lor plest, soit à tort soit à  
« droit, qu'il n'en est tenus à respondre fors à Dieu. »  
(*Coutumes de Beauvoisis*, II, p. 233, éd. Beugnot.)  
Ce qu'un Coutumier anglais commente en ces termes :  
« Les sers ne peuvent rien purchasser fors qu'à l'œps  
« (*ad opus*) de leur seigneur; ne savent le vêpre de  
« quoi il serviront le matin, ni nul certaineté de ser-  
« vise. Ceux peuvent les seigneurs firger (corriger) em-  
« prisonner battre et châtier à volonté sauve à eux la  
« vie et les membres entiers. Ceux-ci ne peuvent suivre  
« ni dédire leur seigneur tant comme il trouvent de  
« quoi vivre, ni à nul ne loist les recevoir sans le gré  
« de leur seigneur; ceux-ci ne peuvent avoir nulle  
« manière d'action sans leur seigneur, fors qu'en félo-  
« nie, et si ces sers tiennent fief de leur seigneur est



« à entendre qu'ils le tiennent de jour en jour à la  
« volonté des seigneurs, ni par nulle certainté de  
« servise. » (*Le Miroir de justice.*)

I. — On voit, si l'on en croit ces Coutumiers, combien était rigoureuse la condition de la classe servile. Assurément, chez les Romains, au temps de Constantin, les esclaves n'étaient pas plus mal traités, peut-être l'étaient-ils moins, car plusieurs Constitutions impériales avaient enlevé aux maîtres le droit de violenter l'esclave *sine causâ*, tandis que dans notre ancien Droit ils pouvaient torturer les serfs de toutes façons, sauf à en répondre à Dieu. Comme on peut aisément l'imaginer, ce droit exorbitant fut de beaucoup réduit du jour où le pouvoir central eut pris de l'extension et de l'influence, du jour enfin où la royauté, définitivement établie dans son unité, put faire la loi, même aux plus grands seigneurs, et couvrir ainsi de sa puissante protection le faible et l'opprimé.

II. — En ce qui concerne les biens, les droits du seigneur sur son serf sont ceux du maître romain sur l'esclave.

Tout ce que le serf possède appartient au seigneur; toutes les acquisitions qu'il peut faire reviennent de droit à ce dernier. Le fief, comme le pécule, ne constitue qu'une concession temporaire et révocable à la volonté de celui qui l'a concédée. « Les sers le tiennent de jour en jour à la volonté du seigneur. » (*Beaumanoir, loc. cit., p. 233.*)

III. — Nous pouvons poursuivre, car les points de ressemblance entre les deux conditions sont très-nombreux :



1° Les serfs n'avaient point le droit de poursuivre leur seigneur en justice; de même, en Droit romain, l'esclave ne pouvait actionner son maître; nous avons exposé quelques rares exceptions qui ne font, du reste, que confirmer la règle.

2° Les serfs ne pouvaient pas prendre du service militaire; sur ce point, leur incapacité était absolue, d'autant plus absolue, pouvons-nous dire, que le métier des armes était à peu près le seul auquel les nobles croyaient pouvoir s'adonner sans déroger à leur rang; cette carrière, ils la regardaient comme la plus digne, la plus élevée des fonctions publiques; on comprend, dès lors, avec quel soin jaloux la classe servile en avait été exclue.

Ainsi en était-il en Droit romain; « les esclaves n'étaient pas reçus dans la milice et, si par hasard, il s'en trouvait quelqu'un, il était puni des peines les plus sévères. » (Loisel, LXXIX, *Institutes coutumières*.)

3° *Le serf ne peut être prêtre sans le congé de son seigneur.* (Ch. VIII, art. 17, Cout. du Nivernais.)

Toutefois, nous ferons observer avec Loisel que si le serf entrait dans le sacerdoce sans le consentement de son maître, il demeurerait toujours prêtre, parce que le caractère est ineffaçable, au lieu qu'il était dégradé des autres ordres, à l'exception du diaconat, où il pouvait demeurer, en substituant à son maître une personne en sa place. (Loisel, règle LXXIX, l. 1, t. I.)

Les mêmes principes régissaient les esclaves à Rome, en ce qui concerne les aptitudes aux fonctions ecclésiastiques.



4° Les serfs ne pouvaient pas témoigner en justice ; les esclaves ne le pouvaient pas davantage.

Toutefois, il résulte d'un passage de Perreciot *sur l'état civil des personnes* (l. I, ch. VII), que ce droit fut accordé aux serfs vers la fin du onzième siècle.

5° D'après nos Coutumes, les serfs ne pouvaient quitter la terre à laquelle ils étaient attachés sous peine d'y être ramenés par la force, ainsi qu'il résulte de cette règle des *Institutes coutumières* de Loisel : « Le seigneur a droit de suite et formariage sur ses serfs. » Mais c'était là le droit le plus ancien, et qui ne s'appliquait qu'aux serfs de corps. La servitude de corps était celle qui s'attachait à la personne, indépendamment de toute possession, et qui était caractérisée d'une manière aussi originale qu'énergique par Coquille (Inst. au Dr. Fr., *des Serv. pers.*) : « *Les serfs du Nivernais, disait-il, portent avec eux leur servitude attachée à leurs os, qui ne peut tomber pour secouer.* »

Les ordonnances vinrent tempérer la rigueur de ce droit, et voici, dès lors, l'interprétation qu'il faut donner à la règle précédente :

Désormais, le seigneur n'aura que la voie de la saisie des héritages mainmortables pour le contraindre à revenir. D'ailleurs, d'après Loisel, quand on dit qu'il a le droit de suite sur les serfs, cela ne signifie autre chose, sinon que le seigneur peut les poursuivre en quelque lieu qu'il soit, pour être payé de la taille qu'ils lui doivent. *Inst. cout.* LXXXII, l. I, t. I).

Quant aux serfs d'héritage *ils sont francs et cessent d'être de poursuite, en renonçant à leurs merx*



ou *héritages mainmortables*, avec les formalités requises par les Coutumes; mais s'ils viennent à s'absenter sans avoir renoncé, le seigneur reprend son droit de poursuite.

Ainsi en était-il des esclaves romains nommés *adscriptii coloni*. Ils étaient tellement attachés à la terre, qu'ils semblaient ne faire qu'un avec elle et n'en pouvaient, dès lors, être séparés. La loi 6, au Code XI, XLVII, nous apprend, en outre, que s'ils venaient à fuir, les gouverneurs de province étaient tenus de les faire arrêter et de les renvoyer à leurs maîtres.

« Sers ou mainmortables ne peuvent tester et ne succèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurans en commun. » Ainsi s'exprime Loisel dans ses *Institutes Coutumières* (l. xxiv, l. 1, t. 1). Nous devons tout d'abord faire remarquer que cette règle vise seulement les biens qui tombent en *morte-main*. On distinguait les mainmortes de meubles et les mainmortables d'héritages ou d'immeubles; le mainmortable de meubles ne pouvait en disposer par testament, pas plus que le mainmortable d'héritages pour ces héritages mêmes.

Toutefois, ainsi qu'il résulte des derniers termes de la règle précitée, il existe une exception en faveur des serfs *communs*, lesquels peuvent tester au profit les uns des autres sans le consentement de leurs seigneurs. Ce droit leur a été accordé afin de les engager à demeurer ensemble et d'obtenir ainsi, pour la culture des champs, le nombre de bras nécessaires; telle est la raison économique de cette exception; au point de vue juridique, la raison en est en ce que les serfs, demeu-



rant en commun, *possèdent en quelque sorte solidai-  
rement*, de façon que si l'un d'eux vient à décéder, la  
portion de biens à laquelle il a droit appartient aux  
survivants par une espèce de droit d'accroissement.

Mais dès que les serfs sont divisés ou séparés, la  
communauté cesse d'exister et, dès lors, ils perdent  
le droit de disposer par testament; s'ils veulent se  
reconstituer en communauté, il faudra que le seigneur  
donne son consentement. La règle LXXV des Inst. cou-  
tumières de Loisel dispose à cet égard de la façon qui  
suit : « Car un parti, tout est parti, et le chateau  
(pain) part le vilain » ; c'est-à-dire que les serfs sont  
partis ou divisés quand ils vivent de pain séparé ou de  
pain qui n'est pas commun.

Les esclaves comme les serfs étaient incapables de  
tester. N'ayant pas les droits de propriété ils ne pou-  
vaient en principe disposer ni par donation, ni par  
testament; les esclaves publics pourtant avaient le  
droit de disposer par acte de dernière volonté de la  
moitié de leur pécule; mais c'était là une exception  
toute de faveur.

## § 2.

Nous pourrions signaler encore d'autres points d'assi-  
milation, mais ceux que nous avons indiqués peuvent  
nous suffire, car ils marquent surabondamment le point  
de départ des dissemblances que nous nous contente-  
rons d'établir par le principe qui leur sert de base.

Ces dissemblances étaient profondes, surtout si l'on  
considère plutôt le fond que la forme du servage.



Nous avons vu, en parlant des adoucissements successifs apportés à la puissance dominicale à Rome, quelle avait été l'influence de plusieurs jurisconsultes et du christianisme en particulier. Cette influence n'avait cessé de s'accroître du jour où pour le bien de l'humanité, elle eut le bonheur de naître, et, si nous transportant du Droit romain nous venons à notre ancien Droit, nous sommes obligé de constater que, grâce à elle, le principe fondamental de l'esclavage avait disparu pour jamais. En reconnaissant dans le serf un homme qui a droit à la *naturèle francise*, la législation s'obligeait par cela même à lui accorder toutes les capacités qui n'étaient pas en opposition avec le pouvoir du seigneur. Ainsi, par exemple, fut-il permis aux serfs de contracter mariage, sauf (jusqu'au douzième siècle tout au moins) à demander le consentement du seigneur.

Nous devons remarquer, en outre, comme différence capitale (dont les autres ne sont à vrai dire que les conséquences), que le servage n'était considéré par la législation que comme un pur fait, tandis que la législation romaine considérait, au contraire, l'esclavage comme une institution basée sur le droit; on comprend, dès lors, que la doctrine de notre moyen âge devait nécessairement aboutir à l'abolition du servage. C'est effectivement ce qui arriva, comme nous allons le voir.



### SECTION III

#### Aperçu général de la condition des serfs à partir du douzième siècle.

Tout ce que nous avons dit de la condition des serfs jusqu'à ce moment a trait à la situation qui leur était faite du neuvième au onzième siècle environ.

#### § 1.

A partir de cette époque de grands progrès se réalisent. Le servage proprement dit a déjà disparu dans la plupart des provinces et à la veille de disparaître dans les autres ; bientôt ce qui put rester de cette institution s'absorba dans cette autre institution que nous avons appelée *la mainmorte*, qui n'est autre chose qu'une sorte de servitude personnelle considérablement adoucie, dans laquelle entrait toujours la considération d'une possession, d'un bien meuble ou immeuble, et d'une résidence ou d'un domicile.

Les mainmortables constituaient dans le très-ancien Droit des communautés agricoles ayant un chef qui les représentait. Ces communautés, qui se formaient par la réunion des serfs pendant un an et jour, présentaient un grand intérêt pratique. Les terres étaient mieux cultivées, et les seigneurs y trouvaient l'avantage de pouvoir exercer une surveillance plus efficace ; car cette surveillance ils l'exerçaient *à la fois* sur tous ceux qui faisaient partie de la communauté.

Les dispositions des Coutumes relatives aux droits de mainmorte variaient extraordinairement, et de



plus ces droits différaient même entre eux dans la même Coutume, suivant les titres des seigneurs, fort divers entre eux. On voit, dès lors, combien il était difficile, malgré certains caractères communs qui les unissaient, de définir d'une manière précise la condition des mainmortables vers le commencement de l'année 1500.

§ 2.

Quoi qu'il en soit de cette diversité de condition dans la classe servile, nous devons citer ici tout au moins les principaux passages de la fameuse ordonnance de Louis le Hutin (1315), par laquelle ce roi relève la classe servile de l'abaissement dans lequel elle avait vécu jusqu'alors :

« Comme, selon le droit de nature, chacun doit  
« naistre franc, et par aucuns usages ou coutumes,  
« qui de grant ancienneté ont été introduites et gardées  
« jusques cy en nostre royaume, et par aventure pour  
« le meffet de leurs prédécesseurs, moult de nostre  
« commun peuple, soient enchéris en lieu de servitudes  
« et de diverses consitions, qui moult nous déplaît.  
« Nous considérants que nostre royaume est dit et  
« nommé le royaume des Francs et voullants que la  
« chose en vérité soit accordant au nom et que la  
« condition des gents amende de nous en la venu  
« de nostre nouvel gouvernement : par délibération...  
« avons ordonné et ordonnons... que telles servitudes  
« soient ramenées à franchises... à bonnes et conve-  
« nables conditions... Et nous promettons en bonne



« foy que pour nous et nos successeurs ratifierons et  
« approuverons, teindrons et ferons tenir et garder... »

Ainsi donc, d'après cette ordonnance, Louis le Hutin proclamait que la liberté est le droit universel. Une seconde ordonnance de 1358 vint confirmer les dispositions contenues dans la première, et rendre l'affranchissement obligatoire. Ce fut là un immense progrès réalisé, et qui aurait à coup sûr amené le prompt nivellement des castes au point de vue de l'égalité devant la loi, si des obstacles puissants n'étaient venus ralentir le mouvement qui emportait la société vers une ère de civilisation nouvelle. — Aussi, au quinzième siècle, fallait-il encore distinguer les *serfs aubains* et les *serfs d'origine*.

Les premiers étaient les aubains, qui étaient venus s'établir sur les terres d'une seigneurie et qui y avaient demeurées un an et jour. Ils devenaient serfs par le seul fait de ce séjour.

Les serfs d'origine, au contraire, étaient ceux nés dans la seigneurie même. En général, ils suivaient la condition de la mère en vertu de la maxime : *Partus ventrem sequitur* ; toutefois, dans certaines provinces, ils suivaient la condition du père, et dans le Nivernais et le Bourbonnais, par exemple, la condition pire : « En servage, le pire emporte le bon », disait cette dernière Coutume (ch. xviii, art. 208 ; Cout. de Nivernais, ch. viii, art. 22). A partir du quinzième siècle, les progrès se continuèrent, malgré les difficultés qui venaient sans cesse les entraver. Mais quand les causes qui s'opposaient à l'abolition complète de la servitude eurent disparu ; quand le seigneur n'eut



plus intérêt à retenir les serfs sous sa puissance, mais à l'émanciper pour les rendre imposables ; quand les serfs, à leur tour, virent qu'ils pouvaient devenir véritablement libres, sans tomber dans le vilainage, dont la condition était presque aussi rigoureuse que celle du servage, alors, sous l'empire du même besoin de concéder la liberté et de la recevoir, la classe servile fut définitivement émancipée.

### § 3.

Toutefois, si désormais en fait il n'existait plus en France d'hommes *conditionnés*, néanmoins ce ne fut qu'en 1789 que toute trace de cette institution finit par disparaître. Louis XVI, par le célèbre édit du mois d'août 1779, fut le premier qui édicta le principe de l'égalité de tous les Français devant la loi, en abolissant dans ses domaines tous les droits fonciers ou personnels qui pouvaient exister encore, et en leur accordant ainsi le droit d'user des mêmes actions et des mêmes prérogatives qui compètent aux personnes libres.

L'Assemblée constituante, en proclamant ce principe, n'a fait dès lors que reproduire une idée dont Louis XVI avait été l'heureux inspirateur.

---



# DROIT CIVIL FRANÇAIS

---

## Incapacités absolues de disposer par donation ou par testament.

(Cod. Civ., lib. III, tit. II, chap. II.)

### INTRODUCTION

#### § 1

Le droit de propriété comprend, dans son étendue, le droit de disposer de sa chose à titre onéreux et aussi celui d'en disposer à titre gratuit. C'est ce dernier droit qui fera l'objet de notre étude. Il présente, à divers points de vue, un grand intérêt, soit qu'on envisage le côté purement théorique, soit qu'on le considère dans son application et ses effets.

Cette faculté de disposer librement de ses biens est l'une des prérogatives les plus belles qui soient accordées à l'homme. Pouvoir, par des donations, récom-



penser le dévouement, les services fidèles, les soins généreux, secourir la misère des déshérités de la fortune, donner enfin à ceux qu'on aime un gage qui perpétue la reconnaissance avec le souvenir du bienfait reçu : tel est l'usage qu'on peut faire pendant la vie de ce droit laissé à l'homme de faire de son bien l'emploi qu'il juge convenable.

La faculté de disposer par testament est aussi un droit des plus consolants qui permet au testateur de donner, pour le temps où il ne sera plus, cette fortune dont il usa, pour se procurer en même temps que les jouissances honnêtes de la vie la douce satisfaction de faire du bien aux autres.

La seule joie que puisse goûter un père mourant n'est-elle pas de se dire qu'après lui il laisse d'autres soi-même, des continuateurs de sa personne? N'est-elle pas de penser que ses héritiers, ses enfants, en qui l'on se voit revivre, jouiront de ces biens que lui ont laissé ses pères et qu'il transmet fidèlement à son tour.

## § 2

Cette double faculté est donc précieuse à plus d'un titre ; mais à quel droit se rattache-t-elle? En ce qui concerne la donation, point de difficulté possible ; elle est du droit des gens, du droit naturel ; c'est là une vérité que l'histoire et la philosophie ont consacrée. Quant au testament, son origine a divisé l'opinion des auteurs. Leibnitz, donnant à sa pensée la plus haute expression possible, fait dériver l'origine du testament de l'immortalité de l'âme. — Cicéron et après lui Cujas,



tout en tenant compte de ce principe éternel, s'attachent davantage aux sentiments humains et trouvent la raison de tester « dans l'affection de l'homme pour ses proches, et dans le devoir que la nature lui impose de pourvoir au bien-être de sa famille. » (Com. ad D., *qui test. fac. poss.*, t. I, p. 103, éd. de Paris.)

Cette dernière opinion nous semble se justifier par toutes sortes de considérations ; s'il est vrai que le testament emprunte sa forme à la loi positive, comme tous les autres actes, il n'est pas moins certain qu'il provient par son essence du droit naturel au même titre que les donations à titre gratuit. Pour nous, cette faculté de disposer par testament nous paraît d'autant plus précieuse qu'elle tient, par son origine, à des principes éternels de morale et de religion et, par ses effets, à la réalisation du vœu le plus cher d'un mourant, comme nous le disions tout à l'heure.

### § 3

I. — Mais ici, comme en bien d'autres cas, le danger peut provenir de l'exagération même du bien ; si, dans les contrats à titre onéreux, l'homme est sauvegardé dans ses intérêts, parce qu'il reçoit l'équivalent de ce qu'il donne, il n'en est pas de même pour les contrats à titre gratuit. Car comment se défendre contre la captation, l'obsession des tiers intéressés, et surtout contre les entraînements du cœur et la séduction redoutable des passions ? Aussi le législateur a-t-il dû, dans l'intérêt même du disposant et de ceux appelés à lui succéder, établir un système de protection



tout particulier, afin que nul ne soit lésé dans la légitimité de ses droits.

II. — Il nous serait facile de prouver avec quelle sollicitude et quelle sage prévoyance les Romains avaient réglé la matière des libéralités entre-vifs et testamentaires ; nos législateurs modernes s'en sont peut-être plus préoccupés encore que les jurisconsultes romains eux-mêmes ; tout en tenant compte des sentiments de générosité qui peuvent animer le disposant, en les encourageant même, si rien ne vient s'y opposer, si des intérêts d'un ordre supérieur n'y mettent obstacle, ils ont établi certaines prohibitions dans l'intérêt de la famille et de l'Etat. Ces prohibitions proviennent de l'âge, de la position et du caractère de certaines personnes qui peuvent être, selon les cas, ou incapables de disposer ou incapables de recevoir.

III. — En principe pourtant, et suivant l'esprit de l'article 902, la *capacité est la règle, et l'incapacité l'exception* ; c'est là un principe fondamental de notre Droit moderne ; il faut donc, pour qu'il y ait des incapacités, qu'elles soient expressément prévues par la loi. Les incapacités ne sauraient se suppléer, et les considérations les plus sérieuses et les plus fortes tombent devant le texte formel de l'article suivant : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi déclare incapables. » (Art. 902.)



§ 4

Ainsi qu'il résulte de ce dernier alinéa, des incapacités peuvent se produire ; mais quelles en seront les modalités ? Il y a des incapacités de disposer et de recevoir ; les incapacités de disposer sont absolues ou relatives : *absolues*, lorsque ceux qui en sont frappés ne peuvent disposer de leurs biens au profit de qui que ce soit ; *relatives*, lorsque ceux qui en sont frappés, bien que capables en général, ne peuvent donner ou léguer à certaines personnes. Les incapacités absolues de disposer sont les seules dont il sera question dans le cours de cette thèse.



## TITRE PREMIER

### PERSONNES INCAPABLES DE DISPOSER PAR DONATION ET PAR TESTAMENT

#### CHAPITRE PREMIER

##### DES INSENSÉS

On désigne, sous cette dénomination d'*insensés*, toutes personnes qui, par suite d'altération plus ou moins profonde des facultés intellectuelles, sont dans l'incapacité d'apprécier la portée des actes humains.

Dans une première section, nous parlerons des insensés *interdits*; dans une seconde, des insensés *non-interdits*.

##### SECTION PREMIÈRE

###### Insensés interdits.

Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. (Art. 489.)



Avant d'entrer dans le cœur du sujet, nous croyons utile de nous demander ce qu'on entend par « *état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur,* » dont parle la loi :

L'*imbécillité* est cette *faiblesse* d'esprit qui rend l'homme incapable de concevoir ni de former aucune idée, si ce n'est ordinairement pour ses besoins physiques; c'est un état continu.

La *démence* est une *perturbation* des facultés de l'homme. Ses idées sont multiples et incohérentes; l'usage de la raison lui est enlevé; cet état peut ne pas être continu et présente des intervalles lucides.

La *fureur* est la *démence* poussée à l'excès; elle inspire à l'homme qui en est atteint des actes dangereux pour lui-même et pour les autres; la fureur, par sa nature, ne saurait être continue; elle a nécessairement des moments de calme.

Ces notions établies, nous allons définir le vrai caractère des dispositions entre-vifs et testamentaires. Il faut comprendre sous cette dénomination toute disposition de biens à titre gratuit, soit qu'elle s'opère par un contrat entre le donateur et le donataire acceptant qui saisit actuellement et irrévocablement celui-ci de l'objet donné, soit qu'elle se manifeste par un acte unilatéral de dernière volonté essentiellement révocable de la part du testateur jusqu'à sa mort et qui ne reçoit d'effet qu'à cette époque, deux genres de libéralités soumises d'ailleurs aux restrictions, conditions et formes que la loi détermine.

Quid *des dispositions entre-vifs ou testamentaires lorsque l'interdiction est antérieure?*



L'article 502 règle la situation de l'interdit ; en voici les termes : « L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet *du jour du jugement*. Tous actes passés postérieurement par l'interdit ou sans l'assistance du conseil seront *nuls de droit*. Cet article, quoique exprimé en des termes formels, a cependant donné lieu, comme nous allons le voir, à des explications contraires de la part de jurisconsultes éminents. Il résulte du premier alinéa que l'interdit est privé de l'exercice de ses droits du jour du jugement, avant même qu'il en ait reçu la signification, et cela quand même il en aurait été appelé ; car, d'après l'article 805, l'appel n'est suspensif que pour la nomination du tuteur. Que conclure de ce jugement relativement à la capacité de l'individu ? C'est qu'il se borne à la constater et non à la produire ; cet article établit donc cette présomption : que l'interdit ne peut faire de dispositions valables, même pendant les intervalles lucides, nulle preuve n'étant admise contre les présomptions légales lorsque sur leur fondement la loi annule certains actes.

Venons maintenant à la véritable difficulté de la matière.

La donation ou le testament fait par l'interdit depuis son interdiction sont-ils nuls de droit, ainsi qu'il résulte de l'article 502 ?

I. — M. Grenier se résout pour l'affirmative ; voici comment il s'exprime dans son *Traité des Donations*, t. I, n° 104. « La loi, dit-il, ayant voulu la nullité de la donation ou du testament lorsqu'il serait prouvé que l'auteur de la disposition n'avait pas l'esprit sain



au moment où il l'a faite, il en résulte bien évidemment que l'interdit ne peut ni donner entre-vifs ni tester. L'existence seule du jugement d'interdiction constate l'incapacité; aussi, suivant l'article 502, tous actes passés postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit.

Cette opinion a été adoptée par un grand nombre d'auteurs, tels que Toullier, Duranton, Zachariæ et plusieurs autres. (Toullier, t. V, n° 57; Duranton, t. VIII, nos 154-163; Zachariæ, t. V, p. 14, note 4.) C'est la doctrine qui tend à prévaloir; l'article 502, du reste, est aussi formel que possible. A ne consulter que les termes de cet article, il semble qu'il ne puisse naître une solution autre que celle dont nous parlons.

II. — Cependant, il s'est trouvé des jurisconsultes qui ont soutenu (d'accord, du reste, avec les données du Droit romain et de notre ancien Droit) une doctrine opposée, du moins en ce qui concerne les testaments. D'après les principes du Droit romain et sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, il était admis qu'un insensé pouvait tester valablement dans un intervalle lucide, et que si les intéressés ne prouvaient pas la prétention contraire, c'est-à-dire que le disposant était en état de démence au moment de la confection de l'acte, le testament produisait tout son effet. C'est ce que nous apprend *Joly de Fleury* dans ses plaidoyers lors des arrêts des 11 mai 1703 et 10 juin 1704; de *Lamoignon* dans ses arrêtés, et le chancelier *d'Aguesseau* dans son plaidoyer du 15 mars 1698. L'autorité juridique de pareils devanciers vient donner une grande valeur à la doctrine soutenue par Merlin,



Coin-Delisle et plusieurs autres jurisconsultes éminents. (Merlin, *Rép.*, V<sup>o</sup> *Interdiction*, § 6, n<sup>o</sup> 1 ; Coin-Delisle, art. 901, n<sup>o</sup> 10.)

III. — Certains auteurs vont plus loin encore et soutiennent que l'interdit peut *donner* et *tester* dans un intervalle lucide. Voici leur raisonnement :

L'article 504, comme nous allons le démontrer tout à l'heure, ne s'applique point aux donations et aux testaments, dispositions spécialement régies par l'article 901. D'après les partisans de ce système, il en serait de même de l'article 502, par la raison que l'article 901 édicte une règle générale, en disant : « Que pour faire une donation ou un testament, il faut être sain d'esprit ; » que dès lors on est toujours recevable à prouver l'intégrité d'esprit ou l'intervalle lucide au moment de la confection de l'acte ; si l'article 502, comme l'article 504, ne vise que les actes à titre onéreux, ces mots « *seront nuls de droit* » ne pourront s'appliquer qu'à cette catégorie d'actes. Donc, l'acte à titre gratuit, en principe, reste valable.

Au surplus, est-il possible qu'un individu en état de fureur, par exemple, ne puisse jouir de quelques intervalles lucides ? Le simple bon sens nous répond qu'un pareil état ne peut être continu ; dès lors, ne peut-il faire, pendant ces temps d'intermission, des dispositions raisonnables ? Oui, assurément ; il existe, du reste, bon nombre d'arrêts qui le décident ainsi.

On poursuit encore dans ce sens, et l'on dit :

Un fou peut se marier pendant un intervalle lucide, et on ne voudrait pas qu'il puisse passer un contrat de mariage ? Il le peut, suivant les partisans de ce sys-



tème. Or, dans ces contrats, il y a presque toujours des libéralités que se font les époux; donc, il pourra disposer par acte entre-vifs; mais les principes qui régissent les donations régissent aussi les testaments; donc, l'interdit pourra valablement faire l'un et l'autre de ces actes.

Enfin, on comprend que l'interdit soit remplacé dans les actes de la vie ordinaire; mais comment admettre qu'il puisse l'être pour une donation ou un testament; lui interdire cette faculté de disposer, c'est lui enlever la jouissance du droit lui-même; or, l'interdiction n'enlève que l'exercice; donc, il faut permettre à un fou de faire une donation ou un testament dans un intervalle lucide.

Ces arguments ont une certaine force; mais voici comment les partisans de l'opinion contraire y peuvent répondre :

Les rédacteurs du Code ont voulu (la chose est certaine) interdire la preuve de l'intervalle lucide admise en Droit romain; s'ils avaient eu l'intention de l'admettre, ils se seraient exprimés autrement, ou bien ils auraient complété leur pensée.

Les articles 502 et 504 n'étant applicables ni aux donations, ni aux testaments; il faut, pour soutenir l'opinion contraire, qu'il y ait parité entre ces deux articles et l'article 901; mais quelle est donc cette parité de raison qui défende d'invoquer l'article 502? Quel est, en définitive, le sens de la dérogation de l'article 901? Le législateur n'a-t-il pas voulu étendre le cercle des nullités dans un but de défaveur (bien fondé du reste) contre les actes à titre gratuit? N'a-t-il pas



cherché à multiplier les moyens d'attaque pour arriver à ce résultat? Telle est bien, selon nous, la véritable pensée du législateur. Dès lors, et dans ce sens, l'article 502 est aussi applicable aux donations et aux testaments, et l'article 901, quoique spécial à ces actes, ne saurait en empêcher l'application, car les règles qu'on y voit établies sont plus larges et plus protectrices encore.

Du reste, voici comment s'exprime l'article 511 :  
« Lorsqu'il sera question du mariage de *l'enfant de l'interdit*, la dot ou avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglés par *un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal*.

Enfin, la Cour de Cassation elle-même, à propos de l'article 502, refuse d'admettre la preuve de l'intervalle lucide.

Pour toutes les raisons que nous venons d'indiquer, il faudrait décider que la donation ou le testament fait depuis l'interdiction sont nuls de droit, ainsi qu'il résulte de l'article 502.

IV. — M. Demolombe propose un système intermédiaire, qui nous paraît devoir être adopté, car il obvie à la plupart des inconvénients que présente la rigueur des deux autres. Ce système est celui admis en Droit romain et en Droit coutumier.

D'après lui, l'interdit ne peut faire une donation, mais il pourra tester. La loi, en effet, se montre plus favorable aux testaments qu'aux donations ; ainsi, les mineurs âgés de seize ans, les majeurs pourvus d'un conseil judiciaire, les femmes mariées, les prodigues ont la capacité de disposer par testament, mais non



par donation. Que l'interdit ne puisse faire une donation, cette prohibition ressort clairement de l'article 511, comme nous l'avons déjà démontré dans une précédente opinion; mais qu'il ne puisse disposer par testament, c'est ce qu'on ne saurait prétendre; car dans cette matière la présomption de l'article 502 ne saurait s'appliquer.

On peut, du reste, argumenter encore de la façon qui suit : Lorsque l'interdiction n'est ni prononcée, ni provoquée, ou lorsque le testament a précédé l'interdiction, le testateur est présumé sain d'esprit, tant que les héritiers ne prouvent pas le contraire; mais si au contraire l'interdiction a été prononcée ou provoquée, ou s'il s'agit d'un testament fait après l'interdiction, ne faut-il pas à l'inverse décider qu'assurément, par le jugement d'interdiction, la présomption d'insanité d'esprit s'élève contre lui, et c'est dans cet état qu'il est présumé avoir fait l'acte? Mais comme après tout un individu peut être frappé d'interdiction, bien que des intervalles lucides se produisent, on ne saurait affirmer que cette présomption soit absolue; dès lors on sera recevable à prouver que l'acte a été fait tandis que le disposant se trouvait dans un de ces intervalles lucides dont il est question; sans doute, obliger les héritiers qui ont obtenu un jugement d'interdiction à prouver que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment de la confection de l'acte est injuste autant que déraisonnable. Mais il y aurait une excessive rigueur, qui ne paraît pas suffisamment justifiée par la loi, à déclarer nul de plein droit, par cela seul qu'il émanerait d'un interdit, un testament dont les dispositions



seraient sages et qu'on prouverait clairement avoir été fait à une époque pendant laquelle le testateur aurait joui d'une intermission considérable et de la plénitude de sa raison.

V. — En terminant ce qui concerne les interdits, nous croyons utile de résoudre quelques points particuliers qui ont leur importance.

Tous les actes qui n'auront pas eu de date certaine avant le jugement d'interdiction ou de dation d'un conseil de l'une des manières déterminées par l'article 1528, pourront être attaqués dans l'intérêt de l'interdit; mais quoique d'une date antérieure à l'interdiction seront-ils présumés de plein droit postérieurs à ce jugement? La négative nous semble devoir être adoptée. La Cour de Cassation avait d'abord admis une solution absolument contraire et déclarait nuls, d'une manière générale, tous actes dépourvus d'une date certaine. (Arrêt du 9 juillet 1806.) Mais dans un autre arrêt du 8 mars 1836 (Dalloz, 1<sup>re</sup> partie, p. 177), elle revint sur sa première décision, jugeant avec raison qu'une pareille solution était beaucoup trop rigoureuse, vu le nombre des créanciers qui, après tout, pouvaient être et étaient réellement de bonne foi, et négligeaient de donner une date certaine aux actes qu'ils passaient, ne pouvant prévoir l'interdiction de leur débiteur ou la dation d'un conseil.



SECTION II

**Insensés non interdits.**

Quelle est la condition *sine qua non* des dispositions entre-vifs et testamentaires? « *Il faut être sain d'esprit* », nous répond l'article 901.

Remarquons tout d'abord qu'on ne saurait être plus laconique; le législateur a bien compris pourtant combien seraient nombreuses les questions qui seraient soulevées à l'occasion de ce principe; mais il est resté volontairement silencieux et a laissé aux tribunaux le soin d'apprécier les différentes espèces qui peuvent se présenter et qui sont visées par l'article précité.

Les difficultés proviennent de ce que l'état mental d'un individu peut affecter autant de degrés que de nuances diverses: il peut être troublé accidentellement de loin en loin, ou d'une manière périodique; il peut l'être plus souvent encore ou enfin d'une manière continue, complète.

Les causes d'un tel état peuvent être ou physiques ou morales; il sera donc utile de les examiner attentivement.

§ 1. — *Insensés considérés en eux-mêmes*  
(*imbécillité, démence, fureur.*)

I. — La première question qui doit être tout d'abord résolue avant toutes les autres est celle de savoir si l'article 901 est véritablement une dérogation à l'arti-



cle 504. Ce dernier article s'exprime, en effet, de la façon qui suit : *Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.*

Quant à l'article 901, nous venons d'en faire connaître la disposition.

Une controverse très-vive s'était élevée sur ce point entre les jurisconsultes commentateurs du Code.

D'après une première opinion, il faudrait décider que l'article 504, vu sa généralité, s'applique aux donations et aux testaments. Voici le raisonnement qui conduit à cette solution : Aux termes de cet article, les actes faits par un individu ne pourront être attaqués après sa mort, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué ; donc, les actes qui ne porteront pas en eux-mêmes la preuve de la démence, ne pourront être attaqués par les héritiers de la personne qui les a faits (nous supposons, bien entendu, que l'interdiction n'a été ni prononcée, ni provoquée avant sa mort). Or, l'article 504, que dit-il ? Établit-il une distinction entre les dispositions entre-vifs et testamentaires et les contrats à titre onéreux ? Point du tout ; il faut donc conclure en bonne logique que l'article 504 s'applique tout aussi bien aux donations et aux testaments qu'aux contrats à titre onéreux.

Les partisans de cette opinion poursuivent encore : L'article 901, disent-ils, est ainsi conçu : « Pour faire



une donation ou un testament, il faut être sain d'esprit. » Or, s'il est admis qu'il y a dérogation à l'article 504, il faut aussi décider que ce dernier article ne peut pas être appliqué aux contrats à titre onéreux, car, dans l'énumération des conditions essentielles pour la validité des conventions faites dans l'article 1108, on trouve en première ligne : le consentement ; il faut donc consentir, et par voie de conséquence être en possession de ses facultés intellectuelles, *être sain d'esprit*, en un mot, pour faire un contrat valable.

Tel est l'exposé des diverses raisons que font valoir ceux qui pensent que l'article 901 ne déroge pas à l'article 504, qu'au contraire ce dernier article vise les donations et les testaments comme les autres actes.

Les adversaires d'un tel système le réfutent comme il suit : M. Emmery, disent-ils, qui avait d'abord proposé, comme orateur du gouvernement, l'article 504, a formellement déclaré à la séance du conseil d'État du 14 pluviôse an II que ledit article ne concernait ni les donations, ni les testaments. — D'ailleurs, voici comment s'exprimait le projet du Code sur l'article 901 : « Pour faire une donation ou un testament, il faut être sain d'esprit. Ces actes ne peuvent être attaqués pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrite par l'article 504. » La seconde partie de cet article fut rejetée par la plupart des membres du Conseil d'État, et, en particulier, par le consul Cambacérès, et il n'est aucun d'entre eux qui ait pensé que cette seconde partie dudit article se trouvait déjà renfermée dans l'article 504 : tous, au contraire, ont manifesté que cette seconde partie était trop absolue ;



que les donations et testaments pouvaient être faits à une époque très-récente du décès, ce qui ne permettait pas de provoquer l'interdiction, et qu'il fallait dès lors accorder aux juges un pouvoir d'appréciation suffisamment étendu pour leur permettre de juger suivant les circonstances.

La conclusion naturelle était que l'article 504 ne s'appliquait pas aux donations ni aux testaments, tous actes spécialement visés par l'article 901.

Un second argument se tire de la combinaison des articles 503 et 504. — L'article 503 est ainsi conçu : « Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. »

Et d'abord, en ce qui concerne les actes à titre onéreux, point de doute possible ; les tiers qui ont eu l'imprudence de contracter avec une personne en démence sont en faute et doivent en subir les conséquences. Dès lors, si une vente, par exemple, a été consentie par un individu notoirement fou, cette vente pourra être annulée.

Mais *quid* des actes à titre gratuit ? Nous devons commencer par écarter les testaments dont il ne peut être question, car qu'importe que le légataire ait su ou pu savoir que le disposant était en démence. L'article 504, qui suit l'article 503, s'occupe des mêmes actes ; ils ont été faits sous l'empire de la même idée ; une corrélation intime doit les unir ; les testaments ne sont donc pas visés dans l'article 504. Mais si les testaments sont en dehors de cet article, les donations ne sauraient y être davantage comprises, car les mêmes



règles, les mêmes principes régissent les dispositions entre-vifs et testamentaires. A la suite du mot « actes », il faut sous-entendre « à titre onéreux » ; tout prouve, en effet, que l'article 504 vise cette catégorie d'actes, tandis que l'article 901 s'applique d'une manière toute spéciale aux actes à titre gratuit, donations ou testaments.

Cette dernière opinion est admise par la plupart des auteurs, notamment par MM. Aubry et Rau, t. V, p. 422 ; Demolombe, t. I, n° 355 ; Demante, t. V, n° 17. MM. Merlin, Bigot-Préameneu et Joubert, orateurs du gouvernement, s'étaient, du reste, prononcés en faveur de cette solution au moment même de la rédaction du Code, en désaccord en cela avec M. Maleville, dont l'opinion était que l'article 504 restait dans toute sa généralité, et qu'il s'appliquait aussi bien aux donations et aux testaments qu'aux actes à titre onéreux.

La jurisprudence s'est fixée unanimement dans le sens que nous indiquons, et il faut décider qu'il sera toujours possible de prouver la démence à l'époque de la donation ou du testament. (Cass., 26 fév. 1838 ; Dalloz, I, p. 125, Requête, 26 juill. 1842 ; Dalloz, I, p. 384.)

Ici se place naturellement une distinction que nous ne saurions omettre, vu son importance ; nous voulons parler d'une double différence qui existe entre les actes faits par une personne en état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, et les actes faits par une personne frappée d'interdiction. Dans le premier cas, que doit prouver le demandeur ? Il doit établir que le



disposant était privé de l'usage de ses facultés intellectuelles au moment de la confection de l'acte ou tout au moins qu'il en était ainsi, soit avant, soit après. Le défendeur, de son côté, pourra faire tomber la prétention du demandeur en prouvant que l'acte a été fait dans un intervalle lucide. Dans le second cas, la présomption d'insanité existant contre l'interdit, tous les actes par lui faits seront nuls de droit, sans que le défendeur puisse dès lors prouver l'intervalle lucide; toutefois il n'en est ainsi, d'après nous, que relativement aux donations. Cette distinction n'est pas universellement admise, et certains auteurs la critiquent, mais à tort, selon nous.

II. *Examinons maintenant comment se fera la preuve.* — D'une manière générale, elle peut se faire par tous moyens; elle pourra être recherchée ailleurs que dans le testament, surtout si celui-ci contient par lui-même des indices de démence. Elle peut être faite par témoins, indépendamment d'un commencement de preuve par écrit; si nous consultons les travaux préparatoires du Code, nous trouvons que Tronchet concluait à la nécessité d'un commencement de preuve par écrit, joint au témoignage; mais les autres rédacteurs du Code ne furent point de cet avis. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que le disposant ait été *demens* au moment de la confection de l'acte, comme nous le disions tout à l'heure; il suffit que soit avant, soit après, il soit reconnu avoir été dans un état habituel de démence ou de folie pour que le tribunal annule le testament, alors même que ce testament ne contient pas de dispositions bizarres; il faut aussi que le de-



mandeur en annulation pour cause de démence s'appuie sur des faits précis, circonstanciés et nettement articulés (Troplong, t. II, p. 471, insiste d'une manière toute particulière sur ce point), sinon les héritiers sont déclarés irrecevables dans leur demande.

De plus, les magistrats, dans les questions de cette nature, ne doivent admettre comme concluants que des faits contenant une démonstration complète; du moins quand il s'agit d'une incapacité, ils ne sauraient procéder par induction, car l'incapacité dans les actes juridiques est l'exception dans notre Droit; c'est là, comme nous l'avons déjà dit, un principe fondamental auquel on ne peut déroger qu'avec une extrême réserve.

*Observation.* — L'article 504 n'étant applicable ni aux donations, ni aux testaments, on pourrait demander l'annulation, pour cause de démence, d'une donation entre-vifs, alors même qu'un jugement irrévocable aurait rejeté une demande en interdiction formée contre le donateur.

III. *Qui doit prouver l'imbécillité, la démence ou la fureur?* — Le demandeur en nullité, car la personne non frappée d'interdiction est présumée saine d'esprit.

*Que faut-il décider dans le cas particulier où le notaire a déclaré que le disposant était sain d'esprit, alors qu'il ne l'était pas? Les héritiers seront-ils admis à faire le contraire?* Nous répondons par l'affirmative. La raison en est en ce que le notaire, par la déclaration qu'il fait de la santé d'esprit du testateur, ne fait qu'exprimer une opinion personnelle, n'étant pas juge de l'état mental de la personne à



laquelle il prête son ministère. En la combattant, on n'attaque en rien la foi due à l'acte; c'est ce qui résulte du rapport de M. Joubert. (Loché, l. XI, p. 439.)

La doctrine et la jurisprudence confirment, du reste, cette solution.

Mais si le disposant a lui-même dicté ses dispositions, entendu la lecture et a déclaré y persister suivant les formalités voulues par la loi, à propos du testament authentique, par exemple, les héritiers ne seront pas recevables à prouver, sans inscription de faux, que le disposant était dans un état complet d'imbécillité ou de démence. Cette décision s'explique aisément, si nous considérons qu'en admettant le contraire on se met en opposition directe avec les faits matériels qui sont relatifs à la confection et aux solennités du testament, et que le notaire-rédacteur a qualité pour constater.

## § 2.

Jusqu'à présent nous avons *raisonné* en faisant abstraction de l'interdiction qui peut survenir postérieurement aux actes faits par le *demens*. Quel sera donc maintenant l'effet de cette déchéance sur la validité ou l'efficacité des donations ou testaments antérieurs?

I. *Les héritiers sont-ils admis à prouver qu'au moment de l'acte le disposant était en état d'imbécillité, de démence ou de fureur?* — Évidemment oui, ainsi que le veut l'article 503, ainsi conçu : « Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait *notoirement* à



l'époque où ces actes ont été faits. » Mais où la difficulté peut naître, c'est sur le point de savoir s'il est nécessaire, pour que l'annulation soit prononcée, que la cause de l'interdiction existe *notoirement* à l'époque où les actes sont faits, comme semble l'indiquer l'article 503 *in fine*? Nous devons répondre négativement. Nous avons ailleurs démontré que ni l'article 503, ni l'article 504 ne s'appliquent aux donations et aux testaments. Cet article 503 est relatif aux actes consentis par un individu fou en réalité, mais qui ne le paraît point au dehors et qui trompe ainsi par de fausses apparences la crédulité des tiers. Le mot *actes* y est évidemment synonyme de contrat, ainsi que nous l'avons déjà dit. On ne peut donc en étendre l'application aux donations et aux testaments en ce qui concerne les donataires ou héritiers dont la condition ne peut changer, qu'ils connaissent ou non l'état de démence du donateur ou du testateur. Cette solution est confirmée par la majorité des auteurs et une jurisprudence constante.

II. Si le donateur était en possession de toutes ses facultés au moment où il a fait un acte de disposition à titre gratuit, l'interdiction qui surviendrait postérieurement n'aura point d'effet rétroactif, et la donation restera valable. A première vue, il semble qu'une pareille solution n'est pas conforme aux principes, et il en serait bien ainsi si l'on considère que le testament, par exemple, qui est régi par les mêmes règles, ne produisant effet que du jour de la mort de son auteur, doit être annulé parce que le testateur meurt en état d'interdiction. Cependant, tous les auteurs décident



que dans ce cas le testament sera valable, parce que, disent-ils, la volonté du testateur était fixée au moment où la démence s'est déclarée. La jurisprudence en cette matière est parfaitement d'accord avec la doctrine. Il a été jugé, en effet, par plusieurs arrêts, que le testament fait par une personne interdite, avant son interdiction, doit être validé *de plano* et sans qu'il soit besoin d'ordonner une enquête pour constater l'état normal du testateur à l'époque de la confection de l'acte, lorsque le jugement qui a prononcé l'interdiction ne contient aucune disposition rétroactive et qu'il résulte, soit du testament, soit de plusieurs actes passés par le testateur à la même époque, qu'il jouissait alors de la plénitude de sa raison. (Poitiers, 18 flor. an IX.)

§ 3. — *Personnes incapables par suite de causes physiques.*

I. *Sourds-muets.* — Si nous consultons les textes du Droit romain, ils nous diront que le testament par signe n'était pas admis; cependant, les lois romaines validaient ceux faits par des soldats sourds-muets.

Dans notre ancien Droit, la prohibition du Droit romain était reproduite, mais elle était absolue, en ce sens que les soldats eux-mêmes, tout comme les autres, étaient frappés des mêmes déchéances. Voici comment s'exprime Ricard à ce sujet pour expliquer le fondement de cette incapacité (*de Donat.*, n° 151) : « Quoi-  
« que la nature, dit-il, ait fait paraître quelques pro-  
« diges dans des particuliers qui avaient apporté cette  
« disgrâce en naissant, de les rendre excellents dans la



« peinture et quelques autres arts difficiles à conce-  
« voir, néanmoins, on n'en a pas vu jusqu'à présent  
« qui aient pu se rendre capables de témoigner leurs  
« sentiments par écrit, parce que pour y parvenir il  
« serait nécessaire d'avoir des notions qui supposent  
« la science de la langue, et qui ne peuvent se commu-  
« niquer que par le discours ou par l'ouïe; et, quoi  
« qu'il en soit, il est impossible qu'ils aient connais-  
« sance des lois et qu'ils soient suffisamment instruits  
« dans la vie civile pour être capables de la disposition  
« de leurs biens. J'estime, dit-il encore, qu'il est abso-  
« lument nécessaire que le donateur puisse faire  
« concevoir son intention par une voie indubitable  
« qui se restreint à la parole et à l'écriture, tous  
« autres moyens étant trop incertains pour servir de  
« fondement à une disposition importante. » Pothier  
(n° 10, *Don.*) soutient la même théorie.

Les sourds-muets, dans notre ancien Droit, étaient donc absolument incapables de disposer par donation ou par testament.

Que dit le Code sur cette question? Le Code reste, à peu de chose près, complètement silencieux; un seul article, l'article 936, nous parle des sourds-muets en ce qui concerne la capacité de recevoir. Mais que faudra-t-il décider relativement à la capacité active de donner ou de tester? D'après certains commentateurs, il y a lieu d'établir une distinction entre le sourd-muet qui sait écrire et celui qui ne sait pas. Dans la première hypothèse, nous ne croyons pas que le seul fait d'être sourd-muet de naissance soit suffisant pour se voir enlever la faculté de donner et de tester vala-



blement ; cette solution semble ressortir implicitement des articles 936 et 979. Quelques auteurs cependant, notamment M. Solon, dans son *Traité des Nullités*, t. I, n° 54, n'admettent point cette solution. Dans le second cas, l'incapacité est certaine : il ne peut, en effet, ni tester en la forme olographe, puisqu'il ne sait pas écrire ; ni en la forme mystique, puisqu'il doit tout au moins signer et qu'il ne sait pas, et que, d'ailleurs, il n'entend pas ; ni en la forme authentique, puisqu'il est muet.

D'un autre côté, il résulte de l'article 936 que le sourd-muet, quand il ne sait pas écrire, ne peut accepter une donation sans l'assistance d'un curateur spécial.

On s'explique aisément la disposition de cet article, si l'on considère que, d'une part, la loi exige la signature du donataire à la fin de l'acte de donation ; or, si le sourd-muet ne sait pas écrire ni signer, l'acceptation ne réunissant pas les conditions voulues, la donation ne saurait produire aucun effet ; d'autre part, comment le donateur, en restant toujours dans la même hypothèse, peut-il s'assurer du consentement du donataire, s'il ne connaît point le langage des signes ? Un interprète est donc nécessaire ; aussi la loi exige-t-elle un curateur spécial.

Mais puisqu'il en est ainsi, d'après l'article 936, en ce qui concerne la capacité passive de recevoir, comment comprendre, relativement à la capacité active de disposer, la validité d'une donation faite par un sourd-muet illettré, puisqu'on ne peut connaître sa véritable intention autrement que par des signes ? Il semble



qu'ici la loi doit se montrer plus rigoureuse, car il s'agit d'un acte de dépouillement actuel et irrévocable, d'autant mieux que le notaire ne pouvant rédiger l'acte de donation que sur la foi d'un interprète, il pourra se faire que dans cet échange d'idées, la véritable intention du sourd-muet soit altérée, faussée même; dans ces conditions une donation ne saurait être valable, car la loi veut que l'intention du donateur se manifeste clairement, d'une manière certaine, évidente.

Par un *à fortiori*, les partisans de cette opinion donnent la même solution en ce qui concerne les testaments. La loi exige pour leur validité que la volonté du testateur apparaisse clairement et directement; le langage des signes est beaucoup trop imparfait pour qu'on en puisse déduire d'une manière non équivoque l'expression primitive de la volonté du disposant. Cette opinion se trouve partagée par un bon nombre d'auteurs, notamment par MM. Merlin (*Rép.*, V° *Sourds-muets*, n° 4); Grenier (*des Don.*, n° 2) et Marcadé, sur l'article 936, n° 2.

Mais quelques arrêts, en particulier un arrêt de la Cour de Liège (12 mai 1809), d'accord, du reste, avec quelques auteurs, entre autres M. Solon (*Traité des Nullités*, t. I, n° 54), vont beaucoup plus loin dans le sens des incapacités, et décident que le sourd-muet, sût-il même écrire, est absolument incapable de faire une donation. Par opposition, plusieurs jurisconsultes éminents, tels que MM. Coin-Delisle (art. 136, n° 7), Vazeille (art. 901, n° 11), Troplong (t. II, n° 539), étendent la capacité des sourds-muets au cas où ils seront complètement illettrés.



Nous allons voir ce qu'il faut penser aujourd'hui de ces questions aussi importantes que pleines d'intérêt.

Nous devons tout d'abord tenir compte des admirables progrès qui ont été réalisés pour l'éducation et l'instruction des sourds-muets; il suffit d'entrer dans un établissement où sont élevés ces déshérités de la nature pour se faire une idée exacte de tout ce que peut le dévouement et l'intelligence des maîtres qui se sont voués à une pareille œuvre.

Grâce à eux, les sourds-muets renaissent en quelque sorte à la vie civile, à laquelle ils ne pouvaient point participer auparavant.

Nul ne saurait nier qu'ils ne soient capables d'exprimer leur volonté d'une manière claire, certaine, et de manifester, par suite, leur consentement, tout comme le pourrait faire une autre personne. On ne voit donc plus pourquoi on ne validerait point une donation, par exemple, faite en présence de témoins parfaitement habitués au langage des sourds-muets. Ces témoins communiqueraient au notaire la pensée exprimée en signes par le donateur et reproduiraient ensuite aux yeux de ce dernier les dispositions constatées par écrit, afin de s'assurer si l'acte a bien traduit sa pensée.

D'ailleurs, si nous consultons les travaux préparatoires du Code, nous trouvons, en ce qui concerne le mariage, que les sourds-muets pourront valablement se marier toutes les fois qu'ils seront susceptibles de manifester utilement leur volonté (Locré, t. IV, II, p. 319); c'est encore ce qu'atteste un procès-verbal du Conseil d'État du 27 fructidor an IX, où nous lisons



« que le discernement des signes qui peut faire juger si le sourd-muet a ou non consenti, doit être laissé à l'arbitraire des tribunaux. »

Or, si nous admettons qu'il peut contracter mariage, en vertu de la maxime : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, il faut décider qu'il pourra consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; ainsi donc, toutes les libéralités qu'il aura faites à son conjoint seront valables, pourvu qu'il soit assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

L'article 936, duquel argumentent ceux qui n'admettent la capacité que pour ceux-là seuls qui savent écrire, est loin d'avoir l'importance qu'on veut bien lui donner. De ce que le sourd-muet qui ne sait pas écrire est incapable de faire acte d'acceptation, il ne faut pas en conclure qu'il ne puisse faire une disposition entre-vifs.

L'article 936 a été rédigé sous l'empire de l'idée qui faisait conclure à l'incapacité des sourds-muets par l'impossibilité où ils étaient de pouvoir s'exprimer ; mais aujourd'hui, cette impossibilité n'existant plus, nous devons interpréter tout autrement les dispositions de cet article, et décider qu'il n'a plus sa raison d'être vu le degré d'instruction auquel sont arrivés les sourds-muets ; qu'en tout cas il n'établit pas une règle de capacité, mais qu'il a seulement pour but de protéger les sourds-muets qui, incapables de manifester clairement leur volonté, auraient été hors d'état de recueillir les libéralités qui leur auraient été faites.



Relativement aux testaments, nous concluons encore à la validité de ceux faits par les sourds-muets. Nul doute ne peut s'élever en ce qui concerne les testaments olographes ou mystiques ; mais que décider du testament par acte authentique ? Ainsi qu'il résulte des formalités exigées par la loi, il faut que le testateur dicte lui-même et que sa dictée soit reproduite par le notaire. Les témoins devront donc connaître le langage des signes ; mais comme nous l'avons déjà fait observer, dans cet échange, dans cette communication d'idées, il peut se glisser des altérations qui dénaturent les dernières volontés du testateur. Malgré cet inconvénient (qui, pour nous, n'en est pas un, car on parle aujourd'hui par signes avec autant de clarté que de vive voix), nous admettons en tout point la validité du testament authentique fait par un sourd-muet, ne serait-ce que dans un but de compensation pour des souffrances morales qui doivent nous inspirer un grand intérêt.

II. *Personnes atteintes par la maladie, l'ivresse.*

— Les considérations que nous établirons dans la section suivante sur les personnes à qui des sentiments de colère, de jalousie, de vengeance, etc., ôtent toute liberté d'esprit, s'appliquent également aux personnes atteintes par la maladie ou tombées dans l'ivresse et qui, dans de pareils états, font des dispositions à titre gratuit. Il nous suffit, dès lors, d'énoncer les principes généraux de la matière.

On ne peut nier que parfois des souffrances aiguës n'oblitérent tellement les facultés intellectuelles que l'on doit regarder comme entaché d'insanité tout acte



fait par un individu dans cet état morbide. Il en est de même de l'ivresse. — Une donation, un testament fait dans un de ces moments d'absence pourra donc être annulé ; mais les intéressés devront prouver qu'au moment où la disposition a été écrite, le testateur ou le donateur avait totalement perdu l'usage de la raison.

S'il est évident qu'on ne peut faire la preuve du délire contre une personne qui a dicté elle-même ses dispositions, qui en a entendu la lecture et déclaré y persister, il faut toutefois, pour qu'un tel testament soit inattaquable, que l'existence de ces formalités ait été constaté par écrit par le notaire.

#### § 4. — *Personnes incapables par suite de causes morales.*

I. *Personnes sous l'empire de passions violentes, colère, jalousie, vengeance, haine, etc.* — 1° Les passions ont sur nos facultés une influence des plus considérables ; la colère, la jalousie et d'autres passions produisent malheureusement beaucoup trop souvent des écarts de raison momentanés si l'on veut bien, mais pendant lesquels on accomplit des actes dont on a l'amer repentir aussitôt que l'on se trouve en possession de soi.

La haine surtout semble anéantir dans le cœur de l'homme tous les sentiments même naturels, et jette aussi la perturbation dans les facultés intellectuelles. Cette passion paraît souvent ne pouvoir s'éteindre que par l'exécution, l'accomplissement de projets criminels, médités parfois depuis de longues années. Que faut-il



penser des dispositions écrites par un individu qui est sous l'empire de l'une de ces passions dont nous venons de parler? Si l'ancienne législation romaine et les Coutumes, comme le dit fort bien M. Dalloz (Répert. jurispr., *Disposit. entre-vifs et test.*, p. 238), avaient encore parmi nous leur vigueur, ce serait ici le lieu de parler de l'exhérédation, de ses causes et de ses effets, des moyens de la faire annuler, de ces actions *ab irato*, dont l'ancienne jurisprudence présente un si déplorable abus, et auxquels ont mis fin nos législateurs modernes. Nous ne saurions mieux faire que de citer ici les paroles que prononçait Bigot-Préameneu devant le Corps législatif. « La loi, dit-il, garde le silence sur le défaut de liberté qui peut résulter de la suggestion et de la captation, et sur le vice d'une volonté déterminée par la colère et par la haine. Ceux qui ont entrepris de faire annuler les dispositions par de semblables motifs n'ont presque jamais réussi à trouver des preuves suffisantes pour faire rejeter des titres positifs, et peut-être vaudrait-il mieux, pour l'intérêt général, que cette source de procès ruineux et scandaleux fût tarie, en déclarant que ces causes de nullité ne seront pas admises? Mais alors la fraude et les passions auraient cru avoir dans la loi même un titre d'impunité. Les circonstances peuvent être telles que la volonté de celui qui a disposé n'ait pas été libre ou qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste. C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule apprécier ces faits et tenir la balance entre la foi due aux actes et l'intérêt des familles. Ils empêcheront qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides qui subjuguent



les mourants ou par l'effet d'une haine que la raison et la nature condamnent. » (Locré, t. II, xiv, p. 10.)

2° La jurisprudence a suivi en tout point la doctrine soutenue par l'illustre orateur; les tribunaux ont eu maintes fois des cas semblables à juger, et toujours ils ont écarté la demande en nullité intentée contre les dispositions faites par un individu sous l'empire d'une passion, sauf cependant lorsque l'exaltation a été telle qu'elle a complètement aveuglé la raison du disposant, auquel cas ils ont fait application de l'article 901. (Colmar, 18 août 1841; Liège, 18 mars 1845; Agen, 7 mai 1851.)

La réduction d'un légitimaire à sa portion réservée, des expressions dures et ironiques ne sont pas des motifs suffisants pour faire annuler un testament ou une donation. (Lyon, 25 juin 1816; Angers, 17 août 1824.) On voit cependant par là que l'action *ab irato*, qui n'est pas expressément conservée par le Code, ne doit être admise que lorsqu'il résulte des dispositions elles-mêmes qu'elles ont été écrites sous l'inspiration d'une colère ou d'une haine tellement violente que le disposant n'a point su ce qu'il faisait en accomplissant l'acte. On pourra, du reste, d'autant mieux exercer cette action qu'il n'y avait point d'inimitié entre le testateur et l'héritier légitime.

Mais elle ne saurait être intentée dans le cas, par exemple, où un père, qui a eu un procès avec son gendre pour des intérêts pécuniaires, ne fait aucune disposition en faveur de ce dernier et de sa femme, tandis qu'il avantage ses autres enfants. C'est ce qui



a été jugé par un vieil arrêt de la Cour de cassation du 3 floréal an XII.

II. *Erreur, dol, fraude, violence, captation, suggestion.* — Il ne suffit pas, pour être capable de disposer, d'être en possession de ses facultés ; il faut, en outre, que l'esprit soit dégagé des influences extérieures qui lui enlèvent sa liberté.

1° Nous ne nous étendrons pas sur l'erreur, le dol et, d'une manière générale, les causes qui vicient les contrats, annulent également les testaments ; les donations sont des contrats, et dès lors elles sont régies par les dispositions générales des obligations conventionnelles. Qu'il nous suffise de savoir qu'en ce qui concerne l'erreur en particulier, il faut, pour qu'il y ait annulabilité, qu'elle ait été la cause déterminante de la disposition.

2° Quelle doctrine devons-nous admettre en ce qui concerne la suggestion et la captation ? Et, d'abord, qu'entend-on par ces mots ?

La suggestion consiste à user de l'influence que l'on a sur l'esprit d'une personne pour lui inspirer des résolutions qu'elle n'aurait pas prises elle-même ; la *captation* consiste à s'attirer la bienveillance d'une personne et, après y être parvenu, d'obtenir d'elle des avantages dont la cause unique est dans l'attachement qu'on a su lui inspirer.

En Droit romain, la suggestion et la captation n'étaient considérées comme des causes de nullités que lorsqu'elles prenaient le caractère de manœuvres frauduleuses. Un titre du Digeste et du Code : *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*, nous in-



dique combien la loi romaine était sévère pour ceux qui entravaient par une contrainte physique ou morale la liberté de tester.

D'après la fameuse ordonnance de 1735, le caractère de fraude semble ne pas être exigé, et la captation et la suggestion suffisent sans une autre aggravation pour motiver pleinement l'annulabilité du testament; l'article 47 de cette ordonnance, après avoir déterminé la sanction des diverses inobservances de la loi, dispose, en effet, ainsi qu'il suit : « Sans préjudice des autres moyens tirés de la suggestion et de la captation desdits actes. » On avait vu dès lors se produire des scandales et des abus de toutes sortes : la mémoire du plus honnête était indignement outragée, la moralité du plus vertueux attaquée dans des procès odieux et injustes. (Ricard, part. II, ch. 1. — Furgole, ch. v, sect. III.)

Pour remédier à un pareil état de choses, les rédacteurs décidèrent de ne point admettre les intéressés à prouver que la disposition n'a été faite que par haine, suggestion ou captation. Mais l'un d'entre eux fit observer qu'une pareille disposition, si elle obviait à un inconvénient, à un danger, en créait un autre en donnant libre carrière à ceux qui voulaient se servir de la suggestion et de la captation pour arriver à s'emparer de l'esprit du testateur et se faire ainsi attribuer des biens auxquels ils n'avaient aucune espèce de droit. Dès lors on tomba d'accord pour effacer cet article du Code, et on décida que les tribunaux auraient pleins pouvoirs pour juger quand est-ce qu'il y a ou non suggestion et captation. Mais



les juges ne doivent prononcer la nullité d'un testament qu'avec une extrême réserve; ils doivent avant tout s'assurer que les intrigues ont tellement bouleversé son intelligence, son cœur, qu'elles ont inspiré au disposant des volontés toutes différentes de celles qu'il aurait eues s'il avait été livré à ses propres inspirations.

Dans ce cas, comme lorsqu'il est question des donations, c'est par les principes sur le dol et sur la fraude qu'il faut apprécier l'influence que peut avoir soit la suggestion, soit la captation, sur le sort des dispositions gratuites, ainsi que le font observer MM. Toullier, t. V, n° 713; Grenier, t. I, n° 143, dont la doctrine est appuyée par la jurisprudence de plusieurs arrêts. (C. Cass. Req., 4 mars 1824; Colmar, 18 août 1841; Liège, 18 mars 1843.)

Cependant, certains auteurs avaient prétendu qu'une donation ne pouvait être annulée pour cause de captation et de séduction, et voici les raisons qu'ils en donnaient : Le donateur qui fait une libéralité tout en dépouillant ses héritiers se dépouille aussi lui-même; or, la simple raison suffit pour démontrer que l'homme, suivant l'inclination de sa nature, est peu porté à se dépouiller de son vivant en faveur d'une tierce personne, quels que soient souvent les services rendus. A cela nous pouvons répondre que s'il est vrai qu'un donateur se dépouille difficilement pour un tiers, cependant il peut parfaitement se faire que par ruse, séduction, détours frauduleux, on parvienne à se rendre tellement maître de la pensée d'une personne qu'on lui fera faire aisément des donations auxquelles elle n'au-



rait point consenti sans ces sourdes menées, et cela avec d'autant plus de facilité que l'esprit du donateur sera plus faible, plus ignorant et peu sagace. Toutefois, nous devons reconnaître, pour rester dans la vérité, qu'une séduction aura plus d'effet sur un testateur qui ne dispose que pour le temps où il ne sera plus, que sur un donateur qui se dépouille actuellement d'une manière irrévocable, se privant ainsi de ce qui peut embellir son existence et lui procurer les agréments de la vie.

Jusqu'ici nous avons parlé du testament d'une manière générale; mais en sera-t-il du testament olographe comme de tout autre testament? Il semble que non, car la confection de l'acte émane tout entière du testateur et laisse dès lors bien moins de prise à la séduction. Quoi qu'il en soit, nous devons décider, comme au cas des donations, que la possibilité existe et peut être même fréquente; dès lors la nécessité de la preuve de la captation doit être admise, pourvu toutefois qu'elle prenne le caractère de fraude dont nous avons parlé.

La doctrine décide, avec la majorité des arrêts, que les faits de captation ou de suggestion allégués contre un testament ne sont à vrai dire que des faits de dol et de fraude (Toullier, t. V, p. 713; Marcadé, sur l'art. 901, n° 4; Troplong, t. II, nos 489 et suiv. — Cass., Req. 4 mars 1824); dès lors la preuve en doit être admise comme elle l'est pour tous les autres actes, et cela malgré le silence du Code, qui ne dit pas d'une façon formelle si les faits de séduction sont admis contre les testaments.

Les tribunaux pourront donc admettre qu'un indi-



vidu a été par dol ou violence empêché de tester. Dans ce cas, celui qui a mis obstacle aux dispositions testamentaires doit être condamné à des dommages-intérêts envers la personne en faveur de laquelle le défunt aura disposé. Cependant, la Cour de Cassation n'appuie pas cette doctrine, et se trouve ainsi en désaccord avec les solutions admises par la plupart des auteurs. (C. Cass. 29 avril 1824.)

### CHAPITRE III

PERSONNES QUI, PAR SUITE D'UNE CONDAMNATION, SONT  
EN ÉTAT D'INTERDICTION LÉGALE.

#### § 1.

Dans tous les temps et dans toutes les législations, la privation des droits civils a été attachée comme peine à certaines condamnations qui, par leur gravité, ne permettent pas d'admettre le coupable à participer aux prérogatives accordées aux autres citoyens.

En droit romain, comme dans notre ancien droit, ceux qui étaient condamnés à la peine capitale ou au bannissement perpétuel étaient frappés de mort civile. La mort civile, d'après la définition qu'en donne M. Mourlon (t. I, titre II), est une fiction légale, en vertu de laquelle un homme vivant était, quant à certains droits, réputé mort aux yeux de la société. On sent combien était rigoureuse une pareille déchéance.



Le malheureux, frappé par une telle condamnation, était, à vrai dire, sèquestré du reste des humains, en un mot, de la vie elle-même ; ils ne conservaient d'autres droits que certains droits naturels, le droit aux aliments, par exemple. Une controverse s'était élevée entre certains auteurs sur le point de savoir s'il ne fallait pas ranger parmi les droits naturels les libéralités entre-vifs qui dérivent du droit des gens.

M. Merlin, procureur général à la Cour de Cassation, au moment où cette controverse agitait l'opinion des jurisconsultes, la reproduisit, et son talent alla jusqu'à faire décider par la Cour souveraine (req. 1<sup>er</sup> août 1811) que les morts civilement pouvaient faire une donation ; M. Duranton le soutint également (t. I, n<sup>o</sup> 262) ; mais la plupart des auteurs, suivant l'opinion de Ricard, adoptèrent une doctrine absolument opposée, d'accord, d'ailleurs, avec la plupart des anciens Parlements. (Ricard, chap. III, sect. IV, n<sup>o</sup> 236.)

Malgré toutes les bonnes raisons exposées par M. Merlin (*Quest.*, V<sup>o</sup> *Testam.*, § 3 bis), il serait difficile de ne pas se prononcer pour la négative. On ne conçoit pas, en effet, qu'un mort civilement puisse jouir d'une des plus belles prérogatives du droit de propriété, le droit de disposer un acte entre-vifs. Du reste, cette opinion est confirmée d'une manière expresse par l'article 25, 3<sup>e</sup> alinéa. Il y est dit : « Il (le mort civilement) ne peut ni disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament ; ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. »



§ 2.

Tel a été l'état de la doctrine jusqu'à la loi du 8 février 1850. Cette loi dispose que la mort civile ne résulterait plus, à l'avenir, des condamnations à la déportation. Enfin, la loi du 31 mai 1854 a complètement aboli la mort civile, et l'a remplacée par une triple incapacité de disposer par donation ou testament et de recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Elle édicte également la nullité du testament fait même en temps de capacité.

I. — Comme on le voit, l'incapacité de disposer et de recevoir par donation ou par testament est maintenue dans la loi de 1854 : le motif en est en ce que l'incapacité qui frappe le condamné à une peine afflictive perpétuelle est fondée sur des raisons d'ordre public, d'intérêt général ; c'est, comme le fait remarquer fort bien M. Demolombe, une indignité plutôt qu'une incapacité proprement dite (t. I, p. 216).

Toutefois, ainsi qu'il résulte de l'article 4, le gouvernement pourra relever le condamné de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article 3 de cette même loi ; dans ce cas, il pourra, suivant la décision de l'autorité, disposer par donation ou par testament.

Nous avons dit que le testament fait par le condamné est nul, alors même qu'il a été fait en temps de capacité. (Loi 1854, art. 3.) Cette nullité s'explique aisément ; pour tester valablement, il faut être en pleine possession de ses droits au moment de la con-



fection de l'acte; il faut, de plus, que le testateur ait la capacité de droit au moment du décès. Or, au moment où commence l'exécution de la condamnation, la déchéance édictée par la loi commence aussi; il est donc incapable au moment de sa mort; dès lors, le testament sera nul.

Mais il en est tout autrement des donations. Celles faites en temps de capacité, c'est-à-dire avant toute condamnation, restent valables, parce que la capacité s'apprécie au jour du contrat, et qu'à ce moment-là le donateur n'a encore encouru aucune déchéance, et que, d'autre part, l'incapacité résultant de la condamnation ne saurait rétroagir.

II. — Jusqu'à présent nous nous sommes placé dans l'hypothèse où un individu est condamné contradictoirement par un arrêt définitif; mais *quid* s'il est condamné par contumace? Les mêmes règles sont-elles applicables? Elles ne le sont qu'après les cinq années qui suivent l'exécution par effigie. (Loi du 31 mai 1854, art. 3, 3<sup>e</sup> alinéa.)

Que faudra-t-il décider s'il s'agit de condamnation aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion? D'après l'article 29 du Code Pénal, ils sont en état d'interdiction par le fait même de la condamnation. Mais seront-ils atteints par les mêmes incapacités que les condamnés à une peine afflictive perpétuelle? Évidemment non. La plupart des auteurs, cependant, parmi lesquels nous citerons Boitard (*Préc. de proc. civ.*, p. 134, nos 87 et 88), Troplong (t. II, n<sup>o</sup> 525), Durantou (t. VIII, n<sup>o</sup> 181), soutiennent que l'interdiction légale édictée dans l'article 29 du Code



Criminel renferme une incapacité générale. D'autres jurisconsultes, appuyés par une jurisprudence constante, admettent l'opinion opposée (Ricard, des *Donat.* part. I, ch. III, sect. IV, n<sup>os</sup> 233 et suiv. — Merlin, V<sup>o</sup> *Test.* 31 bis. — Hélie et Chauveau, t. I, p. 211; Zachariæ, t. V, p. 20. — Pour la jurispr. Rouen, 18 déc. 1822; Nîmes, 16 juin 1835). C'est aussi celle que nous adoptons. On ne saurait, en effet, placer sur la même ligne, dans une même situation juridique, les condamnés à temps et les condamnés à perpétuité. Y a-t-il d'ailleurs un seul texte qui les frappe d'une pareille incapacité? Du reste, quels sont les effets de l'interdiction légale? Elle enlève au condamné l'exercice de ses droits, par conséquent la gestion et l'administration de ses biens, et le met en tutelle. Mais quoique interdit, il pourra valablement reconnaître un enfant naturel, se marier et *tester*, comme nous l'avons du reste démontré, car ce sont là des droits essentiellement personnels, n'admettant point d'intermédiaire, et dont la jouissance et l'exercice ne pourront, dès lors, lui être enlevés.

Cette solution puise encore une nouvelle force dans les principes du Droit romain et de l'ancienne jurisprudence : il était, en effet, de règle dans les deux législations, que l'incapacité de tester n'était attachée qu'à certaines condamnations qui, en anéantissant l'état du condamné, emportaient la mort civile. (Furgole, ch. VI, sect. II, n<sup>o</sup> 192. Ricard, des *Donat.*, n<sup>o</sup> 253 et suiv. Pothier, des *Donat. et Test.*, n<sup>o</sup> 25.)

Il n'est pas possible, d'ailleurs, comme le fait observer un auteur recommandable, M. Dalloz (*Des*



*dispositions entre-vifs et testamentaires*, tit. II, chap. II, sect. I, art. 4), qu'une législation moderne, marquée au coin des idées de civilisation et d'humanité, ait voulu se montrer plus barbare et plus sévère que les peuples primitifs, et n'établir aucune différence entre deux culpabilités si différentes : l'une, entraînant une peine perpétuelle; l'autre, une peine simplement temporaire.

Sans doute, les partisans de l'opinion opposée font valoir des arguments d'analogie; mais nous ne saurions les admettre, car l'interdiction légale repose sur des motifs spéciaux, et tout différents de ceux qui servent de fondement à l'interdiction judiciaire.

Ainsi donc, d'après nous, la loi de mai 1854 n'a pas la portée que certains interprètes lui ont donnée, et il doit demeurer acquis que l'incapacité de tester n'est encourue que par les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

---



## TITRE II

PERSONNES ABSOLUMENT INCAPABLES DE DONNER,  
MAIS QUI PEUVENT TESTER

---

### CHAPITRE PREMIER

MINEURS AU-DESSUS DE SEIZE ANS

#### SECTION PREMIÈRE

##### Notions générales.

Nous ferons, au début de cette matière, une observation générale qui nous est inspirée par M. Delvincourt (t. II, p. 198). Quand le Code dit que le mineur doit être parvenu à l'âge de seize ans, il faut entendre seize ans accomplis; sans quoi on ne pourrait pas dire que le mineur est arrivé à l'âge de seize ans, puisqu'il n'en aurait que quinze et quelques mois.

I. — Quelle est la raison par laquelle le législateur accorde à certaines personnes le droit de disposer par testament et leur refuse la faculté de disposer par acte entre-vifs? A première vue une pareille distinction étonne; elle n'a pourtant rien d'illogique quand on se



rappelle ce qu'est un testament, ce qu'est une donation : Par la donation le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de ses biens, tandis que par le testament le testateur ne se dépouille que d'une manière révocable et pour l'avenir.

II. — Dès lors on comprend que l'incapacité de tester emporte toujours l'incapacité de donner, sauf le cas particulier dont il sera question, et qui est relatif au mineur au-dessous de seize ans; mais la réciprocité n'est point vraie; l'incapacité de donner n'est pas toujours corrélatrice de l'incapacité de tester. Donc, les incapables de disposer par acte entre-vifs doivent être nécessairement plus nombreux que les incapables de disposer par testament.

## SECTION II

### **Droit romain. — Ancien droit.**

I. — En Droit romain les mineurs qui étaient pubères étaient en principe capables d'aliéner; mais ce n'était point une capacité complète; et ce n'est qu'à vingt-cinq ans, comme nous l'avons vu, qu'ils jouissaient entièrement de la faculté de disposer suivant leur volonté.

Quant au testament, leur capacité ne recevait point de restriction.

Les fils de famille pouvaient seulement disposer de leur pécule *castrense et quasi castrense*, comme s'ils avaient été *sui juris*; mais en ce qui concerne le pécule adventice, il ne pouvait constituer aucune es-



pèce de droit sur lui, sauf cependant le cas où le père n'avait pas l'usufruit légal.

II. — Dans notre ancien Droit on suivait à peu près les principes de la loi romaine pour tout ce qui était relatif aux donations ; mais pour ce qui regarde les testaments, les règles établies dans les Coutumes étaient singulièrement variées.

D'une manière générale, elles n'admettaient point l'exercice du droit de tester à l'âge concédé par le Droit romain, et, entre elles, elles différaient encore. L'article 293 de la Coutume de Paris s'exprime ainsi : *Pour tester des meubles-acquêts et conquêts-immuables, il faut avoir accompli l'âge de vingt ans ; et pour tester du quint des propres il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans.* La Coutume, reproduisait la même fixation d'âge (vingt ans pour la libre disposition des meubles et acquêts, et à vingt-cinq pour la libre disposition des propres et pour la capacité de faire une donation).

D'autres Coutumes fixaient l'époque de la capacité à des âges différents ; mais le cadre de notre sujet ne nous permettant pas d'examiner les diverses distinctions et les diverses règles par lesquelles chaque Coutume essaie de justifier sa solution, nous nous contenterons d'indiquer simplement que les principales divergences provenaient de ce que les unes, en particulier pour la capacité de tester, distinguaient entre les hommes et les femmes, d'autres entre les acquêts et les propres, d'autres encore entre les meubles et les immeubles.



SECTION III

**Droit actuel.**

I. — Le Code, sagement inspiré, a fait cesser toutes ces oppositions, tous ces systèmes, en édictant une loi uniforme et générale, sans distinction de biens ni de personnes.

La distinction déjà établie par les lois romaines, entre les époques auxquelles on peut donner et tester, a été reproduite par nos rédacteurs.

II. — En ce qui concerne les donations, ils ont cru devoir, à raison de l'irrévocabilité et du dévestissement actuel qu'elles produisent, reculer jusqu'à vingt et un ans l'époque à laquelle il sera permis de disposer de cette manière, sauf l'exception de l'article 1598 dont nous avons donné l'explication. Ils étaient d'autant plus fondés à ne pas augmenter la capacité du mineur jusqu'à cette époque, qu'ils jugeaient avec raison qu'avant cet âge son intelligence et son jugement ne sont pas encore suffisamment développés pour lui permettre un acte d'une aussi grande importance. Ainsi donc la donation entre-vifs est, en principe, entièrement interdite au mineur :

III. — Quant à la faculté de tester il en est tout autrement; elle est concédée au mineur jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens, comme il résulte de l'article 904. En lui accordant ce droit, le législateur a voulu lui donner le moyen de récompenser les services rendus, les soins dévoués et fidèles, l'affection enfin dont il a été entouré; et, comme le dit fort bien



M. Mourlon (t. II, p. 271), « parmi les moyens d'atteindre ce but il a dû naturellement choisir le moins compromettant. » Or, comme nous l'avons déjà fait voir, rien n'est plus dangereux que le droit de donner ; celui de tester n'a plus les mêmes inconvénients, puisqu'il laisse au testateur la pleine propriété de ses biens sur lesquelles aucun droit ne peut naître jusqu'après sa mort. C'est la raison par laquelle on accorde au mineur le droit de disposer par testament.

Mais cette faculté est restreinte dans son étendue, ainsi que nous l'avons pu voir, d'après les termes mêmes de l'article 904. La raison, comme nous l'avons déjà exposé, est en ce que le législateur n'a pas jugé l'esprit et le jugement assez formés pour concéder au mineur une capacité pleine et entière.

Il lui laisse la libre disposition de la moitié de ce dont il pourrait disposer, s'il était majeur, et non de la moitié de la totalité. Il y a là une distinction qui est importante. Quelle est, en effet, la quotité des biens dont peut disposer un majeur à sa mort ?

De tous, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires ; s'il en laisse, il ne peut disposer que de la moitié de la moitié, de la moitié du tiers ou du quart, c'est-à-dire du quart, du sixième ou du huitième, suivant les distinctions établies dans les articles 913 et 915.

*En est-il ainsi alors même qu'il meurt majeur  
de vingt et un ans ?*

Évidemment oui, et nous allons en donner la raison. Au moment où il a testé, il n'avait point une capacité



entière ; or, pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur soit capable au moment du décès, bien entendu, mais aussi au moment de la confection de l'acte.

Qu'importe, dès lors, qu'il ait une capacité entière en mourant, s'il n'a qu'une demi-capacité au moment où il établit ses dispositions ? Le testament ne vaut donc que dans les limites de l'article 904, car cet article vise une question de capacité et non de disponibilité.

*Quid du mineur émancipé ? Est-il soumis  
aux mêmes règles ?*

I. — Il n'y a point de texte qui fasse entre le mineur émancipé et celui qui ne l'est pas une distinction quelconque ; aussi faut-il leur accorder les mêmes droits comme les frapper des mêmes incapacités. (Aubry et Rau, t. VII, p. 19. — Demolombe, XVIII, 410.) Cette assimilation se comprend facilement si l'on observe que le mineur émancipé ne peut l'être qu'à dix-huit ans, quand il n'a plus ni père ni mère ; or, il peut tester à l'âge de seize ans révolus.

D'ailleurs, M. Delvincourt remarque très-judicieusement que le mineur orphelin ne reçoit l'émancipation que de l'avis du Conseil de famille ; or, ce Conseil n'étant composé que des parents du mineur, pourrait lui refuser l'émancipation, dans le but de l'empêcher de disposer. (T. II. Notes, p. 198.)

II. — Nous avons ici à résoudre deux questions qui présentent un grand intérêt : il s'agit de savoir *s'il y a, quant aux limites de la capacité du mineur,*



*exception en faveur du mariage et si le mineur marié peut donner par testament à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner s'il était majeur?* Les considérations que nous avons précédemment établies à ce sujet et que nous nous contentons de rappeler, serviront de complément à la discussion qui suit.

Et d'abord nous avons à examiner si la dérogation à l'article 903 s'étend ou non aux donations *pendant le mariage*.

Les partisans de l'affirmative argumentent des articles 1091 et 1096, qui ne font point de distinction entre l'époux majeur et l'époux mineur; d'un autre côté, ainsi que le décide le premier alinéa de l'article 1096, les donations sont toujours révocables contrairement à la règle générale. Dès lors, le donateur ayant toujours en son pouvoir le bénéfice de la révocabilité ne court plus les dangers auxquels il est exposé quand il est soumis au principe contraire; l'empêchement à l'extension des libéralités, l'irrévocabilité, venant à disparaître, il semble qu'il y a lieu de permettre les donations entre époux pendant le mariage. On argumente dans le même sens de l'article 1094, ainsi conçu : « L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, etc... »

Cependant, l'opinion contraire est plus généralement adoptée, et c'est aussi celle qu'il nous semble préférable d'admettre. Quel est, en effet, le motif de la dérogation à l'article 903? Le législateur tient à favoriser



le mariage en permettant aux époux mineurs d'user d'une des meilleures prérogatives des époux majeurs, celle de se faire des libéralités réciproques, libéralités qui souvent sont les motifs déterminants qui décident d'un mariage. Mais si cette dérogation a sa raison d'être, s'explique en ce qui concerne les conventions matrimoniales, trouve-t-on les mêmes motifs de décider en ce qui concerne les donations pendant le mariage? Nous penchons à ne pas le croire, le législateur a eu toutes les bonnes raisons de penser combien ce droit serait funeste aux époux mineurs; indépendamment des séductions, de l'inexpérience et de la légèreté de leur âge, qui suffisent à justifier cette solution, nous devons ajouter que l'article 1095 est limitatif et qu'il n'est point possible d'en étendre les dispositions; la loi, du reste, vise les situations normales, et non les exceptions; lorsqu'elle parle des époux pendant le mariage, elle les suppose, bien entendu, dans les conditions exigées par la loi au point de vue de la capacité, et ce n'est qu'en dehors d'elle qu'elle édicte expressément ses dispositions.

Ainsi donc, la dérogation à l'article 903 ne s'étend pas aux donations pendant le mariage.

Mais que faut-il répondre à la première des questions précitées? *Y a-t-il, quant aux limites de la capacité du mineur, exception en faveur du mariage?*

A s'en tenir aux termes de l'article 1094, l'affirmative devrait être adoptée, car, ainsi que nous l'avons fait remarquer précédemment, cet article ne distingue point entre les époux majeurs et les époux mineurs, et semble en cela les autoriser à disposer au profit l'un de



l'autre de tout ce qu'ils pourraient donner à un étranger.

Mais telle n'est pas la solution que nous croyons devoir admettre. Il suffit, en effet, de combiner les articles 903 et 904 pour voir que la forme testamentaire est la seule manière de disposer qui appartienne au mineur de plus de seize ans, et encore ne peut-il disposer ainsi que dans les limites indiquées dans l'article 904.

En second lieu, le mineur marié peut-il donner par testament à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner s'il était majeur ?

La solution de cette question se rattache à la précédente, et les raisons de douter comme de décider sont les mêmes.

*Un mineur a disposé de plus de la moitié de ses biens, il meurt après sa majorité sans avoir révoqué son testament, la disposition doit-elle valoir pour le tout ou pour la moitié seulement ?*

Il ne faut pas, dit Merlin (*Rép.*, V<sup>o</sup> *Test.*, sect. 1, § 6), confondre les règles concernant la capacité personnelle de tester avec les règles concernant la disponibilité des biens, et autant il est certain que, dans l'application des premières, il faut s'attacher avant tout à l'époque du testament, autant il est certain que, dans l'application des secondes, on ne doit s'arrêter qu'à l'époque du décès du testateur. Il s'agit donc de savoir si l'article 904 vise une question de capacité ou d'incapacité, ou une question de disponibilité ou d'indisponibilité; en d'autres termes, il faut se demander si l'article 904 offre les caractères d'un statut personnel ou ceux d'un



statut réel. C'est la difficulté de bien faire cette différence qui a donné lieu à une controverse à laquelle ont pris part des jurisconsultes éminents.

D'après une opinion, l'article 904 serait relatif à la disponibilité des biens plutôt qu'à la capacité de la personne. Car, dit-on, la faculté de tester est une et indivisible : on ne saurait admettre, en effet, qu'une personne soit habile à tester pour une moitié, et ne le soit pas pour l'autre. On est nécessairement ou capable ou incapable de tester, comme on est nécessairement capable ou incapable de s'obliger ; ainsi donc, si le mineur eût décédé en minorité, son testament devrait être réduit à la moitié de la portion disponible de ses biens ; mais on suppose qu'il est mort en majorité ; or, il est de principe (et les articles 921 et 922 du Code Civil viennent le confirmer) que l'époque du décès du disposant est la seule époque à considérer pour déterminer si ces dispositions doivent être réduites et à quelle quotité elles doivent l'être ; le testament recevra donc son plein et entier effet.

Il est certain, d'ailleurs, que le droit des héritiers appelés à succéder n'est fixé qu'au moment de la mort du testateur ; car le testament étant essentiellement révocable, le testateur peut changer ses dispositions jusqu'à ses derniers moments ; jusqu'au décès il n'y a donc qu'une simple espérance pour les héritiers. Il est vrai qu'aux termes de l'article 904 le mineur au-dessus de seize ans ne peut disposer que de la moitié seulement de ce dont, majeur, il pourrait disposer ; mais cet article, comme nous venons de le voir, vise le cas où le mineur est décédé en minorité ; il en sera tout au-



trement s'il meurt majeur ; car alors, étant pleinement capable, s'il fait une institution universelle de tous ses biens, son testament devra être valide, car il est censé l'avoir confirmé en majorité et y avoir apposé le sceau de ses dernières volontés, par cela seul qu'il ne le révoque point.

Cette opinion, qui a été soutenue par des jurisconsultes éminents, a été fortement critiquée par d'autres auteurs, et voici comment ces derniers argumentent pour la réfuter.

L'article 904, disent-ils, n'est qu'une dérogation, qu'une exception ; l'incapacité du mineur est la règle ; la capacité, l'exception ; il s'ensuit qu'il reste dans l'incapacité absolue de disposer de la moitié des biens dont, majeur, il pourrait disposer.

L'article 904 est placé sous la rubrique du chapitre II : « De la capacité de disposer ou de recevoir par donation ou testament », et non dans le chapitre intitulé : « De la portion de biens disponibles. » Ce qui prouve bien qu'il y a là une véritable question de capacité.

Du reste, les termes mêmes de l'article le prouvent surabondamment. « Le mineur, y est-il dit, parvenu à l'âge de seize ans, *ne pourra disposer que* par testament. »

D'un autre côté, qu'importe qu'il meure majeur ? Est-il pleinement capable au moment de la confection ? Non, puisqu'il n'y a qu'une demi-capacité ; donc le legs universel qu'il aura pu faire ne peut recevoir son entier effet.

De plus, si nous consultons les travaux prépara-



toires du Code, nous trouvons un nouvel argument à l'appui de cette opinion. Voici en quels termes étaient primitivement rédigés les articles 303 et 904. « Le mineur émancipé ne pourra aucunement disposer. » (Art. 303). — « Le mineur émancipé *ne* pourra disposer *que* par testament. » (Art. 904.) La conclusion s'impose. M. Tronchet, de son côté, s'exprime de la façon qui suit : « Les donations ne doivent pas être permises au mineur, parce qu'elles le dépouillent sans retour; il convient aussi de limiter en lui la faculté de tester. » Le consul Cambacérès alla encore plus loin dans cette voie, et la commission à laquelle furent renvoyés les deux projets donna satisfaction au vœu exprimé par les rédacteurs du Code.

Telle est la solution aujourd'hui admise par la plupart des auteurs, et à laquelle la jurisprudence vient prêter l'appui de son autorité. (Delvincourt, t. II, p. 199; Merlin, *Répert.*, V<sup>o</sup> *Test.*, p. 642; Troplong, n<sup>o</sup> 591. Bordeaux, 20 mars 1834; Req., 25 juin 1824.)

## CHAPITRE II

### FEMMES MARIÉES

#### SECTION PREMIÈRE

##### Droit romain. — Ancien droit.

I. — Les femmes, dans l'ancien Droit romain, étaient soumises à une tutelle perpétuelle. Elles sortaient de la tutelle du père pour entrer sous celle du mari; cepen-



dant, la puissance qui pesait sur elles ne leur enlevait pas la participation au Droit civil ; aussi, bien qu'elles fussent incapables de disposer, pouvaient-elles néanmoins bénéficier des libéralités à elles faites par donation ou par testament.

II. — 1° En Droit coutumier la femme était pleinement capable de disposer par testament ; c'est là un Droit personnel qui n'admet point le concours d'un tiers. Quelques auteurs, pourtant, la déclaraient incapable de tester sans l'autorisation du mari. Certaines Coutumes lui refusaient également ce droit. Ce sont les Coutumes de Bourgogne, de Nivernais, d'Artois, du Bourbonnais, du Quercy ; mais ce n'était là, dit Lebrun, qu'une exception empruntée au Droit romain. 2° Quant aux donations, son incapacité était absolue, et on comprend aisément qu'il en fût ainsi : on ne pouvait permettre qu'elle s'appauvrit inconsidérément au préjudice de la société conjugale et surtout des intérêts des enfants, comme le dit fort bien Ricard : « Chez nous les donations ne peuvent être faites par les femmes mariées, sans qu'elles soient autorisées de leur mari, quand même la donation contiendrait la clause de rétention d'usufruit, parce qu'il importe au mari que sa femme ne s'appauvrisse pas et qu'elle conserve tous ses biens tant que le mariage durera. » (*Traité des Donat.*, t. I, chap. III, sect. V, p. 85.) Cependant, le Parlement de Bordeaux décidait qu'elle pouvait disposer, par acte à titre gratuit, de ses biens paraphernaux, sans le consentement du mari. (Arrêt, 27 juin 1662.)

Sous la Coutume de Bourgogne, comme nous l'avons



indiqué, elle ne pouvait disposer d'aucune façon sans l'autorisation maritale ; elle restait frappée de cette incapacité, alors même qu'elle était séparée de corps, et qu'elle avait fixé son domicile dans un pays dont la Coutume permettait à la femme de tester sans autorisation.

Voici comment s'exprime la Coutume de Liège (ch. 1) : *L'homme par mariage était fait maître et seigneur absolu de tous biens immeubles et meubles, crédit et actions de la femme, et encore de tous les biens acquis durant le mariage, et avait puissance d'en disposer entre-vifs comme des siens propres, sans aveu ni consentement de la femme.*

D'une manière générale, en Droit coutumier, la femme mariée était incapable de faire une donation ; il pouvait être fait exception à cette règle générale par le mari, au moment du contrat de mariage, s'il déclarait autoriser la femme à disposer de ses biens comme elle l'entendrait.

## SECTION II

### Droit actuel.

I. — Passons à notre Droit actuel. Le Code refuse aux femmes mariées la capacité qu'elle accorde aux veuves et aux filles majeures. En voici la raison : Permettre à la femme de faire une donation ; c'est porter atteinte à la puissance maritale, laquelle ne se comprend plus si la femme peut user à son gré de sa fortune ; c'est d'ailleurs lui concéder un pouvoir dangereux dont l'abus se produirait bien vite par suite de son inexpé-



rience et de sa faiblesse naturelle. Comme on le voit, ce sont les considérations tirées de l'intérêt moral autant que de l'intérêt pécuniaire des époux qui nous fournissent les motifs de cette incapacité. Il n'en saurait être ainsi des filles majeures et des veuves ; dégagées de toute puissance, elles rentrent dans le droit commun, et leur capacité est entière.

De ce que nous venons de dire, il résulte que si la femme mariée ne peut disposer par donation suivant son gré, elle jouira cependant de cette faculté du moment qu'elle sera autorisée du mari ou de justice. Voici, du reste, comment s'exprime l'article 217. « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut *donner*, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Avec cette autorisation la femme pourra donc accomplir tous les actes énumérés dans l'article. Cependant, nous devons établir une restriction en ce qui concerne le régime dotal ; dans ce régime, sauf toutefois les cas exceptionnels prévus dans les articles 1555 et 1556, elle ne peut disposer que de ses parapher-naux, ainsi qu'il résulte des articles 1554 et 1560.

*Quid de la femme autorisée de justice ? Sa capacité est-elle la même ?*

Dans le régime de communauté légale, comme sous le régime sans communauté et le régime dotal, le mari est administrateur et perçoit les revenus des biens de sa femme. Elle ne pourra, dès-lors, disposer que



de la nue propriété, tandis qu'avec l'autorisation du mari elle aurait pu disposer de la pleine propriété. D'une manière générale, l'autorisation accordée par le juge à une femme de faire une donation entre-vifs ne peut préjudicier aux droits du mari.

### *Quid de la femme séparée de biens ?*

La femme séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, avec des paraphernaux, peut-elle, sans l'autorisation du mari ou de justice, disposer par donation de son mobilier? Nous avons vu quelle était la prohibition contenue dans l'article 217 : « La femme même non commune, ou séparée de biens, y est-il dit, ne peut donner..... sans le *concours* du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. » Or, d'après les termes de l'article 1449, la femme séparée, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, reprend la libre administration et *peut disposer de son mobilier et l'aliéner*, etc.

L'article 217 ne fait point de distinction entre les meubles et les immeubles ; dès lors, comment expliquer cette contradiction entre les deux articles? Il est certain tout d'abord que le mot *disposer*, contenu dans l'article 1449, n'est pas aussi général qu'il semble l'être ; l'article 906 reproduit spécialement la prohibition de l'article 217, et il n'y a point une dérogation assez formelle dans l'article 1449 qui ne s'applique, du reste, qu'aux aliénations à titre onéreux ; il en résulte que la femme séparée de biens ne peut pas faire une donation, soit mobilière, soit immobilière, sans l'auto-



risation de mari ou de justice. (Aubry et Rau, t. VII, § 648, p. 20.) Le doute provient de ce que la femme séparée peut aliéner son mobilier, *mais à titre onéreux*. Cette matière présente toutefois des difficultés que nous n'avons pas à élucider ici.

II. — Quant aux donations faites entre époux pendant le mariage, il est hors de doute que la femme peut disposer en faveur de son mari. D'après l'article 1096, ces libéralités sont toujours révocables : le législateur l'a voulu ainsi, afin d'empêcher l'influence des séductions et aussi afin d'inviter les époux à se continuer de bons procédés pour mériter que la donation ne soit pas révoquée.

III. — En ce qui concerne le testament, la capacité de la femme mariée est pleine et entière. On en comprend aisément la raison. C'est que la femme, en disposant par testament, ne porte en rien atteinte à la puissance maritale, puisque ses dispositions testamentaires n'auront d'effet qu'après sa mort, à une époque, par conséquent, où cette puissance n'existera plus. Nous devons cependant faire observer que cette faculté n'emporte point le droit de faire une institution contractuelle. (Aubry et Rau, t. VII, § 648, p. 20.)



## CHAPITRE III

### INDIVIDUS SOUMIS A UN CONSEIL JUDICIAIRE

#### SECTION PREMIÈRE

##### Des faibles d'esprit

Certaines personnes, sans avoir leurs sens complètement oblitérés, peuvent néanmoins se trouver dans un de ces états de faiblesse intellectuelle ou d'ignorance qui les laisse exposées à des surprises ou à des erreurs préjudiciables à leurs intérêts. Dans ce cas, il ne peut y avoir d'interdiction complète et, ainsi que le veut l'article 499, les héritiers qui la demandent seront rejetés de leur prétention ; mais les juges, par mesure de protection, nommeront un conseil chargé d'assister les faibles d'esprit et de faire pour eux les actes qu'ils n'ont pu valablement accomplir eux-mêmes. Ce conseil peut être nommé à la requête de tous ceux qui peuvent demander l'interdiction, ainsi qu'il résulte de l'article 514.

Quel peut être l'effet de la nomination d'un Conseil judiciaire sur la capacité de disposer par donation ou par testament ? Il faut établir ici une distinction entre les donations et les testaments ; voici d'abord comment s'exprime l'article 499 : « En rejetant la demande en interdiction, les tribunaux pourront néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra plaider, emprunter, recevoir un capital mobilier,



ni en donner décharge, *aliéner*, ni grever ses biens d'hypothèque, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement. »

I. — Comme on le voit, d'après l'article 499, les faibles d'esprit ne peuvent aliéner ; or, donner c'est aliéner ; d'un autre côté, si l'on donne au mot *aliéner* le caractère d'acte à titre onéreux, nous devons dire que, puisque le législateur leur défend les aliénations à titre onéreux, à *fortiori* leur interdira-t-on les actes à titre gratuit. Mais le texte est formel, et il ne peut s'élever aucun doute sur l'interprétation qu'on peut faire.

Du reste, nous pouvons aisément justifier l'incapacité de disposer entre-vifs dont sont frappés les faibles d'esprit par une considération que nous avons fait déjà ressortir en d'autres endroits. Par la donation, un donateur se dessaisit actuellement et irrévocablement ; or, il peut parfaitement advenir qu'une personne étant faible d'esprit ne sache point résister aux obsessions et aux séductions dont elle est entourée et qu'elle se laisse, à vrai dire, dépouiller malgré elle ; c'est pour prévenir de pareilles intrigues que la loi, dans un esprit de sage prévoyance et pour sauvegarder ses intérêts, lui accorde un Conseil judiciaire. Ainsi donc, les faibles d'esprit ne peuvent disposer entre-vifs sans l'assistance de leur Conseil ; ils ne pourraient le faire même par contrat de mariage et au profit de leurs futurs conjoints. (Aubry et Rau, t. VII, § 648, p. 20.)

II. — Les mêmes motifs de décider existent-ils en ce qui concerne les testaments ? Evidemment non ; le testament, par sa nature, son essence même, repousse



l'ingérence de tout conseil étranger ; il est l'œuvre spontanée d'un seul ; de plus, il n'est point, comme la donation, un acte d'appauvrissement actuel et irrévocable, et, en outre, il y a lieu de tenir compte des dernières volontés d'un mourant, de les respecter et de ne pas lui enlever enfin la seule consolation qui lui reste, celle de disposer à son gré de sa fortune pour ceux qui l'ont servi et aimé, consolation qui pourrait bien lui être enlevée par les oppositions systématiques d'un Conseil.

Au surplus, point de textes qui édictent une pareille incapacité ; dès lors, comme les incapacités ne se suppléent pas et qu'on ne peut argumenter de l'article 499 (cet article étant explicatif et les testaments n'y étant pas spécialement désignés, on ne saurait les y comprendre), il faut décider, avec la majorité des auteurs, que la seule nomination d'un Conseil ne détruit pas la faculté de tester.

Nous devons ajouter que la nomination d'un Conseil ne préjugeant pas la question d'imbécillité absolue, ceux qui ont demandé la nomination seront encore admis à prouver qu'avant le jugement le même individu se trouve dans un état d'imbécillité complète qui le rend incapable de donner et aussi de *tester*.

Il en est encore ainsi, alors même que la nomination du Conseil aurait lieu à la suite du rejet d'une demande en interdiction (Aubry et Rau, t. VII, § 648, pp. 16 et 20.)



## SECTION II

### Prodigues.

Les prodigues sont ceux qui, passant la vie dans le désordre et la dissipation, compromettent leur fortune par de vaines et folles profusions.

I. — En Droit romain et dans notre ancien Droit, les prodigues étaient frappés d'interdiction, dont l'effet était de les rendre incapables d'une façon générale.

Quel était dans les deux législations le motif déterminant d'une pareille prohibition ? Pothier, dans le *Traité des Testaments*, ch. III, p. 315, nous le donne. Comme le prodigue n'est pas privé de l'usage de la raison nécessaire pour tester, ce n'était pas la prodigalité par elle-même, mais l'interdiction qui le privait de la faculté de tester, en le privant du droit de disposer de ses biens ; c'est pourquoi ce n'était que depuis l'interdiction qu'il devenait incapable de tester, en quoi il était différent d'une personne en démence.

II. — Les rédacteurs du Code ont modifié la législation ancienne sur le prodigue en remplaçant l'interdiction par le Conseil judiciaire et en ne refusant pas le droit de tester, droit parfaitement fondé, du reste. Nous appliquerons les mêmes distinctions que nous avons établies pour les faibles d'esprit entre la faculté de donner et celle de tester ; nous avons exposé les raisons pour lesquelles la libre disposition des biens par testament leur était laissée ; nous n'y reviendrons pas, car ces raisons sont les mêmes ; en un mot, toutes les solu-



tions admises pour les faibles d'esprit sont applicables aux prodigues.

---

## TITRE III

PERSONNES ABSOLUMENT INCAPABLES DE TESTER,  
MAIS NON DE DONNER

### SECTION PREMIÈRE

**Droit romain. — Ancien Droit.**

I. — En Droit romain, les individus qui n'avaient point atteint l'âge de la puberté étaient frappés de l'incapacité absolue de disposer par donation, et ce n'est même qu'à vingt-cinq ans qu'ils jouissaient d'une capacité complète.

Quant à la faculté de tester, les impubères étaient capables, sinon de faire, du moins d'avoir un testament; c'est ce qui arrivait quand le père leur avait, « au moyen de la substitution pupillaire, institué un héritier dans son propre testament, pour le cas où cet impubère, devenu *sui juris* par la mort du chef de famille, décéderait avant sa puberté. » (*Inst. Just.*, l. II, t. XVI.)

Quant aux personnes *alieni juris*, elles étaient



déclarées incapables de tester par les lois et les constitutions civiles, et cette incapacité était tellement absolue, que même avec le consentement du *paterfamilias*, elles n'en pouvaient être relevées ; elles s'étendaient, du reste, à toutes dispositions testamentaires : aux legs, aux fidéicommiss et aux institutions d'héritier.

Mais, ces mêmes motifs de prohibition n'existaient point en ce qui concernait les donations entre-vifs ou à cause de mort ; aussi, était-il admis qu'elles pouvaient disposer de ces deux manières sans le consentement du père, lorsqu'il s'agissait des biens dont le père n'avait point l'usufruit.

II. — Telles sont les règles qui ont été reproduites en Droit coutumier. Furgole (*des Donat.*, n° 14) nous dit, en effet, que la faculté de tester n'a été accordée qu'aux pères de famille par la loi des Douze-Tables, que même elle est de droit public ; voilà pourquoi les particuliers ne peuvent point l'étendre ni y déroger, et que la faculté de *donner* vient du Droit des gens ; qu'ainsi tout le monde en est capable, excepté ceux que la loi en a exclus expressément.

Plusieurs Coutumes ont fait application de ces données, notamment la Coutume de Thionville, qui déclare qu'en ce qui concerne l'âge requis pour tester et la capacité du mineur à cet effet, il faut s'en référer à la loi romaine, qui servait de règle dans tous les cas où la loi municipale était obscure ou muette. C'est ce qui est établi dans un arrêt de la Cour de Metz du 14 février 1811.

Quelques auteurs avaient prétendu que le testament du fils de famille, fait du consentement du père, vau-



drait au moins comme donation, à cause de mort, et faisait valider les dispositions testamentaires; mais la jurisprudence a repoussé cette opinion.

Dans quelques provinces de Droit écrit, le fils de famille pouvait disposer en faveur de ses enfants, sans la participation du père, puis en faveur de « la cause pie », pourvu que dans ce dernier cas ce fût de son autorité.

Dans certaines Coutumes, le fils de famille, incapable de faire une disposition quelconque, obtenait ce droit par le fait même du mariage. C'est ainsi qu'il existait à Toulouse, à ce que rapporte Dalloz (*Répert. jurispr.*, V<sup>o</sup> *Disposit. entre-vifs et test.*, t. III, chap. II, n<sup>o</sup> 1939), un statut particulier, d'après lequel un enfant marié auquel le père avait fait donation en faveur du mariage était tenu pour émancipé. Mais ce n'est là qu'une dérogation toute locale aux principes généraux d'incapacité dont le mineur est frappé.

## SECTION II

### Mineurs au-dessous de seize ans.

I. — Le Code Civil, tout en admettant ces principes d'incapacité du mineur, fait cependant une exception. Voici, en effet, les termes des articles 1095 et 1398 qui établissent cette dérogation : « Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son ma-



riage, et avec ce consentement il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. » — Art. 1398 : « Le mineur, habile à contracter mariage, est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. »

Le motif de cette dérogation s'explique par le désir bien naturel du législateur de faciliter les mariages par tous les moyens possibles. Voici comment M. Troplong s'exprime à cet égard : « Le mineur, dit-il, qui s'est complu dans son mariage, a persisté aussi dans les pactes qui en ont été la préparation. L'amitié qui a maintenu le mariage fait maintenir aussi les conventions sous l'influence desquelles il a été fait. » Cet auteur appuie sa doctrine d'un arrêt du Parlement de Paris du 17 juin 1628. (Troplong, t. 11, p. 590.)

Cette exception doit être aussi appliquée aux filles, car elles peuvent se marier à quinze ans (art. 144), et même au-dessous de cet âge, au moyen d'une dispense (art. 145) ; il s'ensuit qu'une fille mineure est capable de faire une donation à son futur époux, bien qu'elle n'ait pas seize ans.

L'article 903 reste applicable, en ce sens que la femme étant habile à se marier à quinze ans, le législateur a dû, pour comprendre les mineurs des deux sexes dans la même disposition, employer les expressions « les mineurs âgés de moins de seize ans. »

Mais il est des auteurs qui refusent d'admettre que



la nullité des conventions puisse être couverte, par cela seul que la nullité du mariage l'est. (Art. 185. Conf. Duranton, t. XIV, n° 9. Rodière et M. Pont, t II, nos 38 et 162; *contra* Troploug, p. 98.) Toutefois, nous devons faire remarquer que ce système n'est pas aussi absolu qu'il le paraît au premier abord; car il permet, en effet, de demander la nullité ou l'exécution du contrat, si l'un des époux seulement a l'âge requis.

MM. Rodière et Pont (*loc. cit.*) se demandent si la nullité des conventions serait couverte dans le cas où le mineur aurait atteint l'âge compétent avant la célébration? D'après ces deux auteurs, il faudrait considérer la célébration comme une exécution volontaire du contrat, qui serait par là ratifié.

Ainsi donc, de tout ce que nous venons de dire, il résulte, qu'en principe le mineur est frappé de l'incapacité de disposer par acte entre-vifs; mais qu'une exception est admise pour les libéralités faites dans un contrat de mariage.

II. *Que faudra-t-il décider en ce qui concerne les testaments?* — D'après l'article 903, le mineur âgé de moins de seize ans ne peut aucunement disposer; l'exception, admise pour les donations dans les articles 1095, 1309 et 1398, ne s'applique point aux testaments; il faut donc conclure qu'avant cet âge le mineur est absolument incapable de tester.

Le mineur au-dessous de seize ans est donc la seule personne à laquelle la loi enlève la capacité de disposer par testament, tout en lui laissant dans certains cas la faculté de donner. (Art. 1095.) Cette incapacité



ressort clairement de la combinaison des articles 902 et 903. On considère que la raison du mineur n'est pas suffisamment développée pour lui permettre l'exercice d'un droit aussi important ; or, la privation de l'exercice de ce droit est la privation du droit lui-même ; car le droit de tester est essentiellement personnel. Ainsi donc, le consentement, l'autorisation de ses ascendants ou tuteur ne pourrait le relever de cette incapacité. C'est par là, précisément, que la situation juridique du mineur, relativement aux testaments, diffère de celle qui lui est faite en ce qui concerne la donation ; c'est par là encore qu'est justifiée par un certain côté, du moins, la dérogation établie en faveur du mineur au-dessous de seize ans pour les libéralités faites par contrat de mariage ; car l'assistance et le consentement de ceux que la loi appelle près de lui sont un sûr garant qu'il ne fera point des donations irréfléchies au préjudice de lui-même et de ses descendants ; tandis que pour le testament il ne peut en être ainsi, comme nous venons de le voir.

## APPENDICE

§ 1. — *Personnes qui sans être interdites sont placées dans une maison d'aliénés (loi du 30 juin 1838).*

Nous avons vu que, relativement aux personnes privées de leurs facultés intellectuelles, la loi édictait une incapacité générale par le fait de l'interdiction judiciaire ; à la différence de l'interdiction légale, qui est



une peine prononcée contre une certaine catégorie de condamnés dont nous avons parlé, l'interdiction judiciaire est une mesure de protection particulière en faveur de ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes et sauvegarder leurs intérêts : on leur enlève l'exercice de leurs droits, mais ils en conservent la jouissance.

Comme on le voit, le législateur a fait son possible pour ménager les intérêts de l'interdit, de la famille et de la société ; mais il répugne souvent d'en venir à une mesure si extrême qui, par sa publicité, entoure d'un trop grand retentissement un malheur que l'on tient avec raison à laisser ignorer, et peut aggraver par les longues formalités qu'elle nécessite l'état du malade ; d'un autre côté, les séquestrations arbitraires sont un danger auquel il fallait à tout prix remédier : la loi du 30 juin 1838 est venue combler les lacunes et obvier à tous les inconvénients. Nous n'entrerons pas dans le développement des dispositions de cette loi : il nous entraînerait beaucoup trop loin. Nous nous contentons de reproduire les articles relatifs à la situation juridique faite aux malades placés dans les établissements dont elle édicte la création. « Les actes, dit l'article 39, section IV, faits par une personne placée dans un établissement d'aliéné, pendant le temps qu'elle y aura été retenue sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués, conformément à l'article 1304 du Code Civil. »

D'après cette disposition, la condition qui lui est faite par cette loi diffère sur plusieurs points de celle de l'interdit ; pour les actes faits par le dernier, leur annulation est obligatoire pour les juges qui ne peuvent se



refuser à la prononcer, sous prétexte que l'acte attaqué a été fait pendant un intervalle lucide ; tandis que leur annulation est facultative quand elle est relative à l'autre catégorie de personnes, et la preuve de la santé d'esprit sera parfaitement admise, si l'individu qui a ses sens oblitérés a pourtant fait une donation ou un testament pendant un temps d'intermission.

## § 2. — *Étrangers.*

Bien qu'aujourd'hui la double capacité de disposer par donation ou par testament soit reconnue aux étrangers et aux religieux, nous croyons devoir en parler sommairement, tout au moins en raison de l'importance qu'avait autrefois cette matière.

I. — Le testament, dit Pothier (t.VII, *Traité des don. et test.* art. prélim.), appartient au Droit civil ; la conséquence est que ceux-là seuls peuvent tester qui jouissent de tous les droits de citoyen ; de là les étrangers ou aubains dans notre ancien Droit ne pouvaient point tester des biens qu'ils avaient en France. Des exceptions très-nombreuses au principe rigoureux de l'incapacité de tester furent admises en faveur de ceux qui fréquentaient les foires de Lyon et de Champagne, qui étaient réputés francs et régnicoles par un privilège spécial pour leur commerce. Les habitants de certains pays tels que ceux de Milan, de Bourgogne, de Flandre, d'Artois jouissaient des mêmes prérogatives à cause des prétentions légitimes que le roi avait sur ces terres. La même exception résultait de concessions spéciales faites par le roi au profit des sujets de certaines nations qui, par des traités



d'alliance, étaient affranchis en tout ou partie du droit d'aubaine, tels que les Génois, les Suisses et les écoliers fréquentant les universités de France ; les ouvriers des Gobelins et des manufactures de tapisserie de Beauvais ; les mariniers après cinq ans de service et les militaires après dix ans, à charge de déclarer qu'ils entendaient toujours demeurer, vivre et mourir dans le royaume.

Quant au droit de disposer par donation, il leur était pleinement accordé. Les donations, dit-on, sont des manières d'acquérir du droit des gens, du droit naturel ; les étrangers, dès lors, n'en sauraient être évidemment exclus.

II. — Dans un magnifique élan de générosité et de confraternité internationale, l'Assemblée constituante, par une loi des 6-18 août 1790, abolit les droits régaliens d'aubaine et de détraction ; elle fut complétée par les lois des 8-15 avril 1791. Désormais, les étrangers étaient pleinement capables de disposer et de recevoir par donation et testament.

III. — Malheureusement les peuples ne répondirent pas à ce beau mouvement d'égalité universelle, et les Français eurent seuls à souffrir de l'ordre de choses nouvellement établi. Aussi les rédacteurs du Code s'empressèrent-ils de faire disparaître les inconvénients qui résultaient d'une pareille situation en admettant un système de réciprocité diplomatique entre les étrangers et les Français.

IV. — Telle fut la condition des étrangers jusqu'à la loi du 14 juillet 1819. Le législateur comprit, à cette époque, combien était ruineuse cette prohibition



portée contre les étrangers, prohibition qui empêchait la circulation des capitaux en jetant le discrédit le plus grand dans les relations commerciales et industrielles. Par la loi de 1819, qui établit entre les Français et les étrangers une similitude parfaite, ceux-ci eurent désormais le droit de disposer par donation ou testament en faveur des personnes, soit françaises, soit étrangères.

§ 5. — *Religieux.*

I. — En Droit romain, dès les premiers temps de l'ère chrétienne jusqu'au quatrième siècle, ceux qui embrassaient la vie cénobitique ne subissaient point de déchéances, et ils conservaient tous leurs droits civils absolument comme tous les autres citoyens; ils avaient dès lors le droit de disposer par acte à titre gratuit. Une loi (23 de *Sacrosanctis eccl.*, c. 1, II) promulguée vers l'an 455 confirma les droits des moines et des religieux. Mais Justinien, dans la *Novelle 5* (*auth. collat.* 1, v), leur enleva le droit de donner non pas dans une idée de défaveur, mais bien parce que les personnes qui se vouaient à la vie du cloître transportaient ordinairement au monastère où elles prenaient l'habit tous les biens dont elles n'avaient pas jusque-là disposé.

II. — Dans notre ancien Droit, les religieux étaient absolument incapables de disposer d'une façon quelconque. (Ricard, chap. III, sect. v, n° 310 et suiv.)

Les chevaliers de Rhodes ou de Malte étaient considérés comme religieux, et par là frappés d'une même incapacité.



Les jésuites avaient d'abord voulu s'exempter de cette prohibition : ils prétendaient que les derniers vœux seuls étaient obligatoires et les liaient définitivement, que jusque-là ils pouvaient toujours être renvoyés par leur supérieur, qu'il y avait dès lors injustice à les dépouiller du droit de disposer dès qu'ils entraient dans la compagnie. — On tint d'abord compte de cette prétention et la jurisprudence des Parlements se prononça en leur faveur.

Mais on revint bientôt sur cette décision, et en 1603 ils furent frappés de l'incapacité absolue de disposer, du moment où ils prendraient l'habit de l'ordre.

La Révolution de 1789 est venue sur ce point opérer une rénovation. Il résulte, en effet, de la loi du 13 février 1790, que les religieux, à quelque congrégation qu'ils appartiennent, jouissent de tous les droits civils. Le principe de la matière repose sur cette idée que lorsqu'un acte de la puissance publique temporelle sécularise des religieux ils deviennent aussitôt capables de donner et de tester, et de recevoir au même titre, alors même qu'ils ne seraient pas encore déliés de leurs vœux par l'autorité spirituelle.

Cependant, nous trouvons encore un vestige de notre ancien Droit dans l'article 5 de la loi du 24 mai 1825, ainsi conçu : « Nulle personne faisant partie d'un établissement autorisé ne pourra disposer par acte entre-vifs ou par testament, soit en faveur de cet établissement, soit au profit de l'un de ses membres, au-delà du quart de ses biens, à moins que le don ou le legs n'excède pas la somme de 10,000 francs. Cette prohibition cessera d'avoir son effet relativement aux membres de l'éta-



blissement, si la donataire ou légataire était héritière en ligne directe de la donatrice ou de la testatrice. » Cet article est relatif aux membres des congrégations religieuses de femmes autorisées. Mais cette loi laisse subsister leur pleine capacité quand il s'agit de dispositions entre-vifs ou testamentaires faites en faveur de leur famille ou d'un étranger; cette opinion est confirmée dans l'instruction du ministre qui avait préparé et présenté la loi de 1825, et dans laquelle on lit : « La loi n'interdit point aux religieuses la libre jouissance de leurs biens patrimoniaux et autres qu'elles possèdent ou qui pourront leur échoir; ici leurs droits sont ceux du reste des Français, elles peuvent même *disposer de leurs biens, soit par donation, soit par testament*; il n'est dérogé à leur égard au droit commun que dans les cas déterminés par l'article 5 de la loi. » (Art. 12 de l'instr. minist. de 1825, n° 215.)

---

## TITRE IV

### A QUEL MOMENT DOIT EXISTER LA CAPACITÉ DE DISPOSER PAR DONATION ET PAR TESTAMENT ?

Au sujet que nous traitons se rattache d'une manière très-intime le développement de cette question : « A quel moment doit exister la capacité de disposer par donation et par testament ? »



Sur ce point, le Code est complètement silencieux. On comprend d'autant moins un oubli semblable que cette question se rattache à la matière la plus importante de notre Droit : quoi de plus important, en effet, que les questions de capacité et d'incapacité d'une personne? Il nous faudra donc les résoudre d'après les règles admises dans notre ancien Droit et les principes généraux du Code.

Cet oubli, du reste a été signalé par M. Maleville lui-même, dans son *Analyse raisonnée* (t. II, p. 372). « Il y a d'autant plus lieu de s'en étonner, dit-il, qu'un simple texte aurait suffi pour faire cesser tous les doutes qui peuvent s'élever à l'occasion des nombreux textes du Droit romain et des commentaires plus ou moins clairs de nos anciens auteurs, qui ne s'étaient jamais accordés sur la détermination exacte des époques auxquelles la capacité de disposer par acte entre-vifs ou par testament était exigée. »

§ 1. — *A quel moment doit exister la capacité de disposer par donation?*

I. — En ce qui concerne la donation, le donateur doit être capable de transmettre son droit, *au moment ou s'opère la transmission*, et le donataire capable de l'acquérir; c'est ce qui résulte de la définition même de la donation, qui est « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. » Toute la question est de savoir quel est ce moment. Il faut distinguer dans la donation trois choses : l'*offre*, l'*accep-*



*tation* et la *notification* de l'acceptation. Les deux premiers actes peuvent être faits d'une manière concomitante ou séparée. Dans le cas où la déclaration du donateur et l'acceptation du donataire sont comprises dans le même acte, passé devant le même notaire, il faut que la capacité de donner de l'un et la capacité de recevoir de l'autre existent au moment de la confection de l'acte, car la donation produit un effet immédiat et irrévocable; c'est donc, en conséquence, au moment où la déclaration du donateur est constatée par écrit que sa capacité s'apprécie; il en est de la donation conditionnelle comme de la donation pure et simple; cette donation reste valable alors même que l'une des parties ait perdu, avant l'événement de la condition, la capacité de donner ou de recevoir. Quant au donataire, doit-il être capable au moment de l'offre? La question est discutée. Certains auteurs, MM. Duranton et Demante, entre autres, ont prétendu que l'offre faite à une personne qui n'était pas conçue ou qui était condamnée à une peine afflictive perpétuelle « peut être, si elle n'a pas été révoquée, valablement acceptée après que cette personne à laquelle elle est adressée est conçue ou relevée de la peine qu'elle subissait. » Il en serait de même pour une personne non saine d'esprit interdite qui serait également relevée de son interdiction. (Duranton. t. VIII, n° 225; Demante, t. IV, n° 26 bis, 1; Marc., art 906.)

MM. Aubry et Rau (t. VII, § 650) n'admettent point cette solution; d'après eux, il faut décider que la donation faite à une personne qui n'est pas conçue ou qui est condamnée à une peine afflictive perpétuelle sera



toujours radicalement nulle en tout état de cause; c'est aussi l'opinion qu'il nous semble préférable d'adopter.

Comment, en effet, comprendre une offre faite au néant? « Une telle offre, dit Mourlon (t. II, p. 287), tombe dans le vide, elle n'existe pas. Dès lors, il est impossible d'admettre qu'une fois faite elle est présumée durer, tant qu'elle n'est pas révoquée. Pour qu'elle continuât de subsister, il faudrait évidemment qu'elle eût commencé à exister, et précisément elle n'a eu aucune existence. »

II. — Le donateur doit également être capable au moment de l'acceptation par la raison que si le donateur devenait incapable auparavant, la volonté du donateur ne concourrait pas légalement avec celle du donataire, et dès lors la donation ne pourrait plus être acceptée.

En ce qui concerne la capacité du donataire, elle doit aussi exister au moment de l'acceptation car, si l'acceptation ne suffit point pour opérer la transmission des biens offerts au donataire, elle est au moins un des éléments qui concourent à sa perfection. (Mourlon, t. II, p. 282.)

III. — Le donateur et le donataire doivent-ils être capables au moment de la notification? Trois systèmes différents partagent les auteurs sur cette question.

D'après M. Demante, la notification de l'acceptation n'est pas une condition vraiment constitutive de la donation. Dès lors, il suffit que le donateur et le donataire soient capables au moment de l'acceptation; et leur incapacité postérieure laisse subsister la validité de l'acte. (Demante, *Thémis*, VII, p. 37 et suiv.)



D'après M. Duranton, la notification est, au contraire, une condition constitutive, et dès lors si une personne vient à être interdite ou condamnée à une peine afflictive perpétuelle après l'acceptation, mais avant la notification, l'acte qu'elle aura fait est complètement nul. Voici la raison qu'en donne ce jurisconsulte : c'est au moment de la notification seulement que le donateur perd le droit de disposer des biens compris dans la donation ; le donataire doit, par conséquent, être capable à ce moment d'acquérir le droit que perd le donateur.

M. Mourlon (t. II, p. 281) adopte aussi cette opinion en ce qui concerne du moins le donateur. Voici comment il raisonne : l'acceptation est soumise à la solennité de la notification lorsqu'elle est faite hors la présence du donateur ; dès lors, tant que la notification n'est pas faite, le contrat n'est pas encore formé, car la volonté de l'une des parties n'est pas encore revêtue de la forme qui doit lui donner la force civile qui lui manque. Ce qui le prouve, c'est qu'aux termes de l'article 932, l'acceptation non notifiée est considérée comme inexistante puisque le donateur conserve le droit de disposer des biens donnés comme il l'entend, sans aucune indemnité pour le donataire.

Donc, il faut que le donateur soit capable jusqu'au moment de la notification. Quant au donataire, M. Mourlon n'indique pas de solution. MM. Aubry et Rau (t. VII, § 50, pp. 42, 43 et 44) se rangent à l'avis de M. Duranton, relativement au donateur, mais déclarent, en ce qui concerne le donataire, qu'il n'est point nécessaire qu'il soit capable au moment de la notifica-



tion, car cette formalité est exigée pour assurer à la donation sa complète efficacité à l'égard du donateur seulement. Le système mixte de MM. Aubry et Rau nous paraît le plus raisonnable. La règle *media tempora non nocent* ne s'applique qu'aux testaments, et non aux donations, comme nous le fait observer Pothier, sur la *Coutume d'Orléans*. (Introd. au titre XV, *Des donations entre-vifs*, sect. III) Il en résulte que les parties doivent être capables durant tout l'intervalle qui sépare les époques auxquelles leur capacité est nécessaire.

§ 2. — *A quel moment doit exister la capacité de disposer par testament ?*

La capacité de droit et de fait doit exister au moment de la confection du testament ; il suffit que la capacité de droit existe au moment du décès. Quant aux intervalles, *media tempora non nocent*. Telle est la donnée qui permet de résoudre les diverses espèces suivantes.

I. — Une personne a la capacité de droit et de fait au moment de la confection du testament ; le testament est valable *ab initio* ; elle meurt frappée d'interdiction, le testament produira encore son effet ; car ce changement d'état ne peut détruire sa volonté régulièrement, légalement exprimée, et laisse subsister la capacité de droit.

II. — Si le testament est fait par une personne qui n'a pas la capacité de droit au moment de la confection de l'acte, le testament sera radicalement nul et



restera tel, alors même que le testateur acquerra postérieurement la capacité qui lui manquait ; ainsi, le testament fait par un mineur au-dessous de seize ans est et reste radicalement nul, quoique le testateur meure majeur.

III. — Le testament fait par une personne ayant la jouissance et l'exercice de ses droits, qui les perd et les recouvre ensuite, est et reste absolument valable.

IV. — Enfin, le testament fait par une personne ayant la capacité de droit, mais qui ne l'a plus en mourant, est nul ; car il ne suffit pas que la capacité de droit ait existé au moment de la confection de l'acte, il la faut encore au moment du décès du testateur.

---

## CONCLUSION

D'une manière générale, les diverses incapacités dont nous avons parlé dans la dernière partie de notre thèse, ont été édictées par le législateur dans le but de protéger, contre elles-mêmes ou contre les tiers, les personnes qui, à raison des altérations plus ou moins profondes que peuvent subir leurs facultés intellectuelles, seraient exposées à faire un mauvais emploi de leur fortune.

D'autre part, en ce qui concerne les condamnés à une peine afflictive, le fondement de leur incapacité n'est plus le même : leur indignité et l'incompatibilité de leur participation aux actes de la vie publique ou



privée avec la peine qui leur est infligée, tel est le double motif des diverses déchéances auxquelles ils sont soumis. (Mourlon, t. I, p. 117.)

Mais ces diverses incapacités ne sont qu'une exception à ce principe fondamental de notre Droit moderne : dans tout ce qui touche à l'état civil d'une personne, la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception.



## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN

- I. — Le mariage se formait par le consentement des époux, à la condition que la femme fût mise, d'une manière quelconque, à la disposition du mari.
- II. — Les servitudes ne pouvaient s'établir par pactes et stipulations.
- III. — La *querela inofficiosi testamenti* n'est pas une véritable pétition d'hérédité.
- IV. — Le fidéjusseur qui s'obligeait pour une somme plus forte n'était valablement engagé que dans la mesure de l'obligation principale.
- V. — La *litis contestatio* n'opérait point novation véritable.
- VI. — Le demandeur dans l'action négatoire devait prouver l'inexistence de la servitude.

### ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- I. — Le Droit coutumier vient du Droit germanique, transformé en Coutumes territoriales dans le Nord, et du Droit romain, transformé en Coutumes territoriales dans le Midi.



- II. — La loi salique fut d'abord orale ; les textes où se trouvent les gloses malbergiques sont antérieurs à ceux qui ne sont pas glosés.
- III. — Les Francs s'établirent en Gaule par voie de conquête, et non de concession.

#### DROIT CIVIL

- I. — L'enfant naturel reconnu par son père et par sa mère, de nationalité différente, suit la condition du père.
- II. — L'officier de l'état civil doit inscrire l'enfant comme étant né de père et mère inconnus toutes les fois que les déclarants refusent de donner le nom de la mère ; mais, s'ils le déclarent, l'officier de l'état civil *peut* et *doit* l'inscrire dans l'acte qu'il dresse.
- III. — Ainsi qu'il résulte des termes de l'article 395, la mère tutrice qui veut se remarier doit, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée ; à défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit, et son nouveau mari, d'après nous, reste responsable non-seulement des faits postérieurs, mais encore des faits *antérieurs* au mariage.
- IV. — Après trente ans, à compter du jour du décès du *de cuius*, l'héritier qui n'a pris aucun parti perd la faculté de renoncer.
- V. — Les enfants renonçants ne doivent pas être comptés pour le calcul de la réserve.



VI. — Le mari peut faire avec le concours de sa femme les donations d'immeubles prohibées par l'article 1422 du Code Civil.

VII. — La séparation de patrimoines constitue un privilège.

#### PROCÉDURE CIVILE

I. — On peut pratiquer une saisie-arrêt sur soi-même.

II. — Les jugements rendus en pays étrangers ont en France autorité de chose jugée.

#### DROIT CRIMINEL

I. — La prescription court contre l'action publique pendant la démence du prévenu.

II. — La diffamation à l'égard des morts peut servir de base à l'action publique.

III. — La passion ne peut servir d'excuse absolutoire à l'égard d'un délit.

#### DROIT COMMERCIAL

I. — A défaut de consentement du mari, la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce; toutefois, si le mari est interdit ou absent, elle le pourra, selon les circonstances.

II. — La faillite de la société entraîne de plein droit celle des associés.

#### DROIT ADMINISTRATIF

I. — Ce sont les ministres et non les conseils de préfecture qui forment la juridiction de droit commun.



II. — Les conseils de préfecture sont compétents en matière de travaux publics pour statuer sur les dommages permanents.

#### DROIT DES GENS

I. — La guerre est permise quand elle est la sanction d'un droit.

II. — La guerre est permise non-seulement dans le cas de légitime défense, mais encore pour éviter un plus grand mal.

III. — Les juridictions d'un pays envahi doivent continuer à rendre la justice au nom de leur État.

#### ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — L'existence de la réserve, contrairement à la liberté absolue de tester, se justifie par des considérations nombreuses et bien fondées.

II. — Relativement à la transmission des biens, le partage entre les héritiers est préférable à la concentration des biens sur une même tête, ainsi que le comporte le droit d'aînesse.

---



Cette thèse sera soutenue, en séance publique, le décembre 1879,  
dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

Vu par le président de la Thèse,

**Gustave BRESSOLLES.**

VU PAR LE DOYEN :

**DUFOUR.**

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur,*

**CHAPPUIS**

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.







# TABLE DES MATIÈRES

---

## DROIT ROMAIN

### CONDITION JURIDIQUE DES ESCLAVES A ROME

INTRODUCTION.....	7
TITRE I <sup>er</sup> . — <i>Condition de l'esclave au point de vue des mœurs et de la famille</i> .....	12
CHAPITRE I <sup>er</sup> . — Condition de l'esclave au point de vue des mœurs.....	12
CHAPITRE II. — Condition de l'esclave au point de vue de la famille.....	16
TITRE II. — <i>Condition juridique de l'esclave</i> .....	19
GÉNÉRALITÉS. — § 1. Nature de l'esclave.....	19
§ 2. Division de la matière.....	21
CHAPITRE I <sup>er</sup> . — Effets de la puissance dominicale relativement aux biens (acquisition de la propriété et autres droits réels), — de la possession, de l'hérédité ou d'un legs, — des droits de créance.....	22
Section I <sup>re</sup> . — Acquisition de la propriété et autres droits réels.....	22
Section II. — Acquisition de la possession.....	26
Section III. — Acquisition d'une hérédité, d'un legs.....	32
§ 1. Acquisition d'une hérédité.....	32
§ 2. Acquisition d'un legs.....	35



<i>Section</i> IV. — Acquisition des droits de créance.....	37
<i>Section</i> V. — Obligations naturelles des esclaves, — du pécule, — des actions indirectes.....	41
§ 1. Obligations naturelles.....	41
§ 2. Du pécule .....	47
§ 3. Actions indirectes.....	56
<i>Section</i> VI. — Incapacités diverses de l'esclave. — Exceptions .....	70
§ 1. Incapacité de l'esclave de figurer dans une instance judiciaire. — Exceptions .....	70
§ 2. Incapacité de témoigner en justice. — Exceptions.	72
§ 3. Incapacité de remplir des fonctions publiques. — Exceptions .....	72
CHAPITRE II. — Effets de la puissance dominicale sur la personne de l'esclave .....	74
<i>Section</i> I <sup>re</sup> . — Droits du maître sur la personne de l'esclave. — Adoucissements apportés à son pouvoir.....	75
§ 1. Droits rigoureux du maître sous la loi des Douze-Tables. ....	75
§ 2. Adoucissements à son pouvoir .....	77
§ 3. Influence des philosophes et du christianisme sur la condition des races serviles .....	79
<i>Section</i> II. — Crimes et délits commis par les tiers contre l'esclave. — Actions du maître contre les tiers.....	81
<i>Section</i> III. — Crimes et délits commis par les esclaves. (Action noxale.).....	86
<i>Section</i> IV. — Devoirs de l'esclave.....	94

## ANCIEN DROIT

DE LA CONDITION DES SERFS DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.....	96
CHAPITRE I <sup>er</sup> . — Transition entre l'esclavage à Rome et le servage dans notre ancien Droit .....	97
<i>Section</i> I <sup>re</sup> . — Transformation de l'esclavage en colonat...	97
<i>Section</i> II. — Transformation du colonat et de la servitude personnelle encore existante en servage.....	101
CHAPITRE II. — Condition des serfs.....	106
<i>Section</i> I <sup>re</sup> . — Aperçu général sur la matière.....	106



<i>Section II.</i> — Etude de la condition des serfs (neuvième et douzième siècles.) .....	109
<i>Section III.</i> — Aperçu général de la condition servile à partir du douzième siècle.....	116

### DROIT FRANÇAIS ACTUEL

INCAPACITÉS ABSOLUES DE DISPOSER PAR DONATION OU PAR TESTAMENT. — NOTIONS GÉNÉRALES.....	120
TITRE I <sup>er</sup> . — <i>Personnes incapables de disposer par donation ou par testament</i> .....	125
CHAPITRE I <sup>er</sup> . — Des insensés.....	125
<i>Section I<sup>re</sup>.</i> — Insensés interdits .....	125
<i>Section II.</i> — Insensés non interdits .....	134
§ 1. Insensés considérés en eux-mêmes (imbécillité, démence, fureur).....	134
§ 2. Insensés considérés relativement à l'interdiction qui est prononcée <i>postérieurement</i> aux dispositions entre-vifs et testamentaires (effet de cette déchéance sur ces actes) .....	141
§ 3. Personnes incapables par suite de causes physiques (sourds-muets, etc.).....	143
§ 4. Personnes incapables par suite de causes morales (passions violentes, jalousie, haine, erreur, dol, captation, suggestion).....	150
CHAPITRE II. — Personnes qui, par suite d'une condamnation, sont en état d'interdiction légale.....	157
TITRE II. — <i>Personnes absolument incapables de donner, mais qui peuvent tester</i> .....	163
CHAPITRE I <sup>er</sup> . — Mineurs au-dessus de seize ans.....	163
<i>Section I<sup>re</sup>.</i> — Notions générales.....	163
<i>Section II.</i> — Droit romain. — Ancien Droit.....	164
<i>Section III.</i> — Droit actuel .....	166
CHAPITRE II. — Femmes mariées.....	174
<i>Section I<sup>re</sup></i> — Droit romain. — Ancien Droit.....	174
<i>Section II.</i> — Droit actuel.....	176
CHAPITRE III. — Individus soumis à un conseil judiciaire. ....	180



Section I <sup>re</sup> . — Des faibles d'esprit .....	180
Section II. — Des prodigues .....	183
TITRE III. — <i>Personnes absolument incapables de tester, mais non de donner</i> .....	184
Section I <sup>re</sup> . — Droit romain. — Ancien Droit .....	184
Section II. — Droit actuel .....	186
Appendice. — § 1. Personnes qui, sans être interdites, sont placées dans une maison d'aliénés .....	189
§ 2. Étrangers .....	191
§ 3. Religieux .....	193
TITRE IV. — <i>A quel moment doit exister la capacité de disposer par donation ou par testament</i> .....	195
CONCLUSION .....	201

---

ERRATA

- Page 22, ligne 3, effacer à *titre onéreux*.  
— 59, ligne 13, au lieu de *s'éteint*, lire *devient annale*.  
— 130, ligne 27, au lieu de *défend*, lire *permet*.