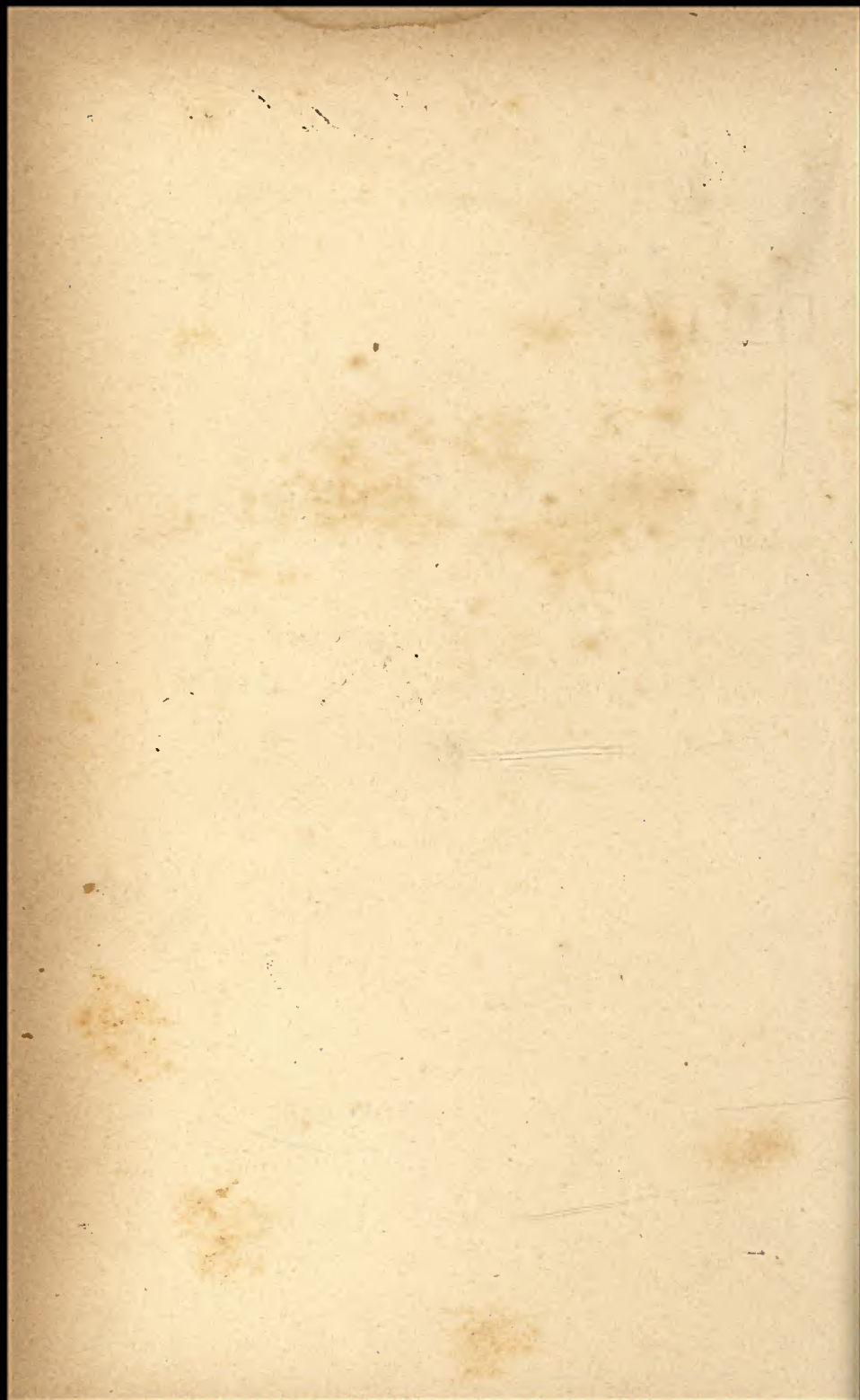


THÉORIE SYSTÉMATIQUE
DES
DROITS ACQUIS





BIBLIOTHÈQUE INTERNATIONALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE
publiée sous la direction de Alfred Bonnet

THÉORIE SYSTÉMATIQUE
DES
DROITS ACQUIS

CONCILIATION DU DROIT POSITIF ET DE LA
PHILOSOPHIE DU DROIT

PAR
FERDINAND LASSALLE

Traduction française d'après la deuxième édition allemande

PAR
J. BERNARD, J. MOLITOR, G. MOUILLET, A. WEILL

Revue et accompagnée d'une préface

PAR
Charles ANDLER

TOME SECOND

LE DROIT SUCCESSORAL ROMAIN
ET LE DROIT SUCCESSORAL ALLEMAND
dans leur développement historique
et philosophique

Ἡ ὁμοιογένεια τοῦ λόγου καὶ τῶν φαινομένων μαρτυρεῖται
καὶ τὰ φαινόμενα τῷ λόγῳ.

Aristote, De cœle, I. 3.

PARIS (5^e)

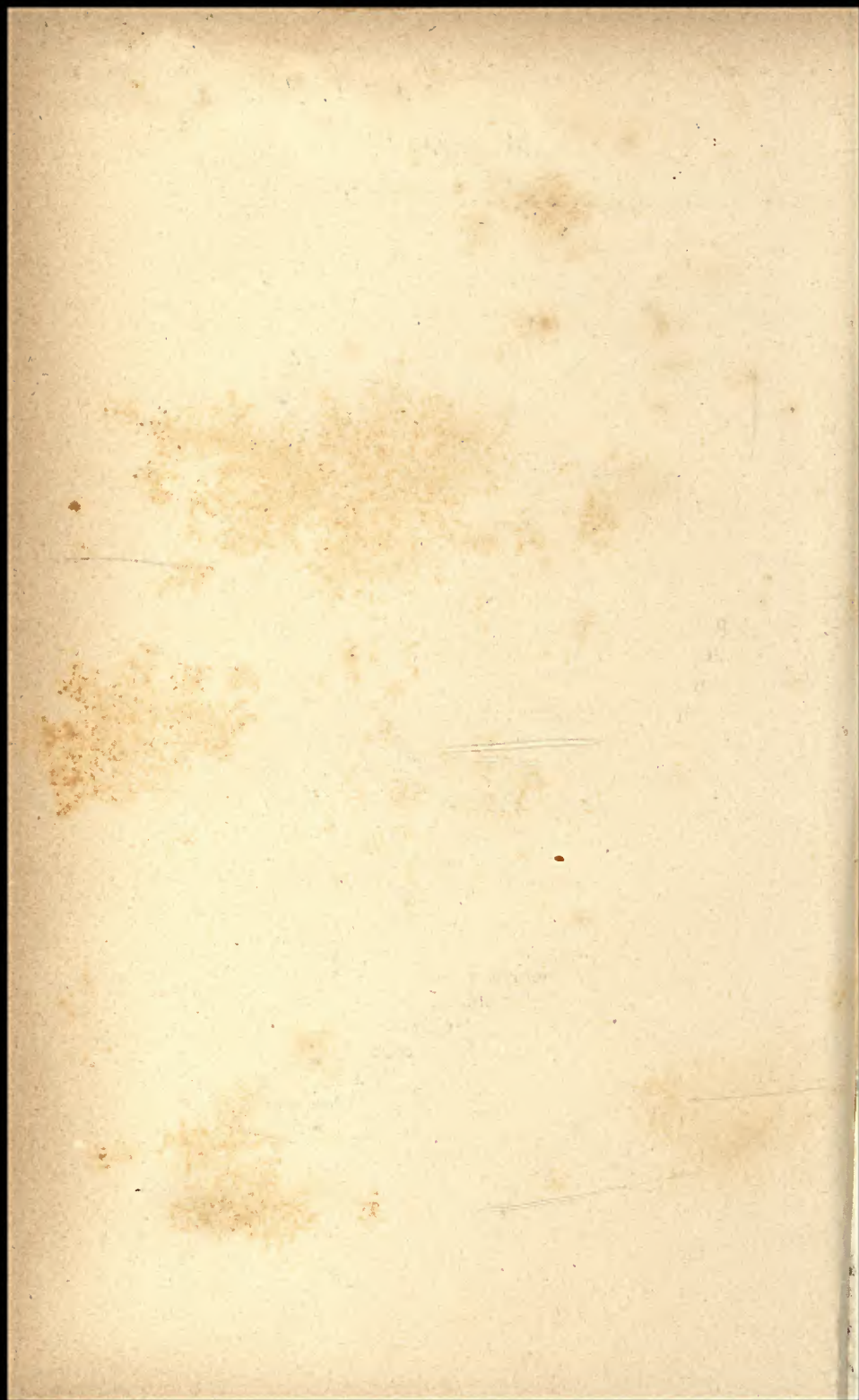
V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 12

1904

Tous droits réservés



THÉORIE SYSTÉMATIQUE

DES DROITS ACQUIS

I

LA NATURE DU DROIT SUCCESSORAL ROMAIN

En apportant la preuve de l'affirmation émise de manière assertorique au tome I^{er}, § 2, A., nous élèverons la dernière pierre d'angle sur laquelle est édiflée notre théorie, nous détruirons entièrement l'apparence de droits *acquis* ne provenant *pas* d'un acte de volonté individuelle de l'ayant-droit.

Il est vrai que, pour le défunt, la succession se présente même à première vue comme un acte de sa volonté, soit parce qu'elle repose sur une volonté testamentaire, soit parce que la succession *ab intestat* — lorsqu'elle se produit à défaut d'un testament — peut être considérée comme amenée et déférée à l'héritier par la volonté non exprimée du testateur.

Toutefois, même si cette considération extérieure suffisait à démontrer que la succession est une manifestation de la volonté du défunt, elle serait évidemment insuffisante à justifier notre affirmation ; car voici ce que nous affirmons ailleurs : Par suite de l'identité de volonté dans l'héritier et le défunt, exprimée dans le droit successoral, la volonté du défunt apparaît en même temps comme la



volonté identique de l'héritier, de sorte que l'héritier ne peut pas être considéré comme héritant par *un fait* ou par la seule volonté d'un tiers ; il hérite par *sa propre volonté*.

Ce qu'il nous faut donc prouver maintenant, c'est que toute succession repose sur la volonté individuelle de l'héritier, et qu'il y a identité de volonté chez l'héritier et le *de cuius*, identité qui est la base même de cette thèse.

Et il faut prouver cette identité tant pour l'héritier que pour le défunt — et d'abord pour celui-ci ; car la manifestation extérieure de la volonté du défunt en elle-même, — le testament ou l'omission du testament — ne peut en aucune façon suffire pour ce que nous voulons établir, vu qu'elle ne présente que la donation volontaire d'une certaine fortune à une certaine personne, mais qu'elle ne prouve nullement — non plus de la part du défunt — cette plus vaste identité de la volonté qui, à notre avis, existe entre lui et l'héritier.

La nécessité de cette démonstration constitue donc le lien entre ces pages et le tome 1^{er} : nous le ferons ressortir nettement en temps et lieu. Mais pour faire cette démonstration, il nous faut faire abstraction complète — en apparence — de ce lien, et procéder à l'exposition de la nature du droit successoral, nature qu'on ne peut discerner que dans la variété de son esprit historique chez les différentes nations.

En même temps nous trouverons la solution de la question suivante (nous l'avions déjà fait remarquer au tome 1^{er}, p. 443 et s.) : Pourquoi, dans le droit romain, l'acquisition de l'héritage ne se fait-elle que par adition, excepté pour le *suus*, alors que dans le droit germanique elle a lieu de plein droit, par la mort du testateur. C'est cette question qui s'est posée pour nous et qui devait se poser à la fin du premier volume, lorsque nous traitions de la nature formelle et juridique du droit successoral. Mais en même temps que se posait cette question, la discussion formelle et juridique du droit successoral était précisément arrivée à son



terme et devait faire entrevoir cette autre science qui seule peut faire ressortir la nature intellectuelle du droit. En recherchant le sens du droit successoral dans ses différences historiques, nous devons en rechercher en même temps la signification conceptuelle, et nous étions donc ramenés par la suite de notre enquête à cet autre problème : quelle est l'essence réelle et le sens du droit successoral et, par conséquent, de cette identité de la volonté ? Il en ressort donc que nous ne pourrions développer cette thèse dans le décousu et l'isolement, où apparaissent communément les preuves simplement adjuvantes d'une autre assertion. Car ce point est de ceux qui constituent le centre intellectuel de toute une institution, on ne peut donc les développer sans faire comprendre l'institution entière.

Voilà pourquoi nous avons le devoir d'exposer, dans la suite, l'essence du droit successoral — et, en premier lieu, du droit successoral romain —, c'est-à-dire de dégager toute cette institution du voile sensible qui l'a dérobée jusqu'à présent à la science, et de faire paraître son âme visiblement à travers la matière. S'il n'était donc pas nécessaire de donner à notre exposition l'étendue que nous aurions pu lui donner si nous avions voulu écrire une dogmatique du droit successoral romain, nous devons toutefois lui donner l'étendue et la richesse qui étaient nécessaires pour démontrer que cette âme est la seule puissance motrice dans toutes les parties du droit de succession, et jusque dans ses moindres formes. De cette manière, les parties non discutées de cette énorme matière s'éclaireront d'elles-mêmes. Car nous n'avons pas tenté seulement, dans ces pages qui vont suivre, une interprétation des divers passages du droit successoral romain, interprétation qui ne porterait qu'en particulier sur chaque passage soumis à l'examen ; nous avons surtout essayé de reproduire l'esprit créateur du droit successoral romain dont la seule action dialectique développe sans aucune peine et tout naturellement toutes ses parties, tous ses chapitres, ses dispositions substantielles et formelles, sa formation historique et ses



anomalies apparentes, jusque dans leurs derniers détails.

Il est donc évident qu'il nous fallait pour cela des détails très précis et une pénétration bien plus profonde des particularités positives les plus subtiles des décisions présentées dans les sources romaines, qu'elle ne se trouve dans les œuvres de nos juristes romains positifs.

Et ce devoir s'imposait de prime abord dans l'intérêt de la cause, une vérité n'étant vraiment prouvée que lorsqu'on la suit à travers toute la richesse concrète de son domaine et le dédale le plus compliqué de toutes ses exceptions apparentes. Pendant un certain temps de fausses interprétations peuvent sembler justes, mais cette apparence ne tarde pas à disparaître ; car les exceptions, les divergences, les contradictions et le manque de cohésion se produisent en masse.

Le critérium de la vérité est de pouvoir faire naître logiquement toute une matière aussi étendue et aussi abondante, jusque dans ses dernières dispositions et ses exceptions apparentes, jusque dans ses cristallisations les plus rugueuses, d'une seule idée et de sa simple activité. Et c'est dans ce sens que les auteurs positifs ont absolument raison lorsqu'ils proclament que la vérité juridique repose sur tous les éléments positifs et détaillés. Et cela est naturel ; car c'est là le réel où l'esprit se manifeste dans son activité concrète et se distingue de généralités incolores.

L'étendue assez considérable de notre livre était rendue nécessaire aussi par le fait que, pour faire ressortir l'essence du droit successoral, il faut le développer à un point de vue historique autant que dogmatique. Car un élément des plus importants de cet exposé nous paraît l'atteinte portée à la distinction usuelle entre le point de vue dogmatique et le point de vue historique du droit : On ne peut reconnaître même le caractère dogmatique d'une institution juridique qu'en comprenant sa nature historique, c'est-à-dire en comprenant la thèse historique de l'esprit où s'est produite l'institution en question. Voilà ce qu'il fallait exposer ici, pour remplir en une certaine mesure la pro-

messe faite plus haut, et pour justifier l'opinion émise d'une manière générale au tome I^{er}, pages 83 et s., sur les rapports existant entre le droit et l'histoire du droit — en d'autres termes, entre le droit naturel et le droit historique. Mais il ne pouvait suffire, à cette fin, de donner une esquisse vague et trop grossière des antagonismes historiques — de l'antagonisme entre le droit successoral romain et germanique. Au contraire, cet antagonisme important ne pouvait même pas être vraiment compris, si l'évolution produite au sein du droit romain n'était pas, au préalable, dessinée. Ce qui a le plus empêché l'intelligence du droit romain, c'est qu'on prend toujours comme point de départ sa forme justinienne qui n'est cependant que le dernier terme de ce droit et qui par conséquent ne peut être comprise que par le processus historique dont elle est le résultat. Cette manière d'identifier tout le droit romain avec sa dernière forme justinienne se rencontre très nettement chez nos auteurs positifs. Mais les philosophes du droit, même en partant du droit antérieur, traitent aussi *a priori* les sujets anciens sous l'influence des conceptions juridiques justiniennes — Gans lui-même, par exemple, est dans ce cas — ; ils ne peuvent donc comprendre ni ces sujets, ni leur évolution, ni la fin de cette évolution atteinte avec Justinien.

Nous, au contraire, quand nous parlerons du *droit romain* sans autre attribut, nous considérerons seulement l'ancien *jus civile*. Ce *jus civile* sera notre point de départ, et nous montrerons d'une façon suffisamment claire la nécessité et les facteurs de son développement, ses évolutions dialectiques dans ce processus, et la façon dont, après avoir parcouru ces différentes phases, il perd son propre caractère, finalement, sous Justinien. Mais malgré cette autodestruction presque totale de l'ancien *jus civile* sous Justinien, nous verrons par quel singulier mouvement dialectique l'idée fondamentale du *jus civile* est sauvegardée et maintenue dans cette destruction même. Le droit de Justinien est, par conséquent, le résidu d'un processus,

dont l'âme et la signification ne ressortent que de ce qui le précède.

Les difficultés de notre position, d'autre part, nécessitent un exposé détaillé. Déjà c'est une difficulté assez considérable de proclamer une conception du droit contraire à celle de Savigny et de Gans, de Hugo et de Puchta, de Huschke et de Böcking, et de tant d'autres juristes célèbres, — bref, une conception contraire à l'interprétation usuelle du droit successoral et considérée comme allant de soi ; nous sommes donc forcés de soutenir que non seulement certains détails, mais que l'ensemble du droit romain a été, jusqu'à ce jour, entièrement et sans exception, mal compris et méconnu, qu'il est resté une énigme non résolue.

Mais il y a une autre difficulté, plus importante encore : il nous faut commencer l'exposé de l'évolution du droit successoral romain par une affirmation qui peut sembler de prime abord un extrême paradoxe, ou même un manque de goût métaphysique ! Quand nos auteurs positifs liront que la nature de la succession romaine ne peut avoir aucun rapport avec le patrimoine, et qu'elle y touche seulement *par opposition* ; quand ils liront que l'héritier romain est l'héritier de la volonté, et non du patrimoine du testateur ; quand ils liront que la conception et l'intérêt du droit successoral romain et son origine historique restent en dehors de la sphère du droit civil, que le testament ne dispose pas de la fortune, que le principe du droit successoral civil ne peut pas du tout représenter une attribution de patrimoine, mais une conception toute contraire, pour ainsi dire métaphysique, théologique ; quand ils liront ceci, il est à craindre que bon nombre d'entre eux ne soient tentés d'interrompre la lecture de ce livre !

Mais qu'ils veuillent bien me lire ! Et nous croyons pouvoir affirmer qu'aucun d'eux — s'il prend la peine et s'il est capable de suivre sérieusement l'idée d'une œuvre — n'aura lu les premiers vingt paragraphes de ces recherches ; sans sentir une invincible conviction s'emparer de lui et



devenir peu à peu tout à fait positive. — Nous n'écrivons en aucune façon seulement pour des lecteurs prévenus de philosophie, et nous ne comptons aucunement sur eux. Car l'idée qui n'a pas la force de vaincre par elle-même son adversaire et de se l'assimiler, est impuissante, mauvaise et mensongère. Voilà pourquoi nous écrivons aussi en première ligne pour les juristes positifs, dont nous partageons d'ailleurs la haine contre toute philosophie attardée aux généralités. Et précisément cette haine commune doit leur garantir de prime abord qu'ils n'auront pas l'occasion ici de trouver de l'abstrait et de l'irréel ; elle doit les amener à suivre avec patience cette conception en apparence paradoxale et abstraite — mais en réalité toute concrète — jusqu'à ce que nous ayons montré comment s'en dégage la richesse concrète des dispositions les plus réelles de droit successoral.

Mais la conviction invincible que nous leur prédisons ne pourra évidemment s'emparer d'eux que lorsque notre conception aura été appliquée aux parties les plus concrètes et les plus détaillées du droit successoral. Lorsqu'on aura reconnu que toute cette matière, jusque dans ses derniers détails, jusque dans toutes les controverses des anciennes écoles sabinienne et proculéienne — dont la nécessité ne peut d'ailleurs être comprise que de ce point de vue — que toute cette matière n'est que le développement dialectique de cette conception, on sera convaincu que les abstractions en apparence tout à fait métaphysiques — dès qu'elles représentent une conception concrète — s'accordent avec les réalités toutes concrètes.

Les résultats obtenus seront la récompense de la patience dont on aura fait preuve. Ce résultat, nous l'avons déjà dit, sera en première ligne la découverte du droit successoral romain et de sa teneur intellectuelle, ainsi que celle du droit successoral en général (1). Mais il est tout à fait impos-

(1) On verra plus loin comment la méconnaissance du droit successoral romain amena nécessairement celle du droit successoral germanique.



sible de faire cette découverte, sans en faire en même temps deux autres : nous apprendrons la signification générale du *jus civile* romain, cette création tant intellectuelle que morale de l'esprit national romain, et en même temps — car au fond c'est la même chose — la position et la mission du peuple romain dans l'histoire de la civilisation universelle.

De plus, nous faisons remarquer que la nature même de notre travail exclut la réfutation spéciale des opinions émises jusqu'à présent par les auteurs. Comme nous aurions été obligés de faire face à tous nos prédécesseurs, et à tout instant, nous aurions simplement donné une étendue aussi inutile que fastidieuse à notre exposé. La réfutation vraiment critique doit être la conséquence du développement positif de notre théorie. Et ce point de vue s'imposait d'autant plus que les soutiens principaux de notre démonstration reposent et sur le développement de ce qui a été mal expliqué jusqu'ici, et sur l'explication de ce qu'on n'avait jamais essayé d'expliquer. Car il en est de cette question comme de toutes les autres : on ne mentionne pas l'inexplicable, ou bien on le considère comme évident, comme quelque chose qu'on n'a pas besoin d'expliquer.

Nous n'avons donc critiqué ces opinions de nos prédécesseurs que lorsque cela nous paraissait utile pour donner à notre travail une plus grande netteté, ou lorsque les opinions contradictoires et erronées des auteurs semblaient par leur rapprochement dégager plus aisément la vérité. Si nous avons surtout critiqué le *Droit successoral* de Gans, ce n'était pas pour engager une polémique contre ce livre, pour contester sa haute valeur ou les mérites de son auteur ; nous l'avons fait, parce que la tendance générale de ce livre est la plus rapprochée de la nôtre, et qu'il représente le traité le plus intelligent en matière de droit successoral.

Mais la philosophie veut qu'un travail, quelque spirituel qu'il soit, dès qu'il est fondé sur une conception purement abstraite, conduise à des conclusions non seulement abs-



traites, mais positivement fausses, souvent d'autant plus fausses que la conception primitive était proche de la vérité sans l'atteindre. Et cette abstraction défigure non seulement le total, mais aussi les détails, comme une caricature fait du physique. Sa physionomie réelle et sa propre caricature se pénètrent et interfèrent en chaque trait. — Il n'y a que la conception concrète qui puisse reproduire la réalité concrète.

Grâce à ce manque de coïncidence, l'œuvre de Gans n'a pu avoir d'influence sur les juristes positifs.

Il fallait révéler cette loi de la conception spéculative et protéger ainsi la philosophie contre l'habitude qu'on a de l'identifier avec l'abstraction : les discussions sur l'œuvre de Gans en étaient souvent l'occasion la plus propice.

La philosophie ne peut que gagner à ces discussions. Car on verra que Gans n'a méconnu l'esprit du droit successoral romain que parce qu'il était encore sous l'influence des interprétations empiriques du droit successoral.

Les idées empiriques — ce sont là les véritables abstractions !

I. — La conception de la succession romaine.

Il est tout à fait d'usage de parler de l'identité personnelle de l'héritier et du défunt, et les juristes romains ont eux-mêmes eu conscience du caractère idéal de leur matière à tel point qu'ils ont désigné cette identité personnelle comme l'essence du droit de succession (1). Toutefois cette

(1) Voir, par exemple, *Novella* 48, § 1 : «et hæc quidem in heredibus qui *idem cum defuncto quodammodo esse videntur.* » C'est aussi cette identité personnelle qui fait concevoir le droit successoral comme une *successio in universum jus defuncti*. L. 62, *de reg. jur.* (50, 17) : « *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.* » L. 59, *eod. tit.* : « *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat.* » L. 22, *de usurp.* (41; 3).



manière de voir qui, appliquée d'abord à la famille (1), l'a été ensuite au droit de succession, est précisément beaucoup trop vaste, partant beaucoup trop abstraite, pour le droit successoral romain ; elle ne peut donc être vraiment exacte. On verra plus loin qu'à un point de vue théorique elle ne s'étendrait pas suffisamment au droit successoral romain pour donner une interprétation véritable de la nature de celui-ci ; d'ailleurs l'identité personnelle ne peut être considérée comme un lien moral que lorsqu'il s'agit de la toute proche parenté, celle que Valérius Maximus (2) appelle *arctissimum inter homines procreationis vinculum*. Mais dans le droit romain, le fils et l'héritier ne sont pas du tout nécessairement la même personne.

Au point de vue pratique, cette manière de voir conduirait à des erreurs souvent considérables. Nous nous bornons ici à faire observer ce qui nous semble le plus décisif : précisément les droits tout à fait personnels — pour lesquels *personæ conditio locum facit* (3) — sont ceux qui ne passent pas à l'héritier (4).

Voilà pourquoi cette manière de voir est ensuite écartée pratiquement, et malgré la « *successio in universum jus defuncti* » et le « *ejusdem potestatis ac juris* » (v. page 17, note 1), les juristes romains, anciens ou modernes, ne nient point que tous ces droits purement personnels ne passent pas à l'héritier.

A cause de ce manque de coïncidence entre cette conception de l'identité personnelle et la matière du droit successoral romain, on voulut apporter à cette manière de voir

(1) Voir, par exemple, L. ult. C. de *impuber. et aliis subst.* (6, 26) : *cum pater et filius eadem esse persona pene intelligantur*.

(2) *Memorab.* lib. VII, c. VII, t. II, p. 89, éd. Bip.

(3) Cf. I, — 538, note 4 et 539, notes 1 et 2.

(4) Dans le droit attique, par contre, l'héritier est encore obligé de supporter les accusations portées contre le défunt ; de même, les honneurs accordés au défunt passent à l'héritier ; voir ISÆUS, *super Diaeogenis hered.*, p. 116, 118, éd. Reisk. Bunsen, *De jur. heredit.*, Athen., p. 78.

cette restriction que seule la *personnalité patrimoniale du défunt* passait à l'héritier. Mais c'est justement par cet essai, en apparence si justifié, de mettre en accord la doctrine du juriste romain avec l'objet matériel, qu'on tomba de Charibde en Scylla. On se dégageait d'une erreur abstraite pour tomber dans une erreur concrète et substantielle. Cette conception qui domine encore chez les auteurs contemporains est au moins aussi vieille que nos commentateurs du droit romain eux-mêmes. Il suffira, comme exemple, de citer Hugo Grotius : «.... vere causa hæc est quod heres *personam defuncti refert*, non in meritis, quæ sunt mere personalia, *sed in bonis*, quibus ut cohærerent ea quæ alicui debentur ex ipsa rerum inæqualitate, simul cum dominio fuit introductum (1) ». De là une doctrine que nous caractériserons le plus brièvement par les paroles de Puchta. Il développe la notion du droit successoral ainsi qu'il suit (2) : « L'ensemble des droits et des obligations qui se rapportent à ces *choses* et y trouvent leur mesure, le *patrimoine*, doit avoir une durée indépendante de la vie de la personne. Pour cela, il faut qu'après la mort on se représente continuellement la personne réelle disparue comme un sujet qui réunit en lui ces relations de droit ; il faut donc concevoir une personne juridique à la place de la personne naturelle. *Le patrimoine transmis renferme donc lui-même une personnalité* : la personnalité fictive du défunt. Cette affirmation est un complément nécessaire au droit patrimonial, elle seule lui donne la stabilité indispensable à son complet développement. Cette institution satisfait en même temps à un autre besoin ; car elle se rattache au passage des biens du défunt aux vivants. Pour que ce premier but soit atteint, ce passage ne doit pas se faire seulement pièce à pièce ; il doit au contraire renfermer et représenter la *personne du défunt au point de vue patrimonial qui doit être*

(1) *De jure belli ac pacis*, II, cap. XXI, § 49 (éd. Francof., 1696, p. 675).

(2) *Pandectes*, § 446 (5^e éd., 1850).

ainsi présenté dans le patrimoine considéré comme un tout. C'est là la conception de l'héritier et de sa succession, de l'ordre successoral et du droit que lui confère cet ordre », etc., etc...

Quand, plus tard, nous rappellerons cette doctrine, nous verrons en quoi celle-ci nous présente, surtout dans les phrases imprimées en italique, une suite d'erreurs radicales.

Il n'est pas possible, ici, de prouver ces erreurs ; pour l'instant, nous pouvons tout au plus montrer où en est la source ; nous pouvons expliquer pourquoi, à nos yeux, cette restriction corrective qui affirme que la *personne patrimoniale du testateur* passait à l'héritier nous faisait tomber de Charybde en Scylla, d'une erreur abstraite en une erreur substantielle et concrète.

Cette correction a amené l'altération suivante : en restreignant l'identité de personne — et cette restriction est pour les juristes romains la pensée même et l'essence de la matière du droit successoral — à la personnalité patrimoniale, le patrimoine et son passage à l'héritier deviennent le contenu substantiel, l'idée et l'objet du droit successoral romain ; il est vrai que cette conception, non seulement paraît exacte à première vue, mais même naturellement nécessaire et inévitable, et qu'elle a été considérée comme telle jusqu'à nos jours. Le droit successoral devient ici « droit patrimonial », simple « complément du patrimonial », comme le disait Puchta tout à l'heure. L'institution du droit successoral romain a été inventée, elle existe *à cause du patrimoine*, elle a comme but le passage de ce patrimoine à l'héritier et le payement des créanciers (1) ; c'est pourquoi l'ensemble de ces droits et

(1) Il est facile de prouver combien ceci est opposé à l'esprit de l'ancien *jus civile* ; ainsi : quand il y a adrogation, c'est-à-dire disparition d'un sujet volontaire indépendant, même quand son substratum matériel continue à exister, *les dettes de l'adopté disparaissent d'après le droit civil* : GAJUS, IV, § 38, et III, § 84 ; et les créan-



obligations successorales doit être considéré comme une « personne juridique » fictive; c'est dans le patrimoine transmis qu'est renfermée la personne du défunt; le but de l'héritage est de faire entrer l'héritier dans le patrimoine, afin qu'il y représente le défunt; toute cette durée de la personne juridique du défunt n'est qu'une fiction (1) créée *en vue du patrimoine* — qui devient partout, ici, la *substance* de l'héritage — et en vue de la discussion théorique du patrimoine. Ce sont là des principes que Puchta vient de nous exposer avec sa clarté habituelle, mais qui constituent tous une méconnaissance radicale de cette institution. Toutefois cette opinion n'est pas seulement celle de Puchta que nous n'avons citée que comme un représentant; c'est la conception unanime et incontestée de *tous* les auteurs, même de ceux qui pensent le plus (2), excepté Savigny, dont l'erreur

ciers ne peuvent obtenir la restitution que par l'équité prétorienne : l. 2, § 1; l. 7, § 2, 3, *de cap. min.* (4, 5); l. 2 *de in int. rest.* (4, 1).

(1) Si donc on admet la vérité de cette opinion, c'est un simple *expédient*; ceci apparaît aussi clairement que chez Puchta, chez Scherle qui (*Etudes pour la rédaction du Droit romain*, n° 1, p. 7, ERLANGEN, 1853) définit ainsi l'héritage : « un patrimoine avec un sujet fictif, car il n'est possible de le traiter comme patrimoine que par la fiction d'un défunt continuant à exister ».

(2) Voir, par exemple, Böcking qui (*Pandectes du Droit privé romain*, etc., 2^e éd. [BONN, 1853], I, 256, note 14) fait se transmettre à l'héritier « la personne du testateur ayant trait au droit des biens »; c'est pourquoi il voit (même ouvrage, p. 232) une personne juridique dans l'ensemble des biens, dans le patrimoine d'un défunt », et, logiquement, donne la définition suivante (*Traité des Pandectes*, 4^e éd., 1852, p. 27) : « Le droit successoral est le droit patrimonial de la famille qui se dissout », et il le désigne comme le « développement nécessaire des idées de famille et de patrimoine »; de même, au texte cité en premier lieu, p. 139, note 2, il déclare que le droit successoral romain est un droit patrimonial fondé sur le droit familial et qui en découle, etc... » Voyez aussi Huschke qui (« *Etudes sur le Droit romain* [Breslau, 1830], p. 233, note 59) nous montre le testateur transmettant la « faculté de disposer de sa fortune » au *testamentum per æs et libram*, etc... La même conception du patrimoine comme substance de la succession romaine domine aussi chez Gans (p. ex. p. 173 : « Comme le testament est le rapport entre

plus grande encore, et dont nous allons parler tout à l'heure, forme à la fois l'antithèse et la conséquence naturelle de l'intention que nous venons d'exposer.

Si nous considérons maintenant le rapport entre les deux conceptions qui ont été exposées, celle des Romains et celle de nos auteurs, il est clair que c'est un contraste très net. Ce n'était pas là, il est vrai, l'intention de nos auteurs. Ils voulaient simplement limiter, de manière plus précise, la conception que se faisaient les juristes romains de l'identité de personne entre l'héritier et le défunt, limiter aussi leur définition de la transmission à l'héritier de l'*universum jus defuncti*, en définissant plus nettement par le terme de « personnalité patrimoniale » la personnalité du défunt transmise à l'héritier. Cela semblait d'autant plus naturel que la définition des juristes romains était manifestement trop vaste; cette restriction paraissait donc y être ajoutée logiquement, tirée du propre sens de cette définition. Mais quoique ce ne fût pas là leur intention, cette restriction a cependant eu comme effet de faire tomber dans la conception nettement opposée à celle des juristes romains. En alliant les mots de : *Personnalité patrimoniale*, un contraire avait dévoré l'autre, comme il arrive

la volonté du testateur et le *patrimoine* »; ou bien, p. 241 : « Le droit de la famille [droit successoral *ab intestat*] entre en ligne de compte au moment de la dissolution de la famille, et il constitue lui-même cette dissolution dans le domaine du *patrimoine* », etc.); cette conception, comme nous le verrons plus tard en détail, devait nécessairement forcer cet homme spirituel à manquer son sujet à chaque pas.

La contradiction dans cette conception de la succession, que nous développerons plus tard dans notre texte, devient un véritable tourment dans une dissertation de Huschke dans le *Rhein. Museum*; précisément parce que la contradiction y est un tourment pour elle-même, cette dissertation n'a été dépassée par rien de ce qui a jamais été écrit sur la succession, et elle est même supérieure à Gans sous ce rapport. Pour cette raison nous soumettrons plus tard cette dissertation à un examen approfondi (voyez le supplément du n° XL).



toujours, grâce à la dialectique intérieure de l'idée, quand on relie ensemble deux idées opposées, sans s'être rendu maître de leur dialectique intérieure; ici le *patrimoine* avait dévoré la *personnalité*.

Quoiqu'on ait remarqué fort peu ceci jusqu'à présent, c'est cependant indiscutable, et c'est évident rien qu'après l'analyse faite plus haut de la deuxième opinion. Des deux facteurs dont il peut être question à n'importe quel titre en matière de droit successoral, la *personne* et le *patrimoine*, et qui, d'après leur sens, sont des contrastes purs, le seul qui dans la doctrine des juristes romains pouvait être transmis était la *personne*, et il n'était nullement question du *patrimoine*. Une personne revêt la peau d'une autre personne; et comme elle est maintenant cette autre personne, il est clair que le patrimoine de celle-ci lui appartiendra aussi; mais ce qui est la substance, l'âme, l'idée de ce processus juridique, c'est cette *mue* et non la transmission du patrimoine; celle-ci, comme une chose toute secondaire, comme simple conséquence fortuite et de fait, reste à l'arrière-plan et est passée sous silence.

Ici on voit donc que — en opposition avec la deuxième opinion — la personnalité a dévoré le patrimoine auquel on ne prête aucune attention. Mais cette conception a nécessairement dû se manifester comme fautive, à cause de sa trop grande étendue, puisqu'on ne revêt pas avec la personnalité les droits purement personnels; alors le contraire eut lieu: on désigna la peau qu'il fallait revêtir comme la peau patrimoniale du défunt, et la *personnalité* qui devait être transmise par l'institution de l'héritage était supprimée et se fondait dans le *patrimoine*. C'est le patrimoine maintenant qui devient la substance et la signification de ce processus, le maintien des différents droits en matière patrimoniale et des obligations vis-à-vis des créanciers, la transmission de l'héritage à l'héritier, bref, le patrimoine, et la manière de l'envisager devient partout et toujours le *but* et la *raison*, l'idée et la substance de cette institution. Y a-t-il encore trace ici de la *personnalité* du testateur, de

la conception de la transmission de celle-ci à l'héritier, de l'identité personnelle entre les deux ? La *personnalité* a entièrement disparu ici ; elle est renfermée maintenant dans son *contraire* ; l'ensemble des biens, le patrimoine ; et alors elle n'a d'autre signification que celle d'une fiction inerte, simplement machinale pour traiter du patrimoine selon les règles de l'art ; c'est-à-dire qu'elle ne devient pas ici une conception existant nécessairement dans la substance et la précision primitive de l'esprit populaire romain, conception que nous serions autorisés à appeler aujourd'hui une fiction parce que nous ne la partageons plus. Elle devient *une fiction inventée par les juristes romains, une fiction pure, et, consciente d'être fiction, elle devient un expédient juridique ayant pour objet l'exposé théorique du patrimoine* (cf. plus haut, p. 13, note 1).

Nous voyons donc que, si dans la définition que font les juristes romains de l'essence de l'héritage, l'*identité de personnes* forme la substance de cette idée et que l'idée de patrimoine est entièrement fondue en elle, par contre, dans cette deuxième opinion, le *patrimoine* est devenu la substance et est au premier plan, et la transmission de la personnalité du défunt à l'héritier, quoiqu'il en soit question dans les *mots*, a pourtant disparu quant à la chose et a été dévorée par le *patrimoine* ; le *patrimoine* a pris maintenant au service de son fonctionnement ininterrompu, comme simple ressource machinale et fictive, l'idée que les Romains nous représentent comme l'essence même de la chose.

Et la critique dialectique que nous exerçons est à un tel point la vérité propre de cette deuxième opinion, qu'elle n'est pas seulement notre critique négative à nous : elle se manifeste aussi bien même dans l'*Histoire de la science du droit* comme la conséquence *positive* de cette opinion.

C'est Savigny qui (1), — au moment où cette question devait être nécessairement discutée et voyant l'unanimité

(1) *System*, II, 363-373, § 102.



avec laquelle est défendue la deuxième opinion par les auteurs, — à propos de la question de la personnalité de l'héritage tombé en déshérence, commet l'erreur plus grande encore de *nier absolument* la personnalité de l'héritage ; c'est-à-dire, il prétend qu'elle n'est qu'une fiction inventée par les juristes romains parce que des esclaves pouvaient faire partie d'un héritage, et pour faciliter certains genres d'acquisitions faites par ces esclaves ; mais cette fiction devait être *limitée à ce seul cas* (1) ; qu'on ne peut donc justifier d'aucune manière le maintien de cette fiction comme élément du Droit romain actuel.

Si les auteurs ont attaqué Savigny presque unanimement à cause de cette opinion et se sont opposés à lui, il faut s'étonner seulement qu'ils n'aient pas vu que cette opinion, malgré son erreur immense, était cependant la conséquence inévitable et la vérité dévoilée de leur propre doctrine qui vient d'être développée. C'est qu'elle *exprime* simplement ce qui existe déjà chez eux *réellement*. Une fois que le pa-

(1) La manière la plus *simple* et la plus *naturelle* de traiter ce cas (l'héritage en déshérence) », dit Savigny à l'endroit cité, p. 365, « serait sans aucun doute de considérer l'héritage à partir de la mort, comme le patrimoine d'un maître encore inconnu, mais qui sera certainement connu un jour, et auquel il faut alors rapporter tout ce qui dans l'intervalle a pu arriver à cette fortune. C'est le traitement *naturel* que le Droit romain ne veut pas admettre, en mettant à la place une fiction sous deux termes différents. » Il essaie de prouver alors ce qu'il résume en ces termes à la page 373 : « Le traitement particulier de l'héritage en déshérence à l'aide d'une fiction se limitait chez les Romains à la facilitation de certaines acquisitions par les esclaves faisant partie de l'héritage » ; et de là il tire la conclusion que, puisque l'esclavage a disparu, cette fiction ne peut plus être maintenue comme une partie du Droit romain actuel. — Et il est certain que, si l'idée de l'héritage romain était le patrimoine, ce serait là la manière la plus naturelle et la plus simple, la *seule possible même*, de traiter cet héritage ; personne ne le niera jamais. Nous le prouverons dans le cours de notre développement. Cela est d'ailleurs déjà objectivement prouvé par le fait que des droits successoraux, dont la substance est dans la fortune, ignorent en effet cette fiction.

Lassalle II.

2



trimoine est la substance de l'héritage, que la transmission de la personnalité n'est plus qu'une fiction créée en vue de l'arrangement régulier de ce mécanisme patrimonial et de ses fonctions, — c'est alors une *fiction reconnue comme telle*, une *invention juridique*, un simple expédient dans lequel la personnalité n'est qu'apparence et moyen, tandis que le roulement du patrimoine est ce qui vit et agit. Qu'importe, alors, que cette fiction reconnue comme telle ait été inventée simplement pour expliquer et faire comprendre quelques cas particuliers d'acquisitions de fortune, ou bien pour expliquer et faire comprendre *tous* les cas en général du roulement de la fortune? Böcking (1) s'opposant à Savigny s'écrie avec un sentiment plus profond du vrai : « Des conceptions de droit, comme celles dont il est question ici, ne sont pas des *règles inventées* ! » Mais la supposition de la personnalité dans l'opinion qu'il défend reste cependant, elle aussi, une de ces « règles inventées », et cela nécessairement si l'essence du droit successoral consiste à être « droit patrimonial » et « développement de l'idée de patrimoine ».

La quantité ou la totalité des cas qu'elle sert à régler ne change rien à son caractère de simple invention juridique, de moyen machinal adroitement imaginé pour un but raisonnable, entièrement étranger à cette conception de la personnalité — pour les besoins du droit patrimonial. Une conception substantielle organique de l'esprit populaire, dont cette fiction juridique ne serait que l'*expression* et l'*image*, ne se manifeste pas sans cette opinion ; elle n'y est même pas possible.

De notre côté nous ne pouvons guère considérer l'opinion de Savigny (2), quoiqu'elle soit combattue par les autres, comme une tierce opinion, mais simplement comme la conséquence de la deuxième, exprimée avec une raison

(1) Pandectes du Droit privé romain, I, 232, note 5.

(2) Et celle-ci est juste jusqu'à un certain point : comme nous le verrons plus tard, la personnalité de l'héritage n'est point du tout renfermée dans la *matière* de l'héritage.



claire, comme la fausseté et la décomposition de cette deuxième opinion se manifestant objectivement.

Il est évident que ce n'est guère une recommandation pour cette deuxième opinion, d'être ainsi intérieurement en opposition établie, au point de vue du sens, avec la définition du juriste romain. Car si, d'une part, il est tout naturel qu'un esprit populaire n'ait pas besoin d'arriver, dans ses représentants, à une idée transparente pour elle-même, à la connaissance claire de sa force active intérieure, d'autre part, il est cependant absolument impossible qu'il se méprenne sur lui-même dans ses représentants, au point de considérer comme son essence le *contraire* de son essence. Néanmoins, et pour les raisons données plus haut, nous ne pouvons nous en tenir à cette définition des juristes romains.

Il faut donc que la nature du Droit successoral romain soit conçue de manière plus précise et plus concrète que ne l'exprime l'idée de l'identité de personnes trop vaste et empruntée à l'unité de sang dans la famille. Son véritable développement ne pourra être qu'un développement *organique*, se formant de la substance même de l'esprit populaire romain ; et nous passons maintenant à ce développement organique.

On désigne d'habitude le christianisme et le monde germanique comme les degrés dans lesquels *l'infinité du sujet* a pris conscience de lui-même et a été proclamé Principe. Et cela est juste, si l'on entend — comme on le fait habituellement — par « infinité du sujet » l'infinité de *l'esprit* subjectif en tant que l'être pensant dégagé du monde extérieur et rapporté uniquement à sa propre intériorité.

Mais cette infinité du sujet, qui est l'infinité de *l'esprit*, est précédée nécessairement dans l'histoire qui est le développement progressif de l'esprit par une autre *infinité du sujet*, *extérieure* celle-ci : l'infinité de la *volonté* subjective en tant qu'intériorité de la personne se rapportant encore au monde extérieur et s'y rattachant comme à son objet.

Et c'est là ce qui fait l'importance du Droit successoral romain et de l'esprit romain en général.



Un passage court et naïf de Quintilien nous dévoile, mais il faut en saisir le véritable sens, le secret intime de l'esprit romain : « Car il ne semble pas, s'écrie Quintilien (1), qu'il y ait d'autre consolation de la mort que la *volonté qui franchit la mort.* »

L'immortalité romaine — car c'est là ce que nous prétendons être le sens véritable de cette phrase — l'*immortalité romaine c'est : le testament !*

Nous sommes persuadés que, si on les comprend bien, cette seule phrase et la courte explication qui l'a précédée suffisent à dévoiler la nature intime de l'esprit romain et à éclairer subitement la nécessité historique de ses créations. Car, non seulement nous reconnaissons par là la véritable signification et la nécessité intérieure de l'origine du Droit successoral romain, mais de plus nous voyons pourquoi le Droit en général ne peut être que la création de l'esprit populaire *romain*, et, d'autre part, pourquoi il a pu atteindre chez ce peuple à un degré de virtuosité et de perfection qui n'a plus été atteint depuis. Car, puisque cette infinité de la volonté subjective, rapportée au monde extérieur qu'elle se soumet, en est le principe essentiel, elle produira nécessairement ce monde extérieur et ses rapports comme un *système de la valeur attachée à la volonté*, c'est-à-dire qu'elle créera la première le *système organique du droit*. Ou bien on peut appeler tout de suite l'infinité de la volonté subjective l'*infinité de la subjectivité du droit* en général. C'est pourquoi jamais aucun peuple et aucune science postérieurs ne dépasseront ou n'atteindront le monde romain dans cette création, parce que la nature intime de l'esprit populaire s'y est manifestée dans sa substance particulière, comme l'esprit du monde grec s'est

(1) QUINTILIANI DECLAM, CCCVIII : « Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem. Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus. »



manifesté dans la plastique, et celui du monde judaïque dans la religion.

Il est établi, en même temps, comment et pourquoi c'est précisément le *droit successoral* qui forme l'idée centrale spéculative particulière de tout le Droit romain, et pourquoi justement cette idée centrale est un édifice plus grandiosement, plus particulièrement et plus systématiquement parfait que tout autre dans le Droit romain.

De plus, nous avons expliqué en même temps le rôle presque inconcevable du testament aussi bien dans la conception des Romains que dans l'histoire de son Droit, la signification de la *testamentifactio* dans ce Droit, l'importance et la sainteté incomparables qu'il attribue au testament (1), importance qu'on peut à juste titre comparer à

(1) Ceci explique ce qu'il y a d'écrasant dans la nomination d'*intestabilis* ; voyez p. ex. ILLORAT, *Satyr.*, II, 3, v. 181 : ... *is intestabilis et sacer esto*. PLAUTE, *Curcul. Act.* I, sc. 4 : *Semper caveto, ne sis intestabilis* ; cf. le « *improbis intestabilisque esto* » des lois des Douze Tables, cf. GELLIUS, *Noct. Att.*, XV, c. XIII. Il serait très erroné de croire que, puisque *intestabilis* désigne aussi bien un homme qui ne peut pas faire de testament qu'un homme qui ne peut pas rendre témoignage, il ne faut songer ici qu'à ce dernier. D'ailleurs, les deux incapacités coïncident déjà extérieurement : GAJUS, l. 26, *qui test* (28, 4) : « *Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius ut quidem putant, neve ipsi dicatur testimonium* » ; et ULPHEN, l. 18, § 1, eod. tit. : « *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit ; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.* » D'où vient cette coïncidence chez les Romains de qualités toutes différentes pour nous ? Ce n'est qu'au chap IV que leur *lien* intérieur s'expliquera de lui-même. Nous y verrons que le testament n'est autre chose que le *témoignage que rend l'esprit de sa propre existence*, et nous en verrons (*testatio mentis*) aussi la raison. Celui qui ne peut rendre témoignage, ne peut accomplir l'acte suprême du témoignage, le témoignage de soi qui est l'essence du testament ; ceci se manifeste extérieurement au point de vue juridique de la façon suivante : les *autres* ne peuvent lui rendre témoignage au sujet de cette manifestation de son propre esprit, « *neve ipsi dicatur testimonium* », donc il ne peut faire de testament. — De même, celui qui ne peut accomplir cette manifestation

l'importance que l'Égyptien attribue à son tombeau, dont l'érection lui paraît le but principal de la vie (1).

Il y a un passage dans Cicéron, aussi bref que celui de Quintilien, qui fait non seulement ressortir avec la même clarté, quand on le considère avec le regard du concept objectif, l'idée du Droit successoral romain, mais qui encore — quoique Cicéron ne s'en rende pas compte — fait ressortir le vrai développement historique du Droit successoral jusqu'aux Romains. « Quid *procreatio liberorum*, dit Cicéron (Tuscul. Quæst. I, c. xiv) quid *propagatio nominis*, quid *adoptiones filiorum*, quid *testamentorum diligentia*, quid *ipsa sepulcrorum monumenta*, quid *elogia significant*, nisi nos futura etiam cogitare ? » — Que « signifient l'engendrement des enfants, la reproduction du nom et l'adoption de fils, le soin du testament, que signifient même les monuments funéraires, si ce n'est que nous considérons même l'*avenir* ? »

Nous prétendons qu'il suffit de considérer ce texte avec les yeux du concept pour trouver, en une mesure qui dépasse même la conscience directe de Cicéron, la marche véritable au point de vue de la pensée du développement historique universel du Droit successoral et la *différence spécifique* de ce Droit chez les Romains.

La procréation des enfants, premier des facteurs cités

de son propre esprit, cette divulgation de son âme, ne peut non plus rendre témoignage au sujet de ce que d'autres (personnes ou événements) ont posé dans le domaine de cet esprit. Car tout témoignage de fait etc., étant un témoignage sur des perceptions, est un témoignage sur notre propre âme et son activité subjective. L'esprit qui, privé en principe de cette manifestation de soi, n'est plus esprit ou sujet pour lui-même, ne peut plus l'être non plus pour d'autres, et ne pourra donc plus témoigner pour les autres. Dans les deux cas, ce qu'il y a de substantiel dans les rapports et d'écrasant dans la désignation d'*intestabilis* n'est que l'*incapacité de se manifester soi-même* ou l'*incapacité de faire un testament*. Cf. aussi plus loin.

(1) Ceci éclaire immédiatement le rapport étroit du testament avec les idées religieuses des Romains et les *sacra*; mais il en sera question plus tard.

par Cicéron, est la reproduction naturelle et véritable de la personne. Ici, l'identité du sang crée la véritable identité de personnes dans la famille, et c'est sur cette identité naturelle de personnes qu'est fondée la première forme principale du Droit successoral, le droit *ab intestat* de la famille orientale.

Le deuxième facteur que fait ressortir Cicéron est la *propagatio nominis*, la propagation du nom par l'adoption (c'est par une tournure oratoire que Cicéron sépare l'une de l'autre la *propagatio nominis* et l'*adoptio filiorum*). Ce qui est produit ici, ce n'est déjà plus l'identité de personnes, c'est l'*identité du nom*. Grâce à elle, le nom de l'individu continue à vivre dans son peuple, elle se manifesterà donc principalement là où l'individu ne s'est pas encore replié dans sa nature subjective, mais où la valeur substantielle et la véritable infinité de sa nature repose pour lui sur des rapports avec tout son peuple. Le Droit successoral fondé sur l'adoption joue par conséquent son rôle principal dans le monde grec (1).

Le troisième facteur que Cicéron met en parallèle est le testament ; à l'inverse de la *propagatio nominis* qui, à son avis, renferme aussi l'adoption, les testaments se fondent d'eux-mêmes, sans qu'on ait recours au fameux passage de Quintilien, en une *propagatio voluntatis*, en une *reproduction de la volonté subjective comme telle*. Ce n'est plus la reproduction naturelle et l'immortalité de l'individu qui se fait par la procréation de la famille, ce n'est plus la reproduction et l'immortalité du nom, qui se fait par l'adoption ; c'est la reproduction et l'immortalité de la *volonté subjective comme telle* qui se fait par le *testament* et qui forme l'essence du Droit successoral romain (2).

(1) Cf. GANS, *Droit successoral*, I, 383 et s., 315 et s.

(2) Donc Gans ne rend pas justice à Cicéron en blâmant ces paroles (*Droit successoral*, II, 448) ; il dit : « Cicéron met ici la rédaction soigneuse des testaments sur la même ligne que les exigences substantielles de la famille de la tribu et de la religion ». Gans méconnaît profondément l'idée objective du testament et la pensée

La reproduction et l'infinité de la volonté subjective — en tant que celle-ci est l'intériorité de l'homme rapportée encore au monde réel extérieur comme à son objet, — c'est là l'essence vraie du Droit successoral romain exprimé avec précision.

Le testament est la manière dont l'infinité du sujet est apparue à l'esprit romain et dont elle a été conquise par lui.

Nous avons reconnu en même temps le côté positif du testament et quel facteur dialectique du progrès est ce testament pour le développement historique universel de l'idée de liberté; c'est une valeur positive que Gans ne remarque même pas quand il reproche au testament romain son côté négatif et sa critique négative, « le vide et l'arbitraire de sa position » (1).

Quoique ceci puisse être juste en ce qui concerne les testaments d'aujourd'hui, il est cependant essentiel de comprendre d'abord le sens affirmatif que représente l'idée du testament chez les Romains; et celui-ci consiste précisément en ce qu'il a transporté la nature et l'infinité de la subjectivité dans l'intériorité de la volonté pure, dégagée des bornes que lui imposait la nature immédiate de la nature et de la race. C'est ce triomphe de la liberté pure du vouloir, de l'intériorité abstraite qui permet à l'esprit romain de former le premier degré dialectique de l'intériorité

véritable, que nous venons de faire ressortir, de ce passage de Cicéron. Cicéron veut prouver que les hommes ont en vue le temps après leur mort (*futura cogitare*), et il conçoit avec raison cette continuation de soi-même par soi comme l'idée fondamentale commune aux trois institutions analogues et cependant si différentes : la famille, l'adoption et le testament, grâce auxquelles le droit privé accomplit cette immortalisation de l'individu. De plus, il faut reconnaître dans le testament un progrès historique : la nature de la personnalité s'y trouve placée dans l'intériorité de la volonté dégagée de la nature immédiate de la personnalité.

(1) Cf. GANS, partout; par ex. : II, 31 ss.; 175, 183 s., 232 et ss. et ailleurs.



rité plus profonde et plus abstraite encore de l'esprit chrétien.

Mais si la volonté subjective doit se manifester réellement comme une volonté infinie malgré les bornes que lui pose la mortalité de la personne, il faut qu'elle surmonte cet obstacle ; elle n'y parvient que si elle a le pouvoir d'instituer librement, par l'action de sa propre intériorité, une autre volonté, sa continuatrice et sa représentante ; elle continue ainsi son existence propre par une autre personne qui manifeste de la volonté (1). Il ne serait pas suffisant, pour

(1) Comme il ressort de ce qui précède, nous considérons provisoirement l'héritier testamentaire comme l'héritier en général, par conséquent comme le représentant à la fois de l'héritage par testament et de l'héritage *ab intestat*. Il ne nous sera possible que plus tard (aux §§. 22, 24, 40) de développer le rapport particulier entre le Droit successoral testamentaire et le Droit successoral *ab intestat*, de même que la différence et le contraste, qui existent entre eux sans cependant nuire à leur unité. Nous établirons en même temps de manière décisive et concrète que nous avons le droit de considérer l'héritier testamentaire comme le représentant à la fois du Droit successoral testamentaire et du Droit successoral *ab intestat*. Provisoirement, nous n'appuierons cette généralisation que par deux raisons : 1° manifestement l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat* ont de commun d'être tous deux des héritiers d'après le droit civil ; et 2° on se rend et on s'est rendu compte souvent — imparfaitement, il est vrai — par le simple sentiment, que l'héritier testamentaire est le sommet du Droit successoral romain. Nous reconnaitrons qu'il est la réalité adéquate de la conception de la succession chez les Romains. Il nous servira donc à exposer les facteurs réels de cette conception, et alors seulement nous pourrons — car on ne saurait dire plus d'une chose à la fois — établir la différenciation intime de la successibilité. Ainsi nous sommes non seulement autorisés, mais même forcés d'identifier provisoirement toutes les sortes de succession avec la succession testamentaire. Sans doute on reconnaît, du moins *en thèse générale*, le principe que l'héritier testamentaire est le point extrême du développement du Droit successoral romain ; on l'accepte par sentiment, grâce à l'importance extérieure que les Romains accordent à l'héritier testamentaire. Mais dès qu'on étudie le rapport entre le Droit successoral testamentaire et le Droit successoral *ab intestat*, l'opinion dominante est au contraire tout opposée. Alors les meilleurs auteurs

l'infinité de la volonté, que cette volonté eût simplement pris des dispositions pour le partage de la fortune après la

nous enseignent ceci : le principe du droit successoral est le droit *ab intestat* comme droit patrimonial de la famille. C'est de lui que s'est dégagée la faculté de disposer autrement des biens. C'est ainsi que Böcking, par exemple, définit dans un passage cité plus haut (p. 16) le droit successoral « le droit patrimonial de la famille qui se dissout ; » il l'appelle (Pandectes du droit privé romain, I, 130, n° 2) « le droit patrimonial ayant sa source et sa base dans le droit de la famille », et au même texte, p. 130, note 8, il dit nettement : « Nous verrons au 3^e livre que, d'après l'opinion des Romains sur le droit aussi, tout droit successoral est au fond un droit des membres de la famille, que le droit successoral testamentaire n'est résulté que de la possibilité admise de *remplacer* l'élément naturel dans le lien moral de la famille. De même Mommsen, Ihering et d'autres appellent le testament en ce qui concerne le *testamentum calatis comitiis* une « dispense de la succession légale, » etc...

Sans aucun doute, s'il en était ainsi, notre route qui part de l'héritier testamentaire nous égarerait, car elle serait faussée en principe. Et non seulement il nous égarerait mais même notre conception renfermerait en elle ce qu'il y a de faux déjà dès le début. La différence au point de vue du contenu entre notre conception de la succession romaine et la conception des auteurs que nous venons de citer, est certainement suffisamment claire. Car d'après nous le concept et la signification historique de la succession romaine consistent précisément en ce que la volonté subjective acquiert une infinité continue, dégagée de tous les liens et les rapports étroits avec la nature, le sang et la famille, et cela en partie par l'intériorité de la volonté pure. C'est l'infinité intérieure de la volonté subjective qui a pris conscience d'elle-même et a vaincu, pour se réaliser, les obstacles que lui opposait la mort. Par conséquent, dans cette réalisation d'elle-même, elle ne pourra développer qu'elle-même : cette infinité de la volonté, elle ne saurait être liée à un autre contenu.

Mais aussi il est démontré immédiatement que l'opinion que nous venons d'exposer des auteurs sur les rapports entre le droit successif testamentaire et le droit *ab intestat* — opinion inévitable si l'on a pris comme point de départ le patrimoine considéré comme substance de la succession — est une erreur radicale et des plus profondes qu'il soit possible de faire dans le domaine du Droit successoral, et qui forme le contraste le plus net avec tout ce qu'il y a de positif et d'historique dans le Droit romain. Tandis que se-

mort. Car dans ces conditions la volonté du défunt ne serait prolongée qu'un instant au delà de sa durée naturelle,

lon cette opinion le droit successoral *ab intestat* est le principe fondamental du droit de succession et que le droit testamentaire n'a que la valeur d'une déviation permise, les Romains au contraire sont de l'avis opposé : le testament est pour eux le principal, et le droit de succession *ab intestat* n'a qu'une valeur subsidiaire. ULPYEN, l. 39, *de acqu. vel. om. her.* (29, 2) : « Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. » Le droit de succession *ab intestat* ne doit donc entrer en ligne de compte que subsidiairement, quand il n'y a pas de testament ! Sort étrange de la considération juridique raisonnée et non spéculative : elle entre toujours nettement en contradiction avec son sujet et ses sources ! Mais cette opinion contredit à sa matière dogmatique et de plus à la marche historique de celle-ci ; car tandis que le droit le plus anciennement connu avec certitude, le droit des douze tables, accorde une liberté absolue en matière de testament et dégage le testateur de tous égards pour les membres de la famille, le véritable droit de la famille (le droit de succession des cognats) n'a pu obtenir de valeur légale que lentement et pas à pas, et seulement avec le secours des prêteurs (cf. plus loin à propos de la *querela inoffeiosi*, n° 10). Et troisièmement l'ancien droit successoral civil *ab intestat* — abstraction faite de son caractère subsidiaire — est tout autre chose qu'un droit successoral de la famille dans le sens dont il est question ici ; c'est ce que nous verrons plus tard.

Mais l'opinion de Gans n'est pas plus juste que celle que nous venons d'exposer ; pour lui, le droit *ab intestat* n'est pas, il est vrai, le principal du droit de succession, le droit testamentaire demeurant simplement son succédané ; tous deux sont des contrastes opposés l'un à l'autre, hostiles et irréconciliables, dont la lutte forme le développement historique du droit romain ; c'est là un dualisme dans lequel le droit *ab intestat* représente le *principe substantiel* (la famille), tandis que le droit testamentaire représente l'*arbitraire vide*. Mais toutes ces opinions sont le contraire de la vérité, elles bouleversent entièrement la valeur du droit romain et de son histoire.

Nous reviendrons plus tard sur tous ces points, une fois que nous aurons posé les fondements de leur solution décisive. Il suffira ici de faire remarquer, en opposition avec Gans, que le dualisme coordonné, où chaque parti a les mêmes droits, ce dualisme qui est pour Gans l'attitude que prennent vis-à-vis l'un de l'autre le droit successoral testamentaire et le droit *ab intestat*, est réfuté aussi for-

et elle s'éteindrait aussitôt. Si donc il faut prendre au sérieux le concept spéculatif, si l'idée que nous avons développée est réellement l'âme du testament romain, la véritable importance du testament ne serait pas qu'il eût pris des dispositions au sujet de la fortune laissée après la mort ; elle consisterait plutôt à avoir créé un *successeur de la volonté* ; ces deux effets du testament peuvent se rencontrer par hasard mais ils peuvent aussi bien se séparer et s'écarter l'un de l'autre ; et dans ce cas on comprendrait plus nettement encore que l'importance du testament n'est pas dans la faculté de disposer de la fortune, mais dans la *création d'une continuité de la volonté*.

Aussi, bien que tout ceci ait été développé comme un postulat de l'idée *a priori* de l'infinité de la volonté subjective dans la durée, la conséquence correspondante pourra être développée en partant du contenu de l'idée de volonté. Si c'est l'infinité de la volonté subjective qui est créée par le testament, l'intériorité de la volonté du testateur ne peut pas se restreindre au patrimoine du testateur, non plus que l'intériorité de la volonté de n'importe quel individu vivant ne se restreint au patrimoine de cet individu. Au contraire, la volonté est une intériorité indépendante qui se rapporte au monde extérieur entier comme à son sujet, et le patrimoine d'un homme ne constitue que l'existence immédiate de cette volonté et le moyen réel existant pour l'exécuter ; mais elle n'est pas la limite de son contenu. Si donc c'est le concept spéculatif qui a raison, la volonté du testateur pourrait soit *dépasser* cette limite du patrimoine, soit s'en *dégager* entièrement ; de là on en arriverait non seulement à ce point

mellement que la première opinion par le principe fondamental des Romains de la valeur seulement subsidiaire de tout droit *ab intestat*. — Il suffira de faire ressortir que, si selon le principe fondamental romain le droit *ab intestat* n'a qu'une valeur subsidiaire, la voie la seule possible, la voie absolument nécessaire est de développer d'abord la succession testamentaire comme le principal représentant de la succession en général — et de ne s'occuper qu'ensuite de son succédané.



idéalement important — quoique paradoxal — : le testateur peut ne pas transmettre à son héritier son patrimoine; il peut ne lui transmettre que sa *volonté* (et le patrimoine est considéré comme accessoire de la volonté) même là où les deux éléments sont unis; mais même, pour confirmer plus nettement cette vérité spéculative, les deux éléments pourraient se séparer et s'écarter l'un de l'autre réellement, et cette séparation constituerait justement le rapport le plus pur et le plus vrai, le rapport spécifique envisagé par l'idée de l'héritage.

Il faut retenir provisoirement et très nettement ce qui a été développé dans les pages qui précèdent comme les conséquences logiques du concept *a priori*. Car toute cette suite d'idées développée jusque dans ses conséquences les plus rigoureuses, et particulièrement le principe qui paraît si paradoxal que l'héritier n'hérite pas du patrimoine, mais la *volonté* du testateur, que les deux facteurs, l'héritage et la fortune, peuvent se disjoindre et se disjoignent nécessairement l'un de l'autre par une séparation réelle, que cette disposition constitue précisément l'existence plus pure au point de vue de l'idée, plus vraie et plus spécifique et par celamême meilleure de l'héritage civil, — cette suite d'idées se manifestera dans le cours de nos développements — et même bientôt — comme la réalité du droit successoral romain, et nous verrons que là est la clef véritable, qu'on n'avait jamais remarquée, de l'essence du droit successoral romain, sans laquelle l'intelligence de ce droit nous serait à jamais fermée et inaccessible. — Mais auparavant, avant de nous occuper du droit testamentaire formel et réel, il nous faut étudier une base de ce droit, dans l'intérêt d'un éclaircissement systématique.



II. — Les « *sacra* » et leurs rapports avec l'héritage. Les transformations du droit pontifical.

Lorsque nous avons parlé de l'*intestabilis et sacer*, — de la sainteté et de l'importance incomparables que les Romains attribuent au testament, — lorsqu'alors nous avons comparé le Romain à l'Égyptien qui considère comme le but essentiel de sa vie l'érection de son tombeau, nous avons fait remarquer (p. 21 et 22) que cette considération éclairerait d'une vive lumière le rapport étroit entre le testament et les idées religieuses des Romains, et particulièrement les *sacra*. Mais déjà le premier développement de l'idée, déjà la phrase : « L'immortalité romaine c'est le testament », a rendu nettement sensibles la nécessité interne et la cohésion logique certaine au point de vue de ce rapprochement.

Jusqu'ici le droit de succession n'avait jamais été conçu ainsi. Cependant le lien entre le testament et la substance religieuse des Romains se faisait sentir de trop de côtés à la fois, le rapport des *sacra* avec le testament nous était prouvé, de manière positive, par trop de témoignages, pour qu'on pût ne pas en reconnaître la réalité positive. Mais on s'en tint là. On ne posa même pas la question de savoir quelle était la raison interne véritable de ce rapport si étroit. Et cependant c'est manifestement prendre la chose trop à la légère que de considérer ce rapport comme évident de par la nature de l'acte testamentaire et ne nécessitant par conséquent aucune explication.

Quand Cicéron demande : « Qu'a à voir le pontife au droit des murs mitoyens entre les maisons, ou au droit des eaux, ou à n'importe quel droit? (1) » on pourrait continuer à poser sérieusement ces questions : Qu'a-t-il à voir au testament, si celui-ci n'est qu'une disposition au sujet de la fortune, si par conséquent le droit successoral n'est qu'un droit

(1) *De legib.*, II, c. XIX : « Quid enim ad Pontificem de jure parietum aut aquarum aut ullo omnino? »

patrimonial comme les autres ? Et en effet, il n'aurait rien à voir dans ce cas avec le droit pontifical romain, non plus que notre testament d'aujourd'hui, qui est réellement une disposition au sujet du patrimoine, n'a de rapport avec notre droit ecclésiastique (1).

Cicéron continue : « Ainsi le pontife ne se soucie que de *ce qui a quelque rapport avec la religion*. Mais ceci comprend bien des choses : les dispositions sur les *sacra*, je pense, les serments, les fêtes, les tombes et d'autres choses de ce genre (2). » S'il parle ainsi, c'est parce que le rapport religieux entre le testament et l'héritage en général et les *sacra* était alors sensible immédiatement à chaque auditeur ; pour nous il faut une preuve théorique de sa nécessité et de sa nature intérieures, preuve dont nous trouvons déjà les éléments dans ce qui précède.

Nous disions que le testament romain (ou encore l'héritage en général) est l'infinité de la volonté subjective réalisée.

Mais la volonté elle-même est de nature diverse. Ce qu'il y a d'infini dans la volonté, ce n'est pas l'acte de volonté particulier ; c'est la subjectivité générale de la volonté qui anime chacun de ces actes de volonté, c'est la faculté de vouloir et d'être pour soi ; c'est donc l'essence même de la volonté, qui retentit il est vrai dans chaque manifestation particulière de la volonté ; mais le contenu du vouloir individuel comme tel *n'est pas infini*.

(1) Même le droit canonique ne s'occupe de droit successoral qu'en ce qui concerne le patrimoine des membres de l'église, ou les héritages et les legs (*ad pias causas*) auxquels elle a droit ; ce n'est qu'en vue de cet intérêt direct qu'elle cherche à s'emparer de la juridiction des testaments et à en faciliter la forme ; ces détails sont soulignés par Gans dans son étude du droit canonique, *Droit successoral*, III, 135 et ss.

(2) Au passage cité : « Ergo, quod cum religione conjunctum est. Id autem quantum est ? de sacris, credo, de votis, de feriis, de sepulcris et si quid ejusmodi est. » Le développement qui va suivre montrera que *sacra vota*, etc., etc., ne sont que des facteurs d'une seule et même suite d'idées.



Au contraire, ce vouloir individuel trouve dans le contenu limité et l'objet particulier auxquels il se rapporte, la nécessité de sa caducité et de sa nature limitée. Le vouloir se manifeste par rapport à un objet. Par conséquent il ne se manifeste que tant que cet objet existe, et dans des circonstances déterminées. Quand ces circonstances déterminées et ce sujet déterminé et fortuit auquel elle se rapporte disparaissent, ce vouloir disparaît aussi nécessairement. Le vouloir trouve donc dans la nature limitée du contenu déterminé à laquelle il se rapporte, la nécessité de sa propre limite. Et même, tout vouloir dure moins longtemps que la subjectivité de volonté qui s'affirme et qui le crée; il est passager.

Ainsi toute manifestation déterminée du vouloir amène à vibrer aussi sans doute l'infini de la volonté, mais elle n'égale pas l'essence de la volonté qui s'y manifeste. Car cette manifestation est en même temps pour ainsi dire l'*aliénation* et la limitation posée à ce vouloir.

Mais il y a nécessairement *un* objet qui n'impose pas à la volonté, quand elle s'y rapporte, cette limitation de sa nature infinie, qu'elle subit dans l'acte de vouloir par le contenu limité de celui-ci. C'est le rapport du vouloir à l'infini par lui-même, à la *divinité*. La volonté subjective qui s'y rapporte n'est plus un vouloir concret, particulier et fortuit qui disparaît avec son objet limité. Ici la volonté subjective se rapporte à l'absolu, elle se manifeste dans sa forme idéale, pure, dégagée de la matière limitée. Le rapport de la volonté subjective à la divinité est ce qu'il y a d'éternel dans la volonté. En d'autres termes : Dans le rapport de la volonté subjective à la divinité, l'acte particulier du vouloir est empreint de la même idéalité et de la même infinité que l'essence de la volonté, qui est la subjectivité générale de la volonté elle-même. Le rapport de la volonté à la divinité est donc une manifestation particulière de la volonté subjective où celle-ci reste égale et identique à son essence manifestée, à sa propre infinité; c'est un ébranlement qui ne fait pas seulement vibrer la substance de la volonté, mais qui



lui permet de faire retentir la pleine tonalité de son infinité, qui lui permet d'atteindre à une existence adéquate à l'idée de volonté. Tout rapport du vouloir subjectif à la divinité est donc identique à l'existence de la subjectivité de la volonté et se trouve placé sur la même ligne avec elle — quoique ce rapport soit un acte de volonté particulier et déterminé, — à cause de la forme adéquate sous laquelle la volonté se réalise ici, ou — ce qui en est la raison — à cause de l'infinité de l'objet auquel se rapporte ici le vouloir subjectif.

Le rapport étroit entre les *sacra* et l'héritage est certainement établi maintenant dans toute son évidence. Pour le faire ressortir davantage, il suffira des deux principes suivants, clairs par eux-mêmes.

Le rapport du vouloir subjectif avec la divinité — ce qui est *voulu* par rapport au dieu, — c'est le *votum*. Et la réalisation des *vota*, ce sont les *sacra* voués au dieu.

De là la nécessité que les *sacra privata*, et en particulier les *sacra singuli hominis* (1), les fondations faites en propre au dieu par un sujet particulier, forment la base de l'héritage inséparable de celui-ci. Ils la forment *nécessairement*, car tous deux sont, ainsi que nous l'avons vu, *une seule et même chose* : l'immortalité de la volonté réalisée !

Le rapport idéal que le vouloir subjectif a établi entre lui et la divinité dans les *vota* (2) et les *sacra*, doit être

(1) Cf. Festus, v° *Publica sacra*, p. 245, éd. Müller... « et privata, quæ pro *singulis hominibus*, familiis, gentibus fiunt. » Savigny établit avec précision (*Revue des sciences historiques*, II, p. 383 et ss.), que ces *sacra* de la famille reposent sur une simple erreur de Festus et qu'il n'y a pas eu d'autres *sacra privata* que les *sacra singuli hominis* — dont le texte de Cicéron que nous avons cité et que nous étudierons plus en détail traite exclusivement — et les *sacra gentilitia*.

(2) « *Voti* enim obligationem ad heredem transire constat ; ULPEN, l. II, § 2, de pollicit » (50, 12). Ici on remarque déjà que la substance de l'héritage n'est pas le patrimoine, que ce n'est pas la personnalité patrimoniale du testateur qui passe à l'héritier. Car comment alors pourrait-on transmettre à l'héritier le serment purement idéal que le testateur prête à Dieu, ce rapport intérieur pure-

perpétué, de même que l'héritage perpétue l'existence de cette subjectivité de volonté. Et il faut que ce rapport soit perpétué, tant qu'il doit être question, et s'il doit être question de l'existence continue de cette subjectivité de volonté (l'héritier); car, en tant qu'il est un rapport de la volonté subjective avec l'infini, il renferme l'infini, dans la forme sous laquelle l'infini existe pour cette volonté, et par conséquent — puisqu'il est question ici de la volonté subjective dont l'existence consiste dans l'*existence pour soi*, — il renferme le véritable infini de cette volonté subjective. Or, comme nous l'avons dit plus haut, le rapport du vouloir subjectif avec la divinité est *ce qu'il y a d'éternel, de général dans la volonté*, il est donc identique à l'existence même de cette subjectivité de la volonté. Celle-ci ne peut donc durer après la mort, l'infinité du vouloir subjectif ne sera pas réalisée, à moins que chacun des rapports que la volonté a établis entre elle et la divinité par les *vota* et les *sacra* ne durent aussi dans l'éternité. C'est pourquoi Cicéron prétend que la science des *sacra* se résume en un seul prin-

ment personnel qui ne crée pour personne des droits patrimoniaux? C'est pourquoi Hugo Grotius nous enseigne avec une conséquence logique dont il faut reconnaître toute la valeur — lui qui professe la doctrine (v. plus haut, p. 14) du passage à l'héritier de « la personnalité patrimoniale » *seulement* — que l'héritier n'est pas engagé par le serment fait à Dieu seulement, texte cité, II, chap. xiii, § 17, p. 460, éd. de Francfort de 1696 : « Verum illud notandum est, quotiæ non personæ jus nascitur ex tali aliquo defectu, qualem diximus, sed Deo obstringitur fides, heredem ejus qui juravit non teneri. Quia ad heredem sicut bona transeunt, id est quæ in hominum sunt commercio, ita bonorum onera; non item alia quæ quis ex officio, puta pietatis, gratiæ, fidei debuit. Hæc enim ad illud quod stricte jus dicitur inter homines non pertinent, ut alibi quoque ostendere meminimus. » Mais ici Grotius, ainsi que le constate Ulpian a tous les juristes romains contre lui. Les successeurs de Grotius qui, quoiqu'ils aient adopté sa doctrine du passage de la personnalité patrimoniale évitent cependant de le suivre dans ce conflit, manquent de la force de conception et de la logique de leur grand précurseur.

cipe : *ut sint perpetua* (1), de même que nous disions plus haut que l'idée de l'héritage romain se résume en un seul principe : la volonté subjective est perpétuée à l'infini comme volonté qui continue à exister.

En parlant de l'idée fondamentale déjà développée des *sacra privata*, on comprend tout ce qui la concerne (2) ; mais nous n'avons affaire ici qu'à ce qui fait partie intégrale de notre sujet.

Nous allons faire remarquer d'abord comment ce que nous venons de dire met en pleine lumière une disposition qui était forcément restée incompréhensible jusqu'ici. Comme on sait, le *filius familias* romain peut s'obliger valablement à toute sorte de titres, et il peut même être poursuivi immédiatement, comme s'il était *pater familias* (3). Mais le fils n'est pas *obligé* par le *vœu* qu'il fait sans l'assentiment de son père. Ulpien (4) «... filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligatur. » Voilà qui représentait certainement une exception singulière et incomprise (5), d'autant plus que le *filius* est engagé par toute promesse (6) qui engage un *pater familias* (7), et qu'il ne le sera pas précisément par la promesse plus forte du *votum* ; mais cette étrangeté a disparu maintenant. Car ainsi que nous l'avons vu, le *vo-*

(1) *De leg.*, II, 19 : « Cur igitur hæc tanta facimus, cum cætera perparva sint; de sacris autem, qui locus patet lacius, hæc sit una sententia, ut conserventur *semper* et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, *perpetua* sint sacra. »

(2) Maintenant par exemple aussi la « *detestatio sacrorum* » qui devait précéder l'adoption et sur laquelle le jurisconsulte Servius Sulpicius a écrit une œuvre. AUL. GELLIUS, *Noct. att.*, lib. VI, c. XII.

(3) L. 39 *de v. et a.* (44, 7) : « Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patre familias potest. » L. 57 *de jud.* (3, 1) ; l. 141, § 2, *de v. o.* (45, 1), etc...

(4) L. 2, § 2, *de pollicit.*, (50, 12).

(5) SAVIGNY, *System*, II, p. 54, note f.

(6) Car il est engagé *ex omnibus*, cf. note 3.

(7) Cf. le titre du Digeste *de pollicitationibus* (50, 12).

tum en tant que rapport que la volonté subjective établit entre elle et l'infini, pose lui-même le rapport qui doit exister avec l'infini pour cette volonté subjective ; il est par conséquent la manifestation de sa propre infinité qui existe pour elle, équivalente à l'existence pour soi de cette subjectivité de la volonté. Or, celui-là seul est capable d'établir son infinité existante pour elle-même, ou de faire un *votum*, qui est déjà une subjectivité de volonté existante pour elle-même, ce n'est donc pas le fils qui est encore sous une domination et dont la volonté n'a une existence pour elle-même que dans un autre : dans son père ; qui n'a, par conséquent, même pas encore atteint l'infinité de l'intériorité subjective de la volonté (1).

En prouvant l'identité des *sacra* et de l'héritage, qui sont tous deux l'expression de la même idée fondamentale,

(1) Ainsi qu'on le verra nettement plus tard par le développement de l'idée de famille chez les Romains dans le cas de *suus*. On y verra aussi pourquoi il faut que le fils puisse valablement prendre d'autres engagements. D'ailleurs, ce qui précède donne aussi la raison de la différence dans la manière de traiter les promesses et le *votum*, tant en ce qui concerne celui qui fait le vœu, qu'en ce qui concerne l'héritier. Le *votum* est au point de vue juridique une *pollicitatio sine causa*. Les *pollicitationes sine causa* n'obligent ni celui qui promet, ni son héritier (ULPIEN, l. 1, §§ 1 et 2, *de pollic.*, 50, 12), tandis que les *vota* obligent ; ULPIEN, l. 2, même texte : « Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. » Il faut bien comprendre ceci et ne pas croire que c'est la chose formant l'objet du vœu qui est consacrée par le vœu. Les rapports restent au contraire des rapports purement personnels, et la chose ne devient pas *res sacra*. Ulprien, texte cité : « Quæ res personam voventis, non rem, quæ vovetur, obliget ; res enim quæ vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur ». De même, il dit en ce qui concerne le droit successoral pour le « *votum* : *voti enim obligationem ad heredem transire constat* » (Ulprien, § 2, texte cité), tandis que l'héritier n'a aucune obligation en ce qui concerne la *pollicitatio sine causa*, s'il n'y a pas commencement d'exécution ; il n'a aucune obligation, non plus que celui qui fait le vœu lui-même, et même si l'exécution a été entamée, il peut se soustraire à cette obligation en cédant un cinquième ou un dixième de l'héritage ; cf. Modestinus, l. 9, *cod. tit.*, cf. l. 14 du même texte.



de la durée de la volonté subjective — celui-ci dans le domaine du droit privé, ceux-là dans le domaine religieux — nous avons non seulement établi la nécessité de perpétuer les *sacra*, mais encore tout naturellement, comme les deux sont identiques, leur rapport étroit avec la qualité de l'héritier auquel ils se rattachent (1). Cependant il est intéressant pour notre sujet d'étudier les paroles avec lesquelles Cicéron commence sa réponse à la question de savoir qui est engagé aux *sacra* : « Heredum causa justissima est (2) ; nulla est enim persona, quæ ad vicem ejus qui e vita emigravit proprius accedat. » — « Il est juste que l'héritier soit obligé ; car il n'y a personne qui touche de plus près à la situation de celui qui vient de mourir. » Quoiqu'au point de vue abstrait Valère Maxime (3) ait raison d'appeler la procréation, « le lien le plus étroit entre les hommes », il y a cependant pour le Romain un lien plus étroit, — c'est celui de l'héritage. Personne ne touche le défunt de plus près que l'héritier ; et si l'héritier et le fils ne sont pas la même personne, ce qui est admis en droit et se produisait si souvent à Rome, *l'héritier touche le mort de plus près que le fils*. Cette conception qui seule a pu faire que les *sacra* ne passent pas au fils, mais à l'héritier, n'étonnera plus après notre développement de l'idée de l'héritage chez les Romains. Car l'héritier est *identité spirituelle de volonté* avec le défunt, il est le *continuateur* de sa subjectivité de volonté, identité auprès de laquelle l'identité de sang seulement naturelle du fils paraît moins importante, concrètement fortuite, étrangère à l'esprit. L'héritier est un *fils* créé par un procédé spirituel de procréation et d'identification, que nous étudierons plus tard.

(1) Et comme on sait, les héritages étaient criblés de *sacra* au point qu'il a pu se former la locution : *sine sacris hereditas* (nous le savons par Festus, v^o *sine sacris her.*, p. 290, éd. M.) pour désigner proverbialement un bonheur sans mélange.

(2) Texte cité, II, chap. xix.

(3) Cf. plus haut, p. 10 et ss.



Il est toujours très risqué d'affaiblir, même en apparence, des résultats indubitables en les mêlant, sans nécessité, avec d'autres points de nature moins certaine et moins absolue, et en les traitant ensemble.

Ce n'est donc pas le moment ici de décomposer dans tous ses détails la suite du passage de Cicéron (*De leg.*, II, 19-22) dont nous avons étudié le commencement, passage très obscur et qui n'a pas été suffisamment éclairci, malgré tous les efforts des commentateurs, depuis Baudoin jusqu'à Savigny (1).

Nous n'allons donc pas nous mettre à étudier — du moins ici (2) — dans leurs dispositions particulières, les deux théories du droit pontifical, l'ancienne et la nouvelle, sur la question de savoir qui est obligé aux *sacra* — théories que Cicéron opposa l'une à l'autre ; d'autant plus que ces théories ne concernent que la question de savoir qui est encore obligé aux *sacra à côté* de l'héritier, et même qui l'est subsidiairement, s'il n'y a pas d'héritier ; elles s'éloignent donc déjà un peu de notre véritable sujet : l'héritage.

Mais cependant il faut absolument montrer encore l'axe principal sur lequel repose toute l'argumentation de Cicéron contre l'innovation introduite par les deux Scævola dans le droit pontifical. Car d'une part elle est encore étroitement liée à notre sujet, et d'autre part elle est démontrée avec la certitude la plus absolue par les paroles mêmes de Cicéron. Cependant on ne l'a jamais fait ressortir avec assez d'énergie, c'est pourquoi on n'en a jamais tiré les conclusions qui en résultent immédiatement, tandis que l'on s'est toujours occupé de préférence des cas particuliers dans lesquels se manifeste la différence des deux théories.

L'axe principal cependant sur lequel repose le re-

(1) V. sa dissertation dans la *Revue des sciences historiques* (Berlin, 1816), II, 362 et ss.

(2) Nous consacrerons à cette tâche le §. 3, indépendant que nous séparerons ainsi, extérieurement aussi, de ce qui précède et de ce qui suit.



proche que Cicéron fait aux deux Scævola d'avoir corrompu le droit pontifical par leurs innovations, l'axe que Cicéron a appelé lui-même ainsi et qui est pour lui le principe d'où découlent nécessairement les différences dans les dispositions particulières de la nouvelle et de l'ancienne théorie, le voici : D'après l'ancienne théorie, les *sacra* n'étaient pas liés à la fortune ; les Scævola ont introduit les premiers le principe que les *sacra* devaient être rattachés à la fortune et transmis avec elle, et les différences dans les principes détaillés des deux théories sur les obligations aux *sacra* ne sont que la conséquence de ce principe. L'expression de Cicéron à ce sujet est aussi positive que possible : « Videtis igitur, dit-il, *omnia pendere ex uno illo quod Pontifices pecuniam sacris conjungi volunt.* » — « Vous voyez donc que *tout* (c'est-à-dire toutes les différences dans les dispositions dogmatiques des deux théories, différences qu'il a étudiées) découle de la volonté des pontifes que les *sacra* soient rattachés à la fortune (1). » Et plus tard encore : « Nam *sacra cum pecunia, Pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.* » — « Car les *sacra* sont liés à la fortune par l'autorité des pontifes, *mais non par la loi* (2).

Si donc l'innovation de principe introduite par les Scævola consiste en ce que les *sacra* soient rattachés à la fortune et transmis avec elle, il y a eu certainement une époque — et c'est cette époque que Cicéron appelle celle

(1) *Pecunia* ne veut pas dire ici (Savigny l'a déjà fait remarquer dans la revue citée, p. 363, note 3), comme bien souvent, *argent comptant* ; ce mot désigne tout ce qui est compris dans la propriété ; cf. Festus, v° *Pecunia*, l. 5 pr. ; l. 178 pr. ; l. 222 D. *de v. s.* (50, 16).

(2) Et Cicéron considère cette combinaison comme une telle *corruption* du droit pontifical des *sacra* qu'il dit : « *Civilis enim juris scientia, Pontificum quodammodo tollitis.* » Et : « Itaque si vos tantummodo Pontifices essetis, *Pontificum maneret auctoritas ; sed quod iidem juris civilis estis peritissimi, hac scientia illam eluditis.* » Pourquoi il y voit une corruption aussi complète, c'est ce qui s'expliquera plus clairement dans ce qui va suivre, mais ne sera entièrement élucidé qu'au §. 3.

de l'ancienne théorie — où les *sacra* n'étaient pas transmis avec la fortune, où par conséquent les *sacra* et la fortune du défunt pouvaient se disjoindre réellement. Mais l'héritage, l'*hereditas* civile, et les *sacra* ne pouvaient *jamais* se séparer, pas même d'après la nouvelle théorie où l'héritier demeure celui qui est obligé *primo loco*, et encore moins alors d'après la théorie ancienne. La qualité d'héritier et les *sacra* se rencontrent par conséquent toujours. Si néanmoins il y a eu une époque où les *sacra* et la fortune n'allaient pas de pair, ceci paraît être la *première allusion* dans un texte — allusion que nous ne considérerons provisoirement que comme une allusion très faible et voilée, puisque d'ailleurs des preuves positives seront à notre disposition plus tard — qu'il y a certainement eu une époque à Rome où dans le *jus civile* l'héritage et l'ouverture de la succession étaient des conceptions indépendantes l'une de l'autre, dont la disjonction était réelle aussi en fait ; c'est pourquoi l'héritier qui recueillait réellement la succession (1), qui était par conséquent chargé des *sacra*, ne touchait d'habitude rien du patrimoine du défunt.

(1) Nous disons l'héritier qui recueille la succession, pour éviter toute méprise : Nous ne donnons pas ici au mot « héritier » le sens qu'on lui donne parfois improprement, et seulement pour abrégé, quand on désigne ainsi l'héritier légal *ab intestat*, mais qui est forcé de céder à un héritier testamentaire (ou à un *bonorum possessor*), quand on désigne l'individu qui aurait été héritier d'après le droit civil, s'il n'y avait pas eu d'héritier testamentaire ou de *bonorum possessor*. Un tel héritier n'est pas héritier vraiment, il ne peut le devenir que par l'adition réelle ; il aurait simplement *pu le devenir* ; naturellement il n'est pas engagé pour les *sacra*, qui ne lui sont transmis que par l'*hereditas* réelle (celle qui a été réellement recueillie).



III. — Les « *sacra* » et les deux théories des « *sacra* » dans le passage de Cicéron, De leg. II, 19-21. — Le développement historique de la théorie des « *sacra* ».

Nous allons traiter à part dans ce chapitre du passage obscur de Cicéron et des deux théories sur les *sacra* dont il y est question ; car, quoique ce qui suit ait un rapport étroit avec notre sujet — grâce à l'identité intérieure des *sacra* et de l'héritage, — ce rapport n'est cependant pas indissoluble. En traitant cette question indépendamment du reste, nous donnons au lecteur qui ne s'intéresse guère aux rapports archaïques religieux de la succession romaine, le moyen de passer immédiatement au chap. iv, pour entrer aussitôt dans notre étude du droit de succession juridique au sens plus étroit du mot, d'autant qu'il nous faudra *supposer* bien des choses (par exemple au sujet de l'importance de la *bonorum possessio*) que nous ne pourrions *prouver* que plus tard. — Nous voulons marquer en même temps par cette étude à part que, — quoique nous croyions à l'évidence absolue de notre interprétation du passage de Cicéron et que nous croyions pouvoir faire de ce passage un document important pour le développement historique de la dogmatique des *sacra*, — l'on peut parfaitement s'écarter de notre interprétation, sans pour cela porter atteinte le moins du monde à notre doctrine du droit de succession en général.

Voici les deux théories que Cicéron oppose l'une à l'autre ; d'abord la nouvelle, dont l'introduction a provoqué ses attaques violentes contre les Scævola : « Heredum causa justissima est... *Deinde* qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Id quoque ordine ; est enim *ad id, quod propositum est, accommodatum*. Tertio loco, *si nemo sit heres*, is qui de bonis, quæ ejus fuerint cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Quarto, *si nemo sit*, qui ullam rem ceperit de creditoribus ejus qui plurimum servet. Extrema illa persona est, ut, si



qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. »

Alors Cicéron se tourne vers l'ancienne théorie : « Hæc nos a Scævola didicimus ; non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem *his verbis* docebant : tribus modis sacris adstringi : hereditate ; *aut*, si majorem partem pecuniæ capiat ; *aut*, si major pars pecuniæ *legata* est, si inde quipiam ceperit. » Constatons d'abord ceci : La théorie la plus récente contient 5 cas, l'ancienne seulement 3 ; celle-là n'est donc pas seulement une *transformation*, mais encore une *augmentation* des dispositions. Mais il faut constater tout particulièrement ceci : Il n'y a pas eu seulement une transformation et une augmentation des dispositions, il y a eu encore *changement dans l'ordre* de ces dispositions. Le 2^e cas de la nouvelle théorie remplace le 3^e cas de l'ancienne, et le 3^e de la nouvelle théorie remplace le 2^e de l'ancienne. Savigny aussi constate ce changement dans son étude des deux théories (au texte cité, p. 366, 367) ; mais il ne s'inquiète pas de savoir la raison et la signification de ce changement, alors qu'elles nous donnent — nous allons le voir — des renseignements importants sur les rapports des deux théories et sur le sens de leurs dispositions.

Pour comprendre la nouvelle théorie et son rapport avec l'ancienne, il ne faut pas commencer par la théorie *nouvelle* — ce qu'on a toujours fait, parce que c'est la marche fortuite chez Cicéron —, il faut au contraire saisir d'abord le sens indépendant de l'*ancienne*, plus simple, et c'est par elle seulement qu'on comprendra la deuxième (la nouvelle) et son innovation. Ainsi, la théorie ancienne dit : « On est obligé aux *sacra hereditate*, par l'héritage ; *aut*, si majorem partem pecuniæ capiat ; *ou bien* — c'est-à-dire s'il n'y a pas d'héritier (d'héritier civil, car *heres* ne peut avoir que cette signification dans tout le passage ; comme l'a déjà fait remarquer Savigny, *si nemo sit heres*, ainsi qu'il est dit au 3^e cas de la nouvelle théorie qui correspond à celui-ci) —



ou bien si l'on accueille la plus grande partie du patrimoine. » Déjà Savigny avait affirmé avec raison que ce cas désignait la *bonorum possessio* prétorienne, ou bien — s'il n'y avait ni héritiers civils ni prétoriens et que la fortune fût sans maître — l'*usucapion* de l'héritage (Savigny, ouvrage cité, p. 368 et ss., 373 et ss.). Ensuite le 3^e et dernier cas : « *aut, si major pars pecuniæ legata est, si inde quippiam ceperit* » ; ou bien — c'est-à-dire toujours s'il n'y a pas d'héritier (héritier civil) — « si la plus grande partie de la fortune vous a été léguée, si on en a connu le légataire, recueilli une partie ». Ici commence la méprise de Savigny qui, induit en erreur par le 2^e cas de la nouvelle théorie qui correspond à celui-ci, croit que le légataire institué par testament civil doit être obligé à côté de l'héritier civil (ouvrage cité, p. 366 et ss.) ; ici commence aussi l'erreur des premiers interprètes qui croyaient même que ce légataire institué par le testament civil était seul obligé et dégageait l'héritier civil. Ces deux opinions ont comme point de départ une même erreur fondamentale : elles supposent toutes deux l'existence d'un *héritier civil* dans le 3^e cas de l'ancienne théorie ; et au contraire le 2^e et le 3^e cas de l'ancienne théorie supposent qu'il n'y a pas du tout d'héritier civil (si nemo sit heres), qu'il s'agit donc ici du légataire institué par une *bonorum possessio* prétorienne. Pour notre opinion, tout dépend d'une question fondamentale. Il faut établir d'abord nettement que le 3^e cas suppose aussi qu'il n'y a pas du tout d'héritage civil.

Mais à étudier de près cette question, il est impossible d'être d'un autre avis. Car déjà le 2^e cas qui commence par le premier *aut* renferme la supposition exclusive : « s'il n'y a pas d'*hereditas* civile » (si nemo sit heres) ; ceci est clair bien plus encore par le contenu réel de ce 2^e cas que par le texte (dans la nouvelle théorie, où le 1^{er} et le 2^e cas ne s'excluent pas, Cicéron ne continue pas son développement avec *aut*, mais avec *deinde*). Car même d'après Savigny ce contenu réel consiste en ceci : si quelqu'un recueille la plus grande partie de la fortune par une *bonorum possessio* ou

par *usucapion*. Mais ceci n'est possible que s'il n'y a point du tout d'héritier civil, ou — ce qui est impliqué par là et revient au même — quand celui qui doit hériter d'après le droit civil est forcé de céder au *bonorum possessor* ; et dans ce cas il n'y a toujours pas d'héritage civil. Si donc déjà le premier *aut* (le 2^e cas) exclut l'existence d'une *hereditas* civile, s'il faut traduire — comme il ressort déjà clairement par le *si nemo sit heres* formel du 3^e cas de la nouvelle théorie correspondant au cas présent — : « par héritage, ou bien, s'il n'y a pas d'héritier civil, si quelqu'un recueille la plus grande partie de la fortune », il est logiquement impossible de supposer que le 2^e *aut* neutralise le sens exclusif du 1^{er} *aut*, même si Cicéron ne l'a pas particulièrement fait remarquer. Ce qui a été exclu en premier lieu reste exclu, ce qui a été supposé reste supposé, et le 2^e *aut* introduit simplement une nouvelle exclusion et une question nouvelle au sein du 2^e cas introduit par le 1^{er} *aut*.

Nous en donnerons bientôt des preuves plus fortes. Parcourons d'abord l'*ensemble* de l'ancienne théorie telle qu'elle résulte de cette conception. Donc, on est obligé aux *sacra* d'abord par l'héritage civil, et l'obligation en outre de cette succession est absolue et exclusive de telle sorte que, dès qu'il y a héritage civil, nul autre, — nul légataire, qu'il recueille une part aussi grande qu'on voudra, et l'héritier une part aussi petite qu'on voudra — nul autre ne peut être obligé avec lui ou hors lui. S'il n'y a pas d'*hereditas*, le *bonorum possessor* (ou encore l'*usucapant*) est obligé, mais seulement s'il a acquis *plus de la moitié* de l'héritage. Si par contre le *bonorum possessor* recueille *moins de la moitié*, tandis que *plus de la moitié* revient à un légataire en vertu des *tabulæ*, c'est ce dernier légataire, sauf le cas où il répudie le legs, qui est engagé aux *sacra*.

On voit que cette conception donne une cohérence interne complète à cette doctrine. S'il y a *hereditas*, seul l'héritier est obligé, car son obligation est adéquate au concept, c'est la *causa justissima*. Il est le continuateur de la volonté. Si la place de cette obligation conceptuellement



adéquate est occupée ainsi, il ne peut y avoir d'obligations pour un autre, et d'ailleurs cet engagement ne serait que de nature subsidiaire, il n'aurait pas découlé de l'esprit sévère du *jus civile*. Ce n'est que quand cette place n'est pas occupée, s'il n'y a pas eu héritage civil, qu'il faut avoir recours aux obligations de nature subsidiaire. Mais celui qu'on appelle héritier prétorien, le *bonorum possessor*, n'étant pas un héritier vrai, on ne peut avoir recours à son obligation subsidiaire que pour le cas où il représente une partie si importante de la fortune du défunt, qu'à lui tout seul il recueille plus que toutes les autres personnes intéressées dans le partage. Cette restriction a découlé logiquement de la pensée sur laquelle reposent les obligations de nature subsidiaire. Car le *bonorum possessor* n'étant pas le continuateur de la volonté du testateur (1), l'obligation ne lui étant imposée que par la fortune qu'il recueille, il faut au moins que cette fortune lui revienne dans une proportion si importante, qu'on retrouve encore le reflet de la volonté dominante précédente dans le rapport du *possessor* avec la fortune, grâce à la partie importante qu'il en recueille. Il faut donc qu'il en recueille au moins une telle proportion que le reste ne puisse plus être considéré que comme une demande pareille détachée d'elle ; il faut donc qu'il en recueille *plus de la moitié*. Car sans cela il n'y aurait pas de raison pourquoi chacun de ceux qui ont recueilli même une partie infime de la fortune, le moindre légataire ne serait pas obligé aux *sacra*. Alors on comprend seulement pourquoi l'usucapion aussi (*pro suo* aussi bien que *pro herede*) peut obliger aux *sacra* aussi bien que la *bonorum possessio*, dans les mêmes conditions. Mais par notre développement, la disposition du troisième cas est nécessairement élucidée. Car que se passera-t-il s'il y a *bonorum possessor*, mais si en même temps un légataire acquiert, grâce aux *tabulæ* un legs de plus de la moitié de la for-

(1) A propos de l'importance de la *bonorum possessio*, voyez le §. 5.



tune? Le *bonorum possessor* ne peut plus être obligé, il n'est même pas nécessaire de le dire après la disposition du deuxième cas, car il recueille *moins de la moitié*. Mais de l'esprit même de cette disposition il ressort aussi que c'est le légataire maintenant qui est nécessairement tenu au même titre que le *bonorum possessor* l'était au deuxième cas. Il est vrai que le légataire n'est que « successeur singulier ». Mais le *bonorum possessor* n'est pas plus héritier que lui. La *bonorum possessio* (cf. plus loin), par opposition avec l'héritage, n'est elle aussi qu'une simple attribution d'un patrimoine et à ce point de vue elle est la même chose qu'un legs. S'il est vrai que le *bonorum possessor* ou l'usucapant pouvait obtenir l'obligation des *sacra* en recueillant une fortune, dans une proportion suffisante pour qu'on y reconnût le resset de la volonté du prédécesseur, il en est de même du légataire qui se trouve dans le même cas. Car le *bonorum possessor* n'est pas plus continuateur de la volonté que le légataire ; mais le légataire bénéficie autant du patrimoine légué que le *bonorum possessor*. Maintenant enfin on peut comprendre comment les *sacra* ont pu être transmis à un simple légataire.

Si on n'avait pas l'habitude de ne pas soulever précisément les questions les plus difficiles, ce problème aurait certainement paru insoluble. Car le *bonorum possessor* est sans doute un « successeur universel », comme l'héritier, son obligation aux *sacra* pouvait paraître justifiée, tandis que le légataire n'est toujours que « successeur singulier ». Et les juristes romains, Ulpien, Gaius, les Institutes, nous font toujours remarquer avec soin que le legs n'a rien à voir avec le droit d'héritage, que, n'étant pas un des *juris figuræ* grâce auxquels on peut acquérir *per universitatem*, il ne fait partie que des modes civils d'acquies des objets particuliers. Comment alors ce legs a-t-il pu, malgré cela, être la base d'une obligation aux *sacra* — d'une obligation si purement personnelle et fondée seulement sur le rapport avec l'*universitas juris* du défunt? Voilà qui devait sembler la contradiction interne la plus



violente, surtout si l'on songeait à la différence totale entre la succession universelle et l'acquisition singulière. Mais maintenant ce problème est doublement résolu. Car d'une part on a vu que, dès qu'il y a héritage civil, il ne peut être question d'obligation pour le légataire même le plus favorisé, ni d'une obligation qui dégagerait l'héritier (c'est l'opinion des anciens commentateurs), ni d'une obligation qui subsisterait à côté de celui de l'héritier civil (c'est l'opinion de Savigny).

Jusqu'ici on voit donc que cette difficulté n'existe pas. Elle est résolue aussi s'il n'y a pas d'héritage civil, mais *bonorum possessio*, et que cette obligation existe subsidiairement pour le légataire suffisamment favorisé. Car il a été établi comment cette obligation subsidiaire d'un pareil légataire est amenée par l'obligation du *bonorum possessor* exprimée dans le deuxième cas, un pareil légataire étant au point de vue de la conception exactement dans la même situation que le *bonorum possessor* (ou l'usucapant) du deuxième cas qui recueille plus de la moitié; et par conséquent si une fois on était résolu à imposer les *sacra* au *bonorum possessor* ou à l'usucapant qui recueillait plus de la moitié — dans le cas où il n'y avait pas héritage civil —, on était forcé aussi de traiter de la même manière le légataire de plus de la moitié qui se trouvait dans la même situation que ce *possessor*, malgré la différence profonde qui existe entre la succession universelle et la succession singulière. En même temps une autre question a certainement été éclairée d'une vive lumière, quoiqu'elle ne puisse être entièrement élucidée que plus tard : toute la différence entre la *succession universelle par droit d'héritage* et la *succession singulière* n'est qu'une expression insuffisante et maladroite de la véritable *différence logique* qui y est cachée : la différence entre la *continuation de la volonté* et l'*acquisition réelle*. Cela sera prouvé de manière plus précise encore quand nous développerons la doctrine du legs.

La différence qui existe seule au point de vue du prin-



cipe est la différence entre l'héritier civil, le *continueur de la volonté*, et le simple *bénéficiaire qui recueille le patrimoine*, ce que le *bonorum possessor* (il sera question de lui plus tard) peut être aussi bien que le légataire. S'il y a un héritier de la volonté, l'acquéreur de la fortune est exclu de l'obligation des *sacra*. La différence entre le *bonorum possessor* — quoiqu'il soit successeur universel — et le légataire n'est plus que quantitative, et si le légataire a droit à plus de la moitié, il est obligé aux *sacra*, dont est dégagé le *bonorum possessor*, acquéreur de la fortune, qui succède *per universitatem*. De même le deuxième cas de la théorie montre que la différence, dans le droit d'héritage, entre le successeur universel et le successeur singulier, commence à devenir indifférente, à moins que ne s'y joigne la différence entre la continuation de la volonté et l'acquisition de la fortune. Car déjà dans le deuxième cas de la théorie le *bonorum possessor* qui succède *per universitatem* et l'usucapant qui acquiert simplement des objets déterminés sont égaux à l'égard de l'obligation aux *sacra*.

Notre développement de l'ancienne théorie sur les *sacra* est basé sur cette opinion fondamentale qu'il ne faut appliquer le troisième comme le deuxième principe que pour le cas où il n'y aurait pas d'héritier civil. Cette conception nous paraît d'une évidence incontestable, tout aussi bien en ce qui concerne l'*esprit* qu'en ce qui concerne la *lettre*. Car qu'est-ce qui serait plus conforme à l'esprit de l'ancien *jus civile* que le principe : s'il y a succession civile, seul l'héritier civil, identique à la volonté du défunt, peut être obligé ? Et qu'est-ce qui serait plus correct au point de vue grammatical que ceci : si le premier *aut* a exclu le cas de succession civile, le deuxième *aut* n'a pas tacitement rétabli le cas qui avait été exclu.

Sans aucun doute on n'aurait jamais adopté d'autre manière de voir, si on n'avait pas toujours pris comme point de départ la théorie nouvelle ; ainsi, en transportant dans l'ancienne théorie le principe qui est justement l'*innovation* de la nouvelle, on avait à la base une supposition erro-

née. Mais maintenant qu'on a trouvé le sens de l'ancienne théorie, ce sens sera prouvé de manière plus concluante encore par l'étude de la deuxième théorie; car maintenant seulement on pourra comprendre le rapport de la deuxième avec la première, et l'innovation qu'elle apporte; les paroles et les reproches de Cicéron, si obscurs jusqu'ici, s'éclaireront d'une pleine lumière, et l'unité harmonieuse de tout ce passage apparaîtra avec une lumineuse évidence.

D'après la nouvelle théorie aussi, l'héritier est obligé *en premier lieu*. Mais elle ajoute: « *deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes* ». Ainsi il n'y a pas *aut*, mais *deinde*, c'est-à-dire, le légataire dont la part est aussi grande que celle de l'héritier — ou dont, s'il y a plusieurs héritiers, la part est aussi grande que les parts des héritiers dans leur totalité — est obligé en deuxième ligne, mais *en même temps* que l'héritier civil. Et c'est là précisément l'innovation de cette théorie: Même quand il y a succession civile, un autre que l'héritier civil peut être obligé en même temps que lui. Si l'on n'adopte pas notre manière de voir, en quoi consiste alors l'innovation de la nouvelle théorie que Cicéron reproche si violemment aux deux Scævola? En ceci, dit Savigny (ouvrage cité, p. 366 et ss.): d'après l'ancienne théorie, le légataire devait recueillir *plus de la moitié* de la fortune pour être obligé aux *sacra*, tandis que, d'après la nouvelle, *la moitié* était suffisante. Savigny lui-même fait remarquer que ce changement repose sur la *lex Voconia* qui avait interdit à tous les citoyens inscrits sur le registre du cens de transmettre à un légataire plus que ce qui resterait à tous les héritiers pris ensemble; ainsi la nouvelle théorie confie les *sacra* au légataire qui recueille le legs le plus important permis par la *lex Voconia*. Mais précisément parce qu'elle est fondée sur la *lex Voconia*, cette innovation — le changement de *plus de la moitié* en *la moitié* — est entièrement justifiée, elle est conforme à l'union de l'esprit de l'ancienne théorie avec le nouvel état de choses créé par la *lex Voconia*..



Toutefois, — même abstraction faite de cet effet de la *lex Voconia*, — si c'est là toute la différence, on ne voit pas bien pourquoi Cicéron réclame si fort. Que le légataire recueille une petite somme en plus de la moitié (par exemple les *centum numi*), ou qu'il n'ait droit que juste à cette moitié, cette différence microscopique et insignifiante ne nous expliquera pas pourquoi Cicéron reproche avec tant de colère aux pontifes de changer, de fausser et de corrompre le droit pontifical.

Et cependant il faut rechercher la différence entre les deux théories justement dans ce deuxième cas de la nouvelle théorie. Il faut qu'il contienne tout le *principe* de la différence. Cela ressort clairement des paroles formelles de Cicéron. Car précisément en parlant de ce deuxième cas il s'interrompt avec la réflexion : « *Id quoque ordine; est enim ad id, quod propositum est, accommodatum* ». Il semble qu'on ait toujours mal compris ces paroles : on y a vu une louange ou une réflexion objective sur le caractère de l'institution des *sacra*. Mais c'est absolument impossible ! *Id quod propositum est*, c'est là le but de Scævola, l'idée d'innovation qu'il introduit dans l'ancien droit des *sacra*. Et c'est cette idée que Cicéron blâme si violemment. Ces paroles sont par conséquent ironiques, et il faut à peu près les traduire ainsi : « Et vraiment, c'est parfait ! Car pour le but qu'on veut atteindre, c'est en effet le moyen le plus pratique. » Mais alors Cicéron dit très nettement : « Le principe de l'innovation est renfermé dans ce deuxième cas. »

Et vers la fin de sa discussion il y revient, et il affirme encore catégoriquement que c'est le deuxième cas qui est le principe actif de l'innovation ; II, c. XXI : « *Placuit P. Scævola et Coruncanio, Pontificibus maximis itemque ceteris qui tantumdem caperet quantum omnes heredes sacris alligari.* » — « Ça a été le bon plaisir des *pontifices* (en contradiction avec le règlement du *jus civile*) de décider que celui qui acquerrait autant que *tous* les héritiers ensemble fût chargé des *sacra*. » Ici encore Cicéron



désigne du doigt le deuxième cas comme la véritable âme de l'innovation (et non pas les cas 4 et 5 de la nouvelle théorie qui n'existent pas encore dans l'ancienne); et cependant on ne s'est jamais demandé comment cela pouvait se faire. Si l'on n'adopte pas notre manière de voir, on ne comprendra ni l'innovation attaquée si violemment ni comment Cicéron a pu dire que toute la différence entre les cas de l'ancienne et de la nouvelle théorie « découlait de la décision des *pontifices*, ordonnant que la fortune soit liée aux *sacra* » (videtis igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices *pecuniam sacris conjungi* volunt). Comment pouvait-on affirmer dans les interprétations qui en ont été faites jusqu'ici, que ce principe n'avait été introduit que par la nouvelle théorie? Ou encore, comment a-t-on pu affirmer que les deux théories différaient l'une de l'autre en ce qui concerne cette question au point de vue du principe? S'il y avait un héritier civil, c'était toujours lui qui était engagé *primo loco*, dans la nouvelle théorie aussi, sans considération de la quantité qu'il héritait. Mais que d'un autre côté on pût être obligé aux *sacra* simplement pour avoir recueilli une partie de la fortune du testateur, même sans être héritier, ce principe se trouvait incontestablement (et personne ne l'a contesté) déjà dans l'ancienne théorie (2^e et 3^e cas), et si ce principe faisait toute l'importance du *pecuniam sacris conjungi* on ne comprendrait pas comment Cicéron a pu prétendre que ce n'est que la théorie de Scævola qui l'a ainsi irrité.

Au contraire, notre manière de voir met les deux questions en pleine lumière et permet ainsi de comprendre le rapport entre les deux théories.

Selon notre interprétation, l'innovation consiste en ceci : d'après l'ancienne théorie, l'obligation aux *sacra* ne pouvait exister que subsidiairement, s'il n'y avait pas d'héritier, par la simple transmission d'une fortune de quantité suffisante; mais dans la nouvelle théorie, cet engagement subsistait même quand il y avait succession civile, par conséquent même quand il y avait un héritier civil, un continuat

de la volonté. Il existait pour le légataire aussi bien que pour l'héritier et *en même temps* que pour lui, si le légataire recueillait une quantité suffisante de la fortune. Ainsi, en développant de façon insensible l'idée exprimée dans l'ancienne théorie, on a admis un principe tout nouveau. L'obligation aux *sacra* par une acquisition de fortune de quantité déterminée, qui n'avait existé que subsidiairement et en cas de besoin, était devenue maintenant aussi indépendante et importante que celle du continuateur de la volonté ; on se rend compte combien l'esprit sévère de l'ancienne conception a dû être ébranlé par ce nouveau principe. Maintenant seulement on pouvait dire que la fortune était en principe liée aux *sacra* ; elle ne l'avait pas été auparavant, malgré l'objection subsidiaire de l'ancienne théorie ; on aperçoit immédiatement les conséquences pratiques importantes qui devaient résulter de cet engagement devenu *principal*, coordonné à l'héritage, en opposition avec l'obligation subsidiaire de l'ancienne théorie. Dans l'ancienne théorie, pour que le *bonorum possessor* qui n'est pas continuateur de la volonté et qui ne peut par conséquent jamais être obligé s'il y a un héritier, pour que ce *bonorum possessor* soit chargé des *sacra* à cause de la fortune qu'il a acquise, il faut qu'il en ait recueilli une proportion assez importante, pour que cette masse crée le reflet de l'ancienne volonté souveraine (celle du défunt). Mais maintenant qu'il suffit d'avoir recueilli une fortune pour créer une obligation aussi valable et aussi indépendante que celle de l'héritier, ce reflet est logiquement devenu inutile. Maintenant il ne faut plus une quantité déterminée pour créer l'existence absolue d'une obligation. Au contraire, maintenant c'est par comparaison avec d'autres personnes, bénéficiaires aussi de la fortune transmise, c'est d'une façon toute relative que la somme recueillie peut faire une différence d'après le nouveau principe. Et ainsi, par la logique la plus sévère au point de vue du concept, le troisième cas résulte du deuxième cas de la nouvelle théorie : « Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis quæ ejus fuerint cum mo-

ritur, usu ceperit *plurimum* possidendo. » « En troisième lieu, s'il n'y a pas d'héritier, celui qui acquiert la plus grande partie des biens du mort est obligé. « Si donc un usucapant recueille *une partie* de la fortune, si insignifiante soit-elle, et que les autres personnes n'en recueillent *rien*, l'usucapant est tenu aux *sacra*, car c'est lui qui a acquis *la plus grande partie* des biens ! C'est pourquoi le quatrième cas dit ceci : « Si *nemo sit*, qui *ullam rem* ceperit. » On voit maintenant comme il est juste de dire que la nouvelle théorie a introduit en principe l'union des *sacra* avec la fortune. L'acquisition de la plus petite partie de la fortune crée déjà cette obligation en soi ; et c'est d'une manière toute *relative*, c'est-à-dire vis-à-vis d'autres bénéficiaires, que cette obligation disparaît devant celui qui a recueilli davantage, grâce au principe de l'acquisition de fortune. L'usucapant n'échappe à l'obligation que si un autre recueille plus que lui. Le légataire n'échappe à l'obligation (s'il y a *bonorum possessio*) que si le *bonorum possessor* reçoit plus que lui. Et même, ce principe existe déjà dans le deuxième cas, à l'égard de l'héritier civil. Car si l'héritier *ex asse* ou si tous les héritiers ensemble ont recueilli juste autant du patrimoine que le légataire (ils ne peuvent en recevoir moins à cause de la *lex Voconia*), ce dernier est engagé au même point qu'eux. Mais si l'héritier a recueilli plus de fortune que le légataire, il annule l'engagement de celui-ci, non *qua heres*, mais comme acquéreur d'une quantité de fortune plus grande. Ainsi on voit de plus en plus à quel point il est vrai que maintenant *sacra cum pecunia conjuncta*. La transmission des *sacra* par la simple fortune, après avoir introduit un esprit tout nouveau dans le droit des *sacra* par le changement d'abord insignifiant que le deuxième cas de la nouvelle théorie y apporte, produit ses conséquences les plus importantes dans le troisième cas ; car maintenant le *reflet* de l'ancienne volonté dominante, compris dans le « *major pars pecuniæ* » indispensable dans l'ancienne théorie pour créer l'obligation, est devenu inutile ; la *moindre* partie de la fortune suffit pour créer cette



obligation qui ne disparaît que s'il y a des bénéficiaires de parts de fortune plus importantes. Une fois le principe établi, que la moindre acquisition, si insignifiante soit-elle, crée l'obligation qui ne disparaît que devant des acquisitions plus importantes de la part d'autres, — une fois ce principe établi, le quatrième et le cinquième cas de la nouvelle théorie s'en déduisent logiquement ; et, — par ce premier changement d'abord insignifiant qui n'obligeait le légataire qu'à côté de l'héritier, mais qui par cela même transformait l'obligation en raison de la fortune de *subsidiare* qu'elle était en obligation *indépendante*, — cette nouvelle théorie est devenue un ensemble harmonieux, se développant par lui-même, un édifice entièrement différent de celui de l'ancienne théorie. On voit que Cicéron avait profondément raison de s'écrier, à propos du deuxième cas de la nouvelle théorie, dont le changement paraît à première vue beaucoup moins important que celui du troisième, ou même du quatrième et du cinquième cas qui manquent dans l'ancienne théorie : « *Id quoque ordine ; est enim ad id, quod propositum est, accommodatum !* » Séparer en principe l'obligation transmise par la fortune, l'établir pour le légataire malgré l'existence d'un continuateur de la volonté civile, c'était là le moyen le plus pratique d'accomplir cette transformation totale que Cicéron a le droit de présenter comme la corruption complète de l'ancien droit pontifical.

En même temps, cette manière de voir établit pourquoi il y a eu non seulement transformation, mais encore *changement dans l'ordre* des cas, de sorte que le deuxième cas de l'ancienne théorie correspond au troisième de la nouvelle, et le deuxième de la nouvelle au troisième de l'ancienne. Car la nouvelle théorie *intercale* un deuxième cas qui n'existait pas dans l'ancienne : l'obligation du légataire à côté de l'obligation de l'héritier civil ; le parallèle de ce cas n'est pas le deuxième, mais bien plutôt le troisième de l'ancienne théorie, puisque celui-ci traite de l'engagement du légataire dans le cas où il y a *bonorum possessio*.



De même on comprend parfaitement le motif qui a poussé les pontifes à introduire cette innovation, pour empêcher la disparition des *sacra*. Rien n'était plus à craindre que cette disparition, si on s'en était tenu à l'ancienne théorie. Il suffisait que la succession fût acquise par trois *bonorum possessores*, qui se la partageaient en trois parties égales ou du moins de manière qu'aucune des trois n'eût plus de la moitié du tout, pour qu'aucun des trois ne fût tenu aux *sacra*. Ou bien deux *bonorum possessores* et un légataire — ou un *bonorum possessor* et deux ou plusieurs légataires — se partageaient la fortune de manière que personne n'eût plus de la moitié de la fortune, et dans ce cas encore personne n'était tenu aux *sacra*. Tandis que d'après la nouvelle théorie personne ne pouvait recueillir la *moindre* partie de la fortune, sans être immédiatement obligé, à moins qu'un autre n'eût acquis davantage.

Enfin on reconnaît aussi comment cette théorie, malgré le changement important qu'elle apporte, a pu être introduite par les *pontifices*, on voit le développement historique du droit des *sacra* en général. Car il est tout au moins probable que l'ancienne théorie n'était pas *la plus ancienne* ; qu'il y a eu un temps où l'obligation des *sacra* était transmise *hereditate*, et jamais autrement ; un temps où les *sacra* de chaque individu, dont la succession n'était pas recueillie, disparaissaient. C'est l'époque la plus ancienne du *jus civile*, avant le droit de succession prétorien.

Lorsque la *bonorum possessio* prétorienne se fut formée, cette institution devait naturellement avoir un effet sur l'institution des *sacra* qui sans cela couraient le risque de disparaître entièrement. On voulut imposer les *sacra* au *bonorum possessor*, s'il remplaçait l'héritier ; cependant, comme on était encore très attaché à l'ancien esprit des *sacra* et du droit civil, on les lui imposait seulement quand le *bonorum possessor* représentait seul une si grande partie de la fortune du testateur, que le *reflet* de l'ancienne volonté souveraine était conservé. Mais alors on était obligé aussi d'imposer les *sacra* à l'usucapant, dans le même cas. Car



ce *bonorum possessor* n'est pas plus que lui continuateur de la volonté (héritier), et ce reflet peut exister chez lui aussi bien que chez le *bonorum possessor*, s'il a usucapé une assez grande partie de la fortune ; et ainsi l'usucapant qui se trouve dans le même cas est compris dans le deuxième cas de l'ancienne théorie. Mais pour ces deux raisons il fallait imposer les *sacra* au légataire aussi qui, à cet égard, est au même plan que le *bonorum possessor* ; car il n'est pas plus que ce dernier continuateur de la volonté, et l'apparence de la durée de l'ancienne volonté souveraine par la réunion de la plus grande partie de la fortune peut exister aussi bien chez lui. Ainsi s'est créée la plus ancienne des théories que cite Cicéron ; elle peut se résumer en une pensée : la fortune comme telle ne peut entraîner l'obligation des *sacra* que subsidiairement et en cas de besoin, quand il n'y a pas d'héritage civil.

Cette ancienne théorie ne cesse pas d'être pénétrée de l'esprit du *jus civile*. Car toujours, s'il y a héritage civil c'est l'héritier civil seul qui est exclusivement obligé, sans considération de la quantité de fortune qu'il recueille. La troisième théorie enfin se développe d'elle-même par un changement en apparence insignifiant : le principe de l'obligation imposée par la fortune pure et simple — principe qui existait déjà *subsidiairement* dans la deuxième théorie — s'établit maintenant à côté de l'obligation de l'héritier civil, et *en même temps* que lui. Les Scævola auraient pu se défendre contre les attaques de Cicéron en prétendant qu'ils n'avaient introduit dans le droit pontifical aucun nouveau principe qui n'ait pas existé dans l'ancienne théorie ; qu'eux aussi maintenaient *primo loco* l'obligation de chaque héritier en particulier, quelle que fût sa part — et la *lex Voconia* n'empêchait pas que la part d'un seul héritier ne fût plus petite que celle du légataire ; — que le changement de la *major pars* de l'ancienne théorie en une part égale à celle de tous « les héritiers » était nécessité et justifié par la *lex Voconia* ; que de plus l'obligation de celui « qui recueillait autant que tous les héritiers » créait logiquement



l'obligation de celui qui prenait plus que les héritiers, *puisqu'il n'y en avait pas*, par conséquent aussi l'obligation de celui « qui *ullam rem ceperit* » (et en même temps celle du troisième cas et des suivants). Tout ceci serait juste et indéniable ; mais tout ceci prouve précisément que par ce changement si imperceptible et en apparence si insignifiant de transformer le principe *subsidaire* de l'ancienne théorie en un principe *indépendant et coordonné* dans la nouvelle — par conséquent par le changement dans le deuxième cas dont Cicéron dit, avec raison, qu'il est le moyen le plus pratique pour atteindre le but qu'on s'était proposé — que par ce changement on a introduit un principe qui par sa propre activité a créé l'édifice d'une tout autre doctrine : c'est maintenant la fortune, et non l'héritage ou la continuation de la volonté qui est devenue la base de l'obligation aux *sacra* ; et même l'héritier ou les héritiers qui ne pouvaient recueillir moins que le légataire le plus important, grâce à la *lex Voconia*, ne pouvaient plus paraître obligés aux *sacra* qu'en tant que bénéficiaires de la même part de fortune.

Et il est indubitable que la manière de voir développée par nous établit le sens véritable de ce passage, car elle nous aidera à comprendre dans la suite des détails jusqu'ici inaccessibles. Plus loin Cicéron reproche encore aux Scævola d'avoir inventé un moyen pour éluder l'obligation du légataire aux *sacra* par ce conseil : qu'il prenne *un peu moins* que les héritiers ensemble. « *Inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. Quod si hoc, qui testamentum faciebat, cavere nolisset, admonet Jurisconsultus hic quidem ipse Mucius, Pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur... Rursus sacris liberantur.* » En effet, à première vue, cette manière d'agir des Scævola paraît incompréhensible à tous les points. Eux, les *pontifices*, donnent le conseil d'éluder et de tourner la volonté du mort ! Eux, les *pontifices*, inventent un moyen de *s'affranchir* de l'obligation des *sacra* qu'ils tiennent cependant justement à conserver ! Eux, qui tout à l'heure



encore travaillaient, contre l'ancien droit, à imposer cette obligation au légataire civil, s'efforcent maintenant, en contradiction avec leur propre doctrine, à l'en libérer !

Mais toutes ces contradictions apparentes se résolvent maintenant. Les *pontifices* se rendent compte eux-mêmes qu'ils se sont écartés considérablement de l'esprit de l'ancien droit civil et sacré, en introduisant indûment l'obligation du légataire, qui n'était pas obligé quand il y avait un héritier civil. En même temps, ils n'ont aucun intérêt *pratique* dans l'obligation du légataire quand il y a un héritier civil, car leur but de conserver les *sacra* est atteint suffisamment par l'existence de l'héritier. Mais ils ont besoin — nous l'avons prouvé — de l'obligation *séparée* du légataire, engagement *coordonné* à celui de l'héritier, comme moyen théorique pour parvenir à d'autres conséquences, au 3^e cas de la théorie, etc... Alors ils imposent cette obligation au légataire, se créent le moyen théorique dont ils ont besoin pour arriver aux conséquences désirées (*ad id, quod propositum est*) ; puis, quand il y a un héritier civil, ils procurent équitablement au légataire un moyen pratique de se soustraire facilement à cette obligation ; car ils savent que les héritiers civils ne pourront jamais leur en faire un reproche, puisque dans l'esprit substantiel de cette institution ce sont eux les *seuls obligés* ; ainsi, en supprimant artificiellement l'obligation du légataire, les *pontifices* suppriment simplement leur propre suppression de l'ancien droit.

Voilà l'ensemble du passage de Cicéron et le développement historique des *sacra*.



IV. — Les définitions romaines du testament. L'intériorité manifestée. L'honneur et la haine. Le domaine de la liberté intellectuelle.

Avant de traiter du droit de testament formel et réel, il nous faut d'abord étudier les définitions que les Romains donnent du testament, ainsi que quelques usages extrêmement significatifs qu'il est plus facile de comprendre quand on les en rapproche.

Aujourd'hui, le testament est une *disposition à faire au sujet du patrimoine* et jamais il n'est venu à l'esprit des juristes de douter qu'il aurait pu en être autrement du testament romain, puisque l'*effet* en a toujours été une disposition faite au sujet du patrimoine. Il est surprenant cependant que les juristes romains ne définissent pas le testament une « disposition de la fortune ».

Non seulement les Institutes (1) mais déjà le célèbre jurisconsulte des Anciens, Servus Sulpicius, contemporain de Cicéron, définit le testament étymologiquement une *testatio mentis*, une « manifestation de l'intériorité de l'esprit (2) ». Et même quand Aulu-Gelle blâme avec raison cette étymologie grammaticalement fautive, il en adopte cependant entièrement le sens (3). Nous retrouvons la même définition chez Ulpien (4); et à travers tous les juristes jusqu'aux Institutes et à Théophile (5), l'autorité de cette vieille formule se maintient sans cesse.

(1) *Inst.*, pr., II, 40 de test. ord.

(2) Voyez Gellius, Noct. ATT., VI, 12.

(3) Texte cité : «... falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna quasi *mentis* quædam in hoc vocabulo significatio.

(4) XX, § 1 : « Testamentum est *mentis nostræ* justa contestatio. »

(5) Lib. II, tit. X, § 1, t. I, p. 328, éd. Reitz : Ἐπὶ τῶ ἄλλων ἀναγκαῖον εἰπεῖν τὸν τῆς διαθήκης ὄρον ἦτοι ἐτυμολογίαν· ἡ δὲ διαθήκη κατὰ Ῥωμαίους λέγεται testamentum ἐντεῦθεν δέξαμένη τὴν ἐτυμολογίαν, quod testatio mentis sit (ἐπειδὴ μαρτυρία διανοίας ἐστὶ) καὶ γὰρ μάρτυριαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας.

Ainsi, d'après les Romains, le testament est une *manifestation de l'intériorité de l'esprit*, et non une disposition au sujet du patrimoine ; et il faut comprendre cette définition, abstraction faite du jeu de l'étymologie, dans toute la plénitude de son sens réel. Elle nous permet de comprendre des passages intéressants d'anciens écrivains qu'on a eu le tort de négliger ; quoiqu'ils soient en dehors du cercle juridique et qu'ils n'aient par conséquent aucun rapport avec cette définition étymologique, ils font cependant ressortir de la même manière quelle est l'essence du testament dans l'esprit populaire. Le railleur Lucien dit que « la seule véritable manifestation d'eux-mêmes que les Romains produisent pendant toute leur vie, est celle des testaments (1) ».

Et le Romain Lucrèce dit à peu près la même chose (2) :

Nam veræ voces tunc demum pectore ab imo
Eliciuntur, deripitur persona, manet res.

En le rapprochant de ceci, on comprend un usage caractéristique des Romains qui jusqu'ici n'avait été considéré que comme curiosité et dont on ne s'était jamais servi pour expliquer l'essence du testament romain : Les Romains faisaient de leurs tablettes testamentaires un monument de honte pour leurs ennemis ; ils y laissaient libre cours aux insultes et aux invectives. Il suffira de rappeler quelques exemples de Tacite. Fulcinus Trio se répand dans son testament en *multa et atrocità* à l'égard de Marco et d'autres favoris de Tibère, aussi bien qu'à l'égard de Tibère lui-même (3).

Fabricius Vejent compose sous forme de codicilles de véritables libelles contre le Sénat et les prêtres (4). Pétrone,

(1) LUCIEN, *Nigrin.*, c. xxx, t. I, p. 52, éd. Bip. : ... ὅτι μίαν φωνήν, οἱ Ρωμαίων παῖδες ἀληθῆ παρ' ὄλον τὸν βίον προείνται, τῆς ἐν ταῖς διαθήκαις λέγων κ. τ. λ.

(2) *De rer. nat.*, III, 57.

(3) TACIT., *Annal.*, VI, 38.

(4) TACIT., *Annal.*, XIV, 50 : « Quod multa et probrosa in patres

qui s'ouvre les veines par peur de la mort, décrit en détail dans ses codicilles toutes les infamies de Néron, en désignant par leurs noms les hommes et les femmes, et la nouveauté de chacune de ses débauches, et il envoie ce testament à Néron (1).

Les invectives et la honte sont le pôle négatif et opposé du testament dont le pôle positif est l'*identité* de l'esprit manifesté par l'institution de l'héritier. Pour cette raison et parce qu'elle est la proclamation de cette identité de volonté spirituelle, l'institution de l'héritier peut à peine être considérée comme *bienfait, enrichissement et affection*, comme il faudrait le faire si par son essence elle était transmission du patrimoine; il faut bien plutôt, parce qu'elle confie à un tiers la continuation de toute la subjectivité de volonté, la considérer d'après la conception romaine comme un *honneur*, et des écrivains ultérieurs mettent encore au premier plan ce caractère dominant (2).

On ne s'étonnera plus d'un autre usage : les hommes même les plus importants, les plus nobles et les plus riches du pays sont publiquement désignés et considérés par des hommes de position subordonnée comme leurs futurs héritiers (3), et l'esprit populaire romain n'y voit rien de choquant ou d'incorrect, ne soupçonne jamais le désir de s'enrichir ou de capter l'héritage. Au contraire, le défunt

et sacerdotes composuisset, iis *libris* quibus *nomen codicillorum* dederat..... et (Nero) *libros* exuri jussit. »

(1) TACIT., *Annal.*, XVI, c. XIX : « Ne codicillis quidem, quod plebique pereuntium, Neronem aut Tigellinum, aut quem alium potentium adulatus est; sed flagitia principis sub nominibus exoletorum feminarumque et novitate cujus stupri perscripsit, atque obsignata misit Neroni ».

(2) VALER. MAXIM., VII, c. VII :... « Quæve ad alios quam qui expectabant, *honorem hereditatis* transtulerunt; cf. même texte, VII, c. VIII, n° 4, où, en parlant du frère négligé dans le testament, à qui on a préféré *alieni et humiles*, on lit : « Ut non solum *flagitiosum silentium* sed etiam *prælatio contumeliosa* videri posset »; cf. TACIT., *Annal.*, III, c. LXXVI.

(3) VALER. MAXIM., VII, c. VIII, n°s 5 et 6.

qui trompe les prévisions qu'il avait fait naître, blesse à la légère et si profondément le rapport le plus solidement établi dans l'esprit populaire, il en trahit la substance à un point que, pendant la République où le sentiment populaire est vivant encore, son corps est maltraité par la foule et traîné à travers les rues, alors que son testament n'en reste pas moins valable (1).

Si, comme nous l'avons dit, l'honneur et la honte sont les deux pôles opposés du testament, s'ils sont l'un à l'autre ce que positif est à négatif, les injures et les invectives dans le testament ont droit à la même liberté illimitée que l'honneur positif de l'institution de l'héritier.

La licence du testament est par conséquent sans limites, cela va de soi. Si le testament est ce que nous avons dit, c'est-à-dire l'immortalité romaine, s'il est ce que le paradis est pour le chrétien, il est aussi pour le Romain le paradis de sa liberté où nulle puissance terrestre n'a de pouvoirs. Même les empereurs qui détruisent toute liberté dans l'Etat, pour qui la vie et la fortune, toute la liberté réelle de l'individu ne sont qu'un jeu : — les empereurs reculent devant cette liberté métaphysique, transcendante du sujet romain ; ils s'inclinent devant elle et la subissent plutôt que d'entrer en conflit avec ce sanctuaire le plus vénéré de l'esprit populaire. Lorsque le Sénat romain pousse la servilité jusqu'à vouloir limiter cette licence d'injurier par testament, Auguste lui-même intervient sagement, — c'est Suétone qui nous l'apprend — et l'en empêche (2). Même un tyran comme Tibère défend aux héritiers de Fulcinus Trio de cacher les invectives contre Tibère et ses favoris dont le testament était plein et leur ordonne de lire le testament à haute voix selon l'usage, *patientiam libertatis alienæ osten-*

(1) C'est ainsi qu'on traite Q. Cæcilius : « Cum præ se semper tulisset, unum illum (L. Lucullum) sibi esse heredem », tandis que plus tard il nomma dans son testament Pomponius Atticus ; cf. VALER. MAXIM. I, 1.

(2) SUETON, *Vit. Aug.*, c. LVI : « De inhibenda testamentorum licentia ne senatus quidquam constitueret, intercessit.



tans, comme dit Tacite (1). Le testament est le domaine inviolable de la liberté des Romains, domaine transcendant où la *liberté* est volontairement reconnue par un Tibère même, comme l'égalité dans le ciel est reconnue par le plus grand tyran chrétien ; — et l'empereur Constantin est encore entièrement sous l'influence traditionnelle de cette conception, quand il écrit (2) : « *Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus et licitum quod iterum non redit arbitrium.* »

V. — L'institution de l'héritier : — Le testament comme volonté de l'héritier. — La bonorum possessio.

Cette suite d'idées se manifeste plus fortement et plus indubitablement qu'elle ne peut le faire dans une définition, dans tous les passages du droit testamentaire formel et réel. Il faut que le testament contienne une *institutio heredis*, l'institution formelle d'un héritier (3). Tout partage pur et simple du patrimoine accompli dans le testament serait nul s'il manquait l'institution formelle, l'institution directe d'un continuateur de la volonté. Il faut de plus que cette institution de l'héritier précède tout le reste, principalement les legs, qu'elle forme le commencement (4) du testament.

Si enfin l'héritier institué n'entre pas en jouissance, s'il meurt avant de recueillir l'héritage ou s'il le refuse, la règle est que tout le testament s'écroule, que tous les legs aussi soient annulés (5). C'est donc l'héritier seulement qui

(1) TACIT., *Annal.*, VI; c. xxxviii.

(2) L. 1, C. *de sacros eccl.* (1, 2).

(3) *Dig.*, XVIII, 5 ; *Inst.*, II, 14 ; *Cod.* VI, 24, *de hered. instit.*

(4) « ... heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti. » ULPIAN, l. 1, *pr. de hered. inst.* (28, 5).

(5) L. 9, *de test. cur.* (26, 2) ; l. 3, § 2 ; l. 16, *de jur. codic.* (29, 7) ; l. 1, § 1, *de legat.*, III ; l. 181, *de reg. jur.* (50, 17) ; l. 2, C. *si quis om. caus. test.* (6, 39) ; l. 14, C. *de fideic.* (6, 42).

par son existence donne l'existence au testament, qui par sa volonté donne aux dispositions de volonté du testateur le support et l'existence juridiques (1).

Ce que nous voyons clairement c'est donc ceci : c'est seulement si la volonté du défunt est posée comme continuant à exister dans l'héritier, que la volonté du mort est considérée comme existant encore, et alors elle est exécutée touchant le patrimoine. Sans le continuateur de la volonté, la volonté du mort reste ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire une volonté morte, qui n'existe plus, qui n'est plus capable de vouloir, une volonté qui, n'ayant pas d'existence réelle, ne peut prétendre à l'application.

Alors qu'on a toujours considéré ces dispositions du Droit romain comme découlant du « formalisme rigoureux » du Romain — explication aussi commode que peu explicative — nous avons reconnu qu'elles sont la conséquence nécessaire, éloignée de tout ce qui est formel, de l'idée intérieure spéculative du droit de succession romain.

Quelle sera donc la seule forme valable de l'institution de l'héritier. D'après l'idée développée, l'héritier ne doit pas *avoir* quelque chose (le patrimoine), il doit *être* quelque chose (le conservateur de la volonté). Ce n'est que par hasard et secondairement, quand il n'y a pas de disposition concernant la fortune, que l'héritier recueille aussi la fortune du défunt ; puisque, étant la continuation de la subjectivité de volonté du défunt, il est par conséquent maître de tout ce qui était soumis à cette volonté. Mais ce n'est pas dans cet *avoir* que repose l'idée de ce rapport, et ce n'est

(1) Ici déjà le testament n'apparaît plus comme simple volonté du défunt, mais comme la propre volonté de l'héritier, et posée par celui-ci ; et maintenant on comprend le sens insigne du principe romain, qui veut que l'héritier soit engagé vis-à-vis du légataire *quasi contractu*, c'est-à-dire par la *disposition de la volonté* (v. notre I^{er} vol., p. 459 et cf. § 2, C. même texte). Nous avons donc ici déjà la preuve, preuve que nous ne pourrions établir plus complètement que par la suite, que le droit successoral testamentaire découle pour l'héritier de sa propre volonté.



pas lui que reflétera la formule. Toute institution d'un héritier est *nulle*, si elle met l'héritier en relation avec cet acte d'*avoir* ou de *prendre* (*habeto, sumito, capito*) qui est employé quand il s'agit d'un légataire, parce qu'il jouit réellement d'une assignation sur la fortune (voir n° XIV) : par exemple, que Titius ait ma fortune ou ma succession. L'institution d'un héritier, conséquente avec l'idée, doit toujours être formulée ainsi : « Que Titius soit continuateur de ma volonté » (Titius *heres esto*) (1). De plus : Pour que l'héritier soit la volonté identique à celle du testateur, il faut qu'il soit *institué* tel. A cet effet, il faut un *acte de volonté* de la part du défunt, il faut donc un *ordre*, l'impulsion de l'*impératif*. Si on racontait simplement : « Titium heredem esse volo, heredem facio, instituo », ce récit ou cette déclaration ne contiendrait pas encore l'*acte* de volonté par lequel le défunt transforme l'héritier en sa propre subjectivité de volonté ; dans cette déclaration, cet acte, qui n'existe pas ici, serait supposé accompli autre part (2). Cette institution de l'héritier, exprimée par le présent, ne peut donc non plus avoir d'effet, et ici encore il faut s'en tenir à la seule forme efficace, celle de l'impératif : « *Titius heres esto* (ou *sit*) ». La forme *heredem esse jubeo* seule peut éveiller un doute, puisque dans cette forme le sens *impératif* du verbe et le caractère simplement *déclaratif* du temps s'opposent l'un à l'autre ; et c'est ainsi que cette formule a pu se faire admettre dans le cours du temps, mais non sans peine (3).

(1) Sur la signification étymologique et l'usage dans la langue de *heres* et de *hereditas*, cf. la note au chap. XXI.

(2) L'impératif : *T. heres esto* n'est donc que l'abréviation, comme nous le verrons plus tard, de l'acte de volonté exprimé dans sa forme adéquate, dans le *testamentum per æs et libram*.

(3) GAIUS, II, §. 117 : « *Solemnis autem institutio hæc est : Titius heres esto ; sed et illa jam comprobata videtur « Titium heredem esse jubeo » ; at illa non est comprobata « Titium heredem esse volo » ; sed et illæ a plerisque improbatæ sunt « heredem instituo » item « heredem facio ».* ULPPIEN, *Fr.* XXI, 1.



Nous avons dit plus haut qu'il ne serait pas suffisant pour l'infinité de la volonté du défunt, que la volonté fût simplement prolongée un moment au delà de sa durée naturelle, pour disparaître ensuite, ce qui se produit si l'on conçoit le droit de succession comme une simple disposition concernant la fortune. C'est là précisément la particularité dans la conception de l'héritier romain : il continue la volonté du défunt, comme une volonté absolument immortelle, infinie (1).

Mais il s'ensuit aussi que la simple prolongation de cette volonté jusqu'à un moment aussi éloigné et incertain qu'on voudra, est cependant contraire à la nature de cette succession ; en d'autres termes : il est établi que l'institution de l'héritier ne peut ni être limitée dans sa durée (ne peut être établie *ad diem*) (2), ni être rattachée à quelque condition résolutoire (3) ; cette condition est écartée chez l'héritier par la maxime *semel heres, semper heres*, tandis qu'elle reste entièrement efficace quand il s'agit d'un legs qui, au contraire de l'héritage, représente simplement la *disposition concernant la matière du patrimoine* (4).

(1) A propos des *sacra*, on dit (v. plus haut, p. 32) : *ut sint perpetua*, et cette perpétuité est atteinte en effet, quand la subjectivité de volonté — comme les *sacra* — est conservée à l'infini par l'héritage qui se transmet continuellement d'un héritier au représentant de sa volonté, identique avec lui.

(2) PAPINIEN, l. 34, *de hered. inst.* (28, 5). « *Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed temporis vitio sublato manet institutio.* » *Inst.*, § 9, *de hered. inst.* (2, 14).

(3) GAÏUS, l. 88, *h. t.*, (28, 5) : « ... *Quum autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui semel heres extitit, desinat heres esse ;* » cf. l. 15, § 4, *de test. milit.* (29, 1).

(4) L. 26, C. *de legatis* (6, 37). — Ceci réfute complètement — sans préjudice de ce qui a pu en être dans l'ancien droit, quand il s'agissait de legs (cf. 2, 35, *de leg.*, I ; l. 44, *de o. et a.*, 44, 7) — la doctrine établie par quelques juristes et repoussée déjà par l'opinion régnante : qu'aussi pour les institutions d'héritiers, la condition résolutoire ajoutée devait être transformée en une condition opposée, suspensive, pour être maintenue (v. von WENING-INGENHEIM dans *Arch. jur.*, I, 9 ; ZIMMERN, même texte, VII, 7 ; MEJER, dans le

Pour la même raison, l'effet de l'institution de l'héritier ne peut être remis à plus tard, en fixant un temps (1); car, si c'est la volonté subjective du testateur qui doit être conservée et représentée de manière permanente, il faut que cette continuation soit *immédiate*, ininterrompue. La condition suspensive, par contre, est admise, car l'exécution en est rattachée au jour même de la mort et fait de l'héritier un héritier *ab tunc*, qui a la jouissance de tous les effets et usages qui se sont produits dans l'intervalle. Mais la même raison qui rend impossible la condition résolutoire, crée aussi cette différence quand il y a une condition suspensive : elle diffère la délation de l'héritage jusqu'au moment où l'effet de la condition se fait sentir, tandis qu'elle n'a pas cet effet sur une simple *bonorum possessio*; ici la succession est remise immédiatement à l'héritier prétorien moyennant caution fiduciaire (2).

Il suffit de *mentionner* simplement la *bonorum possessio* dans cet ensemble, pour mettre en pleine lumière — ce qui se produit toujours quand on se trouve au *centre* de la substance — l'idée qu'elle contient et son rapport véritable avec l'*hereditas*, que des recherches nombreuses et savantes n'ont pu établir nettement et qu'on a cherché alors à expliquer par les causes les plus contradictoires. Car il est clair maintenant que la *bonorum possessio* prétorienne est à l'*hereditas* du droit civil ce que, dans le droit civil, le legs est à l'institution de l'héritier (d'après la définition de

Manuel de Schweppe, V, 64). S'il en est ainsi quand il s'agissait du legs, on peut le concéder à ces auteurs, quoiqu'il soit plus juste de croire qu'il n'en a été ainsi que dans le droit *ancien* (c'est précisément pourquoi Justinien admet par la l. 26 la condition directe, non transformée, aussi pour les legs). S'il en est ainsi, on méconnaît profondément l'esprit du droit successoral, si l'on veut par l'analogie des legs, conclure de même pour l'institution de l'héritier, tandis qu'on pourrait aussi bien conclure *e contrario*.

(1) V. les passages dans la note 3, p. 66.

(2) L. 5, pr.; l. 6; l. 10; l. 12, de *bon. poss. sec. tab.* (37, 11); l. 12; l. 13, *qui satis d. cog.* (2, 8); l. 8, pr. de *stip. pret.* (46, 5).



l'idée que nous avons donnée plus haut); c'est-à-dire que le *bonorum possessor* — et son nom en est maintenant la preuve évidente — peut succéder *dans la matière du patrimoine*, sans faire entrer, comme l'héritier civil, dans la succession, la volonté idéale du défunt, laquelle l'immortalise et identifie l'homme avec lui. En d'autres termes : Ce qu'on a coutume d'appeler *civil* dans le droit successoral — *le droit successoral civil* — n'est autre chose que le règne logique dans la succession de l'idée spéculative historique (que nous avons démontrée); c'est là un système contre lequel l'idée de la succession comme *transmission simple de la fortune* commence à réagir; elle s'oppose à ce système comme un tout indépendant dans le droit successoral prétorien (1).

(1) Ceci nous montre ce qu'il y a de *justesse relative et interne* dans l'opinion de ceux qui, comme Hugo (*Histoire du Droit*, II, 238), croient que la *bonorum possessio* a sa source dans le *jus gentium*. Ce qu'il y a de juste à notre avis dans cette opinion, ce n'est pas que la *bonorum possessio* ait été accordée aux étrangers, à Rome, tout d'abord, par le *prætor peregrinus*, pour passer ensuite de son édit dans celui du *prætor urbanus*; c'est que la *bonorum possessio* soit fondée sur la lutte de la pensée du *jus gentium* contre le *jus civile*, lutte qui domine dans toute l'histoire du droit romain. — C'est Gans (*Droit successoral*, II, chap. vi) qui a indiqué de la manière relativement la plus juste, la position générale de la *bonorum possessio* vis-à-vis de la *hereditas*. Cependant ce n'est juste qu'*abstraitement*, car il considère chacun des deux systèmes comme un *tout*, un *ensemble*, et les oppose l'un à l'autre. Quand Gans dit (même texte, p. 465) : « La *bonorum possessio* opposée au droit d'héritage romain, signifie ce qui est abstraitement libre, opposé à ce qui est substantiel abstraitement », ce qu'il dit est juste, mais c'est dit abstraitement. Ce qui manque à cette définition, c'est ce qui manque en général à toute l'œuvre de Gans : il ne dit pas en quelle idée précise est contenu ce qu'il y a de substantiel dans le droit d'héritage romain. Ce qu'il y a de concrètement substantiel ne consiste précisément que dans la pensée de l'héritage comme existence de la volonté infinie; cette pensée, nous l'avons développée plus haut et elle ne se manifeste dans toute sa netteté que dans la séparation de la transmission de la volonté et de la transmission de la fortune, nous le verrons plus loin plus nettement



Il est en dehors du plan et des limites de ce livre, de développer cette question à l'aide de l'organisation de la *bonorum possessio* ; d'ailleurs tous ceux qui ont étudié cette matière et cette pensée sauront établir, par l'idée que nous en avons donnée, l'ensemble des dispositions de la *bonorum possessio*, et son rapport étroit avec la *hereditas* du droit civil ; nous aurons d'ailleurs l'occasion d'y revenir assez souvent, et d'appuyer cette idée par des preuves.

Nous revenons donc au droit successoral civil, qui seul nous occupe ici ; nous avons à prouver que si le droit successoral consiste uniquement dans la continuation de la volonté du défunt confiée à l'héritier (institution de l'héritier), et s'il diffère de la succession patrimoniale qui est un *accessoire* seulement de la volonté, ce n'est pas seulement dans la *pensée* ; qu'au contraire c'est la *conception spécifique* vraie et forte du droit successoral romain : car non seulement la disjonction des deux éléments peut se produire réellement, de sorte que l'héritier apparait comme l'héritier de la volonté *en fait*, sans être l'héritier de la fortune ; mais encore il y a eu une époque du *jus civile* où cette disjonction était l'usage général, et cette époque est manifestement la seule où le *jus civile* était pur encore et non affaibli, où la succession civile était encore dans toute sa force pleine et intacte.

encore. Si l'on n'indique pas de cette manière le contenu de la pensée, les désignations de « ce qu'il y a de substantiel abstraitement » et « de libre abstraitement », restent elles-mêmes si abstraites et si vides qu'il est possible de les prendre l'une pour l'autre. Et même, c'est ce qui arrive à Gans dans la phrase citée ; car dans tout le cours de son œuvre, il ne voit par erreur ce qu'il y a de substantiel dans le droit d'héritage romain que dans la succession *ab intestat*, tandis qu'il considère le testament comme ce qu'il y a de libre abstraitement (alors que le testament, au contraire, crée réellement le contenu substantiel de l'esprit romain, ainsi que nous l'avons établi) ; et s'il désigne, par conséquent, ici la *bon. poss.* comme ce qu'il y a de libre, et le droit successoral testamentaire comme ce qu'il y a de substantiel, il emploie cette expression tout à coup dans un sens contraire à celui qu'il lui donne dans toute son œuvre, sans l'expliquer.



VI. — La disjonction. La manifestation réelle des aspects de l'idée.

Pour faire paraître dans son évidence la plus concrète ce qui précède et ce que nous avons développé *a priori* à ce sujet, plus haut (p. 24-27), il suffit de jeter un regard sur un passage de Gaius.

« *Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere præterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suæ rei, ita jus esto; quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant et idcirco plerique intestati moriebantur* (1). »

Jusque dans les moindres détails on retrouve ici ce que nous avons développé *a priori* plus haut, comme la conséquence paradoxale, mais nécessaire, de l'idée spéculative, et comme caractère permettant de décider si la conception spéculative que nous avons établie est réellement celle qui domine dans le droit successoral romain. Autrefois, dit Gaius, on était libre d'épuiser tout l'héritage en legs et de ne rien laisser à l'héritier que le titre vide d'« héritier ». La conception de l'héritier — (qui est le simple continuateur de la volonté subjective du mort) — absolument indépendante d'une assignation sur la fortune, la disjonction réelle entre les deux éléments, l'héritier nous apparaissant comme héritier de la volonté *seulement* et non de la fortune du testateur : — ce paradoxe monstrueux si contraire à notre conception actuelle du droit successoral (conception mise involontairement par les auteurs à la base du droit romain) qu'à première vue il semble même n'avoir aucun sens — l'histoire prouve qu'il est l'esprit spécifique et caractéristique du droit d'héritage romain !

(1) GAIUS, II, 224.



Par des assignations sur la fortune, en forme de legs, la fortune était épuisée ; et en instituant un héritier on ne transmettait à celui-ci que le sens idéal de conservateur de la volonté, que « le titre d'héritier », comme dit Gaius. Et qu'on le remarque bien : Gaius ne dit pas seulement, comme on peut le croire, que ceci était *permis* d'après l'interprétation des lois des Douze Tables. Cependant un *droit* si bizarre qui est tout l'opposé de ce que nous entendons par héritage, nécessiterait absolument une explication de son sens interne, si une telle explication était possible d'après l'idée qu'on se faisait jusque-là du droit successoral romain. Mais Gaius affirme plus encore. Il affirme encore que cette manière de tester était non seulement *permise*, mais qu'elle se produisait si souvent et était si généralement en usage, qu'elle avait fini par être un usage courant ; c'est pourquoi la plupart des Romains (*et idcirco plerique*) mouraient *ab intestati*, parce que les héritiers refusaient et que le testament s'écroulait alors (1). Si l'on nous donnait cent lois accordant la plus grande liberté de disposer de la fortune dans le testament et autorisant cette exhérédation réelle de l'héritier : croit-on que quelqu'un ferait usage de cette autorisation ? Qui donc, aujourd'hui, s'il avait le droit le plus illimité d'instituer son héritier l'individu qu'il veut, instituerait son héritier quelqu'un qu'il a l'intention de déshériter en fait ? On se rend donc bien compte qu'on n'a rien expliqué, quand on a expliqué ce droit comme un droit qui a pris naissance dans le formalisme qui s'attachait trop étroitement à la *lettre* des lois des Douze Tables ; c'est là une explication commode, qui sauve tous ceux qui, en étudiant le Droit romain, ne savent point pénétrer dans la nature de la chose. Car cette explication n'expliquerait pas du tout pourquoi les Romains faisaient *usage* d'un droit que leur a donné une interprétation trop formaliste,

(1) De là la *lex Furia*, dont nous allons parler (v. GAIUS, ouvrage cité), qui est le premier pas dans la voie où le défunt est forcé de transmettre une part de fortune à l'héritier.



et pourquoi ils en faisaient un usage *courant*. Cet usage exige donc une autre explication qu'il faut déduire de l'essence de cet esprit populaire particulier. En donnant cette explication, on aurait en même temps éclairé ce droit qu'on a dégagé de sa prétendue source littérale pour en montrer la nature interne; cet exemple nous montre nettement qu'en voulant expliquer quelque chose par le formalisme littéral, on explique seulement, qu'on ne peut pas expliquer cette chose.

Ces Romains sont un peuple bien bizarre, bien incompréhensible en apparence! Ils commencent par déshériter leurs propres enfants, pour instituer un héritier choisi en toute liberté. Puis ils déshéritent cet héritier choisi en toute liberté, pour donner leur fortune à des légataires!

Il est évident que tant qu'on n'a même pas recherché la source de cette contradiction si incompréhensible et si surprenante et qu'on n'a pas cherché à résoudre cette question, on n'a non plus tenté de pénétrer l'*esprit* du droit successoral romain.

En nous posant la question, nous avons déjà prévu la solution. Cette contradiction n'est que la contradiction entre la conception *romaine* et la conception *actuelle* de l'héritage.

Cette contradiction naît seulement quand on se représente le patrimoine comme faisant partie de l'essence de l'héritage, et l'héritage comme succession du patrimoine. Mais nous avons vu plus haut déjà quelle est la source nécessaire et de ce droit, et de l'usage courant qu'on fait de son application en fait. C'est l'idée spécifique de l'esprit romain, c'est le concept de la teneur même de l'héritage dans cet esprit qui a établi ce droit et qui, en même temps, en a produit *nécessairement* l'application générale, parce qu'il a ses racines dans la nature de l'idée d'héritage chez les Romains. Il est même évident que l'application réelle de cette disjonction, qui seule nous permet de pénétrer la substance véritable du droit successoral romain, contient l'intérêt



suprême, la satisfaction la plus complète du testateur.

Si l'idée de la succession est de réaliser la *continuation* de la volonté subjective du défunt, le défunt n'a pas d'intérêt à ce que l'héritier *possède*, mais à ce que l'héritier *agisse*, et agisse selon sa volonté à lui, défunt (1).

Faire agir l'héritier selon sa volonté, c'est le triomphe du défunt, la preuve véritable de la continuation de sa volonté, et nous verrons plus tard, quand il s'agira de la théorie des legs, ce principe se développer davantage dans son importance concrète. Mais tant que l'héritier *possède* et *agit* à la fois, la situation est encore équivoque. Il est possible encore que ce soit son propre intérêt seul qui décide l'héritier à accepter la succession. Dans ce cas, l'héritier ne serait pas le continuateur de la volonté du défunt ; il serait animé par son propre intérêt et sa propre volonté égoïste qui, au lieu de *continuer* la volonté subjective du défunt, l'auraient détruite et annihilée. Mais le défunt a un moyen décisif de s'assurer de manière certaine que c'est sa volonté à lui qui existe et continue à vivre dans l'héritier, et non l'égoïsme de celui-ci. Ce moyen, c'est de ne pas accorder le moindre intérêt personnel à l'héritier, de le mettre, au contraire, en opposition directe avec son intérêt égoïste. L'héritier qui n'acquiert rien et qui est néanmoins l'héritier et agit (2) selon la volonté du testateur — *l'héritier déshé-*

(1) Nous le retrouvons nettement dans des sentences de poètes, OVIDE, *Tristia*, I, 2, v. 33 :

« Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo,
Et mandare suis aliqua et sperare sepulcrum. »

Il ne lui importe pas que le défunt lègue quelque chose aux héritiers, qu'il prenne soin d'eux, etc..., il lui importe qu'il leur donne des charges, *qu'il les fasse agir selon sa volonté*. Plus nettement encore, OVIDE, *Tristia*, III, 3, v. 43 :

« Nec mandata dabo? nec cum clamore supremo
Labentes oculos condet amica manus? »

(2) C'est-à-dire distribue les legs.

rité (1) — voilà la preuve indubitable que la volonté du testateur continue à exister dans cet héritier.

L'héritier déshérité est le triomphe le plus haut de la volonté du défunt, c'est la certitude absolue et la jouissance la plus complète de sa continuation que puisse se donner cette volonté. Par l'héritier déshérité, cette volonté transcendante célèbre et satisfait ses prétentions métaphysiques les plus voluptueuses (2).

Mais ce triomphe suprême du défunt crée aussi le *frottement* qui amène cet héritage idéal et inflexible à se modifier historiquement et le force à sortir de lui-même.

VII. — La disjonction et les raisons de conflit; leur développement historique. « *Lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia* ».

Après avoir dit au texte cité : « Et idcirco plerique intestati moriebantur », Gaius continue en ces termes : « Itaque lata est *lex Furia*, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. » Parce que, dit Gaius, les héritiers testamentaires refusaient et que les héritiers *ab intestat* recueillaient l'héritage la plupart du temps, on édicta la *lex Furia* qui décrétait qu'à l'exception de certaines personnes (sans doute les enfants et les proches parents) (3)

(1) Qui en plus était responsable pour les dettes et les impôts de l'héritage; par contre, s'ils ne sont pas couverts par les legs, il peut se couvrir par des transactions avec les légataires; c'est à peu près ce que Gaius nous dit de l'héritier fiduciaire en ce qui concerne les fidéicommissaires; voir à ce sujet le chap. ix.

(2) On voit d'ailleurs maintenant que, dans cette succession, les Romains avaient parfaitement le moyen de transmettre l'honneur de l'identité de volonté (v. p. 61) à un ami, et la fortune aux enfants, par des legs.

(3) Alors la *lex Furia* ne changeait rien du tout à ce que nous avons fait remarquer dans la note précédente.



aucun légataire n'avait le droit de recueillir un legs de plus de 1.000 as (1).

« Mais, ajoute Gaius naïvement, cette loi n'accomplit pas ce qu'elle voulait (*sed et hæc lex non perfecit quod voluit*); car celui qui possédait par exemple 3.000 as, pouvait épuiser sa fortune en léguant 1.000 as à cinq légataires différents (2). »

La conception de Gaius — il nous faudra l'étudier plus loin — selon laquelle la loi « n'a pas accompli ce qu'elle voulait », est franchement naïve; néanmoins, il a raison dans sa critique, s'il dit que la loi n'a nullement assuré une part de la fortune réelle à l'héritier. « C'est pourquoi, dit Gaius, on édicta plus tard la *lex Voconia*, qui interdisait de prendre plus que les héritiers (3), soit par des legs ou par suite de décès. Par cette loi, les héritiers paraissaient recueillir nécessairement une partie de la fortune (4) ». Mais à en croire Gaius, une malchance particulière plane sur la législation romaine; car il continue: « *sed tamen vitium simile nascebatur* ». — « Mais cependant on fit ici une faute semblable » — semblable à celle de la *lex Furia*; — ainsi la *lex Voconia* non plus n'accomplit pas ce qu'elle veut accomplir. « Car en morcelant la fortune entre un grand

(1) Il faut remarquer les termes de la loi. Elle ne défend pas au testateur de léguer plus de 1000 as à un seul légataire, — s'il le fait, son testament n'est invalidé comme contraire à la loi prohibitive, ni dans son ensemble, ni en ce qui concerne le legs —; elle défend simplement au légataire de recueillir plus de 1000 as (*legatorum nomine mortisve causa capere*); ce qu'il ne recueille pas retombe naturellement aux mains du continuateur de la volonté.

(2) GAIUS, II, 223: « Qui enim verbi gratia quinque millium æris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare. »

(3) C'est-à-dire plus que l'héritier unique (*ex asse*), ou que tous les héritiers ensemble.

(4) GAIUS, II, 226: « Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur. »

nombre de légataires, on pouvait ne laisser à l'héritier qu'une si petite part qu'il n'avait aucun avantage à accepter toutes les charges qui pesaient sur l'héritage, contre un si petit bénéfice (1). »

Le but que poursuivait déjà la *lex Furia* n'est pas atteint encore. Mais enfin on y parvient ! « Alors on édicta la *lex Falcidia* qui décida qu'on n'avait pas le droit de disposer de plus des *trois quarts* de la fortune pour des legs ; de cette manière, l'héritier acquiert nécessairement un quart de l'héritage ; c'est ce droit qui est en vigueur actuellement chez nous (2). »

Ainsi, à l'époque des lois des Douze Tables, il était d'usage courant de ne rien laisser à l'héritier, et cet usage était courant au point que la plupart des héritages passaient aux héritiers *ab intestat*, parce que les héritiers testamentaires les refusaient à cause de cela ; voilà ce que nous dit Gaius, et il prouve aussi ses affirmations : précisément pour remédier à cet inconvénient (3) — qui, par conséquent, se produisait fréquemment — on édicta une loi particulière, la *lex Furia*, et comme elle n'y remédia nullement, on en édicta une deuxième, la *lex Voconia* ; enfin, comme celle-ci fut inefficace encore, on la fit suivre de la *lex Falcidia* qui, elle, porta véritablement remède à cet état de choses.

(1) « Nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterant adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. »

(2) « Lasa est itaque lex Falcidia qua cautum est, ne plus legare liceat quam dodrantem ; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditas habeat ; et hoc jure nunc utimur ; cf. ULPYEN, *fr.* XXIV, § 32.

(3) Nous expliquerons plus tard, quand nous expliquerons l'idée de la succession *ab intestat*, à quel point et pourquoi il n'était pas indifférent du tout à l'esprit romain qu'il y eût succession testamentaire ou *ab intestat*. Toutes deux sont, il est vrai, succession civile ou continuation de la volonté ; mais seule la succession testamentaire est la réalisation de cette idée dans une forme adéquate.



En ce qui concerne les faits en eux-mêmes, le passage de Gaius est aussi clair qu'indiscutable. Mais ce qui nécessiterait une autre explication que celle que Gaius pouvait nous donner, c'est le rapport entre ces trois lois et le développement qu'elles font subir au droit d'héritage.

Gaius se facilite la tâche en disant que la *lex Furia* « n'accomplit pas ce qu'elle voulait accomplir », ce qui fit naître la *lex Voconia*. Mais celle-ci eut le même sort, alors on édicta en fin de compte la *lex Falcidia* qui, d'après cet exposé, accomplit simplement ce qu'avant elle la *lex Voconia*, et avant celle-ci la *lex Furia* avaient déjà voulu accomplir.

Et puisque Gaius le dit ainsi (1), on le répète presque toujours après lui ; et même un homme intelligent comme Gans maintient cette explication dans ses traits principaux (2).

(1) Cf. l'exposé correspondant dans les *Inst.*, II, 22, *ad. leg. Falc.*

(2) Gans se représente à tort ces lois comme une lutte entre l'héritier et le légataire, il n'a donc pas saisi le sens de Gaius, et interprète mal ses paroles : il croit que la *lex Furia* a été édictée « parce que le refus des héritiers était plein de donations pour le testament, et par là même pour les legs », édictée par conséquent dans l'intérêt des legs et de leur existence ; Gaius n'a jamais voulu dire cela. Au contraire, la *lex Furia* fut édictée dans l'intérêt des défunts, pour que ceux-ci ne perdissent pas, par le refus de l'héritier, le continuateur testamentaire de leur volonté, qu'ils ont voulu nommer ; c'est pourquoi les *Inst.*, II, 22, disent : « Idque (la publication de la *lex Furia*) *ipsorum testatorum gratia* provisum est ob id quod plerique intestati moriebantur, recusantibus scriptis hereditibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. » Mais Gans, comme tous les juristes positifs, considère essentiellement la succession et le testament comme une *disposition concernant la fortune* (v. par ex., GANS, II, 173 : « le testament étant le rapport de la volonté du testateur avec la *fortune* », et partout ailleurs) ; et à cause de sa logique philosophique, il tombe dans la plus grave erreur, historique et conceptuelle, qui soit possible dans la question du droit successoral. Il tire cette conséquence : sous le droit des Douze Tables, avant la *lex Furia*, l'héritier et le légataire avaient la même importance, et les *lex Furia*, *Voconia* et *Falcidia* ont tout d'abord développé la différence entre eux. GANS, II, 187 : « La

Sera-t-il réellement possible de maintenir sérieusement cette manière de voir ? Si déjà la *lex Furia* échoue dans ce qu'elle a voulu accomplir, si la *lex Voconia* échoue après elle, et si la *Falcidia* enfin réussit, ce serait, en dernière instance, et pour parler sans circonlocutions, une simple *maladresse* de rédaction qui a empêché la *lex Furia* d'atteindre le but immédiatement ! Maladresse de rédaction qui ne cesse pas d'en être une, même si on la baptise comme Gans au texte cité de « disposition unilatérale » « dont le caractère exclusif » se fait sentir de bonne heure » ; comme si les Romains n'avaient pu se rendre compte, au moment de la publication de la *lex Furia* d'abord, et une deuxième fois à la *lex Voconia*, qu'il était toujours possible de déshériter entièrement l'héritier, d'abord par le partage de la fortune entre plusieurs légataires, ensuite, par une accumulation semblable de légataires, à laquelle s'ajoutent les charges de

lutte entre la succession testamentaire et le legs est précédée d'une phase où les deux facteurs ne se distinguent pas encore l'un de l'autre, ne s'opposent pas l'un à l'autre... La succession testamentaire et le legs sont selon l'expression des Douze Tables *uti legassit*, de valeur *identique* quand on les compare l'un à l'autre. » Cette erreur est absolue, car *heres* et *légataire* (continuateur de la volonté et acquéreur de la fortune), ont toujours été, depuis les temps les plus reculés du droit romain, diamétralement opposés l'un à l'autre au point de vue du droit et du concept ; et si ce contraste n'a jamais cessé entièrement tant qu'il y a eu le droit romain, il a été le plus violent précisément à l'époque du droit romain le plus reculé ; le développement historique de celui-ci établit (et c'est la conséquence naturelle de la manière de voir qui se propageait : l'héritier doit recueillir aussi de la fortune) que l'héritier et le légataire se rapprochent peu à peu l'un de l'autre et que la différence entre eux s'atténue ; ceci se manifeste dans les successions fidéicommissaires et bénéficiaires, dont il sera question plus tard. Cependant il est évident qu'il y a une erreur absolue et contraire à l'histoire chez Gans. Car si l'on prend comme point de départ la conception que l'essence du droit successoral est la *succession* patrimoniale, il est évident qu'on ne peut logiquement faire de différence entre l'héritier et le légataire à une époque où ils peuvent acquérir la même chose.

l'héritage qui pèsent sur l'héritier ; comme s'il avait fallu la pratique pour le leur faire voir !

Croire à une telle maladresse de rédaction, grâce à laquelle les lois n'atteignent pas ce qu'elles veulent atteindre — opinion étrange, surtout quand il s'agit des Romains qui ont été des artistes dans la composition des lois — c'est là une opinion qu'il est radicalement impossible de partager dès qu'on jette un regard sur le rapport chronologique entre ces lois.

La date de la *lex Furia* n'est pas certaine. Cependant on la fixe généralement à l'année 571 après la fondation de Rome, et certainement elle a été publiée avant la *lex Voconia*. Mais il est établi que la *lex Voconia* a paru en 585, et la *lex Falcidia* en 714 p. u. c. (1). Quatorze années s'écoulaient entre la *lex Furia* et la *Voconia*, sans que les Romains se rendent compte de la maladresse de rédaction, ou de l'imperfection de la loi ; et la *lex Voconia* dont Gans dit (au texte cité, p. 192) que « le caractère exclusif s'en fait sentir immédiatement », existe *cent trente ans* avant que les Romains, qui ont, paraît-il, de la difficulté à comprendre, s'aperçoivent de cette insuffisance et y remédient par la *lex Falcidia* !

Qui donc nierait qu'il y a certainement ici une tout autre raison, qu'il faut concevoir ces trois lois qui embrassent un espace de près de 150 ans, comme une lutte terrible et opiniâtre entre l'esprit romain et ses conceptions les plus profondes ; comme un combat entre cet esprit et sa substance la plus intime ; comme un combat non entre l'héritier et le légataire, comme on le croit — car le légataire est dans une position dépendante, subordonnée, vis-à-vis de l'héritier et du défunt et ne peut s'engager dans une lutte contre eux ; — comme un combat qui a lieu au plus profond de l'essence du concept de l'héritier chez les Romains, par consé-

(1) DION CASSIUS, XLVIII, 33 ; LVI, 10, et EUSÈBE, *Chronic.*, a. 1970.



quent comme un combat entre l'héritier et le *défunt*, et seulement entre eux !

Disons en deux mots ce qui est du reste absolument clair dès maintenant : Ces trois lois ne représentent autre chose que l'identification graduelle du concept indépendant de l'héritage chez les Romains et la succession patrimoniale ; elles marquent l'affaiblissement et l'usure graduels de cette succession idéaliste inflexible et de sa résistance opiniâtre qui cède pas à pas ; elles marquent par conséquent — ce qui revient au même — l'usure graduelle de l'élément civil dans le droit successoral civil même — mouvement auquel on peut ramener, comme nous le verrons plus tard, toute l'histoire du droit successoral romain ; — elles marquent enfin l'établissement graduel et finalement définitif de cette conception : il faut que l'héritier recueille un tiers du patrimoine, il faut que la succession soit accompagnée d'une assignation réelle.

C'est au fond la même conception qui est devenue, sous la forme du principe *sacra cum pecunia*, la crise du droit pontifical, et qui, enfin, célèbre dans le droit civil une victoire décisive, grâce à la *lex Falcidia*. C'est la même conception : car si le *patrimoine* en lui-même transmet l'obligation des *sacra* qui découle seulement du caractère de l'héritier, on suppose l'*union* en principe des deux éléments (Cicéron dit aussi *sacra conjuncta cum pecunia*). Ce n'est alors que la conséquence inverse, mais se rattachant au même principe, que de dire que la succession, dont l'expression religieuse est contenue dans les *sacra*, doit nécessairement avoir part à la fortune réelle.

Mais comment est née cette conception, qui veut que l'héritier nécessairement recueille une part de fortune ? Comment a-t-elle pu naître si subitement dans l'esprit idéaliste inflexible de la succession civile, dont elle est justement l'*opposé* dialectique ? Rien n'est expliqué, tant que cette question n'est pas résolue.

Car si cette conception forme un contraste aussi intime et complet avec la véritable conception de l'héritage chez



les Romains — comme le prouve notre exposé — elle n'est certainement pas née *subitement* dans l'esprit romain ; et l'on ne pourrait comprendre tout ceci, s'il ne fallait pas établir la nécessité interne dialectique, grâce à laquelle cette conception rigide chez les Romains de la succession comme *continuation idéale de la volonté*, s'est transformée enfin en une conception de l'héritier comme nécessairement *acquéreur de la fortune*.

En réalité, cette transformation interne apparaît déjà dans ce que nous avons exposé à la fin du chapitre précédent (p. 72 et ss.).

Nous y avons prouvé que l'héritier *déshérité*, c'est-à-dire l'héritier qui n'acquiert rien *en fait*, est le triomphe suprême du défunt. Car ce lui est la preuve décisive que c'est sa volonté propre, non l'intérêt propre et par conséquent la volonté propre de l'héritier, qui survit dans l'héritier. L'héritier déshérité est pour l'égoïsme du défunt la certitude absolue de sa continuation.

Mais cette position triomphante du défunt, avons-nous dit, crée aussitôt le conflit qui force au développement cette succession rigide idéale.

Car cet égoïsme suprême de la volonté du défunt, par lequel il détruit réellement la subjectivité de la volonté de l'héritier et en fait le contenant impersonnel de sa propre volonté, cet égoïsme éveille aussitôt la résistance de la volonté égoïste de l'héritier. L'égoïsme de l'héritier qui ne *veut* pas que sa propre volonté subjective soit détruite, et la résistance qu'il oppose à l'égoïsme du défunt, sont les facteurs immanents du *conflit* entre les deux volontés qui doivent être identiques. Et c'est ce conflit qui crée le développement de la succession. C'est donc une lutte entre l'héritier et le défunt qui s'élève, et dans cette lutte où l'héritier paraît impuissant vis-à-vis du défunt, il a à sa disposition un moyen aussi simple que décisif : *il ne veut pas, il refuse*.

Ainsi, la volonté subjective du défunt n'obtient la continuation qu'elle désire que si elle satisfait à la volonté sub-

jective de l'héritier. Il faut donc qu'il *transige* avec l'héritier, pour incorporer dans cette autre volonté l'existence de sa propre volonté. Il faut donc qu'il satisfasse l'intérêt personnel et la volonté égoïste de l'héritier de quelque manière, en lui accordant une part de la succession réelle, s'il veut survivre dans cette autre volonté subjective. C'est la *lex Falcidia* seulement qui accomplit définitivement la victoire de l'héritier amenée par sa résistance continue, et, ce qui est le résultat de cette victoire, le triomphe de cette conception : il faut que l'héritier recueille nécessairement une part de la fortune.

Mais cette révolution dans la succession est trop profonde, trop absolue pour pouvoir se réaliser d'un coup sans une longue lutte et sans la plus âpre résistance de ce qui fait la substance même de l'esprit populaire romain.

Avant tout, il faut faire remarquer que ce n'est pas avant l'année 571 que passe la *lex Furia*. Il faut donc que jusqu'à une certaine époque qui précède cette *Lex*, l'inconvénient du refus de la plupart des héritiers, et par suite de nombreuses annulations de testaments, n'ait pas encore été sensible, car on aurait fait intervenir plus tôt le remède proposé par la *lex Furia*.

Qu'est-ce donc qui décida jusque-là — et par conséquent pendant un laps de temps très considérable — les héritiers testamentaires — du moins en grande majorité — à accepter l'*hereditas* bien qu'ils n'y eussent aucun avantage pécuniaire et malgré les inconvénients qu'entraînaient parfois les *onera* de la succession.

On pourrait peut-être essayer ici de tirer une déduction après un examen approfondi de certaines formes de testament plus anciennes. Mais la raison vraie et rationnelle, la voici : Quand l'esprit populaire était encore intact, cette révolte de l'intérêt personnel chez l'héritier ne pouvait avoir aucune prise; l'héritage étant en effet précisément la substance la plus sacrée et la plus intime de cet esprit populaire, son centre religieux et intellectuel, sa veine spécifiquement romaine, ce qui fait son importance histo-



rique, le secret le plus profond dans lequel il s'absorbe.

L'immortalité subjective de la volonté, la continuation de la subjectivité de la volonté après la mort, voilà l'essence véritablement historique de cet esprit, et par là sa préoccupation la plus particulière autant religieuse que publique ; et tous ceux qui se sont abreuvés de cette substance soumettent avec un respect religieux leur intérêt personnel à la volonté du mort qui représente l'intérêt métaphysique et politique de l'esprit populaire. Quand nous aurons démontré nettement plus loin (§§. 10 et 15) quelle adoration de son essence propre représente pour l'esprit populaire romain le testament, combien chaque testateur concentre en lui l'intérêt de l'esprit public, on ne s'étonnera plus de cette soumission à l'époque où l'esprit populaire non affaibli encore régnait dans toute sa force parmi les individus. Cette explication ne pourrait paraître faible et peu probante qu'à ceux qui jamais ne se sont dégagés de leurs conceptions subjectives et rationalistes pour se plonger dans la nature d'un esprit populaire ; en effet ceux-ci n'ont jamais pu concevoir l'idée de cette obligation muette qui, à toute époque classique, naît de l'unité spirituelle de cet esprit populaire pour tous les individus d'un peuple, les lie véritablement comme un lien et qui, aux époques de subjectivité affaiblissante, régit leurs actions mieux que ne le feraient les lois et les prescriptions juridiques.

Mais même pour ceux-là, il existe la preuve irréductible de ce que nous venons de dire. Cette preuve palpable n'est autre que la coutume de la succession judiciaire dont la simple mention dans cet ordre d'idées démontre clairement qu'elle n'est qu'une imitation de l'héritier de la volonté déshéritée. Nous en reparlerons plus loin (§. 10). Sans entrer pour le moment dans des détails plus précis — ce qu'il y a de certain, c'est que l'héritier fiduciaire non plus ne reçoit pas nécessairement la moindre partie de la fortune et que lui aussi est soumis aux charges de la succession. Qu'est-ce donc qui oblige l'héritier fiduciaire à recueillir l'héritage dont il ne doit rien garder ? Qu'est-ce



donc qui l'oblige à vendre cet héritage, alors que la restitution n'en devient exigible qu'à l'époque de la chute de la République, sous Auguste?

Est-il cependant un fait plus avéré, historiquement, que la fidélité, la soumission à la volonté du mort avec laquelle on recueille et on exécute ces successions fiduciaires? Il fallait qu'on pût compter avec certitude sur cette fidélité, cette soumission qui ne se démentaient jamais, sans quoi un pareil usage n'aurait pu se répandre, une pareille institution n'aurait jamais pu exister; et la meilleure preuve de la régularité traditionnelle de cette fidélité, de cette soumission, ce sont les hauts cris que poussèrent les Romains à une époque aussi avancée que celle de Cicéron, alors que l'exception de la non-acceptation commençait à surgir et à se répandre.

Voici donc un premier aspect très remarquable : ce n'est qu'en 591 que devient sensible l'usage des refus testamentaires à cause des intérêts lésés de l'héritier et que se fait sentir la nécessité d'y remédier. Et ce long espace de temps qui s'écoula jusque-là — car il faut au moins le faire remonter à la législation des douze Tables, embrassant par conséquent plus d'un quart de *millenium* — nous fournit une preuve assez importante de cette force intime et indivisible avec laquelle cette conception transcendante de l'immortalité de la volonté réalisée par la succession pénètre la substance de l'esprit populaire romain.

Mais lorsque l'unité substantielle de l'esprit populaire commence à être ébranlée et que l'égoïsme et le subjectivisme des individus commencent à se répandre, l'égoïsme de l'héritier peut et doit aussi commencer à se manifester contre le défunt. L'héritier, dont l'intérêt personnel n'est pas défendu, oppose son égoïsme propre à l'égoïsme du défunt, égoïsme transfiguré par l'ensemble des principes métaphysiques et religieux, et apparaissant sous la forme de substance; il se refuse à être dans ces conditions le continuateur de la volonté. Les refus abondent, et la nécessité d'y remédier se fait sentir. Les dates chrono-



giques sont très significatives. C'est dans la dernière période de la République, période de la chute commençante, qu'est publiée la *lex Furia* et que, par conséquent, on fait la première tentative de modification.

Qu'une modification devienne indispensable, que les refus en masse des héritiers testamentaires représentent forcément une calamité pour l'esprit populaire, — quoique dans ce cas les héritiers *ab intestat* recueillent la succession et que la succession civile n'en existe pas moins — c'est ce qui ressortira clairement par l'explication ultérieure des rapports entre la succession *ab intestat* et la succession par testament.

On y verra que la succession *ab intestat* n'était pour l'esprit romain que le succédané, non l'équivalent de la succession testamentaire ; que l'abondance des successions *ab intestat* ne pouvait donc écarter cette calamité (1). De même, on voit d'après ce qui précède que c'est *tout le peuple*, et par conséquent une *loi*, qui interviendra pour apaiser ce conflit ; au point de vue romain, l'apaisement de ce conflit ne pouvait être confié à un défunt particulier et à son héritier. Car ce n'est pas seulement le sort d'un défunt particulier qui est en jeu quand la succession testamentaire menace de disparaître : c'est la substance même de tout le peuple, le souci métaphysique suprême de l'esprit public qui risque de disparaître en même temps (2).

Mais la conception idéale rigide de la succession règne encore avec trop de puissance pour permettre une attaque directe contre sa substance ; déclarer que le conservateur de la volonté doit être nécessairement l'acquéreur de la fortune, interdire au défunt cette certitude triomphante de

(1) Mais ici déjà nous voyons combien est erronée l'opinion des auteurs qui considèrent le droit *ab intestat* comme un droit supérieur, — tout au moins égal et plus substantiel — au droit testamentaire.

(2) On a certainement vu clairement depuis longtemps, combien le testament était *juris publici* chez les Romains ; v. §§. 10 et 13.



la continuation de sa volonté dans l'héritier déshérité, incliner, courber sous la volonté de l'héritier la volonté subjective du défunt qui jusque-là avait simplement été conservée par l'héritier, — voilà des choses qui blessent trop profondément la conception intime de la succession, pour qu'on ose les proclamer à cette époque déjà, sans une longue lutte de l'esprit romain avec lui-même. C'est plus clair encore si on s'exprime de cette manière-ci : il est impossible d'attaquer les rapports que la volonté subjective du défunt établit entre elle et celle de l'héritier ; car ces rapports ne sont qu'un rapport de la volonté subjective du défunt *avec elle-même*, dans le but de créer son existence propre, car l'héritier est en même temps le défunt (1).

S'il s'agit du légataire au contraire, la volonté du défunt se trouve en présence d'*autrui*. On peut parfaitement pres-

(1) Ce n'est pas en contradiction avec l'interdiction qu'un autre chapitre de la *lex Voconia* prononce d'instituer comme héritières les femmes de citoyens inscrits sur le registre du cens pour 100.000 as (GAIUS, II, 274) ; ici il s'agit d'une incapacité successorale des femmes ; et même si ce n'est une incapacité qu'en ce qui concerne une certaine classe de citoyens, c'est cependant, en principe, une incapacité comme tout autre. Déclarer que certaines personnes n'ont pas la faculté d'hériter est autre chose que de prescrire des lois aux rapports de la volonté entre le défunt et l'héritier, c'est-à-dire celui qui est et sera sûrement son héritier. Dans le premier cas, il n'y a même pas succession et par conséquent il n'y a pas identification de la volonté. Dans le deuxième cas, au contraire, où il y a cette identification, ce serait empiéter sur le rapport de la subjectivité de volonté avec elle-même, que de vouloir prescrire le contenu de ce rapport de la volonté avec l'héritier. Justement, par ses dispositions en ce qui concerne les femmes, la *lex Voconia* fait ressortir nettement cette différence. Elle n'empêche pas et ne veut pas empêcher que les femmes de citoyens estimés à 100.000 as et plus héritent de la *moitié* de cette fortune. Mais elle ne l'autorise pas en permettant à ces citoyens d'instituer des femmes héritières de la *moitié* de la fortune : elle retire à celles-ci la faculté d'hériter, car si elle la leur accordait, elle n'aurait pas le droit de la limiter quantitativement ; par contre, elle leur permet d'acquérir cette moitié de la fortune par legs.

crire des lois au rapport d'une volonté subjective avec une autre, — c'est d'ailleurs l'objet de toute loi ; et puisqu'on peut prescrire des règles à un acte particulier de la volonté d'un vivant, on peut prescrire le contenu du legs, qui est un acte particulier de la volonté du testateur.

Ainsi, l'héritier entraîne le légataire dans la lice. Et ce qu'il lui oppose, c'est la véritable conception du légataire. Je suis, dit l'héritier, le continuateur de la volonté du mort, que je recueille une part de fortune ou que je n'en recueille pas ; il est vrai que, pour cette raison, je n'ai pas nécessairement droit à la fortune. Mais, de son côté, le légataire doit rester fidèle à son concept. Et (cf. §. 14) contrairement avec moi qui suis l'héritier de la volonté, le représentant de toute la volonté subjective du défunt — le concept du légataire, c'est qu'il ne puisse acquérir que des parties *réelles* de la fortune du défunt. Alors, conformément à son concept, il faut que le légataire se borne à ces parcelles ; un légataire *seul* ne pourra donc recueillir une telle part de la fortune, que cette quantité fasse tomber sur lui seul le reflet de l'ancienne volonté souveraine.

La *lex Furia* permet encore au défunt d'épuiser sa fortune en la répartissant entre plusieurs légataires, mais elle interdit à un *seul* légataire de prendre plus qu'une partie insignifiante, plus que la somme peu importante de 1.000 as. Il faut remarquer que dans la forme cette défense ne s'adresse pas encore au défunt ; et même plus tard la *lex Voconia* laissera encore toute liberté au défunt, et interdira seulement au légataire de recueillir le legs sous peine d'une amende quadruple.

Néanmoins ce serait une grave erreur de croire avec Gans et d'autres que le mouvement qui se produit dans la *lex Furia* jusqu'à la *lex Falcidia* est une lutte de l'héritier contre le légataire. Le légataire n'est que le bouc émissaire ; c'est sur lui que retombent les coups portés par l'héritier dans sa lutte contre le défunt. Cela est établi de manière positive par la succession de ces lois : les deux dernières améliorent remarquablement la situation du

légataire. Comme point de départ, il y a la loi des Douze Tables, d'après laquelle la situation du légataire est la plus favorable. Tout à coup, elle est rendue aussi défavorable que possible par la *lex Furia*, qui limite le droit du légataire à un legs insignifiant de 1.000 as. La *lex Voconia* améliore déjà notablement cette situation : le légataire peut acquérir maintenant toute une moitié de la fortune, par conséquent beaucoup plus de 1.000 as. La situation du légataire s'améliore davantage encore par la *lex Falcidia* : il peut acquérir maintenant trois quarts de la fortune, par conséquent plus que l'héritier lui-même. Si l'on considère ce développement comme une lutte entre l'héritier et le légataire, on n'y trouve aucun sens ni aucune cohérence ; au contraire, tout s'éclaire d'une vive lumière, si l'on conçoit ce mouvement comme une lutte contre le défunt ; et dans cette lutte, le légataire — conformément à son rôle passif — n'est pas un facteur indépendant ; ce n'est pas *de* lui qu'il s'agit, c'est *autour* de lui que s'agite la question ; il est la base de la lutte, et ses bonnes ou mauvaises chances se règlent d'après l'état de cette lutte entre l'héritier et le défunt. Quand l'héritier a enfin obtenu du défunt ce qu'il voulait, il lui importe peu que le légataire acquière plus que lui.

Mais déjà Gaius nous avait dit que la *lex Furia* n'a pas atteint ce qu'elle voulait atteindre, « car tout défunt peut épuiser sa fortune par des legs de 1.000 as à de nombreux légataires différents ; c'est pourquoi, dit Gaius, on édicta la *lex Voconia*.

Quoique la manière dont s'exprime Gaius : *hæc lex non perfecit quod voluit* soit naïve au point de vue théorique, il n'est pas possible de douter de la valeur réelle de son assertion. Il est évident que les refus des héritiers testamentaires ont continué ; car, autrement, on ne pourrait dire que la *lex Furia* n'a pas atteint son but, et il n'y aurait pas eu de raison d'édicter la *lex Voconia*. La possibilité simplement formelle que la *lex Furia* laissait au testateur, ne pouvait amener la nouvelle loi, si les testateurs n'avaient pas fait usage en pratique de cette possibilité et n'avaient pas de



cette manière perpétué l'inconvénient créé autrefois par les refus.

Ainsi, il est constaté par le récit de Gaius — et c'est là le sens propre de ce récit — que les testateurs ont fait usage *en fait* de la possibilité formelle que leur laissait la *lex Furia*. Ils préfèrent disperser toute une fortune par une foule de legs de 1.000 as chacun, pourvu que l'héritier ne touche rien ! Tant l'ancienne conception de l'héritier comme le conservateur purement idéal de la volonté était profondément ancrée dans la substance du peuple, tant on était attaché à cette prétention métaphysique, que la volonté du testateur devait continuer à exister, sans être obscurcie par l'intérêt particulier et l'égoïsme de la volonté de l'héritier. On voit clairement qu'il n'est pas possible de comprendre le moins du monde les faits révélés par Gaius, si l'on n'a suivi auparavant notre développement sur le concept de l'héritage romain. Car comment s'expliquerait-on sans cela — c'est une question qu'on a toujours évité avec soin de poser — la haine étrange du défunt pour l'héritier, qui fait que, pour dépouiller l'héritier, il n'hésite pas à disperser sa fortune ? Mais on voit clairement ici que le défunt cherche le sens et l'intérêt du droit successoral ailleurs que dans la fortune et le domaine de la fortune.

Le conflit entre les deux volontés subjectives qui doivent devenir identiques par la succession, continue toujours.

Le défunt continue à déshériter, l'héritier à refuser.

Alors, pour atteindre le défunt, l'héritier frappe le légataire, terrain personnel de cette lutte.

Et ce qu'il produit cette fois-ci est comme la première fois la conséquence rigoureuse, dialectique, de l'idée de legs et en même temps la conséquence rigoureuse, dialectique, de ce qui était contenu déjà dans la *lex Furia*.

Et en effet, l'héritier qu'avait-il fait valoir contre le légataire (p. 86 et ss.) ? Il avait fait valoir contre lui le concept même du legs qui est, contrairement à l'héritage, l'acquisition d'une partie réelle de la fortune, et qui par con-



séquent limite le légataire à cette parcelle déterminée. Donc déjà la *lex Furia* avait opposé le concept du legs à celui de l'héritage et avait par cette opposition limité le légataire. La *lex Furia* n'est que le produit du rapport entre le concept de l'héritage et celui du legs. Ainsi la base profonde de la *lex Furia*, quoiqu'il n'y soit pas question de l'héritier, est cependant le rapport entre les deux concepts, le légataire opposé à l'héritier. Ce qui, sous cette forme implicite, existe déjà dans la *lex Furia*, est simplement *exprimé* dans la *lex Voconia* ; c'est pourquoi, puisqu'il y a identité si profonde entre les deux lois, il a suffi d'un espace de 14 années pour opérer cette transformation.

L'héritier concède encore *en principe* qu'il n'a aucun droit à toucher une part de la fortune du testateur en tant qu'héritier. Mais, dit-il, il n'est pas admissible qu'un seul légataire, qui ne doit représenter en réalité qu'une *partie* déterminée, représente à lui seul une plus grande proportion (1) de la succession du mort que moi qui suis continuateur de la volonté souveraine. — Ainsi, l'héritier laisse toujours le défunt libre de ne rien lui donner, à la condition de trouver un moyen pour que le légataire n'ait rien non plus. Cette exigence est parfaitement logique. L'héritier ne prétend pas avoir un droit *absolu* à la fortune, il prétend seulement qu'il a sur la fortune un droit *relatif* vis-à-vis du légataire.

Et il faut remarquer avec quelle logique l'héritier se défend uniquement à l'aide du rapport entre le concept de la succession et la nature du légataire. L'héritier ne prétend pas que lui, héritier individuel, doit nécessairement toucher quelque chose, ou qu'il doive toucher autant que le légata-

(1) Qu'on se rappelle ce qui a été dit plus haut (§. 3) de la *major pars* dans l'ancienne théorie des *sacra*, et l'on se rendra compte du rapport organique entre les deux théories. Là-bas, c'était la *major pars* absolue de la fortune qui faisait du légataire l'égal de l'héritier civil et lui imposait les *sacra*. Ici, c'est la *major pars* que représente le légataire unique, grâce à laquelle il s'impose sans aucun droit dans la succession.

taire; seulement il faut que tous les héritiers ensemble (ou l'héritier unique) touchent une part de fortune réelle aussi importante que celle de chaque légataire en particulier, de façon que le concept de l'héritage ne paraisse pas succomber devant le légataire.

Si donc il y a beaucoup d'héritiers, chaque héritier en particulier peut toucher beaucoup moins que chaque légataire en particulier. L'héritier ne se compare pas, lui, héritier particulier, au légataire particulier; il ne compare au légataire que l'ensemble du concept d'héritage; par conséquent, c'est lui-même qu'il compare quand il représente seul ce concept (1). Et *vice versa* il ne compare pas l'ensemble du concept d'héritage avec la conception du legs en général. Cela ne lui servirait pas à grand'chose, bien au contraire? Car *héritage* veut dire *continuation de la volonté* — et il n'y est pas question de fortune, — tandis que *legs* veut dire précisément assignation sur la *fortune* (v. §. 14); de sorte que si l'on compare les deux institutions, leur concept même prouve que dans le domaine de la fortune l'héritage ne peut pas être placé au même point que le legs. L'héritier compare donc l'héritage en général avec un légataire particulier vivant (au lieu de le comparer avec le legs en général), pour établir que ce légataire particulier ne peut pas l'emporter sur l'ensemble de l'héritage par une quantité plus grande de fortune. La *lex Voconia* ne change donc rien à ceci — et l'héritier lui-même l'accepte: un testament peut donner en legs une part de fortune bien plus grande que celle qui reste non seulement à un héritier en particulier, mais même à tous les héritiers ensemble, par conséquent à l'héritage; il faut seulement que la fortune soit par-

(1) C'est une erreur de fait chez Gans, quand il croit que la *lex Voconia* interdit de donner à un légataire particulier plus qu'à chaque héritier particulier, lorsqu'il y en a plusieurs. Sur ce point, Gans est en contradiction positive avec les sources; il est d'ailleurs le seul à défendre cette opinion et n'a certainement fait cette erreur que par inadvertance; il la suppose naturelle et n'essaie même pas de la justifier.



tagée de manière qu'aucun légataire particulier ne représente une plus grande part de fortune que tous les héritiers ensemble.

Ce coup porté par l'héritier au défunt, coup qui se répercute sur le légataire, est un réel bienfait pour celui-ci. Il peut lui échoir infiniment plus désormais que ce que lui accordait la *lex Furia*. Il peut toucher un maximum qui peut aller jusqu'à la *moitié* de la fortune ; il lui est interdit seulement de toucher plus de la moitié (1).

Mais ce coup paraît décisif aussi dans l'intérêt de l'héritier. Le défunt atteint et lèse l'héritier dans son intérêt personnel à l'aide du légataire auquel il donne sa fortune. Mais l'héritier a précisément trouvé le moyen de se protéger contre le défunt, grâce au légataire. Plus on donne au légataire, et plus il faut aussi donner à l'héritier. Le défunt attaque l'héritier avec les coups de marteau qui morcellent, en faveur du légataire, la fortune, appendice secondaire de la souveraineté volontaire ; ce morcellement absorbe toute la fortune. Mais l'héritier s'abrite derrière le légataire dont la poitrine lui sert de bouclier pour parer ces coups. Si le défunt veut l'atteindre, son élan dialectique le met dans la nécessité contradictoire de frapper d'abord le légataire, en faveur duquel il allait porter le coup.

En tous les cas, le résultat pratique nécessairement obtenu c'est que l'héritier obtiendra toujours une part, si petite soit-elle, de la fortune. Ce résultat est une conséquence *pratique*, avons-nous dit, et non une *nécessité* au point de vue du concept. Car l'héritier n'a même pas encore osé soutenir *en principe* qu'il faut *nécessairement* qu'il recueille une partie de la fortune ; c'est à remarquer ; et nous en verrons tout à l'heure des conséquences importantes au point de vue pratique aussi bien qu'au point de vue théorique. Il soutient simplement son droit relatif, vis-à-vis du

(1) Cf. la *major pars* dans l'ancienne théorie des *sacra*, plus haut, au §. 3.



légataire ; il soutient que celui-ci ne peut pas toucher plus que tous les héritiers ensemble.

Mais comme le défunt n'a pas d'autre moyen de priver l'héritier de la fortune que ces dispositions au moment de la mort, un résultat pratique semble inévitable : l'héritier touchera toujours une part, si petite soit-elle, de la fortune. « Ex qua lege, dit Gaius (II, 126), plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur. » « Et par cette loi il semble que les héritiers auront toujours une part, si petite soit-elle, de la fortune. » Et déjà cette manière de s'exprimer, si étrange pour le sentiment actuel, aurait dû faire rechercher depuis longtemps pourquoi l'esprit romain avait besoin d'une si violente contrainte pour donner une part de la fortune à l'héritier.

Mais nous avons fait remarquer que l'héritier n'a pas encore osé défendre le principe qu'absolument et pour lui-même il *doit* recueillir un peu de fortune. C'est pourquoi il n'a pas encore réussi entièrement. Car le défunt a une arme encore dans cette lutte acharnée entre lui et l'héritier. D'après la *lex Furia* il fallait qu'il morcelât sa fortune pour déshériter l'héritier. Maintenant il faut qu'il la pulvérise ! Quand le légataire pulvérise la fortune, qu'il la réduit en poussière et éparpille ses atomes dans les airs ; quand pour atteindre l'héritier caché derrière le légataire, il frappe indifféremment l'héritier et le légataire, quand « personne n'a rien », comme dit la chanson : alors le défunt en est venu là où il voulait en venir ! Si le testateur peut se résoudre à pulvériser ainsi sa fortune, il jouira encore du triomphe de ne rien laisser du tout à l'héritier. Et de plus il y a une circonstance qui peut faciliter pratiquement au défunt cette résolution désespérée. L'héritier n'a pas encore osé s'élever à l'affirmation qu'il a droit à une part de fortune, absolument et par lui-même. Il prétend seulement qu'il a droit à une part de fortune relativement, vis-à-vis du légataire. Mais n'avoir droit que relativement, vis-à-vis d'un autre, c'est avoir droit *dans la forme*. Avoir droit *réellement, matériellement*, c'est avoir droit par soi-même.

Par conséquent il suffit parfaitement, dans la conséquence dialectique de la conception spéculative, que l'héritier — ou tous les héritiers ensemble — ait dans la forme et vis-à-vis du légataire juste autant que celui-ci, même si matériellement il n'a rien du tout ! Cette conséquence du concept spéculatif s'exprime entièrement par la *lex Voconia*. Elle prescrit seulement qu'aucun légataire ne doit avoir plus que ce que tous les héritiers touchent ensemble.

Elle ne fait donc attention qu'à cette égalité dans les parts : égalité de forme et toute comparative ; et elle ne peut faire attention qu'à cela, car elle ne représente qu'une comparaison entre l'héritier et le légataire, elle ne protège pas le droit de l'héritier à une possession absolue. C'est pourquoi il est fait abstraction d'une chose dans la *lex Voconia* : ce que le légataire touche, il le touche *en entier*, sans restrictions ; tandis que toutes les charges et les dettes de l'héritage incombent à l'héritier, grâce au concept même de l'héritier. Alors même que le ou les héritiers touchent dans la forme juste autant que le légataire le plus important, les dettes de l'héritage peuvent faire cependant que les héritiers aient matériellement beaucoup moins, qu'ils aient un minimum, rien, ou même moins que rien : un passif.

Si donc les dettes de la succession sont importantes, le défunt peut très facilement donner à l'un des légataires une somme importante, et cependant matériellement ne rien laisser du tout à l'héritier.

Et en effet, le testateur se résout même à ce moyen extrême — le rapport de Gaius le prouve — pour ne pas laisser de fortune à l'héritier. « Sed tamen fere vitium simile nascebatur, nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere ». (Gaius, texte cité). Mais cependant dans ce cas (celui de la *lex Voconia*) il y eut le même inconvénient que dans l'autre cas (la *lex Furia*) ; car en éparpillant sa fortune sur beaucoup de légataires, le testateur pouvait ne laisser à l'héritier qu'une si petite partie,



que l'héritier n'avait aucun avantage à accepter les charges de tout l'héritage, pour ce petit bénéfice. »

En disant que le même inconvénient exista après comme avant la *lex Furia*, Gaius veut dire naturellement que cet inconvénient exista *dans la pratique*, c'est-à-dire que le testateur fit usage *en fait* de ce moyen, et que pour cette raison l'héritier refuse aussi *en fait* la succession. Car sans cela il n'y aurait pas eu cet inconvénient. La possibilité existant simplement dans la forme et n'ayant pas d'effet pratique n'en était pas un et ne pouvait être la cause que *pour cette raison* (lata est itaque *lex Falcidia*, ajoute Gaius après les derniers mots, au texte cité), il fallut porter une nouvelle loi.

Il est donc établi que le testateur ne recule même pas devant ce moyen extrême, tant la conception de l'héritier, comme conservateur purement idéal de sa volonté, est invinciblement dominante.

Ainsi, le conflit continue toujours. Le testateur veut nier la volonté subjective propre de l'héritier, pour prouver avec évidence que c'est la sienne seule qui continue à vivre dans l'héritier ; et l'héritier de son côté nie la subjectivité volontaire du défunt, en refusant d'être sa continuation et en affirmant sa volonté propre.

Les deux subjectivités volontaires qui doivent être rendues identiques par la succession, montrent au contraire, par l'histoire réelle de l'institution, qu'elles s'opposent en réalité l'une à l'autre, qu'elle se nient l'une l'autre. Et cela est nécessaire. Car c'est une lutte de la fiction de cette institution avec sa base réelle physique qui est en opposition avec elle. L'héritier et le défunt — la succession a beau proclamer leur identité fictive — sont cependant deux sujets volontaires différents, et en se montrant tels qu'ils sont en réalité, il faut qu'ils s'opposent l'un à l'autre, c'est-à-dire qu'ils se nient.

Et c'est précisément parce que cette contradiction n'est autre chose que la contradiction entre le concept et sa propre réalité, qu'il est impossible d'apaiser ce conflit. Tous les



expédients pour l'éviter sans faire violence aux rapports de la subjectivité volontaire du défunt avec elle-même, avec son *alter ego* : l'héritier, tous ces expédients ont été épuisés, et cependant ce conflit motivé par la réalité naturelle a toujours reparu.

Que cet inconvénient des héritages testamentaires refusés ait été écarté ou non, dans les deux cas, cette forme de succession était irrévocablement condamnée ; elle l'était à partir du jour néfaste où la souveraineté de l'esprit populaire substantiel, exprimée par un usage généralement et tacitement admis, n'était plus assez puissante sur les individus et n'empêchait plus l'héritier d'opposer son égoïsme matériel à l'égoïsme métaphysique supérieur du testateur et de refuser l'héritage.

Nous prétendons que dans les deux cas l'héritage est également condamné ; car si le conflit est écarté, on agit de manière négative sur les rapports de la volonté du testateur avec son *alter ego* : l'héritier ; on permet à l'héritier de courber et de nier la subjectivité volontaire dont il doit être le continuateur et le représentant.

Si au contraire l'inconvénient n'est pas écarté, on arrivera à ce que l'héritage testamentaire n'existe plus que dans le code ; mais il aura disparu de la réalité de la vie populaire.

130 années s'écoulaient dans cette lutte acharnée de l'esprit populaire avec sa propre substance, jusqu'à ce qu'enfin la *lex Falcidia* proclame le triomphe de ce concept : *L'héritier touche nécessairement une part de fortune, il faut que l'héritier ait un avoir !*

Mais — les dates chronologiques sont significatives — cette concession décisive dans la substance de l'esprit populaire, cette destruction en principe de l'ancien concept romain de l'héritage ne peut avoir lieu qu'avec la disparition définitive de la substance primitive de l'esprit populaire romain lui-même, avec la disparition de la République ! La *lex Falcidia* est édictée sous le règne d'Auguste (1). L'héri-

(1) Ce n'est que par la législation de Justinien que la *lex Falcidia*



tier exigeant même maintenant directement d'avoir une part de la fortune en tant qu'héritier, de manière absolue

est abolie jusqu'à un certain point : Justinien [autorise le testateur à interdire à l'héritier, par une déclaration] formelle dans le testament, le prélèvement du quart prévu par la *lex Falcidia* ; v. *Novella*, I, ch. II, § 2. — Comment cela est-il possible ? Le droit romain retourne-t-il sous cette dernière forme à son esprit civil primitif ? Bien au contraire ! Dans le droit de Justinien seulement, l'héritier peut et doit s'élever au-dessus de la *lex Falcidia* ; car, à ce moment, précisément le concept de l'héritage civil, devenu une ombre, disparaît définitivement, autant qu'elle peut disparaître dans le droit romain. — Nous le verrons plus clairement lors des développements ultérieurs sur l'importance du droit de Justinien, quand il s'agira de certaines institutions de droit successoral. Car la législation de Justinien a réduit et fait disparaître l'opposition qui existait au point de vue de la conception entre l'héritier et le légataire, entre le continuateur de la volonté et l'acquéreur de la fortune ; le continuateur de la volonté est devenu aussi, de sa nature, bénéficiaire de la fortune. Puisque l'héritier et le légataire sont devenus un même être, aucun des deux ne peut prétendre maintenir une distinction particulière contre la volonté du testateur ; alors le testateur rejette la contrainte de la *lex Falcidia* qui ne reposait que sur la différence entre le concept de l'héritier et celui du légataire. Cette abolition de la *lex Falcidia* par Justinien, prouve de manière positive et décisive combien Gaus a tort (cf. plus haut, p. 77, note 2) de croire que sous la loi des Douze Tables, l'héritier et le légataire avaient la même signification. A ce moment, le contraste était au contraire le plus grand, et ce que Gaus considère comme le point de départ du processus, en est au contraire le dernier terme. — On ne peut pas dire que ce soit la *lex Falcidia* déjà, qui abolit la différence entre le concept de l'héritier et celui du légataire, entre le continuateur de la volonté et l'acquéreur de la fortune. Au contraire, elle est fondée sur cette différence et l'accentue nettement encore. Car si l'héritier n'est que ce qu'est le légataire, comment pourrait-il prétendre avoir droit à une certaine quantité de la fortune, même contre la volonté du testateur ? Il ne pourrait pas plus y prétendre que le légataire lui-même. Par la *lex Falcidia*, l'héritier dit nettement : parce que je ne suis pas simplement acquéreur d'une part de la fortune (légataire), que je suis au contraire continuateur de la volonté, il faut que, grâce à mon essence spécifique différente, je recueille de droit une certaine part de fortune. Mais dès que l'héritier a droit à une part de la for-

et par lui-même, il ne peut plus y avoir de contestations; et dès lors une part donnée pour la forme et dévorée par

tune, le premier pas est fait dans la voie qui fera de lui un simple bénéficiaire de la fortune — ce qu'est le légataire, — qui le réduira à l'ombre — ombre qui ne disparaîtra jamais de son ancienne essence civile. C'est pourquoi nous avons dit que la *lex Falcidia* était la première atteinte radicale au concept romain de l'héritage. Nous expliquerons plus tard les étapes successives de ce grand processus et l'on comprendra en même temps l'ombre de l'ancienne essence qui se retrouve encore chez Justinien. Dans la *Novelle* citée, Justinien dit à propos de la suppression de la contrainte imposée par la *lex Falcidia* : « Quodsi (testator) expresse declaraverit, se nolle heredem relinere Falcidiam, necesse est, ut testatoris voluntas obtineat, et si defuncto juste, forte et pie *quxdam relinquenti obtempera velit, lucrum non in accipiendo, sed solum in pie accipiendo ponat, nec talem hereditatem minus lucrosam esse existimet; sin nolit, ipse quidem recedat ab hujusmodi institutione, locus autem, prout ante dicimus, fiat substitutis et coheredibus, legataris, fideicommissariis, servis, heredibus ab intestato et reliquis (pour Justinien ils sont tous une seule et même chose) secundum modum, quem antea in his rebus invenimus. » Les mots soulignés dans ce passage, cette sommation à l'héritier de ne voir l'avantage de la succession que dans l'obéissance à la volonté du testateur, et non dans l'acquisition, de ne pas considérer la succession sans avantage pécuniaire comme « moins avantageuse », cette sommation n'est-elle pas pénétrée de l'esprit du droit civil? N'est-elle pas pénétrée profondément de l'esprit de l'ancienne succession que nous avons développée? Et, en effet, cette ancienne conception de l'héritage, comme conservation de la volonté, apparaît à travers cette sommation. Mais, pour Justinien, le testament est devenu une simple disposition concernant la fortune; la volonté du testateur, qui avait été une subjectivité spirituelle de la volonté qu'il fallait maintenir indépendamment de tout le reste, est devenue une simple volonté qui dispose de sa fortune; ce qu'il faut maintenir, ce sont les dispositions du défunt concernant la fortune. Comme tous, héritiers, légataires, fidéicommissaires, etc., ont part à cette volonté, ils ont autant d'importance l'un que l'autre, et si le légataire s'engage à exécuter mieux que l'héritier la volonté du mort en ce qui concerne la fortune, il supplante l'héritier. — C'est précisément pourquoi il faut concevoir le droit de Justinien comme l'ombre de l'ancienne conception de l'héritage civil; cette conception est sensible encore dans tout le nouveau droit, c'est elle qui marque les différences dans le droit successoral — ... et en fait,*

les dettes ne pouvait plus suffire. Par conséquent, le quart de l'héritage que la *lex Falcidia* permet à l'héritier de prélever pour lui comme part immédiate, c'est nécessairement une part *nette*, c'est-à-dire, le quart de la fortune après déduction de toutes les dettes (1). Et si le testateur a institué plusieurs héritiers, chacun a droit au quart de la part de l'héritage que le testateur lui a destiné (2).

Nous disons qu'il ne peut plus y avoir de contestations. Ultérieurement, il est vrai, bien des complications peuvent encore surgir, mais elles sont toutes aplanies d'avance par la pensée spéculative qui est à la base de la *lex Falcidia*. Toutefois cette pensée spéculative serait mal et abstraitement exprimée par ces termes : il faut que l'héritier touche un quart de l'héritage, ou un quart de sa part d'héritage. Cette pensée spéculative concrète de la *lex Falcidia* est exactement celle-ci — tout notre développement de la *lex Falcidia* l'a démontré : l'héritier doit avoir le droit de garder, même contre la volonté du testateur, le quart *net*

des différences à peine sensibles. Si les détails n'en seront absolument clairs que plus tard, l'ensemble cependant est suffisamment précis. Tout est maintenu, et cependant tout est supprimé. La *lex Falcidia* est maintenue, même *contre* le testament du testateur, et cependant le testateur peut l'exclure. La différence entre l'héritier et le légataire est maintenue. Mais le légataire peut aussi prendre la place de l'héritier. Les dettes restent à la charge de l'héritier. Mais il peut aussi les refuser, s'il recueille la fortune *sous bénéfice d'inventaire*, etc. Toutes les différences conceptuelles anciennes sont maintenues ; mais leurs formes exclusives et pour cela réelles ont disparu, et sont devenues des fantômes qui s'entremêlent sans résistance et sont par conséquent à peine perceptibles — et c'est dans cette danse d'ombres, dont l'explication ne se trouve que dans le passé, qu'on veut apprendre maintenant à connaître le *Droit romain* !

(1) V. par ex. ULPEN, *Fr.* XXIV, 32 : « Lex Falcidia jubet, non plusquam dodrontem totius patrimonii legari, ut *omni modo* quadrans *integer* apud heredem remaneat ; » cf. GAIUS, II, 227, et la *Falcidia* elle-même dans Paulus, l. 1, pr. *ad leg. Falc.* (35,2).

(2) *Inst.*, § 1, *ad leg. Falc.*, II, 22 ; — GAIUS, l. 77, *ad leg. Falc.* (35,2).

de tout ce dont il est l'héritier par la volonté du testateur. C'est un avoir *de par* la volonté du testateur, et contre elle ; ce n'est pas un simple avoir tiré de l'héritage en général ; et l'interprétation civiliste marque nettement cette différence spéculative, dont l'importance théorique et pratique va être établie plus clairement encore. Par exemple, que se passe-t-il, quand un individu est institué l'héritier de différentes parts d'héritage, s'il est institué *purement et simplement* pour l'une des parts et pour l'autre *sous condition* ou *heres substitutus*, et si l'une des deux parts seulement est épuisée par des legs, ou si elle en est surchargée ? Pour faire le prélèvement de la *Falcidia*, additionnera-t-on les deux parts d'héritage, et déduira-t-on le quart de la somme totale ? Ou bien, fera-t-on cette déduction pour chaque part en particulier, sans prendre en considération l'autre part ? La différence pratique peut être importante.

Par exemple, supposons ce cas-ci : Un héritage s'élève à 12.000 thalers. Titius est institué *purement et simplement* l'héritier d'un quart, c'est-à-dire de 30.000 thalers ; de plus il est encore l'héritier de la moitié = 60.000 thalers, *sous condition* ou comme *heres substitutus*, mais il peut recueillir cette part aussi par la réalisation des conditions, etc. — Les trois quarts de l'héritage entier que le testateur avait le droit de léguer, s'élèvent à 90.000 thalers, c'est-à-dire précisément tout ce qui échoit à Titius. En tous les cas, si les 90.000 thalers ont été légués sur sa part seulement, il peut prélever le quart Falcidien, c'est-à-dire garder pour lui 22.500 thalers sur les 90.000 auxquels s'élèvent ses parts d'héritage, et ne payer aux légataires que 67.500 thalers. Supposons que le testateur a pris ces 90.000 thalers qu'il lègue — ou seulement les 67.500 thalers qu'il a le droit de léguer — sur les parts héritées par Titius. Mais il a procédé de la manière suivante : Il a légué 53.500 thalers sur la moitié qu'il a transmise à l'héritier *sous condition* ou par *substitution*, et 14.000 thalers sur le quart qu'il a transmis *purement et simplement*. Si Titius est forcé d'additionner ses parts d'héritage et de prélever alors le quart Falcidien,

il ne gardera que les 22.500 thalers que nous avons déjà indiqués. Si au contraire il peut exiger le quart de chaque part de l'héritage en particulier, il arrive à un résultat tout différent : Il prend le quart de la moitié conditionnelle, c'est-à-dire 15.000 thalers, et ne paie que 45.000 thalers aux légataires auxquels le testateur avait légué 53.500 thalers.

Sur l'autre quart (30.000 thalers), il paie les 14.000 thalers de legs qui doivent en être pris sur cette part, et sur lesquels il n'y a pas lieu de prélever quoi que ce soit ; il en garde donc 16.000 thalers, comme somme totale il lui reste donc 31.000 thalers.

Quel est le mode de répartition véritable ? Le premier, il n'y a pas de doute. Car Titius a été institué l'héritier *des deux parts* par la volonté du testateur — que ce soit héritier absolu, conditionnel ou substitué ; et la *Falcidia* ne reconnaît à l'héritier que le droit de garder pour lui, *contre* la volonté du testateur, le quart réel de tout ce dont il a été institué l'héritier par la volonté du testateur. Les sources de droit décident, par conséquent, qu'il faut additionner les portions (1). — Mais supposons au contraire un cas différent : le testateur a été établi de la même manière ; seulement Titius n'est héritier que du quart, et Sejus est l'héritier de la moitié. Cependant Titius s'est assuré cette moitié aussi, parce qu'il a adopté Sejus (ou bien qu'il est devenu son héritier). Maintenant Titius est l'héritier des deux parts, comme dans le cas précédent.

Si la *Falcidia* ne s'inquiétait que de l'entrée en possession d'un quart net des parts de l'héritage acquises, Titius ne pourrait, ici encore, garder que les 22.500 thalers. Mais ce n'est pas la volonté du testateur qui l'a institué héritier pour cette moitié, il en est devenu l'héritier grâce à l'adoption indépendante du testateur. N'ayant pas été institué directement, par la volonté du testateur, héritier des deux parts,

(1) JULIEN, l. 87, § 3, *ad. leg. Falc.* (35,2). (C'est le cas réel que nous indiquons, que Julien suppose dans ce passage); — PAULUS, l. 1, § 13; — PAPINIEN, l. 11, § 5; l. 14, § 2, *eod. tit.*

il n'a donc pas besoin de se soumettre à l'addition des deux parts. Ici se manifeste nettement et rudement l'intention de la *Falcidia* : le testateur doit être nié par l'héritier. Dans le premier cas, l'héritier n'a été appelé qu'une fois à la succession, même si c'était pour deux parts (1). Mais dans le deuxième cas, Titius est deux fois héritier, il réunit en lui deux qualités dont chacune le fait héritier : la continuation de la volonté que le testateur lui a transmise lui-même, et celle qui lui a été transmise par Sejus qu'il a adoptée ou dont il est l'héritier, c'est-à-dire dont il est dans les deux cas le représentant. Il est donc ici deux fois héritier ; or, la signification spéculative de la *Falcidia* étant que, grâce à elle, l'héritier doit pouvoir nier le testateur, il doit pouvoir nier ici deux fois le testateur, c'est-à-dire aussi souvent qu'il est héritier, et pour chaque portion en particulier. C'est pourquoi les commentateurs civilistes décident avec raison que dans ce cas il faut faire le prélèvement sur chaque portion séparément (2).

Le coup décisif que l'héritier porte au testateur grâce à la *lex Falcidia*, délivre en même temps le légataire du désagrément d'être le bouc émissaire sur lequel retombent tous les coups que se portent l'héritier et le testateur. Il peut enfin s'appartenir à lui-même ; ce mouvement était si peu dirigé contre le légataire, l'héritier conteste si peu que, en sa qualité de bénéficiaire de la fortune, le légataire ait un rapport avec la fortune tout différent et bien plus important que le sien propre obtenu par la force, qu'un seul légataire peut avoir maintenant trois fois autant de fortune que tous les héritiers ensemble.

Le sens immédiat de la *lex Falcidia*, celui qui est sen-

(1) On lui a donné deux parts, mais le rapport idéal est unique ; v. sur ce sujet et sur l'importance des parts d'héritage et de la pluralité des héritiers en général le chap. xxxii.

(2) PAULUS, l. 1, § 15, *cod. tit.* : « Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin *separandæ* sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres existissem ; » — cf. GAJUS, l. 78 et 80 ; — PAPINIEN, l. 11, § 7, *cod. tit.*



sible pour nous, a été établi par ce qui précède : la fausseté de la fiction qui est à la base de tout l'héritage dès le début apparaît et est établie. La fiction qui est à la base de tout l'héritage est celle-ci : l'héritier ne doit être que la continuation de la subjectivité testataire du défunt. A sa place, la vérité naturelle est apparue et a été établie.

Il est établi que cette fiction est une fiction. Il est établi que les deux volontés sont différentes l'une de l'autre, que la volonté de l'héritier peut soumettre et dominer la volonté du testateur, que la subjectivité volontaire du testateur, au lieu de trouver un continuateur dans l'héritier, a au contraire péri en la volonté d'une personne vivante, différente de la sienne, et qui nie la sienne. Et c'est pourquoi nous avons le droit de dire que la *lex Falcidia* est la première défaite décisive de toute la succession romaine.

Cependant tout ceci est établi *pour nous* ou *par la loi même*. Cela n'est pas encore établi pour le Romain, et la première défaite est loin d'être la dernière.

Tout d'abord il faut au moins indiquer comment l'esprit populaire romain trouve dans le temple du droit successoral un sanctuaire encore, pour abriter ce qu'il y a de plus sacré même contre cette première destruction. Dans ce qui précède, nous avons mentionné une fois déjà la succession fidéicommissaire (p. 84) ; et ici déjà on est forcément frappé par la signification profonde d'un rapport chronologique auquel on n'a jusqu'ici prêté aucune attention. La *lex Falcidia* est édictée sous le règne d'Auguste — et c'est sous ce même règne qu'on déclare exigible la restitution des héritages fidéicommissaires.

Voici ce que cela prouve : le fidéicommiss est le domaine du libre consentement ; il est donc affranchi de la contrainte du droit civil. Avant le règne d'Auguste, l'héritier fiduciaire ne pouvait être forcé de se dessaisir de l'héritage fidéicommissaire. Quelle est donc la nature de ce consentement volontaire ? C'est la *fidélité*, le nom de cette institution l'indique déjà ; non la fidélité envers un seul individu. Ce n'est là qu'une conséquence concrète ; mais la religion

de cette fidélité, la fidélité de l'individu envers la substance morale de l'esprit populaire et ses traditions. La première conséquence en est celle-ci : Celui qui est héritier, en vertu de cette fidélité spontanée envers l'esprit populaire et la sainteté de ses traditions, — celui-là ne peut et ne doit faire aucun usage de la nouvelle possibilité de coercition accordée à l'héritier, contre le testateur ; il faut qu'il s'en tienne à l'ancien concept rigide de l'héritage dans l'esprit populaire, qu'il se considère toujours comme le continuateur idéal et sans fortune, de la volonté du testateur. En d'autres termes : seul l'héritier fiduciaire, quoiqu'il soit aussi bien que tout autre héritier civil, n'a aucun droit au prélèvement de la *Falcidia*. Deuxième conséquence : Mais l'héritier fiduciaire n'est pas forcé de se dessaisir de quoi que ce soit ; s'il veut, il peut garder tout l'héritage pour lui. Si donc il faut un asile quelconque pour la substance de l'esprit populaire qui menace de disparaître, cet asile sera nécessairement ce domaine de la fidélité sacrée envers la tradition de l'esprit populaire ; mais pour la même raison ce domaine sera inviolable, et le testateur qui se sera réfugié dans cet asile ne pourra plus être nié par l'héritier. Et c'est pourquoi on a déclaré que la restitution des héritages fidéicommissaires pouvait être *exigée coercitivement*. — C'est là le point culminant des contradictions que la dialectique du concept spéculatif a fait surgir : le domaine des fidéicommissaires doit être, grâce au consentement volontaire qui y règne, un asile pour le testateur contre la contrainte civile de la *Falcidia* ; mais à cause de cette liberté même, il cesse d'être libre et est entraîné dans la contrainte civile ! Il faut que l'héritier civil se dessaisisse de la fortune aussi bien que tout autre héritier civil testamentaire ; mais pour être forcé de restituer au même titre que tout autre, il faut d'un autre côté qu'il restitue beaucoup plus que tout autre. Par la *lex Falcidia*, l'héritier a écarté le légataire (derrière lequel il s'abritait, il a attaqué directement le testateur et croit lui avoir mis le couteau sur la gorge. Mais dans cette lutte dialectique mouvementée dans laquelle le légataire était

toujours resté entre les deux partis, le testateur repousse le légataire à son tour, et d'un seul bond il atteint, bien au-dessus de la tête de l'héritier, la liberté fidéicommissaire et se raccroche à cette corde de sauvetage qui lui est tendue du haut du ciel de son concept; alors, suspendu au-dessus de l'héritier, élevé bien au delà non seulement de la *lex Falcidia*, mais de toute contrainte en général, il éclate de son rire retentissant, au grand étonnement de l'héritier qui croyait le saisir. Jusque-là il n'avait pu châtier l'héritier qu'en lui imposant des legs et en le dépouillant de sa personnalité propre; mais maintenant il peut même lui ordonner de remettre à un autre *toute la fortune héritée*, il peut même l'y contraindre civilement.

Il y a contradiction flagrante: car l'héritier fiduciaire est plus mal partagé, à cause de sa fidélité, que l'héritier tenu par le *rigor juris civilis*; mais cette contradiction importe peu au Romain. Que lui importe même que, pour sa fidélité même, il le traite comme un héritier infidèle et le charge de chaînes! Une seule chose lui importe à ce moment; c'est d'avoir trouvé une dernière retraite où il puisse abriter la substance menacée de son esprit, retraite où le testateur puisse se dérober — non pas définitivement, il est vrai — à l'héritier qui le poursuit (1).

Ainsi, malgré la *lex Falcidia*, cette première défaite de l'héritage romain ne s'est pas accomplie encore. Une fois encore, la flamme violente de ce concept s'élève bien haut avant de s'éteindre; elle brille d'une ardeur plus vive que depuis 150 ans, dans le domaine de la liberté fidéicommissaire à laquelle elle donne ainsi un caractère de *coercition*; elle répand sur le testateur les mêmes pouvoirs de déshériter réellement l'héritier dont il disposait au moment du droit des Douze Tables, — des pouvoirs plus étendus encore, car maintenant il peut déshériter l'héritier même *formellement*.

(1) Voyez les détails plus complets sur l'importance et le développement historique du fidéicommiss au chap. ix.



Cette *première défaite* ne s'accomplit donc définitivement que sous le règne de Vespasien. Lorsque le *S. C. Pegasianum* déclare que le quart Falcidien doit être appliqué aussi aux héritages fidéicommissaires; il n'existe donc plus aucun domaine où le testateur puisse se dérober à la contrainte de l'héritier.

Mais même abstraction faite du fidéicommiss, même quand il sera soumis à la *lex Falcidia*, il sera vrai de dire ce que nous répétons : la fausseté, établie dans la *lex Falcidia*, de la fiction du concept de l'héritage n'est établie que pour nous et en elle-même, *mais non pour le Romain*.

Tant qu'existera l'esprit romain, il s'attachera à la vérité de cette fiction qui veut la continuation de la volonté du défunt, l'identité de sa volonté et de celle de l'héritier. Quoique sa propre activité historique prouve en réalité que cette fiction est fautive, il essaie cependant toujours de la sauver par une nouvelle tournure dialectique; mais à chaque fois elle apparaît un peu plus atténuée. La destinée de l'esprit romain — et il s'épuise au martyre de cette tâche — c'est d'établir cette fiction et de la détruire, de la détruire et cependant de la maintenir. Il est nécessaire qu'il essaie de la conserver même en la sentant perdue. Car l'heure où cette fiction sera entièrement abolie par des coups de plus en plus décisifs, cette heure sera la dernière aussi de cet esprit : *Rome et le Droit Romain auront disparu*. C'est pourquoi, même après le dernier coup — le coup mortel — l'esprit romain maintiendra cette fiction; elle ne sera plus qu'un fantôme qui regrette son ancienne réalité, mais, même comme fantôme, elle dominera encore le droit successif romain dans son ensemble, ses divisions et ses classifications, ses institutions et ses distinctions qu'on ne peut comprendre qu'en se rappelant la vie réelle qui a été autrefois celle de ce fantôme sans vie.

Cependant, avec la *Falcidia*, le droit successoral romain est encore bien éloigné de ce dernier terme. Jusqu'à présent le concept du continuateur de la volonté est encore vivant dans l'héritier; la *lex Falcidia* est encore fondée sur ce con-



cept, et sur la différence de cette idée avec celle du simple bénéficiaire de la fortune (ou légataire). Car (1) quand même l'héritier est devenu lui aussi bénéficiaire d'une part de fortune, il l'est devenu nécessairement et peut acquérir une certaine quantité de fortune *de plein droit*. Ce droit, le simple acquéreur de fortune (ou légataire) ne l'a pas et ne peut pas l'avoir; l'héritier a donc ce droit précisément comme continuateur de la volonté et non-bénéficiaire de la fortune, *parce qu'il est différent* du légataire.

Ainsi, grâce à ce pouvoir coercitif accordé à l'héritier à cause de sa qualité de continuateur de la volonté, la conception spécifique de l'héritier est encore maintenue en tant qu'elle est déjà sur son déclin.

VIII. — L'affirmation formelle de l'idée sous ses différents aspects. « Le testamentum per æs et libram. » Comment il devient par lui-même testament prétorien.

Nous avons dit plus haut (p. 72) que seule l'application réelle de cette disjonction entre l'héritier et la fortune nous permettrait de pénétrer la substance véritable de l'esprit romain. Et même, l'application réelle de cette disjonction est si nécessaire à l'esprit romain que la forme de l'acte testamentaire, aussi bien que la matière du droit d'héritage, ne peut s'expliquer que par elle. Cette explication confirmera de la manière la plus éclatante tout ce qui précède.

Il s'agit ici du troisième des testaments romains, le *testamentum per æs et libram* qui vient après le *testament calatis comitiis et in procinctu*. Ce testament est celui qui s'est maintenu de beaucoup le plus longtemps chez les Romains et qui a déjà souvent été qualifié de testament spécifiquement romain. L'on sait qu'il consistait (2) en

(1) Cf. plus haut, p. 78, note 1.

(2) V. GAÏUS, *Comm.*, II, § 102; ULPÏEN, fr. XX, § 9; THEOPHIL., ad. § 1, *Inst. de test. ord.*



ceci : en présence de cinq témoins (1) et d'un *libripens*, le testateur mancipait la *familia*, c'est-à-dire le *patrimonium*, par un semblant de vente, comme disent les Romains, au *familix emptor* : puis il faisait la *nuncupatio testamenti*, c'est-à-dire il indiquait ce « qu'il voulait qu'on donnât à chacun après sa mort » (2).

Comme on n'a jamais tenu compte jusqu'à présent du passage de Gaius qui vient d'être expliqué on n'est pas parvenu à comprendre la signification et la portée du très célèbre testament *per æs et libram*. Jusqu'ici personne n'a encore pu réfuter la critique que Plutarque adressait déjà à cette espèce de testament (3). « Quand les Romains font des testaments, ils laissent les uns comme receveurs d'une partie de biens et vendent à d'autres leurs biens, chose qui paraît absurde. » En réalité, dans quel but a lieu cette vente ? Et comment est-elle possible si le testateur peut après coup disposer des biens vendus et si d'autres personnes que l'acheteur doivent entrer en possession de l'héritage ? Les Romains répondent qu'il y a ici une *imaginaría venditio*.

(1) Qui, comme le remarque déjà Dernburg (*Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente* [Bonn, 1821], p. 23, note 21), représentent les quirites.

(2) « Amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet », dit Gaius. Dans le texte, c'est à dessein que nous n'avons pas traduit ces paroles de Gaius : *familiam suam, id est patrimonium suum*. Elles ne signifient pas que le testateur rend au *familix emptor* la *familia* ou sa fortune, mais qu'il lui aliène l'autorité de sa volonté. Tel est le sens de *patrimonium*. Qu'il nous suffise de rappeler la division des choses en *res extra nostrum patrimonium* et en celles quæ in nostro patrimonio habentur, et ce que nous avons dit à ce sujet dans le premier volume. — Déjà le mot *familia* lui-même n'a pas d'autre signification ; c'est ce que nous verrons plus loin quand nous expliquerons le concept de la famille chez les Romains. Nous démontrerons alors que la *familia* romaine exprime exactement le même concept spéculatif d'identité de volonté que l'hérédité.

(3) PLUR., *De scr. num. vind.*, p. 550 c., t. III, p. 220, éd. Wytt : ὅταν δὲ διχθήχας γράψωσιν, ἐτέρως μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἐτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας.

Mais à quoi sert cette procédure d'apparence, si dans la suite la chose semble justement plus difficile qu'auparavant? Quelle est la raison d'être de ce rôle singulier et contradictoire joué par le *familix emptor*? Cette question et d'autres de même nature se présentent ici d'elles-mêmes et l'on sait comment Bergmann (1), Heineccius (2), Tre-kell (3), Schrader (4), Dernburg (5), ont essayé d'y répondre et d'expliquer la genèse de cette singulière forme de testament. Mais si ces tentatives n'ont pas réussi, Gans (6) est également dans son tort quand il prétend que la question de savoir comment les Romains ont pu arriver à cette forme du testament est relativement peu importante à côté de la question de l'esprit de cette forme du testament et ne mérite pas d'être prise en considération. Car, en réalité, il est de toute évidence que ces deux questions doivent se confondre et c'est pour ne l'avoir pas compris que Gans n'est pas parvenu à expliquer l'esprit de cette forme du testament.

Dans le présent développement, cet esprit doit nous être apparu si clairement, que, au lieu de recourir à une démonstration compliquée, nous n'aurons besoin que de citer un court passage de Gaius pour montrer avec une entière évidence la genèse et l'importance de cette forme de testament.

Gaius dit (7) : « Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per æs et libram fit, in usu retentum est; scane nunc aliter ordinatur atque olim solebat, namque olim familix emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis*

(1) *De numero septenario testium in testamentis*, §§ 5, 6.

(2) *De origine testamenti factionis et situ testandi antiquo (in opusc. Syll. exere., XXVII, 970 sqq.)*.

(3) *De origine et progressu testamenti factionis* (Leipzig, 1739).

(4) Dans le *Civ. Mazazin* de Hugo, V, n° 7, 156.

(5) *Beitrag zur geschichte der röm. testamente* (Bonn, 1822).

(6) *Erbrecht*, II, 82 sqq.

(7) *Comm.*, II, § 103.



locum obtinebat, et *ob id ei* mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; *nunc vero alius heres* testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris *imitationem* familiae emptor adhibetur. »

Ainsi Gaius dit que précédemment le *familiae emptor* prenait lui-même la place de l'héritier (*locum heredis obtinebat*) et c'est pour cette raison que le testateur le chargeait de faire la répartition de ses biens après sa mort. Mais à présent un « autre devient héritier » (*alius heres*; l'on voit donc ici et d'une manière plus précise encore, que le *familiae emptor* était précédemment le *heres*), c'est lui qui est également chargé de faire les legs, et c'est simplement en apparence que l'on a encore recours à un *familiae emptor*, pour rappeler l'ancien droit. Et du reste, bien que Hotman, Thomasim, Trekell, Dernburg et d'autres, aient essayé d'y contredire, cette façon de considérer *ce fait positif* est aujourd'hui générale. Déjà les juristes anciens et les commentateurs de Théophilus, de Vinnius, Cornadus Reitz, etc., s'en faisaient la même idée, et le témoignage de Gaius, des Institutions (1) et de Théophile (2), ainsi que celui de faits réels sont pour nous des garanties bien trop positives pour ne pas maintenir notre interprétation, malgré les difficultés qu'elle ne résout pas (3).

(1) *Inst.*, § 10, de *test. ord.* (2, 10).

(2) *Lib. II*, tit. X, § 1, p. 332 sqq., éd. Reitz.

(3) Nous trouvons cette preuve dans le fait suivant : longtemps après que le *familiae emptor* et le *heres* n'étaient plus une seule et même personne, les gens qui se trouvaient sous la puissance du *familiae emptor* — en tant qu'héritier primitif formel — ne pouvaient pas être témoins testamentaires, tandis que les gens qui étaient sous la puissance de l'héritier inscrit sur les tablettes — en tant que simple légataire primitif — pouvaient l'être ; cet usage a subsisté jusqu'à Justinien ; v. GAIUS, II, § 108 ; ULPPIEN, XX, §§ 3, 5 ; *Inst.*, l. 1 ; THÉOPH., lib. I, tit. X, § 10, p. 342, éd. R. Déjà Justinien reproche à cette contradiction apparente que par elle *totum jus sit conturbatum*. Mais elle se comprend très facilement comme reliquat de l'ancien *testamentum per aes et libram*.

Or, le *familix emptor* était précédemment le véritable héritier civil, sans obtenir néanmoins la fortune pour son propre compte; mais comme il remplaçait l'héritier (*ob id*, dit Gaius, sc. *quia heredis locum obtinebat*), il était simplement chargé de répartir les biens entre les membres de la famille ou entre d'autres personnes. Comme on le voit à présent, nous avons découvert l'origine et la signification de la forme testamentaire *per æs et libram*. En outre, nous avons dans le cas présent une nouvelle preuve souveraine de la signification spéculative du concept civiliste de l'héritier, signification qui, comme nous l'avons montré, caractérise le droit d'héritage romain, et l'esprit romain, d'une manière générale et qui, dans le droit d'hérédité testamentaire (1) produit comme une conséquence nécessaire qui révèle l'esprit de cette hérédité la disjonction entre l'héritage de droit civil et la succession patrimoniale.

Pour démontrer plus en détail ce qui vient d'être dit, il importe de considérer tout d'abord les contradictions où sont tombées les juristes à propos de ce passage de Gaius. La cause commune de toutes ces contradictions est naturellement la suivante; ne saisissant par ce concept spéculatif du droit d'héritage romain, ils supposent toujours qu'être héritier et recevoir la fortune sont deux choses qui n'en font qu'une; ou bien ils considèrent l'héritier civil comme l'héritier de la fortune au lieu de le considérer comme l'héritier de la volonté du testateur. Constamment influencés par cette manière de voir moderne, ils doivent nécessairement tomber dans les erreurs les plus contraires. C'est ainsi que Gans (2) a tort quand il répond à Dernburg: « Dernburg croit que le *familix emptor* a été précédemment un simple fiduciaire, et par conséquent, n'a pas été

(1) Dans le droit d'héritier *ab intestat* ce concept de l'héritier romain ne joue aucun rôle; en effet, ici on ne prend aucune disposition au sujet de la fortune et celle-ci est sous la dépendance de la volonté: la distinction ne peut donc avoir lieu et le continuateur de la volonté (héritier) doit entrer en possession de la fortune.

(2) *Erbrecht*, II, 83.

l'héritier lui-même ; ce n'est que plus tard que la personne de l'héritier et celle du *familix emptor* se sont identifiées. Or, les témoignages que nous donnent les Romains disent tout le contraire : le *familix emptor* et l'héritier ont primitivement été une seule et même personne ; c'est plus tard seulement qu'ils ont été représentés par deux personnes différentes » ; et Gans s'appuie ici sur le passage en question de Gaius. Ainsi quand Gans, identifiant, comme tous nos juristes, le concept de l'héritier et du successeur dans l'héritage, attaque l'affirmation de Dernburg pour qui le *familix emptor* a primitivement été un simple *fiduciaire*, et veut la réfuter à l'aide du passage de Gaius (qui, au contraire, la confirme), il s'élève précisément contre ce qui a été dit jusqu'à présent de plus juste sur le *familix emptor*. En effet, aucune comparaison n'est plus juste que cette comparaison avec l'héritier *fiduciaire* qui conserve également le caractère d'héritier civil (idéal) mais qui, comme celui-là, doit céder la fortune à d'autres personnes.

De même Gans a également tort quand il veut réfuter l'affirmation suivante de Dernburg : l'héritier ne devient pas lui-même *familix emptor* parce que, d'après les principes du droit romain, un *tiers* ne saurait acquérir une propriété quiritaire (romaine) pour un héritier. Gans objecte (1) que le *familix emptor* et l'héritier n'étaient précé-

(1) La vraie réfutation de cette affirmation de Dernburg est celle-ci : comme il ressortira de ce qui suit, ceux qui sont mis en possession de la fortune ne l'acquièrent pas par l'*intermédiaire* de l'héritier (*familix emptor*) en tant que personnage tiers ; mais ils la reçoivent exclusivement *des mains* de l'héritier, qui, à la mort du testateur, devient, en qualité de continuateur de la puissance volontaire humaine, le propriétaire momentané et ainsi il n'y a ici aucun obstacle à l'acquisition de la propriété *quiritaire*. Ici l'on voit de nouveau, combien il importe de bien comprendre que le légataire (ce que Dernburg, Gaius et tous les juristes entendent sous le nom d'héritier dans le *testamentum per æs et libram*, sera nécessairement pour nous le *légataire*, du moins dans la *forme primitive* de ce testament) acquiert les biens de l'héritier (et, par conséquent, du *familix emptor*) *quasi contractu*.



demment qu'une seule et même personne (et il entend par là que le *familix emptor* devait primitivement *conserver* pour lui l'héritage).

Mais, malgré sa conception juste du *familix emptor*, Dernburg n'en commet pas moins une erreur capitale quand il identifie l'héritier avec celui qui recueille la fortune. Non seulement il compromet de la sorte les résultats auxquels son examen historique sagace aurait pu aboutir, mais il est encore amené aux résultats les moins historiques qui puissent être. Cette erreur fondamentale apparaît déjà quand Dernburg explique, comme nous venons de le voir, pourquoi (primitivement) l'héritier n'était pas lui-même le *familix emptor* — car, c'est précisément cela qu'il était, seulement *il n'était pas mis en possession de la fortune*.

Et ainsi Dernburg en arrive à conclure que, dans ce testament, les véritables héritiers étaient à l'origine des héritiers *ab intestat*; en outre, le *familix emptor*, et par lui l'héritier, ne peut tout d'abord rien réclamer de plus que ce qui lui a été réellement mancipé, puisque, comme nous l'indique très clairement le passage de Gaius, ce ne sont pas des *objets du patrimoine*, c'est uniquement la *souveraineté volontaire* qui lui a été mancipée (*familix id est patrimonium*). Dernburg ajoute que : peu à peu on en est arrivé à ce principe de droit : « le *familix emptor* n'est pas encore sans doute l'héritier ; mais il n'est pas éloigné de l'être, puisqu'il peut être nommé *loco heredis*. » Ici, il faut remarquer deux choses : d'une part, comme l'a très justement objecté Gans, cette identification de l'héritier et du *familix emptor*, loin de s'être faite peu à peu, est primitive ; d'autre part, la distinction qui subsiste encore ici, et d'après laquelle le *familix emptor* est « sinon l'héritier, du moins quelque chose qui s'en rapproche, puisqu'il peut être nommé *loco heredis* », est absolument erronée. Le *familix emptor* était en réalité *un véritable héritier*, dans toute l'acception du terme. Et quand Gaius dit « *locum heredis obtinebat* », il veut simplement indiquer par là que cet héritier (en règle générale) n'obtenait rien de la *fortune* et



n'avait que le caractère *juridique* d'héritier, tandis que du temps de Gaius les concepts d'héritier et de *successeur au patrimoine* d'un autre s'étaient déjà identifiés. Mais le *familiæ emptor* était réellement et *pleinement* héritier civil et le « loco heredis » n'a d'autre but que de souligner cette distinction ; la preuve en est, qu'il fallait, dans tout testament romain un *héritier réel* et que le testament par mancipation aurait été à l'origine privé d'un semblable héritier, si le *familiæ emptor* n'avait pas joué ce rôle ; en outre, Gaius dit lui-même expressément : « nunc vero *alius heres* instituitur » ; ce qui signifie que, précédemment, l'*emptor* était *heres*, et non pas seulement *loco heredis*.

Donc lorsque Dernburg arrive définitivement au résultat suivant : le *familiæ emptor* était à l'origine un *simple fiduciaire* et non pas l'héritier lui-même, et, deuxièmement : ce n'est que *plus tard* que la personne de l'héritier et celle du *FAMILIÆ EMPTOR* se sont identifiées, la vérité et l'erreur voisinent déjà paisiblement dans la première de ces affirmations. Assurément le *familiæ emptor* était un *simple fiduciaire* ; mais ce n'était pas une raison pour qu'il fût autre chose que l'héritier lui-même ; c'est pour cette raison, au contraire, qu'il était, en tant que *simple fiduciaire*, héritier. Et, ce qu'il y a d'erroné dans cette première affirmation nous amène dans la deuxième au résultat général suivant, contraire à l'histoire, contraire à tout ce que nous apprennent les témoignages romains, à savoir que : « c'est seulement dans la suite que la personne du *familiæ emptor* et celle de l'héritier se sont *identifiées* ; tandis que, comme le démontre Gans, elles étaient *primitivement* identiques et ne se sont *différenciées* que *plus tard*. Aussi, nous souscrivons volontiers aux reproches de Gans qui attaque les résultats de cette recherche historique comme contraires à l'esprit historique. Mais quand Gans dit à son tour : « le témoignage des Romains nous apprend juste le contraire ; primitivement le *familiæ emptor* et le *heres* étaient une seule et même personne ; c'est seulement plus tard qu'ils ont été représentés par deux personnages



différents », cette affirmation est juste *verbalement* et au sens où nous l'entendons ; mais elle est aussi fausse et aussi contraire à l'histoire que celle de Dernburg, au sens où l'entend Gans qui considère le *heres* comme celui qui recueille la fortune. A notre avis, voici comment les choses se sont passées : primitivement le concept du *heres* et celui du *familix emptor* étaient identiques, mais ne se confondaient pas avec celui de l'homme qui recueille les biens (c'est-à-dire ne se confondaient pas *nécessairement* avec lui, ou, comme le prouve plus haut Gaius par le mot *plerique*, ne se confondaient pas *généralement en fait* avec lui) ; mais peu à peu le concept et la situation du *heres* passaient au successeur qui *recueille les biens*, c'est-à-dire à celui qui, dans la forme primitive du testament par mancipation, était un simple *legataire*. Le concept du *heres* romain que nous avons développé, c'est-à-dire le concept de l'héritier de la *volonté* par opposition à l'héritier de la fortune, est le fil d'Ariane qui a manqué aux auteurs pour sortir des difficultés inextricables accumulées sur cette question.

A présent nous pouvons comprendre clairement l'origine et la signification du testament *per æs et libram* : ce n'est pas une circonstance historique d'ordre secondaire, c'est l'esprit historique du peuple romain lui-même qui projette une pleine lumière sur ce point.

En effet, cette forme testamentaire n'est pas autre chose que la *mise en forme* du concept d'héritage romain, tel que nous l'avons développé. Dans le *testament calatis comitiis*, seul celui qui a été constitué héritier peut être chargé de distribuer un héritage à d'autres sans y participer lui-même ; ici donc il y a simplement droit matériel, quoique, en réalité, cette distinction soit une caractéristique de l'esprit romain et qu'en *règle générale* on ne laisse aucun bien à l'héritier. Mais pour cette raison même ce concept matériel du droit d'héritage doit apparaître dans l'acte *testamentaire comme la forme qui lui est particulière* — et c'est ainsi que naît le testament *per æs et libram*, qui réalise pleinement ce résultat, et pour ce motif, prend la place



des autres formes de testament, et leur survit si longtemps.

Par une vente apparente on institue un *continuateur de la volonté* pour la période postérieure à la mort, et celui-ci, le *familiæ emptor*, est à l'origine le seul *héritier* du testateur ; et, comme la substance du concept d'héritage consiste, pour l'esprit romain, dans la *continuation de la volonté* (héritage de la volonté) et non pas dans l'héritage du patrimoine, la volonté du testateur prescrit à la volonté, identique à la sienne, de l'*héritier* à quelle personne il doit donner sa *fortune* après sa mort. Les paroles suivantes de Gaius : et *ob id* à savoir « quia heredis locum obtinebat, ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vallet », prouvent déjà suffisamment pour l'observateur impartial, que la fortune a été *épuisée* par le partage que l'*emptor* en a fait, et que celui-ci n'a rien eu pour son propre compte. L'atténuation suivante *locum heredis obtinebat* à laquelle Gaius a recours, ne s'expliquant déjà plus ce que pouvait être un héritier qui n'hérite pas de la fortune, ne fait que confirmer ce qui vient d'être dit. Mais Gaius a néanmoins conservé quelque chose de la façon de voir des anciens Romains, puisque dans le conflit entre celui qui exécute la volonté du testateur et celui qui acquiert sa fortune, il considère le premier seul comme héritier et regarde cette continuation de la volonté comme l'essence véritable de l'héritage. Et c'est pour cette raison qu'il rattache sa phrase à la précédente par les mots *ob id* qui sont de toute importance ; traduisons cette phrase et voici ce qu'elle signifie au juste : et *parec que* celui-là était l'héritier, le testateur l'a chargé de distribuer son *bien* à *certaines autres personnes* », tandis qu'avec nos idées modernes nous nous attendrions tout au moins à entendre dire ceci : « et, *quoique* celui-là fût l'héritier, le testateur l'a chargé, etc... »

Ainsi donc le *familiæ emptor* ou héritier représente la *volonté immortelle* du testateur. Celui-ci peut mourir en paix car il a trouvé quelqu'un qui conservera la persona-

lité de sa volonté. Cette volonté continuera à s'exercer dans ce sujet *vivant* et voulant *efficacement*, elle se manifestera vis-à-vis du monde extérieur. Le *familix emptor* peut très bien, en tant que répartiteur de la fortune du défunt, être comparé à l'*exécuteur testamentaire* (1) du droit moderne. Néanmoins il y a entre eux une différence conceptuelle absolue : le *familix emptor* est un héritier, tandis que l'exécuteur testamentaire ne l'est pas, c'est-à-dire que le *familix emptor* représente la volonté du défunt qui se perpétue dans sa propre personne, tandis que l'exécuteur testamentaire ne fait qu'exécuter momentanément une volonté déterminée du testateur comme une volonté qui lui est étrangère. Loin d'être purement verbale, cette distinction est tellement réelle que le *familix emptor*, cet héritier sans héritage, est chargé de satisfaire aux *saera* et de payer les dettes du défunt.

Quand donc saint Ambroise nous parle d'une *hereditas sine re*, quand il dit : *sed sunt heredes sine re, sunt et eum*

(1) Dans un passage fort intéressant, qui s'appuie sur des citations de la Bible (cf. Epître aux Galates, IV, 24-31) et où revient souvent la comparaison imagée entre le testament au sens juridique et le testament religieux et ceux qui doivent participer à l'héritage, saint Augustin semble avoir très justement indiqué quelle est la situation conceptuelle de l'héritier vis-à-vis du testament par mancipation par rapport à celle qu'il a eue vis-à-vis de la forme ultérieure de celui-ci. Il dit (*contra duas epist. Pelag.*, lib. III, c. IV, t. X, p. 297. *D. ed. ord. bened. [congreg. S. Mauri]*, Antwerp., 1700) : « Sed quia in eo (*im ullen testament*) præfigurabatur novum, qui hoc intelligebant tunc homines Dei, secundum distributionem temporum, veteris quidem Testamenti dispensatores et gestatores, sed novi demonstrantur heredes. » Si nous lisons le passage tout entier, l'on verra apparaître, dans saint Augustin, une trace de cette idée que, dans *substratum* imagé, — le testament juridique — il y a à distinguer un ancien testament où l'héritier n'est que *dispensator et gestator* ou, comme nous disions, *exécuteur testamentaire* et *répartiteur* et un nouveau testament, où il est véritablement héritier, c'est-à-dire où il entre en possession des biens. Et c'est seulement ainsi que le *substratum* de cette image s'accordera réellement avec cette image. C'est pourquoi saint Augustin ajoute plus tard que, tandis que l'an-



re (1), il s'agit pour lui de l'héritage de la volonté et non des biens, dont le souvenir s'est conservé chez lui, souvenir qu'il ne comprend plus lui-même : et alors, il cherche à s'expliquer sa propre affirmation d'une façon extrêmement incohérente : tantôt il croit qu'il s'agit des rapports des héritiers avec le testateur encore vivant (« et dicuntur heredes testatore vivente qui scripti sunt, sed sine re »), tantôt il croit qu'il s'agit d'héritiers en tutelle. Et cependant, même à travers cette confusion perce une lueur de vérité. En effet, c'est là un caractère distinctif de celui qui est institué héritier par le *testamentum calatis comitiis* ou le *testamentum per æs et libram*, sous son ancienne forme, d'être connu encore du vivant du testateur comme héritier de sa volonté. Et cette *hereditas sine re* nous permet d'expliquer la division qui subsiste dans les sources juridiques entre la *bonorum possessio cum re* et la *possessio sine re*, division que l'on considérerait jusqu'à présent, et à juste titre, comme une subtilité inutile et bizarre (2), mais qui en réalité découle de cette distinction entre l'*hereditas sine re* et l'*hereditas cum re*, qui est de la plus haute importance aussi bien au point de vue conceptuel que pratique et qui fait époque dans l'évolution du droit d'hérédité (3).

cien testament *generat in servitatem*, il y a dans le nouveau Testament une *spes bonorum* pour l'héritier : sans doute, dit-il, c'est une « *spes non carnalium, sed spiritualium, non terrenorum, sed cælestium, non temporalium sed æternorum* ». Mais le fait que la *spes bonorum* qui lui sert à distinguer le nouveau testament, ne peut pas convenir à son but spirituel et qu'il est obligé d'en donner une interprétation nouvelle prouve qu'en usant de cette image, il est sous l'influence de son *substratum juridique* et, par conséquent, d'un ancien testament par mancipation où l'héritier n'est que *dispensator et gestator*, et il a dû très bien connaître un nouveau testament où l'héritier ne reçoit qu'une *spes bonorum*.

(1) *Epistol.*, lib. V, ép. 43. *Opp. omn.* (Paris, 1632), t. V, p. 294 E.

(2) V. Savigny dans l'article cité plus haut (n^{os} 2 et 3) de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*.

(3) Et à présent des passages comme les suivants doivent nous être très clairs dans toute leur portée conceptuelle ; nous pouvons,

Mais la preuve la plus décisive de l'importance du testament *per æs et libram*, c'en est la formule même. Elle est ainsi conçue (1) : « *Familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodiamque meam esse ajo eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam* (2), *hoc ære* (et ut quidem adjiciunt *ænæque libra* (3) esto mihi empta. »

Traduite selon sa signification véritable, voici ce qu'elle dit : « Je pose ta *souveraineté volontaire* comme la mienne, afin que tu puisses disposer avec ce droit-là, après ta mort ; et c'est pourquoi je m'approprie ta souveraineté volontaire par le présent achat symbolique. » C'est un achat et le *familix emptor* donne au testateur le prix symbolique de l'*æs*. Car, jusqu'à présent, c'est l'héritier seul qui a parlé, et, cela assurément, est son droit ; car il s'agit avant tout pour lui de faire connaître sa volonté ; il sera en effet la volonté survivante qui doit perpétuer la personnalité de la volonté du testateur.

Mais, afin de ne pas paraître avoir *usurpé* celle-ci, et afin aussi qu'il soit *établi d'une façon formelle* que le testateur, qui, jusqu'à présent, a institué son héritier simplement en fait, a l'*honneur de sa volonté* au moment où celui-ci se l'approprie, *pour partager cet honneur* εἰς τὸν τιμῆς μερισμὸν, comme dit un autre Père de l'Église dans un beau passage dont on ne tient non plus jamais compte, et que nous citerons plus en détail au n° x, passage (4) qui justifiera,

en même temps, constater avec quelle force ils confirment nos développements : l. 50, *pr. de h. p.* (3, 3) : « *Hereditas enim sine ullo corpore juris intellectum habet* ». L. 119, *de v. s.* (50, 16) : « *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, juris enim nomen est, sicuti honorum possessio*, l. 3, *pr.*, § 1, *de bon. pos.* (37, 1). »

(1) GAIUS, II, § 104.

(2) Sur cette *legem publicam*, v. n° 10.

(3) Cf. GAIUS, I, 119 ; VARRON, *de L.*, l. 9, p. 518, éd. Müller ; TERTULLIAN., *adv. Marc.*, II, 6.

(4) CLEMENS ALEXANDR., *Strom.*, V, c. VIII, p. 574, éd. Syll.

lui aussi, de la façon la plus frappante, notre concept de ce testament — il lui donne le prix symbolique d'achat. L'honneur, qui, selon Clément, est *partagé* ici, c'est cet *honor* de l'héritage en général, l'honneur de la *puissance de volonté*. (Cf. plus haut p. 61). Rien n'explique mieux cette formule solennelle que les paroles suivantes de Plaute (1) : « ...quod tuum'st, meum'st, omne meum est autem tuum. » En fait l'identification des deux volontés est *complète* et *double* : non seulement la volonté du testateur est posée comme volonté de l'héritier, mais la volonté de l'héritier est en même temps posée comme souveraineté volontaire du testateur (2).

(1) *Trin.*, II, 2, 52.

(2) Quand Huschke (*Studien*, p. 233, note 59) et Böcking, *Pandekten der röm Privatrechts*, I, 256, note 15) pour expliquer la difficulté de cette forme de mancipation où est un testament, quoique l'*hereditas* (GAIUS, II, 34) ne soit pas une *res Mancipi*, disent : dans cette mancipation ce n'est pas « l'*hereditas* (*quæ viventis nulla est*) mais la *familia*, c'est-à-dire une partie de la liberté privée du testateur qui, à sa mort, *constitucra unc chose* ; c'est la liberté de *disposer de sa fortune* que l'on mancipe, et celle-ci, aussi bien que *toute la personne*, est *res Mancipi* ; GAIUS, I, 120 ». — Cette comparaison avec la capacité de manciper de toute la personne est extrêmement juste et nous montre, d'une façon irréfutable, pourquoi la forme de la mancipation peut être employée dans le testament, sans qu'il soit possible de rien redire à la division en *res Mancipi* et *nec Mancipi*. Mais, d'après cette doctrine elle-même, cette comparaison n'est pas *encore justifiée* : elle y est même contraire. Car si quelque chose est mancipé *pour l'instant de la mort*, l'on manciperait de la sorte, une chose *immatérielle*, l'*hereditas*, qui ne saurait être une *res Mancipi*. C'est seulement dans notre développement, où ce n'est ni la fortune, ni la chose, mais la *personnalité volontaire* qui peut être mancipée à l'héritier, que ce passage relatif à la capacité de manciper de la personne tout entière se justifiera pleinement. — De même la formule : « *familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tute lam custodelamque meam esse ajo* », prouve déjà, contre Huschke, que non seulement « une partie de la liberté privée, la liberté de fortune », mais toute la *puissance de volonté* de la personne, *patrimonium*, comme dit justement Gaius (v. plus haut, p. 108, note 3), est transmise pour être maintenue, pour le moment où arrivera la

Et cela est déjà nécessairement impliqué dans le concept de l'*identité* de la volonté en général ; il faut qu'il en soit ainsi afin que le testateur puisse à présent disposer de la volonté et des actes de volonté de l'héritier : cela est dit très nettement dans cette partie de la formule : *quo tuo jure test. facere possis*.

Enfin cela apparaîtra sous une forme réelle et sensible aussi bien dans le *legs rei alienæ* que dans les dettes, qui, bien que l'héritier n'ait rien reçu de l'héritage et quelque supérieures qu'elles soient à l'héritage, sont à la charge de l'héritier et absorbent (1) la fortune soumise à sa propre souveraineté volontaire.

Donc, une fois que ce premier acte, l'achat symbolique, a établi l'*identité de volonté* du testateur et d'un tiers, l'on fait connaître l'*objet de la volonté* du testateur (*nuncupatio testamenti*). Ulpien (2) indique, ainsi qu'il suit, que le testament est constitué par ces deux formalités : « In testamento quod per æs et libram fit, *duæ res aguntur*, *familiæ mancipatio et nuncupatio testamenti* » ; de même Gans a

mort. De même, quand Böcking (ouv. cit., I, 134), dit du testament et de l'héritage : « Le testament fait de celui qui est institué héritier un *membre de la famille* du testateur, relativement aux biens que laisse celui-ci », — la formule y est nettement contraire. Car l'héritier n'est pas institué, par le testateur, membre de sa famille, mais il *absorbe en lui-même la familia* tout entière du testateur (*mean esse ajo*), non pas comme *membre*, mais comme *support*, non par la famille, mais la *familia* romaine, ce qui est tout différent, c'est-à-dire la souveraineté volontaire subjective. Ici donc, comme partout, c'est la méthode spéculative qui est d'accord avec les formules romaines, tandis que le système de raisonnement juridique est en complète contradiction avec elles — preuve décisive de l'excellence de la première de ces deux méthodes.

(1) Ainsi s'explique le peu de sympathie qu'éprouvait l'esprit romain pour l'héritier bénéficiaire, qui ne se maintient qu'à partir de Justinien et qui continue néanmoins à avoir contre lui la présomption, etc... : cf. plus bas n° 41 et *Essence du droit d'hérédité germanique*.

(2) *Fragm.* XX, 9.

souligné (1) ce dualisme, tout en l'interprétant d'une manière erronée. Que dit le testateur? Il ne dit pas — et, d'après ce qui précède, il ne lui est plus possible de le faire — « *heres esto* (2) ou *heredem esse jubeo*, mais : « *hæc ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibitate* » ; c'est-à-dire — et nous ne nous expliquons pas pourquoi l'on n'a jamais tenu compte de ceci — que le testament est, d'après sa teneur, comme le montre la formule, une *disposition DO LEGO*, c'est-à-dire une *disposition relative aux legs*, testament, qui, même au point de vue prétorien, serait complètement nul, puisque c'est un testament sans *institution d'héritiers*. Comment se fait-il qu'ici, alors que le contraire a toujours lieu, le droit prétorien semble être tout à coup plus formaliste et plus sévère que le droit civil? Mais c'est naturel! En effet, le testateur ne *peut* plus, dans la *teneur* de l'expression de sa volonté, instituer ici aucun héritier, car *l'héritier n'est que celui à qui il transmet sa volonté*, et celui-ci est déjà donné dans le *familiæ emptor*.

Ce qui a été dit de plus juste, jusqu'à présent, sur le *testamentum per æs et libram* et sur le droit d'héritage en général chez les Romains, est, comme le montrent nos développements, une observation du vieux Thomasius, qui a très souvent été en butte à la critique. Selon lui, comme les Romains (3) sentaient bien la vérité du principe de droit naturel, d'après lequel aucun homme ne peut après sa mort et par conséquent, en cas de décès, disposer de sa for-

(1) *Erbrecht*, II, 85 sqq.

(2) L'on comprend plus clairement à présent, pourquoi l'on doit absolument dire dans le testament écrit (cf. plus haut, p. 66 sqq.), *heres esto*. A la place de ce qui était produit, par un acte dramatique, dans le testament primitif par mancipation, l'on ne peut mettre ici que l'impulsion de la volonté, le mode impératif. Un mode historique ne conviendrait pas parce que ce qui est raconté n'est pas une action : de même l'explication de ce qu'on fait (le présent) n'est pas non plus une action (cf. n° 10).

(3) *De sensu leg. decemviralis*, §§ 10, 21.



tune, ils ont, pour conformer leur législation à ce principe de droit naturel, fait du testament par mancipation *un contrat entre vijs*. Assurément la vérité est mal présentée ici. On a recours à la mancipation, non pas pour ne pas violer le principe de droit naturel, mais pour le *vainere*, pour supprimer la limite qu'il implique, et pour faire que la *volonté continue à agir après son extinction*; c'est en raison de ce souci très spécifique de l'esprit romain et de son contenu historique que, par le *contrat entre vijs*, on crée un *continuateur de la volonté identique*, et, à présent que l'on a supprimé les limites du fini, de la nature et du droit naturel (cf n° x) et que la perpétuation de la volonté est *chose faite*, l'on *peut* tester au sujet de sa fortune.

Ce développement explique encore trois choses :

1° Même si les témoignages de Gans, de Théophile, etc... n'existaient pas, la *formule sacramentelle de ce testament* elle-même prouverait suffisamment que le *familix emptor* était primitivement l'héritier, et que toute l'importance du testament repose sur ce fait ;

2° A mesure que le concept d'hérédité qui, à l'origine, était purement de droit civil, s'élargit et permet à l'*heres* d'hériter des biens du testateur, et permet donc, comme nous l'apprend Gaius, à un autre que le *familix emptor* d'être institué héritier dans les *tabulæ ceræque*, — *nunc vero alius heres instituitur* — à mesure aussi, disons-nous, le testament perd son sens primitif ; il est en *contradiction absolue avec sa propre formule* (puisqu'on emploie le *do lego* prononcé verbalement au lieu de l'*institutio heredis* (1) contenue dans les *tabulæ*) et désormais cette forme testamentaire continue à subsister comme *symbole d'un passé incompris* ;

(1) Il y a ici une incohérence dans le concept, incohérence dont celle, remarquée par Justinien et Ihering (v. plus haut, p. 110, note 3 et 2), dans ce fait que ceux qui sont sous la puissance de l'héritier peuvent être témoins testamentaires, tandis que ceux qui sont sous celle du *familix emptor* ne le peuvent pas, n'est qu'une conséquence relativement infime.



3° Enfin, puisque l'usage a prévalu d'instituer un héritier dans les *tabulæ*, le testament civil par mancipation a non seulement perdu sa raison d'être interne *mais est devenu lui-même un testament prétorien*.

Voilà qui a déjà dû apparaître avec une pleine évidence. Au *familiæ emptor* du testament par mancipation correspond l'héritier institué du testament prétorien, aux personnes dotées matériellement de celui-là, les légataires de celui-ci. Une fois que la coutume se fut établie, d'instituer héritier, au lieu du *familiæ emptor*, une personne pourvue d'un héritage matériel dans les tablettes, l'*emptor*, désormais inutile, disparaît naturellement, et l'on institua par écrit l'héritier à qui on laissait ses biens en indiquant les personnes avec lesquelles il les partageait, les légataires ; en d'autres termes, le *testament de droit civil devint, de lui-même, un testament prétorien* dans lequel il y a sept témoins, le *familiæ emptor*, le *libripens* et les cinq témoins.

Mais le sentiment que le concept d'héritage véritablement spécifique de l'esprit romain, par lequel a été établie cette distinction entre l'héritier et celui qui recueille les biens, s'est si bien conservé ici, que le testament prétorien ne peut pas transmettre l'*hereditas de droit civil*, et ne procure que la *bonorum possessio*, et ce n'est que sous le bas empire, que les différences entre le droit civil et le droit prétorien se sont effacées.

IX. — Le fidéicommis et son développement historique.

Nous avons eu plus haut (p. 83) l'occasion de parler du fiduciaire ; mais il importe, au point où nous en sommes arrivés, de jeter un nouveau coup d'œil sur l'institution des fidéicommis romains. Déjà le nuage qui recouvrait cette institution a dû s'évanouir, et comme nous sommes à présent au centre lumineux du droit d'hérédité chez les Romains, nous allons voir la lumière se projeter de tous les



côtés et éclairer les questions les plus confuses et les plus obscures.

Jusqu'à présent l'opinion la plus répandue au sujet des fidéicommiss romains, c'était (étant donnée la liberté extrême dont jouissait le fidéicommiss) qu'ils avaient été inventés pour tourner des lois prohibitives, comme la *lex Voconia* ou d'autres prohibitions. Mais l'on n'explique pas par là comment un peuple peut en arriver, d'abord à se créer des lois que ne lui impose aucune puissance extérieure et pour lesquelles il professe le plus grand respect, puis à inventer des moyens de les tourner afin de rendre ces lois illusoires et même à donner à ces moyens une approbation morale, à les justifier juridiquement, quand il eût été infiniment plus simple d'abolir ces lois que d'établir des moyens de les éluder.

Tous nos développements antérieurs nous permettent de nous faire une idée tout autre des fidéicommiss et de leur genèse. Par simple rapprochement du fidéicommiss et de tout ce que nous avons dit sur le droit matériel du *testamentum calatis comitiis*, de la *lex Falcidia* (p. 103), et du *testamentum per æs et libram*, le fidéicommiss perd le caractère de chose exceptionnelle et isolée qu'il avait jusqu'à présent, et apparaît comme une reproduction analogue de l'esprit qui s'affirme dans tout le droit d'héritage romain.

Dans l'héritage fidéicommissaire nous retrouvons les traits qui caractérisent le droit romain en général. Ici encore nous retrouvons la tendance à distinguer l'héritier de la volonté de celui de la fortune ; cette tendance, qui dans le *testamentum calatis comitiis* apparaît sous la forme d'un droit matériel absolu et régulièrement appliqué à l'absorption totale de la fortune par des legs, et qui dans le *testamentum per æs et libram* apparaît comme la forme même de l'acte testamentaire, finalement, dans le fidéicommiss représente une institution fondée sur le libre consentement donné à cette coutume sacrée pour l'esprit de la nation, à cette identité de volonté qui, dans le droit d'héritage, existe



entre l'héritier et le testateur. L'héritage fidéicommissaire consiste en ceci : une personne est instituée *héritière*, sans participer matériellement au partage des biens ; et, en vertu de cette identité de volonté qui permet au testateur de disposer des actes de volonté de l'héritier, elle est chargée de remettre aux mains d'une autre personne, *qui n'est pas héritière*, la partie matérielle de l'héritage. — De cette façon l'on peut, à la vérité, *recourir* au fidéicommissaire pour tourner des lois prohibitives, et mettre en possession de la fortune des gens inaptes à hériter. Mais on ne peut y *recourir* que parce que cette institution a déjà antérieurement son fondement organique, ses racines et son explication dans la notion qu'a fait de l'héritage le peuple romain qui considère l'héritier comme un simple héritier de la volonté, sans avantage matériel ; elle n'a pas pu naître dans l'esprit du peuple romain d'un besoin de tourner la loi qui accompagnerait chez tous les peuples le besoin de créer des lois (1).

Et cela va apparaître dans tous les traits caractéristiques des héritages fidéicommissaires.

Tout d'abord l'héritier, c'est-à-dire celui qui ne doit *rien* toucher de la fortune, doit être *capable*, en toute forme de droit, d'être héritier (cela n'est pas nécessaire pour celui à qui on restitue la fortune matérielle) : autrement, le continuateur de la volonté n'existe pas, et alors ceux qui devaient être

(1) On a tort de ne pas considérer que, le but réel étant, comme on le dit, de tourner des *lois prohibitives positives*, on rencontre pourtant des difficultés graves créées par l'esprit du peuple. C'est ainsi que Cicéron raconte que dans cette *nombreuse assistance* au jugement de laquelle P. Sextilius Rufus, le fiduciaire de Q. Fabius se soumet (il s'agissait de savoir s'il devait donner à la fille de celui-ci plus que ne permettait la *lex Voconia*) personne n'était de cet avis.

Cic., *De fin. bon. et mal.*, II, c. xvii : « ... Addebat etiam se in legem Voconiam juratum contra eam facere non audere, nisi aliter amicis videretur. Aderamus nos quidem adolescentes, sed etiam multi amplissimi viri, quorum nemo censuit plus Fadiæ dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire. » De même, Gaius montre, II, § 2, 284, 285, que l'on prohiba le procédé qui consistait à faire hériter des *peregrini* au moyen des fidéicommissaires.



pourvus d'une part d'héritage ne peuvent pas être pourvus. « Imprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres *recto jure* instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin *inutile* est testamentum, in quo nemo *recto jure* heres instituitur (1). » Mais ce qui est ici particulièrement caractéristique, c'est que ce fiduciaire reste *héritier après comme avant, même après remise de l'héritage aux mains du fidéicommissaire*, tandis que *ce dernier* ne devient pas héritier par ce fait. « Restituta autem hereditate, is qui restituit, *nihilominus heres permanet* (2). » Le caractère civil (idéaliste) de l'héritier, n'est donc aucunement attaché à la fortune.

On a également appelé cet héritier fiduciaire *heres apparens* (héritier apparent). Mais il n'y a ici aucune apparence, il y a pleine et entière réalité : la preuve, c'est que le fiduciaire ne conserve pas seulement les actions, mais après même qu'il a fait remise de toute la fortune, les *actions des créanciers peuvent encore être dirigées contre lui en qualité d'héritier véritable*. Aussi cet héritier déshérité n'a primitivement aucun autre moyen d'éviter le préjudice que de simuler la vente de l'héritage au fidéicommissaire. »

« Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris; tunc enim in usu erat, ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes *inter venditorem hereditatis et emptorem* interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et cum cui restituebatur hereditas (3). »

Néanmoins la dialectique ne perd pas ici ses droits : par cette cession apparente de son caractère d'héritier au fidéicommissaire, l'héritier ne fait qu'*exécuter la volonté du testateur*, et ainsi, puisque son rôle consiste à exécuter cette volonté, il ne *peut absolument pas perdre sa qualité* d'héritier en le faisant : au contraire, elle s'affirme par là ; il

(1) GAIUS, *Comm.*, II, § 248.

(2) GAIUS, II, 231.

(3) GAIUS, *Comm.*, II, § 252.

reste héritier comme devant et il doit faire face aux actions.

Il s'est assuré simplement dans le fidéicommissaire un représentant pour toutes les pénalités auxquelles il pourrait être condamné en qualité d'héritier : ce qui ne le met pas à l'abri du danger au cas où il ne serait plus couvert par celui-ci. C'est pourquoi Gaius décrit (*pas. cit.*) la teneur de ces stipulations ainsi qu'il suit :

« Id est hoc modo : heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid *hereditario nomine condemnatus fuisset*, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset et omnino *si quis cum eo hereditario nomine ageret*, ut recte defenderetur ; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones *procuratorio aut cognitorio nomine exequi.* »

Enfin, sous Néron, afin que l'héritier fût à l'abri de ce danger (1), on décida pour des raisons d'équité (2) que quand l'héritier aurait restitué l'héritage, on ne pourrait plus lui intenter d'actions (3) : que ces actions devraient

(1) Ulpien dit expressément dans la l. 1, § 3, ad *S.C. Trebellianum* (36,1) : « Sublata est hoc senatus-consulto dubitato eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu prætextu metus censuerunt.

(2) « Cum esset æquissimum, etc. ». C'est par ces mots que commence le sénatus-consulte, l. 1.

(3) Gans, *Erbrecht*, II, 222 sqq. pourrait faire croire, par son exposé de l'évolution historique qui diffère totalement de la nôtre, que, à côté des *actiones utiles* contre le fidéicommissaire, les actions directes contre l'héritier continuent à subsister. Car voici comment il explique ce SC. : « le fidéicommissaire représentant désormais un tout, comme l'héritier, il s'ensuit qu'il est considéré, quant à la fortune, de la même façon que l'héritier, c'est-à-dire qu'il reçoit des *actiones utiles* et que les *actiones utiles* contre lui sont permises. C'est là un résultat du *SC. Trebellianum*. C'est pourquoi il parle aussi d'une « *coexistence* de l'héritier et du fidéicommissaire (p. 223) résultant de ce SC., tandis qu'au contraire, cette coexistence est empêchée par ledit SC. Aussi il voit l'origine de ce SC. dans ce fait que les fidéicommissaires cessent (sous Auguste)



dès lors être dirigées contre le fidéicommissaire (1).

Dès lors que le prêteur dirigeait des *utiles actiones* contre le fidéicommissaire, ces ventes apparentes, devenues superflues, disparurent (2).

Mais comme, à mesure que le concept d'hérédité s'altère, l'esprit national en arrive à cette idée que l'héritier doit également hériter des biens (cf. plus haut, n° 7) — ce qui s'exprime à Rome par le fait simple que les héritiers se refusent de plus en plus à l'héritage « purement nominal » (3) et que les fidéicommis tombent en désuétude (4), le fiduciaire, simple intermédiaire choisi par le testateur, *pour ne rien toucher, cet héritier apparent*, dont l'héritage n'est pas seulement absorbé par l'existence de dispositions relatives aux différents objets de la succession (legs) mais qui est encore choisi *expressément* pour restituer l'héritage

« de dépendre de l'arbitraire de l'héritier », et que pour *cette raison* « les rapports de l'héritier et du fidéicommissaire n'ont plus rien de commun avec la *vente de l'héritage* (idée, qui, comme nous le verrons bientôt, est positivement fausse) et cela, d'autant plus souvent, que rarement l'héritage total est restitué, mais que l'héritier subsiste à côté du fidéicommissaire. » Mais le SC. n'envisage aucunement ce cas ; c'est pourquoi il ne laisse, comme dit Gans (p. 226), subsister les *actiones utiles* à côté des *actiones in heredes* (« mais, en tous cas, le fidéicommissaire comme l'héritier peuvent intenter des actions, comme le prescrivait le SC. *Trebellianum* ») : il supprime expressément ces dernières : « ... placet et actiones quæ in heredes heredibusque dari solent, eis neque in eos neque his dari qui fideicommissum, etc., sed his et in eos, etc. ».

(1) V. GAIUS, *Comm.*, II, 254 ; ULPIN, XXV, 14, *Dig.*, 36, 1.

(2) GAIUS, *ibid.* : « ... post quod senatusconsultum desierunt illæ cautiones in usu haberi. »

(3) « Inane nomen heredis », dit Gaius, *ibid.*

(4) C'est pourquoi Gaius dit de nouveau, II, § 254 : « Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pæne totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum luerum recusabant et ob id extinguebantur fideicommissa », etc. Donc, au début, il ne devait pas en être ainsi : et nous voyons de nouveau apparaître clairement les changements qu'apportent les mœurs et l'esprit du peuple au concept d'héritage.



dans un ensemble (*hereditatem restituere*) — cet héritier qui, en sa qualité d'héritier de la volonté, est désormais un *héritier civil réel*, doit avoir sa part réelle de l'héritage, que le testateur l'ait voulu ou non. Il le doit précisément en vertu de l'identité, établie à présent entre *l'héritier et le successeur à la fortune*. Mais par le fait que le fiduciaire doit désormais participer à la fortune, et recueillerait naturellement l'héritage total en vertu de son caractère d'héritier civil (à moins que le testateur ait pris des dispositions contraires), par ce fait donc, le fiduciaire devient au fidéicommissaire ce qu'est l'héritier au légataire, c'est-à-dire par une nécessité dialectique la situation *a changé du tout au tout*. Car l'héritier *fiduciaire*, étant donné que quand il prendra contact avec la fortune réelle, son caractère conceptuel d'héritier civil doit dominer, deviendra un héritier non fiduciaire, et le fidéicommissaire, auquel selon la volonté du testateur la totalité de la *hereditas* devait revenir, devient par ce fait un *legatarius partiarius* (1), c'est-à-dire

(1) Ainsi, c'est seulement par ce *S. Pegasianum*, par où une part réelle de l'héritage échoit au fiduciaire, que le fidéicommissaire devient un legs, mais non pas, comme le veut Gans, II, 218, par le fait de la restitution obligatoire du fidéicommissaire par le fiduciaire, laquelle commence sous Auguste. Sans doute en vertu de ce caractère obligatoire, d'un côté, les fidéicommissaires cessent d'être une « œuvre de la piété », mais il n'est pas vrai, d'autre part, comme le prétend Gans, « qu'ils aient ainsi perdu leur *signification particulière et ne se distinguent plus des legs* » : au contraire, cette distinction subsiste et plus tranchée encore que par le passé car, tandis que l'héritier peut prélever sur les legs le quart falcidien, il ne peut pas encore le faire pour le fidéicommissaire : et l'on voit donc que le concept de l'héritage fidéicommissaire, qui est « un produit de la piété », continue à subsister, malgré le caractère contraint de la restitution et qu'il s'affirme par elle de la façon la plus nette (v. plus haut, p. 103 sq.).

Ainsi la distinction entre le fidéicommissaire et le legs subsiste ; il ne saurait en être autrement. Car, dès le début, elle ne consiste qu'en ceci : dans le legs, un seul objet ou une partie est transmise : par contre, dans le fidéicommissaire, c'est *l'hereditas* qui est transmise comme *tout indivisible*. Dès le début, et non pas depuis que la restitution a un caractère coercitif, il subsiste, à côté de cette distinction, une



un non-héritier en faveur de qui on a disposé simplement d'une partie de la fortune.

Mais si le fiduciaire, dès qu'il entre le moins du monde en contact avec l'héritage réel, doit, parce que son caractère ancien d'héritier n'en tromperait pas moins, transformer *conceptuellement* le fidéicommissaire en un simple légataire, le fiduciaire, ce personnage apparent et intermédiaire qui doit recevoir la fortune comme simple totalité, peut, à présent, si ce contact doit avoir lieu, n'être pas traité autrement que l'héritier par rapport à la totalité des légataires. Or, comme l'héritier peut, en face du groupe total des héritiers, prélever pour son compte le quart falcidien, le fiduciaire doit avoir à présent le même droit vis-à-vis du fidéicommissaire, sans qu'il soit tenu compte de la volonté du testateur. Et c'est ce qui a lieu par l'application du *SC. Pegasianum*, qui étend la *lex Falcidia* aux fidéicommis. Aussi la nécessité intime et la dialectique particulière du concept spéculatif ont produit un résultat que Gaius expose (II, § 234) en ces termes : « Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pæne totam plerumque res-

ressemblance entre le fidéicommiss et le legs (n'ayant pas compris le concept spéculatif de l'hérédité romaine, Gans n'a pu l'apercevoir); tous deux ne sont que des *dispositions concernant les biens* sans caractère juridique, tandis que le fiduciaire et l'héritier peuvent être des héritiers juridiques sans aucune disposition de biens. Mais cette différence cesse d'exister quand ce n'est plus la totalité qui est restituée dans le fidéicommiss et quand celui-ci s'identifie avec le legs. Cette différence n'est aucunement atteinte par le caractère coercitif de la restitution. On pourrait dire même qu'elle rapproche le fidéicommiss de l'ancien droit successoral du *testamentum calatis comitiis et per æs et libram*, où l'héritier peut être également contraint à une restitution totale. Néanmoins, il subsiste toujours cette différence, qu'ici l'héritier restitue un à un *les objets* dont on a disposé, en sorte qu'il perd son héritage *fortuitement et en fait*, parce qu'après l'accomplissement de ces dispositions, rien ne reste plus dans la succession; tandis que, dans le fidéicommiss, l'héritage est restitué dans *son tout* (*hereditatem restituere*); l'héritier ici doit donc perdre l'héritage aussi dans la forme.



tituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa (1), Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret *quartam partem retinere* atque *e lege Falcidia in legatis retinendi jus* conceditur, ... ille autem qui ex fideicommissis reliquam partem hereditatis recipit, *legatarii partiarum* loco est, id est ejus legatarii cui *pars* bonorum legatur, quæ species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. »

Mais immédiatement apparaît une autre conséquence conceptuelle. Si le fiduciaire bénéficie à présent d'une part réelle de l'héritage, rien ne motive plus à présent la mesure équitable du *SC. Trebellianum* précédemment examiné. Car cette mesure était fondée sur ce fait que l'héritier, quoique tenu de supporter les dettes de la succession, ne devra plus supporter cette charge si, malgré son caractère d'héritier, il ne retire rien de l'héritage. A présent non seulement il bénéficie de l'héritage, mais son ancien caractère d'héritier transparait dans la nouvelle manière de voir qui veut que l'héritier hérite de la fortune. Mais si ce concept transparait dans l'application du *SC. Pegasianum*, il doit également s'affirmer dans le passif.

D'où deux nouvelles conséquences :

1° Le *SC. Pegasianum* et le *SC. Trebellianum* s'excluent réciproquement, de sorte que, si l'un est appliqué, l'autre ne saurait l'être, et 2° l'héritier fiduciaire, qui, en vertu de ce *SC. Pegasianum* (2), prélève le quart des biens, doit répondre de toutes les dettes de la succession.

(1) On le voit, c'est toujours la même *cause du conflit*, de la lutte entre les deux personnalités, qui amène une évolution dans le droit héréditaire ; cf. n° 7.

(2) Parce que le *SC. Pegasianum* contient l'application de l'ancien concept de l'héritier civil et en établit la prépondérance sur l'équité en faveur du fiduciaire (car, d'après l'équité, le fiduciaire ne doit rien avoir : il doit simplement se tirer d'affaire sans préjudice) : pour cette raison donc, la simple équité du *SC. Trebellianum*, même



Cette deuxième proposition qui n'est qu'une conséquence de la première plus compréhensive — nous montrerons la portée de celle-ci — nous est attestée d'une façon très positive par Gaius, quand il dit : « *per quod senatus consultum (SC. Pegasianum) heres ipse onera hereditaria sustinet.* »

Mais de la sorte la situation du fiduciaire sera beaucoup plus mauvaise que précédemment, car, tandis qu'il n'a prélevé que le quart de la succession, il peut être actionné pour un montant de dettes bien supérieur. Or, comme il ne peut s'abriter derrière le *SC. Trebellianum*, qu'il a exclu en appliquant le *SC. Pegasianum*, et ne peut pas non plus recourir comme précédemment à une vente fictive de la succession (v. plus haut p. 103) — en effet, il lui est désormais impossible de feindre l'abandon de la succession, attendu qu'il y participe de la façon la plus réelle — il ne lui reste plus à présent qu'à stipuler avec le fidéicommissaire (qu'il a du reste déjà transformé en un *legatarius partarius*) : le partage proportionnel de l'actif et du passif en présence desquels on se trouvera, stipulation par laquelle l'héritier a coutume de se couvrir de la sorte vis-à-vis du *legatarius partarius* (et réciproquement). C'est pourquoi Gaius poursuit en ces termes. « *Unde effectum est ut quæ solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.* »

Mais ici plusieurs cas sont possibles. C'est pourquoi

où elle intervient en faveur du fiduciaire, doit être exclue par le *SC. Pegasianum* et non pas, comme le pense à tort Gans (II, 224), parce que le fiduciaire ayant pris par là une attitude hostile vis-à-vis du fidéicommissaire, il ne peut plus être question de la coexistence des deux dans l'héritage, comme le demande le *SC. Trebellianum*. Au contraire, cette coexistence est seulement le résultat du *SC. Pegasianum* : c'est lui qui exige que le partage se fasse entre eux.

Gaius commence par dire (1) : « Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum *ex Trebelliano senatusconsulto* restituitur hereditas et *in utrumque* actiones hereditariæ pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. »

Quand donc le fiduciaire n'a pas eu à subir des charges dépassant les trois quarts de la fortune, il est néanmoins sous la protection du *SC. Trebellianum* : et, comme le fiduciaire conserve à présent l'autre quart, cela pourrait paraître contredire ce que nous venons de dire à ce sujet ; mais cela ne fait en réalité que le confirmer.

Car le *SC. Trebellianum* ne perd pas sa force par le simple fait que le fiduciaire a obtenu pour son compte un quart de la succession. L'équité de ce sénatus-consulte où le fiduciaire n'est plus du tout traité comme un héritier, n'est exclue que quand, par l'application du *SC. Pegasianum*, c'est précisément la contrainte formelle du concept d'héritage civil qui est posée comme prépondérante, supérieure à la volonté du testateur, et excluant par ce fait l'équité. Si donc le fiduciaire a reçu un quart de par la volonté du testateur, comme le suppose Gaius (sinon plus — *rogatus sit restituere*), l'équité du sénatus-consulte trebellianien n'est exclue par rien et devrait pour cette raison venir au secours du fiduciaire, si, malgré le quart qu'il a reçu, il se trouvait dans la situation inique (2) dans laquelle ce sénatus-consulte doit l'empêcher de tomber. Ainsi, quoique le *SC. Trebellianum* n'envisage que le cas où le fiduciaire doit faire une restitution totale, on peut néanmoins appliquer ici, par analogie, ce sénatus-consulte — (et cela avec un plein droit spéculatif). Quoique le fiduciaire nanti par le testateur d'une part de succession reste toujours héritier

(1) *Comm.*, II, 255.

(2) C'est donc pour cette raison, et non pas parce que, comme prétend Gans (II, 224), l'accord entre l'héritier et le fidéicommissaire ne doit pas être considéré comme troublé « que le *SC. Trebellianum* entre de nouveau en vigueur ».



pour la part restituée par lui-même après cette restitution, comme le remarque justement Gaius, et quoique, pour cette raison même, les actions pour ou contre lui soient permises (« *quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit heres permianet, eique et in eum solidæ actiones competunt* »), néanmoins on accorde les actions à tous deux et contre tous deux (le fiduciaire et le fidéicommissaire) au *prorata* de leurs parts de succession : celles qui sont autorisées quant au premier par le droit d'héritage civil, et quant au second par le *SC. Trebellianum*. En sorte que les actions pour ou contre le fiduciaire ne sont possibles que dans la mesure où il participe à la succession. « *Sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet* (1). »

Ainsi donc quand le fiduciaire n'a pas reçu du testateur lui-même une part supérieure au quart de la succession, le *SC. Trebellianum* intervient. S'il a, par contre, reçu plus du quart, il y a lieu d'appliquer le *SC. Pegasianum*. Mais ici deux cas sont possibles. Ou bien le fiduciaire applique le *SC. Pegasianum* et prend le quart de la succession ; ou bien il ne l'applique pas et restitue volontairement toute la succession. Dans les deux cas, il a naturellement à supporter toutes les charges de la succession en sa qualité d'héritier civil (« *sive retinuerit... sive noluit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet* »), dit Gaius (2) ; à présent, il s'agit de savoir comment il échappera à cette nécessité et c'est ici seulement qu'apparaîtra la différence des cas.

Dans le premier cas, lorsque, appliquant le *SC. Pegasianum*, le fiduciaire s'est approprié le quart de la succession, il a, par le fait de cette application, exclu le *SC. Trebellianum*, et comme il a transformé le fidéicommissaire en un

(1) C'est-à-dire que pour l'excédent il aura à présent, *utilis exceptio* ; v. l. 21, *de præscr. verb.* (19, 5), « *Quotiem deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio dauda est.* »

(2) *Ib.* § 257.



legatarius partiaris, il ne peut se couvrir que par les stipulations *partis* et *pro parte*. C'est ce que nous avons vu plus haut et Gaius ne fait que répéter la même chose quand il dit : « Sed quanta quidem *retenta*, quasi *partis* et *pro parte* stipulationes interponi debent tanquam inter *partiarium* *legatarium* et *heredem*. »

Mais lorsque le fiduciaire ne s'approprie pas le quart, et, partant, n'applique pas le *SC. Pegasianum*, mais restitue volontairement le tout, il semble tout d'abord, d'après ce qui précède, qu'ici le *SC. Trebellianum* doive de nouveau intervenir et le couvrir. Gaius n'en continue pas moins à dire : « si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum *emptæ* et *venditæ* hereditatis stipulationes interponendæ sunt. » Ainsi, lorsque le fiduciaire restitue tout de son propre gré, on doit de nouveau recourir, comme avant la publication du *SC. Trebellianum*, à la vente apparente afin de le couvrir. Mais pourquoi le *SC. Trebellianum* n'intervient-il pas ici, puisqu'aucune application du *SC. Pegasianum* ne l'exclut ? Voilà une question qu'il importe de poser de la façon la plus précise (1) ; car elle nous permettra de montrer

(1) C'est ce que Gans néglige de faire quand (II, 223) il justifie les paroles de Gaius de la façon suivante : « Dans ce renoncement volontaire à un droit qui, en réalité, est dirigé contre le testateur, reparait la piété qu'on avait exclue de la théorie du fidéicommiss ». Mais en invoquant ainsi la piété on laisse dans l'ombre le concept. C'est précisément dans l'obscurité, où est restée Gans sur cette question, qu'est fondée la fausse interprétation qu'il donne du *SC. Trebellianum*. Il n'y voit, en effet, que la « coexistence des deux dans la succession (v. plus haut, p. 128, note 3 ; p. 130, note 1, et p. 132, note 2), tandis qu'il n'y a là qu'une extension par analogie de ce sénatus-consulte (v. p. 128, note 3) qui, primitivement, n'envisage pas ou n'envisage pas nécessairement ce cas. Si, au contraire, nous considérons ce sénatus-consulte comme l'apparition, dans l'évolution du fidéicommiss, du motif de l'équité qui s'oppose au concept d'héritage civil, notre opinion est confirmée, non seulement par ce qui a déjà été démontré précédemment à ce sujet, et par les termes du sénatus-consulte cités plus haut *æquissimum*, etc., etc., mais encore par un autre cas que nous allons bientôt examiner (le cas de la participation forcée à la succession).



nettement la place et l'importance que nous avons attribuées plus haut au *SC. Trebellianum* dans cette évolution historique. Le *SC. Trebellianum* marquait pour nous l'instant où apparaît l'équité en face du concept de droit civil pur, dans l'évolution historique du fidéicommiss. Mais celui-là seul peut invoquer l'équité, qui est jeté dans une situation critique par la *rigueur formelle du droit*, par les *iniquitates juris*. Car l'équité romaine n'a d'autre but que de contrebalancer la rigueur du *jus*. Toutefois, celui qui se met *volontairement* dans cette situation en renonçant à la possibilité d'accroissement de sa fortune que lui offrait le *SC. Pegasianum*, celui-ci ne peut plus invoquer l'équité en face du passif : en effet, s'il est à présent dans une situation critique, ce n'est pas la vigueur de la loi, mais sa propre volonté qui l'y a mis; en conséquence, il n'a de recours que dans sa libre volonté. C'est pourquoi il se produit le très intéressant résultat dialectique qui suit : depuis que le *SC. Pegasianum* existe, et dans le cas où l'héritier reçoit du testateur plus du quart, le *SC. Trebellianum* doit être exclu, aussi bien par l'application du *Pegasianum* que par sa non-application (1).

Considéré au point de vue du concept d'hérédité, ce résultat s'explique de la manière suivante : le *SC. Trebellianum* où, comme nous en avons déjà fait la remarque, l'héritier fiduciaire cesse d'être traité comme un héritier, représente la prépondérance de l'équité sur la rigueur du concept d'héritage. Au contraire le *SC. Pegasianum* représente (v. p. 128 sqq.) la prépondérance et la souveraineté (dont bénéficie le fiduciaire) du concept formel d'héritage civil : et cette souveraineté s'exprime dans la nouvelle conception par une participation réelle à la succession. Mais le renoncement du fiduciaire comblé de charges au *SC. Pegasianum* pose non moins le concept de l'héritier civil

(1) C'est pourquoi il ne subsiste, pour l'instant, aucun autre cas de l'application du *SC. Trebellianum* que celui (v. plus haut, p. 134) où le testateur a laissé lui-même le quart au fiduciaire.

comme souverain et prépondérant, et ce concept apparaît ici sous sa forme ancienne plus rigide et plus formelle où l'héritier est un héritier abstrait de la volonté ne dépendant pas de la fortune. Par l'application du *SC. Pegasianum* le fiduciaire refuse l'équité au testateur ; en récusant ce sénatus-consulte, il se la refuse à lui-même. Ainsi dans les deux cas l'équité est niée : dans les deux cas le concept de l'héritier civil est posé dans le fiduciaire comme jouant un rôle décisif et prépondérant dans le fidéicommiss. Aussi il ne saurait être question, ni dans l'un, ni dans l'autre cas, du *SC. Trebellianum* considéré comme la simple équité.

C'est pourquoi, comme nous l'avons vu, le fiduciaire trop accablé de charges, qui renonce au *SC. Pegasianum*, n'a de recours que dans sa propre volonté, si les charges de la succession retombent sur lui. Il doit donc se garantir par un acte de sa propre volonté, et, comme il ne peut pas, ne participant pas à la succession, faire aucune stipulation pour sa part avec le fidéicommissaire en tant que légataire, il ne lui reste aucune autre ressource que de revenir à la forme la plus ancienne, à la forme primitive, et de simuler avec le fidéicommissaire, la vente de la succession (1).

Mais quand nous avons examiné cette vente apparente (p. 127), nous avons montré qu'elle ne fait que donner un représentant au fiduciaire ; elle ne le met pas à l'abri des réclamations et ne le soustrait pas à tout danger.

Nous avons dit au contraire que par la vente apparente de la succession le fiduciaire ne peut pas effacer son caractère d'héritier. Car par l'abandon de l'héritage au fidéicom-

(1) L'on voit ici, d'une façon décisive, que les développements de Gaus, sur les ventes apparentes (II, 222), ne sont pas justes. D'après lui, par le fait que les fidéicommis étaient soumis à la contrainte, « les rapports de l'héritier avec le fidéicommissaire n'avaient plus rien de commun avec la vente de l'héritage », et conséquemment, ces ventes devaient nécessairement disparaître. Or, nous savons que les ventes apparentes ont subsisté longtemps après que les fidéicommis avaient été soumis à la contrainte.



missaire, il ne fait que remplir la volonté du testateur ; et comme dans l'esprit romain le concept d'héritier ne se rattache pas à l'héritage des biens (1), l'héritier n'étant que le continuateur de la volonté du défunt, loin de perdre son caractère d'héritier par cette cession, le fiduciaire ne fait que l'affirmer encore. L'excellence de cette dialectique est attestée ici une fois de plus et d'une façon éclatante ; une fois de plus, et avant même d'avoir achevé nos développements sur les fidéicommiss, nous constatons que le concept de l'identité des volontés est le seul qui régisse le droit d'héritage romain presque jusqu'au terme de son évolution.

L'héritier fiduciaire dispose, à vrai dire, d'un moyen pour dépouiller son caractère d'héritier et pour échapper, par ce fait, aux charges de la succession.

En effet, le *SC. Pegasianum* dit que si le fiduciaire refuse d'accepter un héritage, il peut y être contraint par le prêteur (2). De même qu'il pouvait être, depuis l'époque d'Auguste, contraint à la restitution de l'héritage, il peut à présent être contraint à l'accepter.

Ce qui a été dit jusqu'ici sur l'exclusion du *SC. Trebellianum* par l'application ou la non-application du *SC. Pegasianum*, n'est vrai qu'au cas où le fiduciaire n'a pas été contraint à l'acceptation d'un héritage (3).

Or, si le fiduciaire laisse la contrainte s'exercer sur lui,

(1) Auquel cas il devrait, assurément, par l'abandon de l'héritage comme tel, perdre également son caractère d'héritier.

(2) GAIUS, II, 268 : « Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat. »

(3) C'est pourquoi Gaius dit expressément, II, 257 : « Sed is qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retineat quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet, etc. » Nous n'avons pas, précédemment, fait mention de ce passage, car c'est seulement ici que la différence pouvait apparaître clairement.

c'est-à-dire s'il laisse apparaître que sa volonté n'est pas identique à celle du testateur, qu'il ne veut pas perpétuer cette volonté, il s'est par ce fait dépouillé nettement de son caractère d'héritier : car il a nié, ce qui, d'après notre exposé, constitue le concept de l'héritier. Alors seulement il n'est plus héritier ; il est devenu un personnage simulé, un intermédiaire ; alors il perd, en même temps que son caractère d'héritier, son droit de prélever un quart de la succession ; mais les dettes cessent en même temps d'être à la charge de ce non-héritier qu'est devenu le fiduciaire pour passer à la charge du fidéicommissaire qui agit derrière ce personnage apparent ; en sorte que le fiduciaire n'a plus besoin à présent d'aucune espèce de stipulation pour se mettre à l'abri des dettes, qui ne peuvent plus peser sur lui une fois qu'il s'est dépouillé de sa qualité d'héritier. C'est ce que nous apprend Gaius, en termes extrêmement concis. Comm., II, § 258 : « Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem... cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Prætorio adeat et restituat, *perindeque ei et in eum qui receperit actiones dentur*, ac juris est *ex senatusconsulto Trebelliano*, quo casu *nullis stipulationibus opus est*, quia simul et huic qui restituit securitas datur et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur qui receperit hereditatem. »

C'est seulement maintenant, après avoir examiné cette dernière disposition, que nous pouvons juger le *SC. Pegasianum* en son entier par rapport au *SC. Trebellianum* (1). Le *SC. Pegasianum* met simplement le fiduciaire dans l'alternative ou de se donner le caractère d'héritier civil ou de n'être qu'un personnage apparent.

S'il veut conserver son caractère d'héritier civil, il doit

(1) Nous constatons ici une nouvelle fois que l'idée du sénatusconsulte *Trebellianum* ne repose absolument pas « sur la coexistence de l'héritier et du fidéicommissaire dans la succession », mais exclusivement sur l'intervention de l'équité contre le concept du droit civil d'héritage.



pouvoir garder le quart de la fortune, contrairement à la volonté du testateur ; et cela, parce qu'avec la *lex Falcidia* le point de vue a triomphé, qui veut que l'héritier participe matériellement à la succession. Mais alors il doit se soumettre à toutes les autres conséquences que comporte ce titre qu'il accepte. Toutes les charges de la succession retombent sur lui ; en outre, il ne peut invoquer l'équité du *SC. Trebellianum* qui avait pour but de tempérer la rigueur du droit formel d'héritage, car, il a, de son propre gré, préféré être héritier de droit civil : en conséquence, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il lui faut se couvrir contre les *onera*, à ses risques et périls, et insuffisamment.

Si au contraire le fiduciaire ne veut pas conserver le caractère d'héritier de droit civil ; s'il tient à n'être qu'un personnage apparent, il doit le faire connaître en montrant la *non-identité* de sa volonté et de celle du testateur, c'est-à-dire, il doit *refuser* ou *n'obéir qu'à la contrainte*. Et alors ce fiduciaire, qui revendique de la sorte le caractère de non-héritier, bénéficiera de l'équité : il n'aura à supporter aucune des charges de la succession : mais en revanche, il n'aura pas le droit de prélever pour son compte le quart accordé par la *lex Falcidia*. De même il est de toute évidence que quand le cas intermédiaire se produit, cas où le fiduciaire a accepté de son plein gré la succession, mais où il en a également restitué de plein gré la totalité, sans prélever le quart auquel il avait droit, ce fiduciaire ne saurait invoquer le *SC. Trebellianum* pour être exonéré des dettes. Car le fait d'accepter la succession implique l'acceptation du titre d'héritier civil ; et la restitution volontaire n'efface aucunement ce caractère : au contraire elle lui donne sa forme la plus primitive et la plus rigoureuse, et exclut aussi bien que l'action de conserver un quart de la succession, l'intervention de l'équité contre la rigueur du droit !

Aussi, la remarque de Justinien est-elle d'une haute portée quand il dit que cette disposition du *SC. Pegasianum*, relative à la contrainte à l'acceptation, est l'élément prin-



cipal de ce sénatus-consulte (1) : « Sed etiam id, quod *præcipuum senatus-consulti fuerat*, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur, etc. (2). »

Nous voici de la sorte amenés au dernier point de nos développements sur l'évolution historique du fidéicommiss.

La forme que reçoit le fidéicommiss sous Justinien est en harmonie avec la transformation générale que subit le droit à ce moment-là.

Le conflit entre le droit d'héritage civil et l'équité dans le fidéicommiss avait été réglé de la façon suivante : chacun de ces deux points de vue est développé en un système qui exclut l'autre, et le fiduciaire a le choix entre ces deux systèmes. D'où une multiplicité de distinctions subtiles, conformes au concept de l'héritier. Mais à l'époque de Justinien, l'équité l'emporte sur le concept du droit d'héritage civil et règne d'une façon absolue. Et alors ces distinctions s'effacent et disparaissent, ce qui prouve que le droit d'héritage a perdu son concept. Que le fiduciaire ait reçu le quart, ou plus, ou moins, ou bien, de par la volonté du testateur, il faut qu'il puisse garder le quart et les actions *pro rata* prévues par le *SC. Trebellianum* peuvent être dirigées aussi bien contre lui que contre le fidéicommissaire. S'il restitue la totalité de la succession, même s'il l'a acceptée volontairement, les actions prévues par le *SC. Trebellianum* ne peuvent être dirigées que contre le fidéicommissaire : et tout naturellement il en sera de même quand il l'aura acceptée par contrainte. Désormais les *stipulations* ne sont plus nécessaires en aucun cas : en effet, effaçant toutes les distinctions entre les différents cas, l'équité extérieure a tout pris à sa charge, et, pour cette raison, tout est ramené au *SC. Trebellianum* comme étant l'unique loi qui régit la matière. Le passage extrême-

(1) Tandis que Gaius ne mentionne cette disposition qu'en dernier lieu, sans y attacher la moindre importance particulière.

(2) *Inst.*, § 7, *De fideicom. hered.* (2, 23).



ment intéressant des Institutes relatif à cette question est le suivant (§ 7. *Inst.* 2, 23) : « Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et *quibusdam casibus captiosas* eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, *omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare* ut *ex eo* fideicommissariæ hereditates restituantur; sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum *quasi ex Trebelliano Senatusconsulto*, pro rata portione, actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id quod præcipuum Senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, *et hoc transponimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur* si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente. »

Chose très caractéristique, nous voyons par les mots imprimés en italique que Justinien ne se borne pas à prescrire ce qu'il prescrit; il prescrit en outre que toutes les dispositions qu'il emprunte au *SC. Pegasianum* soient considérées comme provenant du *SC. Trebellianum* et découlant de son autorité; et pourtant il ne dissimule pas, dans son exposé, que le *SC. Trebellianum* ne renferme pas ces dispositions. Comment peut-on avoir l'idée bizarre de décréter, autrement que par manière d'interprétation,

qu'une loi soit censée contenir ce qu'on avoue soi-même n'y pas être contenu ? Gans a déjà relevé ce fait comme très caractéristique. Mais cette observation est chez lui sans grand poids parce que sa conception du *SC. Trebellianum* est erronée : il ne peut, en conséquence expliquer la cause intime et profonde de ce fait (1). Or, ce fait va confirmer une fois de plus notre conception du *SC. Trebellianum* et jeter, d'autre part, une vive lumière sur les idées qui ont présidé à la transformation du droit opérée par Justinien. Nous avons démontré que le *SC. Trebellianum* n'est pas autre chose que l'équité s'élevant contre le concept civil d'héritage, il est donc logique de dire que Justinien, chez lequel l'équité triomphe de ce concept civil d'héritage, a senti l'importance du *SC. Trebellianum* et, par conséquent, y a rattaché ses propres dispositions.

Enfin il nous faut encore relever un contraste qui divise l'histoire du fidéicommiss en deux moitiés.

Nous avons déjà dit que jusqu'à l'époque d'Auguste la restitution de la succession de la part de l'héritier fiduciaire dépendait uniquement de la volonté de celui-ci et n'était pas soumise à la contrainte (2). C'est Auguste le premier qui,

(1) Gans dit à ce sujet (II, 226 sqq.) : « Les distinctions subtiles entre le cas où l'héritier est accablé de charges ou ne l'est pas et celui où il veut prélever ou non le quart de la succession, disparaissent dans cette unité extérieure. Aussi (?) est-il logique que Justinien ne veuille pas laisser subsister les différents noms des sénatus-consultes et les désigne tous par le nom de sénatus-consulte *Trebellianum*. » Il n'en est rien. Le fait que Justinien supprime ces distinctions subtiles, conformes au concept, ne nous permet pas de comprendre pourquoi il rattache ses dispositions suppressives à d'anciens sénatus-consultes au lieu de les maintenir en tant que dispositions émanant de lui-même : et s'il le fait, on ne comprend pas non plus pourquoi il choisit le sénatus-consulte *Trebellianum* plutôt que le *Pegasianum*. Enfin reste à expliquer la cause de l'abolition des « distinctions subtiles, conformes aux concepts » qui a lieu chez Justinien. On ne peut trouver cette explication que dans la disparition du concept civil d'héritage, d'où jaillissaient toutes les distinctions conceptuelles.

(2) *Inst.*, § 1, *De fideic. her.* (2, 23) : « Sciendum itaque est, omnia



dans certains cas particuliers, prescrivit aux consuls d'intervenir contre le fiduciaire infidèle. Cette mesure fut bien accueillie et passa bientôt dans la juridiction romaine. « *Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversus est in assiduam jurisdictionem (1).* » Reste à savoir maintenant quelle action exercera cette modification sur le concept d'héritage que nous avons développé comme étant le principal facteur, le facteur actif dans toute cette sphère ; quelle modification intime apportera-t-elle à toute l'institution du fidéicommiss ? D'une façon abstraite, on pourrait tout aussi bien dire que ce concept de l'héritage qui fait de l'héritier un simple continuateur de la volonté qui ne participe pas à la succession matérielle — ou tout au moins n'y participe pas nécessairement — est affirmé plus fortement dans ce fait que le fiduciaire peut même être contraint légalement à la restitution — ou encore : ce concept atteint son apogée quand la simple coutume, la manière de voir nationale, assure cette restitution sans qu'il soit besoin de recourir à la contrainte dont l'emploi marque déjà la disparition de cet état de la conscience générale.

De semblables réflexions ne sont donc pas propres à préciser la question. Pour ce faire, il importe de préciser encore plus le concept du fidéicommiss ainsi que les rapports entre le fiduciaire et l'héritier non fidéicommissaire.

Le concept de l'héritier est selon nous le suivant : il est *héritier de la volonté*. Mais, logiquement, l'identité de la volonté n'apparaît pas dans ce fait que le testateur laisse des biens à l'héritier, mais dans le fait qu'il le charge d'agir selon sa volonté et perpétue ainsi cette volonté après sa

fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, etc. »

(1) *Inst. (ibid.)*.



mort. Et, disions-nous (p. 107 et 85 sqq.), plus les actes dont est chargé l'héritier vont contre son propre intérêt (ainsi, par exemple, l'épuisement de toute la fortune par des legs), mieux apparaissent le triomphe et la persistance de la volonté du testateur. Le fiduciaire que le testateur charge d'agir de la sorte (1), est ici en complète conformité au concept du véritable héritier : aussi est-il un tel héritier. L'obligation où il se trouve de tout donner ne viole pas son droit matériel, puisque le même cas peut se produire dans la succession non fidéicommissaire. Néanmoins il y a ici une différence. Dans la succession non fidéicommissaire l'héritier ne remet la fortune totale que sous la forme d'objets, dont il a disposé isolément et qui, pris chacun à part, ne sont, vis-à-vis du testateur, que des objets soumis à l'empire de sa volonté : et ce rapport entre ces objets et le testateur n'est même pas nécessaire ; s'il existe, il n'est pas caractéristique, parce que le testateur peut aussi bien disposer de choses qui ne sont pas soumises à sa volonté (*Legatum rei alienæ*). Donc par le legs on ne fait que donner des objets en tant que tels. Il en est autrement pour le fiduciaire. Il est tenu à restituer la fortune non pas sous la forme des objets isolés, mais dans son tout, l'*hereditas*. Or, si les différents objets qui constituent la succession sont considérés comme un tout unique, comme le patrimoine du testateur, ils portent dans cette unité simple, le reflet de la subjectivité et de la personnalité de la volonté du testateur, dont ils étaient privés antérieurement. Ils ne constituent pas encore ici la limite et le contenu de cette volonté (v. plus haut p. 29) mais deviennent la « personnalité patrimoniale » du testateur ; et, quoique cette personnalité, dans laquelle on a jusqu'ici vu à tort le concept du droit d'héritage, ne soit pas identique à la personnalité de la volonté, elle n'en est pas moins l'image, le reflet, l'expression immédiate dans la sphère patrimoniale. Les objets qui constituent la fortune

(1) Cf. *Inst. pr. de codic.* (2, 23)... « quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid ».



étant posés, non pas sous leur forme d'objets, mais sous la forme d'un tout, sont le corps et la réalité immédiate de la personnalité volontaire. Exprimé sous cette forme (la forme de la simple totalité), l'ordre donné à l'héritier de distribuer toute la fortune contient donc une violation *formelle* de son droit : car il doit donner la réalité de cette volonté personnelle et en même temps continuer lui-même à être cette réalité. — Comme cet ordre ne viole pas le droit *matériel* de l'héritier, il peut passer dans la coutume ; il peut — ce qui ne s'explique que par ce qui précède — devenir une habitude chez les testateurs et compter sur son exécution par l'héritier. Mais parce que cet ordre viole le droit *formel* de l'héritier, il ne peut être donné d'une façon péremptoire et coercitive : il doit être présenté sous forme de prière, à l'aide des formules : *peto, rogo, volo, fideicommitto* (1).

Si donc la restitution fidéicommissaire est, depuis Auguste, soumise à la contrainte, ce fait a une double signification.

Nous y voyons d'abord une victoire de l'ancien droit *matériel* du défunt sur le droit *formel*. L'ancienne distinction entre l'héritier de la volonté et l'héritier de la fortune, écartée à peu près à la même époque dans le droit d'héritage proprement dit par la *lex Falcidia*, se réfugie dans la sphère de la liberté et du libre consentement informes du fidéicommissaire et — contradiction spéculative du plus haut intérêt — dans ce domaine du libre consentement, se réalise d'une façon coercitive (2).

(1) GAIUS, *Comm.*, II, § 249. C'est pourquoi Ulpien dit, *Fragm.* XXV, 1 : « Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis, sed ex voluntate datur relinquentis. » L'opposition de la *voluntas relinquentis* à la rigueur du concept d'héritage, qui pourrait surprendre, attendu que toute disposition testamentaire découle de la volonté du défunt, est, à présent, très compréhensible.

(2) V. à ce sujet, p. 103 sqq.



Les termes dans lesquels les Institutions nous apprennent l'origine de cette restitution forcée sont extrêmement intéressants. Auguste ayant eu recours à différentes solutions exceptionnelles, ces exceptions entrèrent dans la juridiction constante « quia justum et *populare* erat ». Ainsi, l'ancienne distinction entre l'héritage et l'acquisition de la fortune était encore tellement populaire et vivace que, après avoir été effacée dans le droit formel ou restreinte à une limite quantitative par la *lex Falcidia*, il suffit de quelques précédents pour qu'elle pût sans le secours d'une loi proprement dite, et parce qu'elle répondait à l'esprit national (*populare*) devenir *coercitive* dans le domaine de la liberté fidéicommissaire, qui, par ce fait, perd son caractère de libre consentement dénué de formalités. Et pourtant le *SC. Trebellianum* n'existait pas à ce moment-là et le fiduciaire pouvait encore être ruiné par les dettes de la succession. Mais cette dernière victoire de l'ancienne conception contient déjà, dans la violation de la forme, la cause dialectique de sa défaite définitive.

Car, en devenant restituable d'une manière coercitive, la totalité de la fortune personnelle est traitée comme un legs, et ainsi est apparue dans le fidéicommis l'identité de l'*hereditas* et de la succession patrimoniale (legs). Or, si à présent cette identité est apparue dans le fidéicommis, l'héritier fiduciaire doit être conséquemment traité comme un héritier de la fortune et c'est dans cette privation complète de tout droit que va germer le droit suprême de l'héritier fiduciaire : c'est de ce maintien de la scission entre l'héritier de la volonté et l'héritier des biens que nous verrons surgir la cause de sa défaite définitive : ou bien c'est dans le caractère coercitif de la restitution que se trouve le germe dialectique du *SC. Pegasianum* qui étend à l'héritier fiduciaire l'accroissement de fortune nécessitée dans le cas de l'héritier par la *lex Falcidia*.

Nous avons donc vu que le fidéicommis représente dans toute son évolution historique la lutte du concept d'héritage que nous avons établi contre la conception de l'héritier



participant nécessairement d'une façon matérielle à la succession. De même que le testament prétorien, sa forme de l'institution des héritiers et les conditions qui lui sont permises, de même que le droit matériel des *testamenta calatis comitiis* et son application régulière, ainsi que les lois qui en découlent ultérieurement (*Lex Furia, Voconia, Falcidia*), de même que la forme et la signification du *testamentum per æs et libram*, ainsi le fidéicommiss nous est apparu à travers son évolution historique comme l'expression de ce concept spéculatif de l'héritage, considéré comme créateur de l'*immortalité* de la volonté individuelle.

X. — La « testamentifacio » et ses conditions. Le testament est un produit du concept historique de l'esprit du peuple romain et, pour cette raison, la « testamentifacio » est « juris publici ». La « querela inofficiosi ».

Ainsi l'héritier représente le maintien de la volonté subjective, l'identité de volonté purement subjective avec le testateur ; il a ce caractère, non seulement vis-à-vis des biens du testateur, mais encore vis-à-vis du monde extérieur : aussi il ne recueille pas nécessairement ces biens pour son propre compte : il ne les acquiert que quand des dispositions n'ont pas été prises à ce sujet. Néanmoins c'est en prenant de semblables dispositions que s'affirme véritablement la perpétuité de la volonté du testateur, qui, de la sorte, en ordonnant à l'héritier d'agir et non pas de posséder, continue à exercer, comme de son vivant, sa volonté sur ses biens ; enfin cette conception aura son couronnement quand l'héritier arrivera à être déshérité ; car c'est précisément cette situation de l'héritier dénué de tout bien qui marque la persistance victorieuse de la volonté du testateur. C'est ici qu'apparaît l'identité de volonté, pure et désintéressée ; c'est ici que se manifeste le plus clairement le caractère idéal et conceptuel de cette institution. Aussi c'est cette abstraction qui constituera le traité caractéristique de

l'esprit romain et une possibilité de conflits dans l'histoire de son droit successoral. — Arrivés à ce résultat, nous allons pouvoir à présent nous expliquer le droit d'héritage romain dans toutes ses parties, dans ses détails et ses particularités. Nous allons constater que, à travers un enchevêtrement d'obscurités et de contradictions apparentes, on peut voir se dessiner les artères d'un même corps organique; artères aboutissant toutes à un même centre, et à travers lesquelles circule une même vie dialectique.

Les divisions organiques de ce concept constitueront la dogmatique du droit d'héritage romain. Les luttes et les conflits résultant de la rugosité de sa nature abstraite formeront son histoire qui consiste dans la défaite successive de ce concept et dans son identification graduelle avec un accroissement de la fortune de l'héritier qui s'affirme surtout sous la forme de l'équité. Mais jusqu'à une époque très tardive, le droit d'hérédité portera la marque de son origine et sera pénétré par ce concept, soumis à son action.

Il s'agit tout d'abord d'examiner à ce point de vue les règles relatives à la capacité de tester et quelques prescriptions qui s'y rattachent.

Un instinct très juste de la signification historique de leur propre esprit national, pousse les Romains à rattacher la capacité de tester à la qualité de citoyen romain, comme à une condition *sine qua non*. Et pourtant il était facile de tomber dans l'erreur qui considère le testament comme étant *jus gentium* (1).

(1) L'erreur qui consiste à considérer le testament comme étant de droit naturel, erreur qui, déjà dans l'antiquité, a suscité de vives controverses et semble devoir jouir, de nos jours, d'une faveur toute particulière, a été réfutée, pensons-nous, de la seule manière possible et objective, par l'ensemble de nos développements sur le droit d'hérédité testamentaire. Elle se leva encore dans la suite (cf plus haut, p. 123). — Notre réfutation n'est pas affaiblie, parce que Ulpien (*Fragm. XX, § 14*) semble accorder au *peregrinus* le droit « *ut adversus leges civitatis testetur* » ; car le *peregrinus* est non



Seuls ceux qui participent à cet esprit déterminé du peuple, participent à cette *infinité de la volonté* (1), qui

seulement averti par là qu'il doit tester comme l'exige la loi de son pays, mais encore *quand* la loi de son pays connaît un droit testamentaire, auquel cas on ne peut l'empêcher d'en bénéficier. Et quand Ulpien souligne que le *deditius* ne peut absolument pas tester, puisqu'il n'appartient pas à un pays déterminé; « *nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est* », le caractère *civil* et *politique* du droit testamentaire apparaît de la manière la plus nette.

(1) Aussi l'opinion de Savigny est-elle fautive (*System*, VIII, 452) quand il prétend que la *testamentifactio*, entendue comme elle vient de l'être (capacité de tester), signifie dans l'état romain la qualité de classe qui « rend capable de la mancipation, considérée comme la forme essentielle des testaments romains ».

Or, de même que la signification du testament, quand bien même la mancipation est sa forme, dépasse celle d'une mancipation, de même — si notre concept doit être maintenu logiquement et être juste — de même, disons-nous, une capacité s'étendant au delà de la simple capacité de manciper doit être exigée pour le testament, la capacité de faire d'une autre volonté subjective le support idéal et le conservateur de soi-même; c'est là une qualité que l'esprit du peuple romain (en qui s'est développée cette conception) ne peut voir qu'en ceux qui participent à sa propre conscience et, qu'il est, partant, obligé de rattacher au caractère de citoyen romain. Ainsi, il serait exigible, pour le concept, que la capacité de tester ne fût pas encore donnée avec le *commercium*, qui, à la vérité, donne droit à la mancipation, et que la *testamentifactio*, au sens où nous l'entendons, ne fût pas « synonyme de *commercium* » comme le croit Savigny. Et s'il en était ainsi, nous aurions une nouvelle preuve que ce qui se passe dans le testament, c'est cette identification idéale et non pas un contrat patrimonial, car la capacité de tous les droits relatifs à des biens possibles d'après le *jus civile* est donnée par le *commercium*. Or, les choses se passent dans la réalité comme nous venons de le dire. Nous en trouvons la preuve dans ULPYEN, *Fragm.* XIX, § 4. Nous ne voulons pas parler du *Latinus Julianus*. Car la capacité de tester dont il est privé — la *testamentifactio* lui est accordée quand il s'agit d'être témoin testamentaire, — semble avoir pour cause qu'à sa mort sa fortune doit appartenir au patron, quoique son incapacité d'être lui-même héritier semble reposer sur un autre motif encore (Cf. n° XXXIII). Mais ce qui est décisif, c'est qu'Ulpien cite parmi ceux qui sont capables de manciper les *peregrini* auxquels le *commercium* est excep-

constitue le produit historique et le contenu spécifique de l'esprit romain parvenu à un certain degré de son évolution ; c'est pourquoi elle est strictement nationale, comme par exemple, la mission religieuse des Juifs. C'est pourquoi le *Peregrinus*, les *Latini juniani* et les *deditii* ne bénéficièrent pas de ce droit (1).

Mais comme le concept d'héritage est précisément l'identité spirituelle du testateur et de l'héritier, et comme, par conséquent, le rapport entre ces deux personnes peut être extérieurement exprimé par l'équation $a = a$, des termes inégaux ne peuvent pas être mis en équation : ou en d'autres termes, pour tester et pour être institué héritier une même capacité est nécessaire (2). C'est pourquoi les

tionnellement accordé : « Mancipatio locum habet inter cives Romanos... eosque peregrinos, quibus commercium datur est. » Par contre, les peregrini ne sont absolument pas capables de tester ; ULPEN, *Fr.* XX, § 14 et XXII, § 2. La capacité de tester et de manciper ne sont donc aucunement identiques ; elles jouent dans l'esprit romain un rôle tout à fait différent [ainsi quand des poètes romains peuvent dire (v. plus haut, p. 21, rem. 1) : « Semper caveto ne sis intestabilis », l'on sent très bien qu'ils ne pourraient pas parler de la même façon de la capacité de manciper]. De même, celui qui, par punition, devient « intestabilis (quem lex improbum intestabilemque esse jubet » ; v. *Inst.*, § 6, de *test. ord.*, 2, 10), n'en demeure pas moins capable de manciper.

(1). V. ULPEN, *Ibid.* Quand Gans en donne l'explication suivante (II, 156) : « Le testament est la volonté du Romain dans la sphère de son patrimoine ; il va donc de soi que les Non-Romains ne peuvent pas faire de testament », nous n'avons ici qu'une pétition de principe et pas d'explication. D'abord la première proposition contient l'erreur sur la nature véritable du droit d'héritage romain, erreur qui a eu cours jusqu'à présent et que nous croyons avoir suffisamment réfutée ; en la maintenant, on ne saurait expliquer d'une manière satisfaisante la condition testamentaire d'après laquelle il faut être citoyen romain ; ensuite la deuxième proposition ne se rattache pas nécessairement à la première. Car si le testament n'était réellement que la volonté dans la sphère du patrimoine, tous ceux qui ont un *commercium* devraient en être capables : v. la précédente remarque.

(2) ULPEN, *Fragm.*, XXII, 1 : « Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent. »



catégories d'individus que nous venons de citer ne peuvent également pas être héritières (1).

Si la participation à l'esprit du peuple romain, dans les profondeurs duquel est née l'idée de l'immortalité de la volonté subjective, est la plus nécessaire et la première condition de la capacité de tester, l'on comprendra aisément à présent pourquoi toute cessation, même temporaire, de cette relation immatérielle doit faire cesser la capacité de tester. Cette communion avec l'esprit du peuple romain est suspendue, quand un Romain tombe sous l'empire de l'esprit d'un peuple étranger. C'est pour cette raison que le Romain prisonnier de l'ennemi ne peut pas faire de testament (2) ; il en est de même des citoyens romains retenus comme otages (3) chez un peuple étranger. Mais il faut bien se garder de croire, comme on serait aisément tenté de le faire, que cette incapacité du prisonnier repose sur cette considération que, dans son état de prisonnier, sa *liberté* et la *personnalité de sa volonté propre* sont en danger (4), la cause de cette incapacité est purement objective et d'ordre spéculatif : le prisonnier sur lequel s'exerce, selon le droit des gens, la puissance d'un Etat étranger, a cessé d'être en communion avec l'esprit objectif du *peuple romain*. Nous en trouvons une preuve nette dans le fait suivant : si des Romains tombent au pouvoir de brigands, la liberté de leur volonté privée est également en danger ; elle l'est davantage encore, puisque leur propriété elle-même est menacée : mais comme ils ne sont pas ici en présence de l'esprit d'une nation étrangère ; comme les

(1) CICERO, *pro Cæcina*, c. xxxv ; ULPEN, *ibid.* ; GAIVS, *Comm.* I 410.

(2) L. 8 pr. *qui test. fac. poss.* (28,1) ; § 5, *Inst.* « quibus non est permis. » (2, 12) ULPEN, *Fr.* XXIII, 5. — Pas même le « miles » qui est excepté partout, ne l'est ici ; l. 10 *de test. mil.* (29,1).

(3) L. 11, *qui test. fac. poss.* (28,1).

(4) Comme le croit Gans lui-même (II, 157) quand il dit que le testament du prisonnier n'est pas valide, « parce que son terrain général, la *volonté libre*, lui manque ».



brigands ne représentent qu'une puissance de fait et non de droit des gens, cette communauté idéale n'est pas interrompue au sens juridique et, pour cette raison, les Romains conservent la pleine capacité de tester.

Si donc la participation à la substance de l'esprit historique commun de la nation est la première et la principale condition de la capacité de tester, par là s'expliquera une des propositions les plus importantes et les plus significatives (1) : « Testamentifacio non *privati*, sed *publici juris* est (2). » On a généralement essayé d'expliquer cette conception si contraire aux idées modernes du testament comme de droit public, en disant qu'elle est un vestige formel de l'ancien testament comicial par lequel le testament recevait la forme d'une loi. Mais, en recourant à de semblables explications, on ne prend pas garde à cet ὑστερον πρότερον qui revient continuellement ; cette prétendue explication en suppose une autre ; la chose expliquée devrait elle-même expliquer l'explication qu'on en donne. Car, on ne comprendra véritablement que des testaments se font dans des assemblées du peuple — et par conséquent, on ne comprendra la forme et l'origine du *testamentum calatis comitiis* — que si l'on se représente le testament comme chose de l'*esprit public* (3). A présent les paroles de Cicéron qui semblent y contredire (4). « In *publicis* nihil est lege gravius, in *privatis* firmissimum sit testamentum », ne peuvent plus ni constituer une difficulté, ni paraître prouver un changement dans cette manière de voir à l'époque cicéronienne. Car l'*usage déterminé*, qui est fait de la capacité de tester, est assurément *affaire privée* ; mais l'*existence* de la capacité de tester en général, les formes dans lesquelles

(1) MARCIEN, l. 13 pr. *qui test.* (28,1) : « qui a latronibus capti sunt, quum liberi manent, possunt facere testamentum ».

(2) PAPINIEN, l. 3, D. h. t.

(3) Pour ce qui suit cf. n° XV : « Le legs de vindication ». Le testateur législateur.

(4) PHILIPP., II, 12.



un testament peut être établi, et même le fait que des testaments peuvent être établis, voilà qui est affaire de *cet esprit déterminé de la nation* qui a produit, comme expression nécessaire de sa nature intime, cette infinité de la volonté. Le testament est pour le peuple romain le *culte* de sa propre essence ; aussi, comme tout *acte cultivé*, il ne s'accomplit pas seulement dans l'assemblée du peuple et en présence des pontifes (1), mais encore dans les comices convoqués (2) *expressément dans un but exclusivement religieux* (3), qui *pro collegio pontificum* habentur. C'est un acte cultuel, disons-nous, car c'est la plus haute affirmation de l'esprit général de la nation par lui-même ; or, tous les actes par lesquels un peuple célèbre l'esprit public qui le pénètre appartiennent au culte et sont de nature religieuse. Mais c'est aussi un acte religieux à un très haut degré, car ce que le Romain célèbre ici, ce n'est pas autre chose que l'assurance de soi spécifique dans l'esprit romain.

(1) AULU-GELLE, *noct. att.*, XV, c. xxvii : « In libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere, *Calata Comititia esse quæ pro collegio pontificum habentur, aut Regis Sacrorum aut Flaminum inaugurandorum causa...* iisdem comitis quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. »

(2) Il va de soi que nous partageons l'idée à laquelle Dernburg arrive par un autre chemin, à savoir que la forme comitiale de ces testaments était une simple *solennité*, où le peuple n'avait pas droit au vote : Gans s'est écarté de cette opinion et il a eu tort.

(3) C'est en cela que réside la raison organique de l'action publique de tester dans les comices, et non pas dans la « preuve d'indépendance morale », comme le croit IHERING (*Geist des Röm. Rechts.*, 2^e part., 1^{re} divis., p. 13). L'établissement de testament public ou privé peut avoir de tels effets que le premier favorise l'indépendance, le deuxième la lâcheté — mais il ne peut pas faire davantage : jamais un peuple n'acquerra la fermeté de caractère ou la lâcheté au moyen de semblables institutions, si elles ne sont déjà antérieurement dans l'esprit du peuple ; on ne doit jamais chercher dans ces motifs pédagogiques d'auto-éducation la cause des institutions d'un peuple, cause qui ne peut être déduite que de la fonction organique de l'institution dans l'esprit de la nation.



sa conviction religieuse et métaphysique la plus intensive, qui tend à perpétuer, après la mort, la volonté dans l'héritier.

Mais comme chaque cas particulier, où est fait un testament, ne représente qu'un usage particulier de la capacité de tester, et n'est en cette mesure qu'une affaire privée, l'établissement du testament peut avoir lieu aussi en privé et ce mode, étant donnée sa facilité, peut supplanter le *testamentum calatis comitiis*. Toutefois le sentiment que le testament découle de l'esprit public reparait aussi bien dans l'apostrophe symbolique « quirites » adressée aux cinq témoins (1) qui représentent le peuple que dans la formule solennelle du *familix emptor* : « ... quo tu jure testamentum facere possis *secundum legem publicam* (2) » ; et enfin dans les vestiges des usages religieux (3).

De ce qui précède il découle une autre conséquence. La continuation de la volonté après la mort, qui constitue l'essence du testament, et l'identification de la volonté entre le testateur et l'héritier, par laquelle une personnalité passe tout entière dans une autre personnalité, ne repose donc pas sur le consentement de la volonté privée du testateur et de l'héritier ; cette volonté privée serait totalement incapable de produire un acte aussi métaphysique. Comme le montrent tous nos développements précédents,

(1) Déjà DERNBURG (ouv. cit., p. 23, note 21) a remarqué que cette apostrophe provient du *testamentum calatis comitiis*.

(2) GAIUS, II, § 104.

(3) On connaît l'usage chez les Romains de conserver les testaments dans les temples, surtout dans le plus grand sanctuaire de Rome, le temple de Vesta ; v. TACITE. *Annal.*, I, chap. VIII ; SUÉTONE, CAESAR, 83 ; UMPIEN, l. 3, § 3, *de tab. exh.* (43,5) : « Proinde et si custodiam tabularum ædituus vel tabularius suscepit ». — Relativement à l'« æs », dans le « *testamentum per æs et libram* », il suffira pour démontrer son origine religieuse d'indiquer le passage de Macrobe, *Saturn.*, V, chap. XIX, p. 136 sqq., qui commence en ces termes : « Omnino autem ad rem divinam pleraque ænea adhiberi solita sunt, multa indicio sunt ; et in his maxime *sacris*, quibus *delinire* aliquos aut *devovere*, etc., etc. ».



une semblable identification puise toute sa force, la force par laquelle elle se produit, uniquement dans le fonds spirituel commun de tout le peuple, dans l'esprit de la nation, et, par conséquent, dans la *solennité de la formule du Droit public* qui produit cette identification.

Déjà un Père de l'Eglise, Clément d'Alexandrie, dans un passage (1) que nous avons précédemment cité, montre très bien la puissance créatrice de cette formule. Quelque forcée que soit dans ses détails sa comparaison entre la rencontre de Jésus et de saint Jean-Baptiste et l'acte du testament romain par mancipation, il y a néanmoins un trait commun à ces deux actions ; ici comme là, il s'agit de la *continuation spirituelle* d'un individu par un autre, d'une *reconnaissance réciproque* de l'un par l'autre. Quand donc le Père de l'Eglise nous dit que la rencontre entre Jésus et saint Jean-Baptiste est une *représentation symbolique* de ce qui se passe dans le testament romain PER ÆS ET LIBRAM, nous constatons qu'il a conservé une intelligence beaucoup plus profonde du testament par mancipation des Romains que tous les juristes réunis (2). Deux

(1) *Strom*, V, c. VIII, p. 574, éd. Syll.

(2) Et, ajoutons en passant : si Clément dit que la rencontre « historique » de Jean-Baptiste et de Jésus (Matth. III, 14), le désir de ce dernier d'être baptisé par lui, et le refus de Jean-Baptiste alléguant qu'il est indigne de défaire les cordons des sandales de Jésus, est une « représentation symbolique » (ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων) « de ce qui se passe dans les testaments des Romains », et, par conséquent, une *représentation symbolique de la continuation spirituelle* qui constitue le point de vue de Jésus en face de celui de Jean-Baptiste, et de la *reconnaissance réciproque* en tant que telle, — combien le Père de l'Eglise est encore loin de la conception des Evangiles de Bruno Bauer ! Celui-ci (*Kritik der Synoptiker*, I, 240 sq.) interprète cette rencontre en la ramenant à la vérité idéale : « Ensuite, par la force de leur conscience d'eux-mêmes, les hommes des générations suivantes peuvent reconnaître et savoir honorer comme leurs précurseurs, les puissances qui se sont affirmées sur le théâtre de leur activité (et en fait, ils le feront toujours). Mais cette rencontre de ce qui est antérieur et postérieur dans le souvenir et la recon-

points sont particulièrement intéressants dans l'exposé qu'il fait ensuite de ce testament.

Clément dit : ce qui se passe dans les testaments des Romains (καὶ τὰ παρὰ Ῥωμαίοις ἐπὶ τῶν διαθήκων γινόμενα τάξιν ἔιληχε) a eu lieu ici d'une façon symbolique (ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων) et il décrit les trois éléments principaux de cet acte : « τὰ διὰ δικαιοσύνην ἑκείνα ζυγὰ καὶ ἀσσαρία, καρπισμοὶ τε, καὶ αἱ τῶν ὠτων ἐπιψεύσεις », « ces balances et ces as, symbolisant la justice, puis les mancipations et enfin cette façon de porter la main aux oreilles » — et voici comment il explique ces trois éléments : « τὰ μὲν γὰρ, ἵνα δικαίως γίνηται · « τὰ δὲ, εἰς τὸν τῆς τιμῆς μέρισμον · τὸ δ'ὅπως ὁ παρατυχὼν, ὡς « βάρους τινὸς αὐτῷ ἐπιτιθεμένου, ἐστὼς ἀκούσῃ καὶ τάξιν μεσίτου λάθῃ », « le premier (la balance) afin que la justice soit respectée ; le deuxième (les as) pour le partage de l'honneur (v. plus haut p. 149) ; le troisième (l'acte de porter les mains aux oreilles) afin que la personne présente (1), comme si un certain poids pesait sur elle, écoute debout et prenne le rôle d'intermédiaire ? » Cette façon de porter la main aux oreilles, cette pesanteur sensible, comme le répète Clément avec laquelle la parole prononcée de la formule solennelle du droit public tombe dans l'oreille et s'y déverse — voilà ce qui effectue ce qui doit être effectué par l'acte. C'est cette puissance créatrice de la formule où réside son essence véritable et qui a toujours été méconnue. Elle entre en ligne de compte, non pas comme expression de la volonté privée mais comme expression de la volonté. Elle n'est qu'accessoirement volonté privée : car, sans le consentement de celle-ci, celui qui prononce la formule ne la prononcerait

naissance de ce dernier ne suffit pas à la conscience religieuse de la communauté ; » c'est pourquoi celle-ci serait obligée, dans son pragmatisme, de transformer ce rapport intime en un fait historique.

(1) Les commentateurs entendent par là la personne effleurée ; cf. PRISCIEŒN, VIII, 4, p. 792, éd. Putsch. ; LACHMANN, dans la *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft*, XI, 417, BÖCKING, *Pand. d. röm. Privatr.*, I, 178.

pas. Mais cette volonté privée n'est pas son essence ; là où l'expression de cette volonté suffit à elle seule, il n'y a pas *formule*, mais expression de la volonté informe, c'est-à-dire que la volonté privée peut exprimer et atteindre, sous n'importe quelle forme, ce qu'il lui est possible d'atteindre par elle-même. L'essence de la formule réside dans cette *force créatrice* qui est en elle, et qui fait que, par son énonciation, elle réalise ce que l'accord des volontés privées est incapable de réaliser à lui seul, ce qui ne découle que de cet esprit du peuple, dans le cas présent de l'identification de deux personnalités volontaires. De même que quand le prêtre invoque le dieu dans la communauté, le dieu apparaît vivant et agissant, de même, quand la formule est prononcée, l'esprit public de ce peuple que l'on invoque apparaît actif et agissant et réalise ce qui doit être réalisé (1).

(1) Comme il résulte tout naturellement de ce qui précède, cette *puissance créatrice* de la formule est la seule base véritable et organique de toutes les formules de l'ancien droit romain ; c'est ce que n'a pas vu le sagace Ihering dans son intéressant traité sur le formalisme romain (*Geist des Röm. Rechts* [Leipzig 1898], 2^e partie, 2^e division, p. 496-693) pas plus que ses prédécesseurs. Or, cela doit être absolument clair à présent et même nous permettre de jeter la lumière sur différents domaines et différentes divisions du droit. Seules les choses que l'individu tient de sa simple volonté privée, de sa capacité de vouloir purement humaine, qui est du domaine du droit naturel, c'est-à-dire tout ce qu'il tient du *droit des gens*, demeure sans forme, exempt du culte de la formule ; mais tout ce qu'il tient de cet esprit déterminé du peuple comme étant son facteur spécifique, tout ce qu'il tient du *jus Quiritium*, est soumis à la formule — et ainsi, cette proposition unique nous explique le sens véritable de la division en *jus gentium* et *jus proprium Romanum*, son rapport à la distinction entre *jus naturale* et *civile*, l'ensemble des formules de l'ancien droit civil, la nécessité des formules dans les modes d'acquisition quiritaire, l'ancienne habitude des formules dans les procès, etc... et toute l'histoire de ce formalisme qui va s'évanouissant. — S'il était besoin d'une autre preuve encore pour confirmer ce qui vient d'être dit, nous remarquerions : que tout formalisme est *jus*, *jus* au sens strict du mot, dans lequel les juristes romains l'opposent à la *voluntas* (volonté privée) ; mais

Quiconque ne peut pas participer à cette formule ; quiconque ne peut pas en *prononcer* la moitié dévolue au testateur, ni en entendre l'autre moitié, destinée à être entendue par l'héritier, ne peut pas, quoique capable de consentir, produire cette identification des personnes, et c'est pour cette raison que le sourd et le muet ne peuvent pas faire de testament (1). De même on s'explique à présent pourquoi Cicéron conseille à l'orateur (*de oratore*, I, c. LVII) d'annuler en faveur du *miles* le testament où celui-ci n'a pas été inscrit par son père : «...vel si causam ageres militis, patrem ejus, ut soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante oculos, complexus esset filium, flensque eum centumviris commendasset, lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut, totum illud, uti *lingua nuncupasset* non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur. »

c'est le *jus* pris dans ce sens qu'ils identifient avec le *jus publicum* (v. vol. I, p. 36, note 4) et aussi le droit public, l'esprit public apparaît déjà comme le facteur actif et productif de la formule du droit privé qui découle de lui.

(1) ULPPIEN, *Fragm.* XX, 13 : « Mutus, surdus... testamentum facere non possunt ; mutus quoniam *verba nuncupationis loqui non potest*, surdus quoniam *verba familiae emptoris exaudire non potest.* » La profondeur de cette raison donnée par Ulprien, et qui n'est aucunement « formaliste », est à présent évidente, et Gans (II, 552) la considère à tort comme une déduction « extérieure ». Pour lui, la raison véritable est dans ce fait que la surdité et le mutisme « influent sur la liberté de l'esprit » et que l'on « suppose chez les sourds et les muets une certaine faiblesse d'esprit ou tout au moins l'incapacité d'exprimer clairement leur volonté ».

Il est vrai qu'il était impossible de comprendre les paroles d'Ulprien tant qu'on n'avait pas compris pourquoi et dans quelle mesure le testament est *juris publici*. — L'incapacité ne devient affaire de formalisme que quand le testament prétorien s'est substitué au *test. per aes et libram* et a subsisté seul. A présent seulement cette incapacité n'a plus de sens, et n'est en conséquence maintenue par Justinien que dans les cas où la surdité et le mutisme sont réunis ; du reste, il est évident que Justinien s'en est fait une idée aussi fautive que Gans. V. l. 40. C, *qui test. fac.* (6, 22).

Cicéron conseille donc à l'orateur de recourir à cette prescription des Douze Tables : *Qui nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, jus esto.* (v. FESTUS, V° *Pcc. nunc.*, CICÉRON, *de Off.* II, 16), tandis que l'on s'attendrait avec Dernburg (p. 103, note 31) à ce qu'il l'engageât à se conformer à cette autre prescription des Douze Tables « *uti legassit paterfamilias etc., jus esto* », comme étant le fondement du droit testamentaire. Mais en y regardant de plus près, on voit que Cicéron ne peut pas faire autrement. La prescription *uti legassit* ne confère au testateur que le droit testamentaire matériel, le pouvoir de disposer de ses biens. Il peut tester ainsi. Mais la force et l'existence du testament qu'il fait, reposent sur l'accomplissement de cette identification et, partant, sur la formule par laquelle elle a lieu, et, en dernière analyse, *uniquement* sur le *uti lingua nuncupassit*. Ainsi, il n'est point vrai, comme le pense Dernburg, qu'il semble résulter clairement de cette affirmation de Cicéron, que l'on déduisait très fréquemment la force d'un testament de ces mots : *nuncupassit, etc...* » Mais l'on doit dire, et nous en savons à présent la raison, que la force et l'existence de tout testament particulier doit reposer sur la formule qui produit l'identification. Voici donc le sens de ce passage de Cicéron : il conseille à l'orateur d'émouvoir tellement les auditeurs que ceux-ci aient l'impression que ce testament n'a pas été fait, mais il ne s'agit pas de leur faire croire que le testateur n'a pas eu le droit de tester aussi. L'orateur n'a point à s'en prendre à ce *droit général*, et, à une époque où la *querela inofficiosi testamenti*, n'étant pas encore pleinement développée, repose tout entière encore sur la connaissance subjective du juge (v. le travail de Zimmern dans les *Römischrechtliche Untersuchungen*, Heidelberg, 1821, p. 483 qq.), il ne peut le taire avec aucune chance de succès.

Les remarques qui précèdent ont en même temps répandu de la lumière sur l'origine, la signification et le développement de la *querela inofficiosi testamenti* — tant il vrai que dans le droit romain le droit formel et le droit



matériel se ramènent d'eux-mêmes l'un à l'autre. La *querela inofficiosi testamenti* n'attaque pas le droit du testateur, mais, à cause du manque d'équité de cette volonté, fait naître le doute que le testament soit l'expression d'une volonté véritable (L. 2 et 5 de *inoff. test.*, 5, 2 : «... *quasi non sanæ mentis* fuisse, quum testamentum inique ordinaret »). Ainsi l'on conteste au testament son caractère de véritable testament. On s'explique donc comment, même à cette époque où la portion légitimaire existe déjà, et protège le testament contre l'action en inofficiosité, une plainte victorieuse en inofficiosité, lorsqu'on a méconnu l'obligation de la portion légitimaire, entraîne, non pas le paiement de la portion légitimaire, mais l'annulation du testament, considéré comme non véritable, et, conséquemment l'héritage *ab intestat* — lequel profitera peut-être à un autre qu'au plaignant victorieux — (v. ULP IEN l. 6, § 1. h. t.): « Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit [nemo enim eum repellit] et casu obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem, nam *intestatum* patrem familias facit. »

Quand Justinien modifie ces dispositions et ordonne (*Inst.*, § 3 de *inoff. test.* 2.18 — L. 30, § 2, l. 36, C. h. t. 3, 28) que dans le cas où la portion légitimaire complète n'a pas été léguée, celle-ci doit être complétée, le testament restant maintenu en demeurant le droit d'héritage testamentaire, est devenu par ce fait véritablement étranger à son concept et une limite a été tracée en faveur du droit du testateur et au détriment de celui de l'héritier. Car, l'introduction de la portion légitimaire, tant que celle-ci ne peut pas être acquise par la contrainte, se borne, s'il y est fait infraction, à annuler le testament — et à évincer, par conséquent, l'héritier institué, — ne représente pas encore une restriction au droit de la liberté volontaire du testateur et à sa continuation pleine et entière par l'héritier. Elle a pour objet de fournir, par la délivrance de la *legitima pars*, une preuve objective de la nature normalement humaine



de la volonté du testateur, preuve dirigée contre le soupçon « quasi non sanæ mentis » et, partant, la preuve de l'existence d'un véritable testament. Mais, comme à présent celui qui a véritablement été institué héritier, c'est-à-dire celui qui subsiste comme tel, est obligé de distraire une partie des biens du testateur qu'il représente, contre le gré de celui-ci, c'en est fait du concept spéculatif du droit d'héritage qui, comme nous l'avons déjà vu et le verrons encore, succombe chez Justinien, devant l'équité humaine.

A cause de ce doute purement de fait, que représente la plainte en inofficiosité, les présomptions devront être en faveur du testament quand le doute deviendra douteux à son tour. En effet, il peut très bien arriver que l'héritier *ab intestat* ait gain de cause contre un des héritiers testamentaires devant les centumvirs, mais soit battu par un autre de ces héritiers ; alors la décision en faveur du testament l'emporte sur celle qui lui est contraire et il ne peut même pas y avoir dans ce cas une rescission partielle du testament (MARCELLUS, l. 10, *de inoff. test.* (§ 2) : « Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit, sequi ejus partis sententiam quæ secundum testamentum spectavit. »

Le « humanius erit » serait incompréhensible pour nous autres modernes, car il serait, selon nous, bien plus humain de ne pas déshériter la famille. Toutefois, comme la *querela* ne touche pas au droit du défunt, mais à l'intégrité de sa volonté, le Romain trouvera logiquement qu'il est plus humain de ne pas refuser au défunt l'honneur de conserver l'intégrité de sa volonté. — Ce n'est pas dans cette règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, etc.*, qu'il faudrait voir la raison pour laquelle cette rescission partielle du testament n'a pas lieu. Car, il existe, à la vérité, un cas où cette rescission partielle se produit — (quand c'est le *filius familias* qui obtient gain de cause contre l'un des héritiers testamentaires et est battu par un autre. PAPINIEN, l. 15, § 2, h. t. : « Filius qui inofficiosi actione

adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire ei ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum enim est, familiæ erciscundæ iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. *Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.* »

Etant donnée l'étroitesse des liens qui existent entre les personnes, l'identité naturelle qui unit le testateur à son fils, lorsque celui-ci a gain de cause contre un des héritiers testamentaires, le doute au sujet de la volonté testatrice ne peut plus être ébranlé, comme pour l'héritier *ab intestat* ordinaire, quand il est battu par l'autre *heres*. Mais le concept d'hérédité n'en conserve pas moins toute sa force et l'héritier, une fois reconnu comme ayant été institué valablement, est à l'abri de toutes les attaques. Ici donc se produit la collision entre les deux forces contraires, l'identité naturelle et l'identité abstraite de volonté, ayant atteint leur maximum d'intensité. Comme aucune ne peut céder à l'autre, il ne leur reste qu'à se partager l'empire. Mais dans ce cas se pose la question suivante : comment concilier cette affirmation avec la règle *nemo pro parte*? L'explication que donne Gaius (II, 461) sur ce point — pour ne citer que celle-là — n'est pas juste. Car, si elle l'était, elle aurait pour résultat nécessaire d'appliquer cette règle, non seulement à la *querela* du fils, mais encore à celle de tout héritier *ab intestat*. Or, Marcellus nous a appris que c'est le contraire qui se produit. En outre, elle ne serait applicable intérieurement qu'à la réclamation d'une portion légitimaire par l'héritier *ab intestat*; elle ne pourrait servir à attaquer le droit de l'héritier. Mais *ici* nous ne pouvons que soulever cette question et indiquer en passant qu'elle n'a pas encore été résolue jusqu'à présent. Elle pourra seulement être résolue véritablement et conformément au caractère de fait de la *querela* que quand nous aurons développé le concept de *suité*.



Mais comme à la suite des ordonnances mentionnées de Justinien, l'héritier institué valablement, et qui subsiste en tant que tel, est obligé de détacher des biens du testateur qu'il remplace et contrairement à la volonté de celui-ci, la *legitima pars*, si petite soit-elle, il s'ensuit que celui qui a droit à la portion légitimaire l'emporte sur cet héritier. Et cependant, jusque dans cette corruption du concept, le caractère de fait de la *querela inofficiosi* et la conception que nous nous faisons de la portion légitimaire donnent encore une preuve évidente de l'existence d'une volonté normale chez le testateur. Car ce n'est que quand le testateur n'a absolument rien laissé à ceux qui ont droit à la portion légitimaire qu'il fait preuve d'une volonté contraire à la nature; et c'est dans ce cas seulement que l'ancien droit doit subsister et que la *querela inofficiosi* doit annuler le testament; si au contraire il a laissé au légitimaire une partie, si minime soit-elle, il donne une preuve du caractère normal de sa volonté; dans ce cas, la *querela inofficiosi* est exclue et seule l'*actio ad supplementum legitimæ* est admissible (« de inofficioso querela quiescente id quod iis deest, etc. *Inst.*, § 3, h. t.; l. 30, § 2.; l. 35, § 2, C. h. t.).

XI. — Suite des conditions de la « testamentifactio ».

Le « filius ». La puberté.

Il va de soi que le *filius familias*, qui n'a pas encore une personnalité volontaire indépendante et qui dépend encore d'une autre volonté, ne peut pas tester. Mais, chose plus importante, le consentement du père sous la puissance duquel il se trouve ne peut même pas lui conférer cette capacité (GAIUS, l. 6, pr. h. t. 28, 1) : « Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, adeo ut quamvis pater ei permittat, nihilomagus tamen jure testari possit. »

On voit donc, une fois de plus, et de la façon la plus nette, que le testament est toute autre chose qu'une disposi-



tion relative au patrimoine. Le père peut autoriser son fils à des *actes relatifs à des biens*, comme, par exemple, contracter un emprunt, chose qui lui est interdite par le *SC. Macedonianum* (cf. 1^{er} vol. p. 351 sqq.) (1), attendu que sa volonté et son droit sont seuls ici à entrer en ligne de compte (2). Mais la puissance paternelle, si étendue soit-

(1) On a fait des donations, qu'il peut, ou bien autoriser avant qu'elles soient faites, ou ratifier après coup (Cf. la note suivante), quand elles ont été faites en dehors de sa volonté (v. CICÉRON, *De legg.*, II, 20, p. 312 Mos.; JULIEN, l. 2 pr. et § 1 *de donat.*, 39, 15; ULPIEN, l. 7 pr. et § 1, 2 *cod. tit.*). Et même le père peut l'autoriser à une *donation en cas de décès* — ce n'est également qu'une disposition relative à ses biens — Cf. ULPIEN, (l. 7, § 4 et 5) : « *quamvis enim ex patris voluntate mortis quoque causa donare possit* » ; et l'on voit par là combien le caractère idéal du testament est étranger à toute disposition relative à des biens.

(2) Cette distinction est peut-être plus nette encore dans l'acquisition d'une succession. Le père ne peut pas ratifier après coup l'*aditio* d'une succession faite par son fils en dehors de sa volonté (L. 25, § 4, *de acqu. vel om. her.*, 29,2); car, se constituer héritier, c'est identifier sa personnalité volontaire avec une personnalité étrangère. Or, l'héritier doit être avant tout une volonté propre, subjective et indépendante. Ainsi le père peut, par l'intermédiaire de son fils qui le représente faire l'*aditio* d'une succession, qui est alors acquise pour son compte. Mais alors son ordre doit précéder l'*aditio* (*jussum ejus... præcedere debet*); si cela n'a pas eu lieu, le droit privé du père ne peut pas faire *ex post* que le fils ait eu ce qu'il n'avait pas, une volonté personnelle et indépendante. L'identification des volontés, c'est-à-dire l'*aditio*, n'a donc pas eu lieu et l'acte du fils est nul et non avenue. — Inversement dans la *bonorum possessio* qui ne représente pas une semblable identification de deux volontés subjectives, mais une simple acquisition de biens, l'*agnitio* faite en dehors du père et du maître peut être ratifiée après coup (l. 6, § 1 *cod. tit.* : « *Sed in bonorum possessione placuit ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestate subjectus est* ». ULPIEN, l. 3, § 7, *de bon. poss.*, 37,1). Quant aux dettes de la succession, elles sont toujours assumées soit dans la *bonorum possessio*, soit dans l'*hereditas*; aussi les écrivains juridiques ont-ils tort quand ils répètent constamment que l'enfant ou l'esclave ne peut pas entrer en possession d'un héritage parce qu'ils ne peuvent le charger de dettes sans son consentement.



elle, est-elle aussi soumise aux limites de la logique. L'acte de tester est l'acte *le plus absolu* de la volonté humaine ; dans l'esprit romain il ne signifie pas seulement un acte de disposer sur tels ou tels objets particuliers du patrimoine, ce à quoi le père pourrait autoriser son fils. Mais il est destiné à faire, d'un autre individu, l'héritier, le représentant de la personnalité volontaire du testateur. Or, par sa nature même, le fils ne représente pas encore une volonté indépendante et personnelle. Le père peut lui donner cette personnalité volontaire et alors il l'émancipe du pouvoir paternel. Mais ce qu'il ne peut pas, c'est la lui donner et la lui retirer en même temps : or, cette contradiction se produirait, s'il l'autorisait à tester sans l'émanciper.

Mais, de même que le fils n'a pas de personnalité volontaire, parce qu'elle est en la puissance du père, de même le prodigue n'en a pas, parce qu'elle est en la puissance de la matérialité sensible et parce qu'il ne représente, pas plus que celui-là, un moi indépendant et personnel. Aussi, le prodigue doit-il être incapable de tester et, par conséquent, il est très juste, au point de vue spéculatif, de le considérer comme un individu qui, en quelque sorte, ne serait « pas maître de son esprit » (« *mentis suæ non compos* ») (1).

(1) L. 12, § 2 *de tul. et cur.* (26,5). GANS, II, 153, a donc tort quand il dit que « cette façon de considérer le prodigue comme un homme ne jouissant pas de la plénitude de sa raison, n'est qu'un motif extérieur ; mais que le véritable motif, c'est le souci où est l'état de ne pas laisser dissiper la fortune et détruire le bonheur des familles par des prodigalités ». Nous prétendons que cette sollicitude extérieure pour le bien-être de la famille ne peut pas être la cause de l'incapacité de tester du prodigue à Rome, c'est-à-dire dans un Etat où, non seulement on pouvait absolument et légalement déshériter la famille, mais où l'on faisait très fréquemment usage de ce droit tout à fait sans motif. Qu'il nous suffise de recourir au témoignage des Institutions : *quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, etc.* (*Inst. pr. de inoff. test.*, 2, 18). Ainsi la cause intime de l'incapacité de tester est dans ce qui a été dit plus haut ; et cette cause s'exprime extérieurement dans ce fait que le *prodigue* est privé de *commercium*, ce qui n'est à son tour

Il est, semble-t-il, de toute évidence, que l'enfant impubère est incapable de tester, « quia nondum plenum iudicium animi habet (1). » Mais cette évidence apparente s'obscurcit immédiatement, si l'on examine de plus près la puberté; et si l'on se demande pour quelle raison la maturité intellectuelle est rattachée à l'âge de la capacité physique d'engendrer et pourquoi celle-ci est la condition de la capacité de tester — (et de toute capacité d'agir, en général). Jusqu'ici l'on s'est contenté de constater que, si loin que remontent les documents historiques, on voit que, pour le droit romain, la plénitude des facultés mentales n'est atteinte qu'à l'âge de la puberté (2); mais l'on néglige généralement de rechercher quelle peut être l'origine de cette façon de voir (3). Chose surprenante, même ceux qui ont étudié l'influence de la philosophie grecque sur le droit romain n'ont pas aperçu le rapport évident qui existe ici. Or, cette façon de voir remonte à Héraclite l'obscur, philosophe d'Ephèse, qui, lui aussi fixe l'âge de la puberté à 14 ans, et pour qui cette idée de la *maturité intellectuelle* étroitement rattachée à la capacité d'engendrer n'est pas autre chose que la conséquence nécessaire tirée et développée par lui de l'idée fondamentale sur laquelle repose tout son système. Nous avons en un ouvrage spé-

qu'une conséquence de sa privation de personnalité volontaire; v. ULPIEN, *Fr. XX*, § 13.

(1) ULPIEN, *Fr. XX*, § 12; cf. GAÏUS, *Comm.*, II, § 113; PAULUS, III, 4, A, § 1.

(2) SAVIGNY, *System*, III, 24 et 54-68; BÖCKING, *Pandekten des röm. Privatrechts* (Bonn, 1853), I, 152.

(3) Par contre, Savigny (ouvr. cit., p. 68) pose cette autre question : « Comment est-on arrivé à fixer l'âge de quatorze ans comme terme où commence la puberté. Il pourrait y avoir ici une influence de la conception des anciens philosophes grecs, relative à l'importance du nombre sept; l'âge impubère aurait ainsi une durée double de celle de l'enfance. » Mais Savigny rejette lui-même cette supposition fondée sur des philosophèmes pythagoriciens. Nos développements ci-dessus expliquent suffisamment cette fixation à l'âge de 14 ans qui est le terme de maturité physique et intellectuelle.

cial (1), qui étudie en détail le contenu spirituel de cette conception physico-morale d'Héraclite et nous ne pouvons revenir ici sur ce point. Qu'il nous suffise de rappeler le résultat auquel nos développements nous ont amené. Nous avons dit que, pour le philosophe d'Ephèse, toute perfection consistait « uniquement dans l'acte de se produire soi-même », dans l'acte par lequel tout être « fait de lui-même ce qu'il est déjà en soi » — telle est la signification véritable du principe du mouvement dans Héraclite. Appliquant ce principe à tout l'univers matériel et spirituel, Héraclite est arrivé nécessairement, comme nous l'avons démontré, à cette conséquence que, de même que chez la plante, la perfection, la maturité intellectuelle — la connaissance du bien et du mal et leur discernement (2) — sont liées étroitement chez l'homme à la capacité « de se reproduire soi-même par la génération », et il la fixe donc à 14 ans, terme où selon lui la sécrétion du sperme commence. Ainsi l'on voit quelle est l'origine de cette pensée qui rattache la capacité d'engendrer à la maturité intellectuelle ; et quel est l'auteur qui a fixé pour cela l'âge de quatorze ans.

L'homme est complètement homme ; il répond à son concept ou, pour parler le langage de la philosophie moderne, il est arrivé à l'*existence pour soi* quand il est devenu capable de se réaliser lui-même, quand celui qui a été engendré (l'enfant) est en état d'engendrer à son tour. Cette manière de voir, même quand l'idée fondamentale sur laquelle elle repose s'est obscurcie, était tout à fait propre, étant donné l'esprit objectif des peuples anciens,

(1) V. Notre *Philosophie Herakleitos des Dunklen von Ephesos* (Berlin, 1858), II, 123-125 et 429 sqq. ; cf. p. 192 sqq., où sont cités les passages sur lesquels nous appuyons nos conclusions. — Remarquons en passant que le nombre de 30 du γενεα (*ibid.*) d'Héraclite n'est également pas étranger aux Romains ; v. VARRON, *ap. Censorinum de die nat.*, c. XIV, et SERVIUS, *ad Virgil. Aen.*, IV, 653.

(2) C'est ce que nous apprend PLUT, *Plac.*, V, 24, quand il parle de lui et des stoïciens qui l'imitent à tous égards, v. *loc cit.*

à être accueillie par eux avec le plus grand empressement (1). En effet, elle correspondait complètement à l'état d'esprit des peuples qui croyaient que la destination de l'individu était de vivre pour l'Etat et pour cette raison même de perpétuer l'espèce ; en somme, elle ne représentait que la conscience raisonnée d'un sentiment obscur, pour lequel, déjà dans l'antiquité orientale le célibat et la stérilité sont un déshonneur — le déshonneur de ne pas répondre à son propre concept.

L'on comprend nettement à présent comment cette idée a pu pénétrer dans le droit et comment la norme de la maturité chez l'homme a pu devenir celle de la capacité d'agir juridique. Les Sabiniens, obéissant à une logique rigoureuse, ne se contentèrent pas de la fixation de l'âge de 14 ans, mais exigèrent le contrôle individuel de la maturité sexuelle du pubère. L'application que font les Romains de cette idée à la capacité de tester est tout à fait naturelle. D'après notre développement, l'acte de l'institution de l'héritier est tout à fait le même que celui de la génération. Le résultat, dans les deux cas, c'est la reproduction du propre moi ; elle est, dans un cas, spirituelle et volontaire ; dans l'autre cas, elle est naturelle. Aussi est-il absolument logique que du terme où l'individu devient capable physiquement de reproduire son propre moi, dépende celui où il sera capable de le reproduire volontairement.

(1) Böcking, *Pandekten*, I, 152, se référant aux *Deutsche Rechtsaltertümer* de Grimm, p. 447, oppose très bien la puberté romaine à la « majorité » allemande, qui exprime « la maturité de la volonté, par laquelle la personne peut se protéger elle-même ». Ici les tendances de l'esprit germanique préoccupé du caractère particulier de la personne par opposition à d'autres personnes, contrastent de nouveau très nettement avec l'esprit objectif des anciens.



XII. — Suite des conditions de la « testamentifacio ». La connaissance.

Mais si l'institution d'un héritier est la reproduction spirituelle du moi propre, elle a encore une autre condition : comme tout ce qui est d'essence spirituelle, elle doit avoir sa source dans la connaissance.

Si par conséquent on se remémore ce que nous avons dit précédemment en traitant de l'ignorance de fait et de l'ignorance de droit, au sujet de la connaissance du *jus suum* qui est la *simple intériorité de l'individu* (v. 1^{er} vol., p. 125, sqq. et p. 128, note 3) l'on comprendra clairement pourquoi l'erreur et le doute au sujet du *jus suum* doit supprimer toute capacité de tester. Car cette simple intériorité qui doit être continuée par l'institution d'un héritier, n'existe pas quand l'individu ne connaît pas le *jus suum* ; il n'a pas alors conscience de lui-même. Car « intériorité » et « subjectivité » ne signifient pas « être », mais « être pour soi », se « connaître soi-même ». Sans cette connaissance de soi, il n'y a donc pas de point culminant de la subjectivité ; or, c'est celle-ci qui doit être transmise à l'héritier par l'acte de tester. Et comme la connaissance est aussi bien exclue par l'incertitude que par l'erreur objective, le doute joue ici un rôle aussi important que l'erreur elle-même.

PAUL, l. 14 *qui test. fac.* (28, 1) : « Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat dominum decessisse, aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet jam paterfamilias et sui juris est ; nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest. » ULPEN, Fr. XX, § 11 : « Qui de statu suo incertus est, fac ita, quod pater peregre mortuo, ignorat, se sui juris esse, testamentum facere non potest. »

ULPIEN, l. 16 D. *h. t.* : « De statu suo *dubitantes vel errantes* testamentum facere non possunt etc. »



Ce motif d'incapacité, qui était inexplicable dans la conception du droit d'héritage qui a régné jusqu'à présent, prouve encore très nettement que le testament romain est loin d'être conceptuellement une disposition relative à des biens. Car l'absence de cette connaissance intime de soi ne rend nullement l'individu incapable (1) d'agir d'une façon valable relativement à son patrimoine. C'est pourquoi Paul souligne, et avec raison, que l'ignorant est déjà, par le fait objectif, *sui juris*. Or, l'institution de l'héritier, n'étant pas une disposition relative à des biens, mais à la continuation de la personnalité du testateur, personnalité qui n'existe pas, quand l'individu ne se connaît pas lui-même, c'est précisément pour cela qu'elle ne peut pas être transmise si cette connaissance fait défaut; ou bien, comme le dit Paul d'une façon caractéristique, elle ne peut pas donner au testament une « certa lex ».

XIII. — Inadmissibilité de l'institution d'héritier incertaine.
L'institution par captation. L'institution sous condition La condition objective et la condition dépendant de la volonté.

Comme c'est la propre personnalité volontaire du testateur qui se continue dans l'héritier, la nature illimitée de la volonté s'impose à elle-même une limite : le testateur ne peut pas faire dépendre l'institution de l'héritier d'une volonté étrangère ; il ne peut pas davantage instituer héritier l'individu qu'un tiers voudra ; il ne peut instituer un héritier *déterminé* qu'à la condition qu'un tiers le veuille. Car cette intervention de la volonté d'un tiers détruirait l'identité stricte qui existe entre le testateur et l'héritier ; la continuation de la volonté subjective du testateur serait con-

(1) Elle l'en rend si peu incapable, que l'erreur sur ce point, comme l'erreur de droit, est *préjudiciable* en règle générale ; ainsi l'individu est soumis aux conséquences de son acte ; v. L. 3 pr. *de ign. jur. et facti* (22,6) ; l. 2, § 7 *de jure fisci* [49,14] ; cf. 1^{er} volume, p. 23 et suivantes.



fiée à une personne qui n'est pas héritière et l'héritier représenterait une volonté autre que celle du testateur. Ainsi la volonté du testateur s'affirmerait elle-même et se nierait en même temps.

GAIUS (1) « *Illa institutio : Quos Titius voluerit ideo vitiosa est quod alieno arbitrio permessa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* »

POMPONIUS (2) : « *Atquin si quis ita scripserit : Si Titius voluerit Sempronius heres esto, non valet institutio.* »

De ce qui précède on déduira tout naturellement que l'institution d'un héritier par captation est sans valeur. Sans valeur est toute institution d'héritier qui repose sur cette condition que l'héritier institué aura à son tour à instituer comme héritier le testateur lui-même ou un tiers. Il importe de bien comprendre pourquoi pareille chose est inadmissible, alors que l'institution d'héritier sous condition est généralement valable, que, même la condition peut être rattachée à un pur acte de volonté de l'héritier. Or, comme l'institution d'héritier qu'il fait à son tour est également un acte de volonté, on pourrait croire qu'il y a ici une inconséquence. Le seul fait que l'institution d'héritier est rattachée à une condition pourrait déjà paraître contraire à notre conception de l'héritier qui est, disions-nous, le représentant et le continuateur de la volonté subjective du testateur ; car, il pourrait sembler que, d'une part, l'héritier est soumis ici à des tiers, que, d'autre part, la volonté testatrice se nie elle-même et que, par conséquent, l'identité de volonté entre le testateur et l'héritier n'existe plus. Il faudrait, pourrait-on croire, si nous voulons maintenir notre concept, que seule l'institution *sans condition* soit admissible, et il faudrait tout d'abord montrer pourquoi il n'en est pas ainsi et justifier de la sorte ce qui vient d'être dit.

(1) L. 32, *de her. inst.* (28,5).

(2) L. 68, *cod. tit.*

La volonté, nous le reconnaissons, représente l'intériorité du sujet, indépendante du monde extérieur, ou même opposée à lui. Mais, comme nous l'avons dit au début de notre développement (p. 21, sqq.) (1), elle est toujours relative au monde extérieur. La volonté c'est l'activité interne s'exerçant sur le monde extérieur comme sur son objet. En tant qu'objet de la volonté, le monde extérieur est la condition de celle-ci. S'il en est ainsi, la volonté variera selon que la réalité sera différente. On ne peut néanmoins pas dire qu'elle soit dénuée de liberté, qu'elle soit dépendante, car elle peut à son gré agir conformément à cette réalité qui la conditionne de s'opposer à elle. En un mot, elle n'est pas *déterminée* par celle-ci ; elle reste une intériorité libre. Néanmoins elle a sa condition dans cette réalité extérieure et c'est là un caractère essentiel de la volonté : elle est conditionnée par le monde extérieur.

Aussi, étant donnés ces rapports qui existent entre la volonté et la réalité objective, il n'est pas contradictoire de dire que la volonté sera autre et se donnera un continuateur autre, suivant que cette réalité aura varié (2).

Si l'intervention de faits extérieurs justifie de la sorte l'institution de l'héritage, il en sera de même quand la condition sera attachée à un acte de volonté d'un tiers, par exemple, par testament. On spécifie, par exemple, dans un testament : que Titius sera héritier à la condition que Mévius soit monté au Capitole ; tandis que la condition : si Mévius le veut, annulerait le testament. Car ici la volonté de Mévius n'entre pas en ligne de compte, attendu que la condition serait réalisée si on le déterminait à gravir le Capitole contre son gré. Pour le sujet, l'acte d'un tiers est un simple fait extérieur ; que cet acte ait été produit par l'intermédiaire de la volonté ou par tout autre intermédiaire, cela importe d'autant moins que toute réalité objective est le résultat d'une infinité d'interventions différentes.

(1) PAPINIEN, l, 70, *de her. inst.* (28, 5) ; PAUL, l. 71, *cod. tit.*

(2) *Inst.*, § 9, 10 *de her. inst.* (2, 14).



Mais si la condition mise à l'institution d'un héritier est rattachée à un acte dépendant de la volonté de l'héritier lui-même, il est évident que ce testament sera valable *optimo jure*. Car le testateur prescrit alors à l'héritier d'agir d'après sa propre volonté, à lui, testateur (ce qui est absolument conforme au concept d'héritage) et confirme de la sorte l'identité de volonté qui existe entre l'héritier et lui. Ici l'on pose simplement comme condition et l'on poursuit dans quelques-unes de ses conséquences, ce qui constituait déjà la substance des rapports entre testateur et héritier.

Il en est tout autrement pour l'institution par captation. Celle-ci aussi est avant tout conditionnée et la condition en est rattachée à un acte de volonté de l'héritier. Mais comme toute institution d'héritier n'est rien d'autre que la transmission et la continuation d'une propre personnalité volontaire infinie, le testateur qui voudrait imposer des prescriptions à son héritier, ne ferait que le *dépouiller* de sa personnalité volontaire générale (1). Par cette condition, le testateur ne ferait pas de l'héritier le conservateur et le représentant de sa volonté, identique à la volonté de celui-ci, alors qu'il peut, par certaines actions qu'il lui prescrit, confirmer cette identité ; il tomberait dans une monstrueuse contradiction : il *supprimerait lui-même* cette permanence de la personnalité générale de volonté, qui doit le continuer lui-même. Cette condition serait non seulement nulle, *non scripta*, mais cette institution d'héritage elle-même, qui se détruit elle-même, serait sans valeur. Comme c'est uniquement l'infinité métaphysique de la volonté qui se réalise dans l'institution de l'héritier, tout empiètement sur son domaine, loin de créer une identité entre les deux volontés, priverait l'héritier de cette infinité de sa volonté, anéantirait ainsi ce qui constitue l'essence intime de la

(1) Ainsi s'explique la haine des Romains pour les *contrats successifs* qui jouissent dans le droit germanique d'une si grande faveur. Ils représentent pour les Romains une aliénation du libre arbitre inaliénable : non pas un engagement de la volonté, mais un renoncement à celle-ci.



volonté, et le rendrait incapable de continuer la volonté du testateur. Aussi Papinien dit-il excellemment que les institutions captatoires sont celles « *quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis* ». C'est une violation du sanctuaire intime de la volonté qui a lieu ici. Le seul reproche qu'on puisse faire à Papinien, c'est de ne pas voir que sans le concept spéculatif du droit d'héritage et la distinction que nous en avons déduite, ses paroles pourraient s'appliquer également à tout autre acte de volonté imposé comme condition.

Pour la raison indiquée, il importe peu que le testateur impose à l'héritier la condition de l'instituer héritier lui-même ou un tiers. Car ce qui s'oppose à cette condition ce n'est pas le fait que le testateur recherche un profit personnel ; c'est l'empiètement sur le domaine de la volonté, par lequel il supprime celle-ci. Or, cet empiètement a aussi bien lieu quand un tiers est l'héritier prescrit ; c'est pourquoi PAUL (*loc cit.*) « ... *veluti si ita scripserit : Titius, si Mævium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto ; quod in sententiam Senatusconsulti incidere non est dubium.* »

Si, par contre, les institutions d'héritage sont réciproques, mais reposant sur le plein gré mutuel, sans que l'une soit la condition de l'autre, cet empiètement ne se produit pas et, conséquemment, les institutions sont valables. PAPINIEN, *loc. cit.* « *Captatorias institutiones non eas Senatus improbat, quæ mutuis affectionibus judicia probaverunt.* »

Mais une institution d'héritage peut être ouvertement la raison d'une autre pourvu qu'elle n'en soit pas la condition. Car si le testament de l'un est le motif du testament de l'autre testateur, il n'est qu'un intermédiaire pour la volonté libre du dernier ; or, le caractère de la volonté, c'est précisément de se réaliser par l'intermédiaire de toute sorte de faits ; en outre elle conserve ici toute sa liberté, puisque rien ne lui est prescrit, tandis que si le testament était posé comme condition, il supprimerait précisément le libre ar-



bitre du premier testateur. Mais si une institution d'héritage est posée comme motif pour une autre, la première a dû être faite antérieurement : quand, au contraire, elle est *condition*, elle doit avoir lieu à une époque ultérieure. PAUL (ouv. cit.) montre très bien que la différence, qui existe entre le *motif* et la condition, découle de cette différence des temps : « Illæ autem institutiones captatoriæ non sunt, veluti si ita heredem quis instituit : *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius heres esto, quia in præteritum, non in futurum institutio collata est.* »

XIV. — Le legs.

Il ne nous reste plus, pour terminer nos développements sur le concept d'hérédité chez les Romains et jeter une pleine et définitive lumière sur cette question, qu'à examiner une chose qui se rattache très étroitement à ce concept d'héritage, mais qui s'y rattache en tant que chose *absolument contraire*. Il s'agit du legs. A différentes reprises, nous avons déjà dit quelques mots sur le concept du legs, car il est totalement impossible d'exposer le pur concept d'héritage sans mettre en même temps en relief son antithèse. C'est pour cette raison même que nous pourrions, par l'examen de la théorie du legs, de la position que prend vis-à-vis de lui l'héritier, et des dispositions de droit successoral qui en découlent, au moyen de l'éblouissante clarté de cette différence, déterminer d'une façon rigoureusement sûre le concept de l'un et de l'autre.

Le legs est une disposition relative à des biens. Ainsi le legs est véritablement, en droit civil, ce que l'on a pris jusqu'à ce jour pour le concept d'héritage ou tout au moins ce qu'on a considéré comme un élément intégrant de celui-ci, en dépit de ce qui a été dit jusqu'à présent sur l'identité des personnes dans le droit d'héritage et, conséquemment, sur ce caractère métaphysique particulier. Pour résumer notre idée en une courte antithèse, le legs est une *disposi-*



tion purement relative à la fortune : l'héritage est purement relatif à la volonté.

Nous avons déjà montré (p. 65) pour quelle raison les legs sont annulés quand l'héritier institué n'entre pas en jouissance de la succession. La souveraineté volontaire du propriétaire sur les objets de son patrimoine ne peut s'exercer qu'autant que sa volonté elle-même subsiste ; et par conséquent, elle ne peut s'exercer après sa mort que si sa volonté est posée (1) comme *existant* et se *continuant* (dans l'héritier) ; et c'est où réside pour nous la véritable et complète signification de l'héritier romain. C'est ce qui apparaît de la façon la plus manifeste dans le legs *per vindicationem*, qui ne se rattache en aucune manière à l'héritier et ne représente pas une *dette* personnelle de celui-ci. Et néanmoins ce legs est annulé quand l'héritier ne recueille pas la succession ; ce qui prouve d'une façon lumineuse que toute disposition de la volonté testatrice n'a de force que par la volonté de l'héritier qui la continue même lorsqu'elle ne se rattache pas à la personne de cet héritier. C'est pour la même raison qu'aucun legs ne peut être fait dans un testament avant l'institution de l'héritier ; car, comme le dit très clairement Ulpien, toute la force du testament repose sur l'existence de la volonté qui se perpétue dans l'héritier. « *Ante heredis institutionem legari non potest ; quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* (2). »

(1) Si la souveraineté volontaire qui fait d'une chose une propriété est éteinte avant que l'objet soit devenu propriété d'un autre, la propriété doit cesser d'être une chose possédée et redevient simple objectivité. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on peut comprendre cette conséquence abstraite, mais rigoureuse, en vertu de laquelle, avant la *lex Julia*, (v. ULPYEN, *Fr.* XXVIII, 7), le bien *sans héritier*, même au sens prétorien, cessait d'avoir un propriétaire et pouvait appartenir au premier occupant, comme l'a démontré définitivement Savigny (*Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft* I, 378) en s'appuyant sur un passage de Cicéron (*De legibus*, II, 19-21).

(2) ULPYEN, *Fr.*, XXIV, § 15.



Cette vérité ressort également d'une façon très nette par le fait suivant : de même qu'on ne peut faire de legs avant que l'existence de la volonté testatrice soit donnée comme se continuant dans l'héritier, de même on n'en peut qu'autant que cette existence persiste. Aussi ce qu'Ulpien dit dans la suite (§ 16) est tout à fait nécessaire spéculativement : « *Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur; quod juris civilis ratio non patitur.* »

Pourquoi la *ratio* du *jus civile* ne permet-elle pas que l'héritier de l'héritier fasse des legs? Certainement si l'hérité était une *transmission de biens*, cette disposition, d'après laquelle un legs ne doit être délivré qu'après la mort de l'héritier ou même doit être payé par l'héritier de l'héritier, ne rencontrerait pas plus d'obstacles qu'elle n'en rencontre dans le droit allemand, où des institutions tout entières, comme les fidécourmis de famille, reposent sur cette transmission de biens. Mais parce que l'héritage est une transmission de volonté, elle ne peut s'étendre qu'à l'héritier qui forme avec le testateur une identité stricte comme une équation. L'héritier de l'héritier est en dehors de cette équation, et il ne peut plus recevoir du premier testateur la volonté de celui-ci. Mais si l'on ne peut pas faire de legs pour le temps qui suivra la mort de l'héritier, on peut en faire pour le temps de sa mort. ULPYEN (*loc. cit.*) : « *In mortis autem heredis tempus legari potest, velut : cum heres moriatur.* » Car ce temps de la mort, qui ne doit pas être le temps après la mort, est le moment idéal où l'héritier est supposé *mourant* et pour cette raison *vivant* encore. Et tant que la volonté testatrice peut être posée comme existant dans la volonté de l'héritier, elle peut s'exercer.

XV. — Le legs « per vindicationem ». Il forme la propriété quiritaire. Le testateur est un législateur. Les Sabinien et les Proculéiens. Le défunt est plus fort que le vivant. Le legs « per vindicationem » conditionné. La controverse des deux écoles et ses résultats. La chose quiritaire et la quantité. L'accrescence.

De cette opposition qui existe entre le legs et l'héritage va se développer d'elle-même la première forme sous laquelle apparaît le legs.

L'héritier est le continuateur et le support de la personnalité volontaire générale du testateur. Ainsi tout ce qui se trouve en la possession du testateur, au moment de sa mort, est nécessairement et naturellement soumis à la puissance de sa volonté, par conséquent, ce qui avait jusque-là appartenu au testateur devient, à un aussi juste titre, la propriété de l'héritier. Si néanmoins une assignation sur la fortune doit avoir lieu pour d'autres personnes, cela n'est possible que si un ou plusieurs objets destinés à certains individus sont séparés de la masse de la succession et posés immédiatement comme la propriété d'une tierce personne (légataire). Cette séparation se fait au moyen du *legatum per vindicationem* (1). Ce legs a lieu par un acte de volonté *do lego* (2). Telle est la formule usitée, pour le cas où l'on veut indiquer que l'on retire un *objet* de la masse de la succession. Mais comme on peut également vouloir indiquer le contraste qui existe entre l'héritier et le légataire, la formule peut aussi être la suivante : *sumito, sibi habeto, capito* (3). Dans cette formule apparaît très nettement l'opposition entre le caractère de l'héritier et celui du légataire. L'héritier doit être quelque chose ; le légataire doit

(1) Ce prélèvement et cette soustraction faite à la masse qui a lieu dans le legs par vindication, apparaîtra clairement plus loin, particulièrement dans l'identité du *legatum per vindicationem* et du *legatum per præceptionem*.

(2) ULPYEN. XXIV, § 3 ; GAÏUS, *Comm.* II, § 193.

(3) ULPYEN, *Ibid.*, GAÏUS, *Ibid.*



avoir quelque chose ; c'est pourquoi il est dit de l'héritier : *heres esto* et du légataire : *sumito, capito, sibi habeto*.

Mais un objet ne cesse d'être sous la dépendance du testateur que quand il est devenu la propriété d'un autre. C'est pourquoi, dès que la continuation de la volonté testatrice devient certaine par l'entrée en jouissance de l'héritier, l'objet devient immédiatement la propriété du légataire. Il ne dépend aucunement de l'héritier et ne lui impose aucune obligation : le légataire n'a pas à l'exiger de l'héritier, mais il doit réclamer le legs par *revendication* comme bien *quiritaire*.

GAIUS (1) nous dit à ce sujet : « *Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem* (2)

(1) *Comm.*, II, § 194.

(2) Aussi n'est-il pas juste de dire de ce legs, avec Gans (II, 195) qu'il est « comme si seuls le légataire et l'objet déterminé existaient ». L'héritier entre aussi en ligne de compte, mais seulement comme le contraire du legs, comme la *volonté* existante. L'action ou la non-action de ce facteur ne s'explique que par la façon de comprendre le concept spéculatif concret de l'héritier ; ne l'ayant pas compris, Gans n'a pas pu comprendre ce contraste. Gans, comme tous les juristes positifs, ne comprend ce concept que d'une façon abstraite, vague et par conséquent fausse. Il s'ensuit que les expressions qu'il emploie pour formuler son concept de l'héritage et du legs peuvent sembler parfois répondre à l'essence véritable de la chose : mais elles sont suivies d'autres expressions qui n'y répondent plus et qui prouvent qu'il n'a pas compris le concept véritable, qu'il n'a du reste pas su appliquer au détail des dispositions juridiques. Ainsi Gans dit, avec un sentiment juste, qu'il y a *quelque chose d'idéal* dans les rapports entre le testateur et l'héritier. Malheureusement Gans a le tort de ne pas nous apprendre en quoi consiste ce « quelque chose ». Aussi il dit immédiatement après (ce qui est faux) que les rapports entre l'héritier et le testateur sont « concrets, l'unité de *dispositions multiples* ». Nous disons que cela est faux : car ce n'est pas dans l'unité de dispositions multiples, mais exclusivement dans la simple destination de représenter sa *volonté* que consiste le concept de l'héritier. Ce pressentiment du concept disparaît bientôt chez Gans, comme chez les juristes positifs, sous un amas de phrases nébuleuses et vagues : il dit par exemple qu'il y a dans l'héritier « quelque chose de vivant et de personnel »,

statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque qui eam

que (p. 187), le testateur produit dans l'héritier « une personnalité complète, vivante, à faces multiples » — affirmation qui n'a plus rien de juste. — Et ainsi Gans est dans la nécessité de voir la différence entre l'héritier et le légataire dans ce fait que l'héritier hérite de la totalité de la fortune, tandis que le légataire ne reçoit qu'un objet déterminé, isolé. L'héritier, dit-il, n'a pas seulement reçu du testateur un objet déterminé, isolé, mais dans le légataire « ce n'est plus l'élément idéal, l'unité de la multiplicité qui est l'essentiel » (p. 186); le legs est ce qui se détache de la totalité de la fortune; il représente l'arbitraire de la volonté testatrice (p. 184-187).

Dans tout cela il y a un fond de vérité; mais il ne constitue pas le concept qui régit la matière; il n'en est qu'une conséquence. Aussi ces phrases sont très peu propres à expliquer l'opposition qui existe entre l'héritier et le légataire: au contraire, elles ont besoin d'être d'abord expliquées elles-mêmes par ce concept qui régit la matière. Dans cette manière de voir, il se rencontre une idée juste: mais cette manière de voir est loin d'être juste elle-même. Elle se trompe au sujet de l'héritier, qui, comme nous l'avons démontré longuement, n'a pas besoin de rien recevoir de la succession et qui, dans les premiers temps, n'en reçoit rien le plus souvent. Elle se trompe aussi à propos du légataire, qui aussi bien que l'héritier peut — comme *legatarius partiarus* — être l'unité de la multiplicité, — être en rapport avec la « totalité de la succession ». On voit déjà dans le *legatum per damnationem* que le concept générique du legs ne consiste pas dans cette « incohérence atomistique » de la part avec le tout. Aussi la différence entre la totalité de la fortune et la partie de fortune est loin d'expliquer la différence entre le concept de l'héritier et celui du légataire. La véritable et unique différence conceptuelle entre l'héritage et le legs n'est autre que la différence entre la volonté et la propriété. Dans l'héritage c'est celle-là; dans le legs c'est celle-ci qui est transmise: et c'est seulement cette différence conceptuelle qui permet de comprendre et d'expliquer la différence entre la totalité et la partie de la fortune.

C'est précisément pour n'avoir pas compris la véritable différence conceptuelle entre l'héritage et le legs que Gans a été amené à la grosse erreur que nous avons signalée plus haut (p. 77, note 2; cf. p. 96, n. 1). Il croit qu'à l'époque des Douze Tables, à cause de la liberté absolue de tester et d'épuiser la fortune tout entière par des legs (liberté qui est précisément donnée par le vrai concept d'héritage) — il n'existait pas encore de différence entre ces deux

possidet, petat, vindicare debet, id est intendere rem suam ex jure Quiritium esse. »

Il n'est donc pas juste de dire avec Gans (II, 195 sqq.) que le nom de *legatum per vindicationem* donné à ce legs est moins exact que celui de *legatum do-lego*, parce qu'il est emprunté à l'effet ultérieur. Au contraire c'est précisé-

choses : « l'arbitraire du testateur n'a pas encore, dit-il, eu l'idée de faire une distinction entre la personnalité et la substantialité de l'héritier et le manque de vie et de substantialité du légataire. Ici l'arbitraire est encore dans son abstraction la plus simple ; elle veut simplement pouvoir vouloir ; le résultat de ce vouloir importe peu. L'héritage testamentaire et le legs sont encore, selon l'expression des Douze Tables, *uti legassit*, impliqués l'un dans l'autre et ont absolument la même signification ». (GANS, *ibid.*, p. 187 sqq.). L'énormité de cette erreur apparaîtra surtout si l'on examine même rapidement le droit des *sacra* : d'après la plus ancienne des deux théories relatives aux *sacra* citées par Cicéron, *jamais* les *sacra* ne se transmettent au légataire quand il y a un *héritier de droit civil* ; d'après la plus récente, les *sacra* ne se transmettent au légataire que quand il a, d'après la loi Voconia, reçu à lui seul autant que tous les héritiers réunis (v. N° II), tandis que tout héritier, si minime que soit sa part, est toujours obligé d'accomplir les *sacra*. De même Gans a un certain pressentiment du concept quand il caractérise, en différents endroits, l'héritier par rapport au légataire, « comme l'élément supérieur, substantiel, par opposition à l'arbitraire sans substance ». Mais si l'on se demande ce que signifie pour Gans cet élément substantiel qui doit être dans l'héritier testamentaire, l'on découvrira — puisque Gans ne voit de véritable substantialité que dans l'héritage *ab intestat* — que l'institution de l'héritier n'est à son tour qu'arbitraire absolu, dénué de substance, mais qui est arrivé à se croire, d'une façon inexplicable, quelque chose d'extrêmement sacré et substantiel (par exemple, p. 183 sqq. *et passim.*). Et alors disparaît cette opposition entre l'héritier et le légataire ; et d'autre part, Gans méconnaît de la sorte la véritable signification du droit d'hérédité romain et en même temps le progrès historique réalisé par l'esprit romain, le moment positif que Rome représente dans l'évolution universelle de la liberté.

Aussi quand, pour expliquer le fait que les legs sont annulés par le refus de l'héritier, Gans dit (p. 188) que « cette particularité ne peut avoir de source que dans cette substantialité » ; il prouve également qu'il n'a pas encore compris ce principe positif de droit.



ment dans cet effet ultérieur — la vindication — qu'apparaît de la façon la plus nette la véritable nature conceptuelle de ce legs qui consiste à ce qu'un objet a été retranché de la succession du testateur et posé comme la propriété immédiate d'un autre.

Il n'est pas juste non plus de dire avec Gaius qu'il y a dans cette dénomination *legatum do lego* « un dernier vouloir subjectif du libre arbitre ». L'arbitraire apparaît dans une égale mesure dans toutes les sortes de legs. Ce que pourrait signifier cette succession rapide et saccadée des mots *do lego*, c'est évidemment l'acte de détacher brusquement l'objet de la masse des biens du testateur.

Nous avons montré pourquoi ce legs, dès que la continuation de la volonté testatrice devient certaine par l'*aditio* de l'héritier, doit devenir immédiatement la propriété quiritaire du légataire. Ce point mérite d'être mis en lumière parce qu'il nous permettra de mieux comprendre encore la nature du testament dans son ensemble. Ici donc une propriété quiritaire est transmise, sans que ni une *cessio in jure*, ni une mancipation aient eu lieu de concert avec l'acquéreur : il n'y a même pas eu de *traditio*. Cela pourrait paraître contraire à tous les concepts du droit romain ; mais, à présent, après notre analyse conceptuelle, nous comprenons qu'il doit en être nécessairement ainsi. Car, comment pourrait-il être question ici d'une propriété *ex jure gentium*, puisque cette capacité de vouloir au delà de la mort et de pouvoir faire qu'une chose devienne après la mort la propriété d'un autre n'est aucunement *ex jure gentium*? (1). Elle n'a sa source que dans l'esprit spécifique de la nation ; aussi l'on pourrait dire qu'elle est le mode de transmission le plus spécifiquement romain. Cet esprit spécifique de la nation célèbre dans cet acte la plus haute affirmation de lui-même ; par lui, il a la plus haute certitude de son existence et de son contenu. C'est avec toute la force de ce qui fait vraiment le contenu historique

(1) Cf. page 124 et n° 10.



de l'esprit romain, et pour sanctionner ce contenu, que le Romain fait son testament ; aussi l'affirmation : que ce legs devient propriété quiritaire n'a pas d'autre contenu que la proposition qui dit que *testamentifactio juris publici est*, d'après notre explication donnée plus haut (§ 10). Mais si l'esprit public s'affirme ainsi que le droit public dans le testament de tout Romain, la définition qu'Ulpien donne du legs, *Fr. XXIV, § 1*, devient très claire : « *Legatum est, quod legis modo, id est imperativo testamento, relinquitur.* » Le legs est une *loi*, car le contenu absolu de l'esprit romain dans son ensemble, son existence et sa destinée sont ici en jeu : il faut pour qu'il puisse continuer à exister que l'infinité de l'homme, que la faculté de vouloir au delà de la mort existent.

En conséquence, si, durant sa vie, sa volonté était une volonté privée, elle devient à sa mort une volonté publique. Combien de fois n'a-t-on pas répété que le testateur romain est comparable à un législateur ! Mais on voulait uniquement dire par là que la liberté de la volonté testatrice privée est illimitée ou encore que le testament comicial est une loi parce qu'il écarte l'héritage *ab intestat* qui repose sur la loi (1).

Nous avons déjà vu que par un cercle vicieux on prétend expliquer une chose par une autre qui aurait d'abord besoin d'être expliquée par la première elle-même.

Le testament ne peut pas être une *lex* et le testateur un législateur, parce qu'il teste dans les comices du peuple. C'est le contraire qu'il faut dire : ce n'est que quand le testament est une *lex*, et le testateur un législateur, qu'il lui est possible de tester dans les comices du peuple. Plus que toute autre chose, ce formalisme de la pensée qui sévit chez les juristes, est la cause de l'infécondité de leurs recherches — (ce formalisme est très différent du formalisme *productif* des juristes romains qui, par son contenu spirituel, fait que ces juristes, dans l'interprétation de la loi, atteignent tou-

(1) Cf. p. 23, remarque.



jours et conservent l'idée spéculative, tout en ayant l'air de s'abandonner à un formalisme verbal). Avec cette méthode de raisonnement on procède toujours, comme si la signification spirituelle d'un acte ou d'une institution n'était pas l'élément primordial actif qui conditionne la forme et s'exprime par elle, mais comme si cette forme était le principal et comme si les droits et la signification de l'acte découlaient d'elle.

Les éléments positifs ne manquent jamais pour démontrer minutieusement la nullité de ces prétendues explications. Mais l'on passe devant ces matériaux positifs les yeux fermés. C'est ce qui s'est produit dans le cas dont il s'agit ici. Deux exemples nous suffiront : le deuxième est emprunté au legs par vindication ; le premier au *jus sepulcrorum* au sujet duquel nous nous permettrons une légère digression. — Les lieux de sépulture romains, en leur qualité de *loca religiosa*, étaient *extra commercium*. Mais non seulement l'aliénation de ces lieux était frappée de nullité et d'une peine fixée par la *lex Julia de sacrilegis* ; la coutume voulait que le testateur fit inscrire sur son monument funéraire, qui était souvent élevé de son vivant, une peine qu'il pouvait fixer à son gré contre ceux qui aliéneraient, loueraient ou hypothéqueraient le lieu de sépulture ; comme l'indiquaient les inscriptions elles-mêmes, ces peines devaient être payées aux Vestales ou à la caisse des Pontifes ou au trésor public. Gutherius (*De jure manium*) (1) a publié de nombreuses inscriptions funéraires de ce genre. Les peines édictées étaient souvent très importantes (2). Ces peines n'étaient pas sans *effet* dans l'ancien droit ; ce n'étaient pas de simples plaisanteries. L'existence des inscriptions à elle seule le prouve (3). L'héritier n'avait pas à

(1) Lib. III, c. v, vi, p. 413-19, éd. Par., 1615.

(2) Une de ces inscriptions qui figure dans l'ouvrage de Gutherius, p. 410, prescrit la confiscation des biens de ceux qui l'auront violée :
SI QUI ADVERSUS ID FECERINT, EORUM BONA PERTINERE DEBEBUNT AD REMPUBLICAM BRUNDISINORUM.

(3) V. GUTHERIUS, p. 418 sqq., cf. encore ce que nous trouvons dans

répéter ces menaces de peine *dans* son testament. Il pouvait même mourir *intestat*. Or, si le testament n'est une loi que parce qu'il a été fait dans les comices, d'où vient que cette disposition inscrite sur les tombeaux, qui n'a pas besoin de figurer dans le testament, qui peut même être prise par l'*intestatus*, ait une *puissance légale et répressive* ? Il y a plus. D'après l'idée que l'on se fait aujourd'hui du droit d'héritage romain, le défunt n'aurait pu édicter de semblables lois que pour ses héritiers et les héritiers de ceux-ci. Mais les inscriptions prouvent le contraire. D'après elles, le testateur punit, de *la même peine que le vendeur, l'acheteur qui lui est étranger* (v. l'inscription de la p. 413) :
 ..ET EI CUI DONATUM VEL VENDITUM FUERIT, EADEM POENA TENEBITUR. Inscription de la page 416 :...
 DARE DAMNAS ESTO AERARIO POPULI ROMANI...
 EMPTOR ET VENDITOR.

Si le testament n'est une loi que dans la mesure où il remplace l'héritage *ab intestat* légal, et s'il est nécessaire de le faire dans les comices pour dispenser de celui-ci et donner par là au testament, le caractère formel d'une loi ; comment le testateur dont, par une analogie idéale, on considère les dispositions inscrites sur sa tombe comme une dernière volonté, comme un testament, peut-il édicter des peines contre l'acheteur qui lui est complètement étranger, qui, n'étant ni héritier, ni légataire institué par le testament, n'a pas à se soucier de la loi de l'*intestat* et de la dispense de celle-ci, qui est un *tiers* absolument indé-

les sources juridiques sur les *peines* que le testateur *peut* prescrire contre l'héritier qui ne lui fait pas élever un monument funéraire, l. 27, de *condit. et demonstrat.* (35, 4). A l'époque de Justinien on n'en comprenait plus la signification et on les rangeait sous le titre de *conditionibus*, etc. Mais il n'y a pas ici de *conditio*, et le titre de *conditionibus* ne leur convient pas. C'est ce que constate Marcien, l. 2, de *his quæ pænæ causa* (34, 6) : « Pœnam a conditione voluntas testatoris separat, et an pœna, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt. »



pendant du testateur ? Où ce testateur va-t-il puiser son pouvoir légal *matériel* ?

Au lieu de résoudre ces questions, on a préféré ne pas les poser et ne pas se préoccuper du *jus sepulcrale*. Or, ces dispositions inscrites sur les tombes, précisément en vertu de leur double caractère (*formellement* elles ne constituent pas un testament : mais d'après leur contenu spirituel elles sont ce qu'est le testament, des volontés dernières relatives à la conservation de l'individualité propre du défunt), auraient dû faire ressortir de la manière la plus nette — et comme on voit, c'est ce qu'elles font réellement — ce qui découle de la *signification spirituelle*, du concept du testament.

La solution des questions que nous avons posées se présentera d'elle-même si nous examinons la deuxième preuve, celle que nous fournit le legs par vindication. Nous pouvons en expliquer le caractère particulier par le *jus sepulcrale*, comme il nous est réciproquement possible de recourir à lui, pour expliquer ce dernier. Car tous deux ne sont que l'expression d'un concept commun. Tous deux sont déjà implicitement contenus dans cette affirmation : la volonté de la personne, qui était une volonté *privée* pendant sa vie, devient une volonté *publique* à sa mort.

En effet, il n'est pas vrai que le testateur soit un législateur *parce que* le testament a été fait dans les comices ; mais il est un législateur et le testament peut être fait dans les comices (1), parce que cette continuation de sa volonté

(1) Il jouit ici de l'attribut suprême du législateur, la *puissance répressive*, parce qu'il ne décrète ici que sa propre continuation, le maintien de sa personnalité. Ainsi cette *pœna* se distingue du *legatum pœnæ nomine* qui était inadmissible dans le droit primitif (v. GAIUS, II, 233 ; ULPYEN, XXIV, 17) ; on entendait par là un ordre que donnait le testateur à l'héritier concernant des actes de l'héritier se rapportant à l'héritier lui-même (c'est pourquoi l'on donne toujours l'exemple suivant : *Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X Millia Sejo dato*), ce n'était jamais un ordre par lequel est prescrit un acte se rapportant au testateur lui-même ;



constitue l'essence intime de l'esprit public ; et c'est pourquoi ses dispositions sont revêtues de toute la force de l'esprit public. Le Romain une fois mort a des pouvoirs qu'il n'avait pas de son vivant. Une fois mort, il est transfiguré en *législateur*. Et il doit le devenir en vertu de son propre concept et dans l'intérêt de celui-ci ; car il lui faut à présent poser sa volonté comme *persistante* et se maintenant vis-à-vis du monde extérieur, c'est-à-dire comme *loi*. Mais il peut et doit aussi devenir un législateur vis-à-vis des droits d'autrui qu'il peut même violer. Car en face de cet intérêt métaphysique de l'esprit public qu'il représente, les droits des autres personnes ne sont que l'expression de la volonté privée, de la volonté des vivants, et n'entrent pas en ligne de compte. C'est pourquoi cette force législatrice doit se manifester plus fortement et plus nettement que dans la définition d'Ulpien, dans les *conséquences juridiques positives*, dans le *jus sepulcrale* comme dans le legs par vindication.

En effet, tandis qu'aucune propriété ne peut jamais être transmise sans la volonté de l'acquéreur ; tandis que la connaissance et la volonté sont, dans le droit d'héritage, d'une importance capitale et que l'on ne peut pas imaginer d'acquisition d'héritage où elles n'interviennent pas, le tes-

c'est ce qui ressort clairement de la l. 27 citée par nous, p. 186, note 3 ; où la peine édictée par le testateur contre l'héritier qui ne lui a pas élevé de monument funéraire est considérée comme valable. Cette distinction nous dispensera de rechercher si le *legatum pœnæ nomine* qui, après avoir été interdit avant Justinien, a été permis par lui (L. 7, C. de his quæ pœnæ causa, etc., 6, 41), existait déjà à une époque primitive et a été simplement rétabli par Justinien sans doute avec une signification conceptuelle toute différente de celle qu'il aurait eue dans le droit primitif. — Nous pouvons constater une tendance organique analogue dans la formation du droit, à revenir, en dernière analyse, au *droit primitif*, auquel toutefois on donne une signification spirituelle toute différente : c'est ce que nous avons déjà vu dans le cas du testateur affranchi du quart falcidien ; et nous aurons dans la suite l'occasion de faire des constatations analogues.



tateur peut ici, par sa seule disposition, en dehors de la connaissance et de la volonté du légataire, rendre celui-ci propriétaire d'un certain objet ; c'est ainsi que la loi confère une propriété à l'individu, d'une façon immédiate et en dehors de sa connaissance et de sa volonté (1).

Telle est, dans cette controverse, dont on comprend, au point où nous en sommes, la profonde nécessité, l'opinion des Sabinieniens qui affirment expressément que, dès l'*aditio* de l'héritier, l'objet légué par le *legatum per vindicationem* devient immédiatement la propriété du légataire, même en dehors de la connaissance de celui-ci ; elle ne cesse de l'être que s'il la refuse. Les Proculétiens, au contraire, prétendant que la transmission de propriété en général et l'acquisition d'un héritage en particulier ne peuvent avoir lieu que par l'intermédiaire de la connaissance et de la volonté de l'acquéreur, exigent l'intervention de la volonté du légataire pour que le legs puisse devenir sa propriété. GAIUS, *Comm.*, II, 193 : « In eo vero dissentiunt prudentes ; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri præceptores quod ita legatum sit, *statim* post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiam *si ignoret* sibi legatum esse dimissum, et *posteaquam scierit et spreverit* legatum, *perinde esse atque* si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholæ auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere ; sed *hodie* ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit, etc. »

(1) Tandis qu'il est dit, comme on sait : « Non potest liberalitas nolenti acquiri. » (ULPIEN, l. 19, § 2, de *donat.* (39, 5). Si l'on peut lui faire un legs en dehors de sa volonté, on pourra aussi lui causer du préjudice en dehors de sa volonté ; et nous verrons plus loin que les constitutions impériales accordent *expressément* au testateur le droit d'affranchir par testament les esclaves « in fraudem creditorum » ; chose qu'il ne pourrait jamais faire de son vivant. Mais de son vivant il n'est qu'une *personnalité* jouissant de droits qui s'oppose à d'autres personnalités analogues. Dans le testament, au contraire, les « creditores » sont, comme nous l'avons dit, de « simples vivants » par rapport à lui qui est mort.



Nous avons dit que cette controverse était nécessaire. La nécessité en résulte en effet du conflit où doivent s'engager les deux personnalités souveraines qui sont en présence dans ce legs (le testateur et le légataire). La souveraineté de la personne représentée par le légataire exige que rien ne vienne élargir, en dehors de sa volonté, la sphère rigoureusement limitée qui est soumise à celle-ci. Mais l'infinité de la volonté subjective qui triomphe dans le testament, et qui représente l'élément le plus vivant de l'esprit du peuple romain, fait que le testament est revêtu de la puissance de l'esprit public : et, comme ce n'est pas la volonté qui est léguée dans le legs, mais simplement l'objet, il n'est pas tenu compte de sa volonté ; l'objet devient sa propriété en dehors de cette volonté, comme par une loi. La volonté du défunt est plus puissante et plus importante que celle du vivant, parce qu'elle représente la substance de l'esprit national.

Considérée du point de vue du droit d'héritage, l'opinion des Sabinieniens paraît la plus rigoureuse et la plus logique. C'est pour cette raison même qu'elle devait plus tard avoir le dessous. De même le lien logique profond, qui rattache cette opinion à la nature spécifique du legs *per vindicationem*, apparaît d'une façon évidente. Car, avons-nous dit, un objet particulier ne peut cesser d'être soumis à la volonté de l'héritier, identique à celle du testateur, que s'il est déjà devenu la propriété réelle d'un tiers. S'il ne l'est pas encore devenu au moment de l'*aditio* de l'héritier, il reste soumis à la volonté du testateur et, conséquemment, à celle de l'héritier qui n'a reçu aucun ordre relativement à l'objet légué de cette façon (1).

(1) C'est pourquoi les Sabinieniens ne disent pas que l'objet, légué par suite du refus du légataire, devient propriété de l'héritier ; car le fait que le légataire se départit de l'objet ne suffirait pas à remplacer celui-ci sous la puissance de la volonté de l'héritier. Ils considèrent ce legs comme non avenu « et postquam sciverit et spreverit legatum perinde esse atque si legatum non esset. »



Cette idée maîtresse est maintenue dans le droit romain avec tant de netteté et de précision, que les Proculéiens, poussés par la dialectique de ce concept, dépassent les conclusions des Sabinien et prétendent : que la chose léguée par un legs *per vindicationem* conditionné n'appartient pas à l'héritier, tant que la condition est pendante, mais n'appartient à personne.

GAIUS II, § 200 : « Illud quæritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est pendente conditione *cujus esset*; nostri præceptores heredis esse putant exemplo statu liberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse jussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed *diversæ scholæ auctores* putant *nullius interim eam rem esse*. » Et nécessairement ils estiment qu'il en est de même pour la chose léguée purement et simplement : et ainsi, quand ils prétendent que celle-ci ne devient la propriété du légataire que par sa connaissance et sa volonté, ils sont d'accord avec les Sabinien, en ce qu'ils considèrent cette chose comme soustraite à la puissance de volonté de l'héritier (*res nullius*) (1).

Comme la chose donnée par ce legs doit devenir immédiatement, ainsi que nous l'avons vu, une propriété quiri-

(1) Mais si la chose léguée purement et simplement doit être, d'après les Proculéiens, *res nullius*, jusqu'à l'intervention de la connaissance et de la volonté du légataire; si la chose léguée *sub conditione* doit l'être jusqu'à l'exécution de la condition, pourquoi ne peut-elle pas être objet *d'occupation* et *d'usucapion*? Inversement, si, comme le prétendent les Sabinien, la chose est soustraite au pouvoir de la volonté de l'héritier au point de devenir la propriété du légataire avant qu'il la connaisse et la veuille, comment peut-elle rester, tant que la condition est pendante, sous le pouvoir de la volonté de l'héritier? Il est impossible de répondre à ces deux questions. L'on voit par là qu'en poussant à l'extrême les conséquences dialectiques on est condamné à échouer, parce que tous ces raisonnements s'appuient sur un concept *factif, imaginaire* (continuation de la volonté après la mort). Le seul droit testamentaire conséquent est le droit romain — et celui-ci *doit nécessairement* n'être pas conséquent.

taire du légataire, parce qu'elle est posée comme sienne, immédiatement, et cela, en vertu de l'immortalité de la volonté, qui est en l'esprit romain, elle ne peut conséquemment être léguée *per vindicationem* par le testateur, que si elle est propriété quiritaire de celui-ci. GAIUS, II, § 196 : « Eæ autem solæ res per vindicationem legantur recte, quæ ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt. »

Et la série des conséquences qui se déduisent du concept de ce legs déterminé n'est pas encore épuisée.

Le legs *per vindicationem*, disions-nous, ne représente pas une disposition du testateur, relative à ses biens; elle est le retranchement, l'exclusion d'un objet déterminé de la masse de la succession du testateur et par conséquent de sa puissance de volonté qui passe à l'héritier. S'il représentait une disposition relative aux biens, il pourrait, comme nous le verrons à propos d'autres legs, s'étendre aussi à la *res futura*. Mais si le legs consiste à *retrancher* et à *détacher* une chose de la souveraineté volontaire et de la succession matérielle du testateur, cet objet déterminé devra, pour pouvoir être retranché et détaché, avoir fait nécessairement partie auparavant de la masse du patrimoine et avoir été soumis à cette volonté; par conséquent, il devait déjà à ce moment-là représenter un *droit quiritaire décisif*, qui, nous l'avons vu, est la condition nécessaire de la disposition ayant force de loi et faisant d'un objet la propriété quiritaire du légataire par la simple expression de la volonté du légataire. Telle est donc la raison conceptuelle pour laquelle le legs *per vindicationem* ne peut s'étendre qu'à des objets qui étaient la propriété quiritaire du testateur, non seulement au moment de la mort, mais encore au moment où le testament a été établi.

ULPIEN, *Fr.* XXIV, § 7 : « Per vindicationem legari possunt res, quæ utroque tempore ex jure Quiritium testamentoris, mortis et quando testamentum faciebat (1). »

(1) Cf. ULPIEN, *ibid.*, § 11; GAIUS, *Comm.*, II, § 196 : «... alioquin inutile est legatum. »



Il y a une exception à cette règle. « Præterquam », poursuit Ulpien, « si *pondere, numero, mensura contineantur, in his enim satis est si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium* (1). »

Rien n'est plus intéressant que cette exception, qui n'est pas une exception quand on tient compte du concept spéculatif. Ce que nous avons dit précédemment n'est nécessairement vrai que de la chose déterminée individuellement. La chose devait déjà exister sous cette forme individuellement déterminée dans la propriété quiritaire du testateur à l'époque où il a fait le legs, pour pouvoir être détachée sous cette forme de la masse de ses biens et être posée comme la propriété quiritaire d'un tiers. Mais les choses qui sont déterminées par « leurs poids, leur nombre, leur mesure » *ne sont pas* des choses déterminées individuellement; elles sont des *quantités*. Or, la quantité n'est précisément pas autre chose que la catégorie logique de « la variation indifférente » ou « de ce qui demeure constant dans la variation »; et l'on voit que le droit sait tenir compte ici de cette affirmation de la logique objective et spéculative. Parce que l'essence de la quantité est une fluctuation constante, une manière constante de sortir de soi en même temps qu'une persistance dans sa nature de quantité, ces changements n'ont pas altéré l'essence de l'objet; il continue à être lui-même. Et même à cause de la réalité objective de la pensée spéculative, aucune autre règle juridique n'est possible. Exprimons cette idée en langage concret: Si le testateur possédait telle quantité d'huile, de vin, etc... au moment où il a fait son testament, il est *impossible* — à moins d'un hasard extraordinaire — qu'il la possède encore au moment de sa mort: et même au cas où il posséderait la *même* quantité, c'est l'élément quantitatif, la mesure qui serait la même: mais ce ne serait plus la quantité de la chose possédée précédemment, du même vin, de la même

(1) Gaius cite l'exemple suivant (*ibid.*): « *veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam.* »



huile, etc... C'est le sort de tout ce qui est quantité, d'augmenter et de diminuer continuellement. Aussi les quantités qui existent au moment où le testament est fait et celles qui existent au moment de la mort ne peuvent pas se correspondre, parce que le caractère de la quantité est précisément de n'être pas *qualitatif, permanent* ; aussi quand il s'agit de choses dont l'essence est dans le *quantitatif* « *quæ pondere, numero, mensura contineantur* », il suffit qu'elles existent au moment de la mort.

Nous avons déduit le concept du legs *per vindicationem* de l'opposition entre l'héritier et le légataire, entre la transmission de la volonté et de la chose matérielle, et nous avons été amenés de la sorte à considérer ce legs comme un objet déterminé qu'on *retranche* de la succession du testateur, acte par lequel seul cet objet peut être soustrait à la souveraineté volontaire qui, dans l'héritier, continue à s'exercer sur la propriété du testateur.

Nous avons montré comment, en vertu d'une nécessité conceptuelle, ce retranchement ne peut avoir lieu que par une *aliénation* immédiate qui met en possession de la chose un tiers, de sorte que par l'existence de ce legs, la chose est *détachée* de la façon la plus complète de la succession du testateur.

Cet acte de détacher radicalement un objet de la souveraineté volontaire du testateur apparaît très nettement dans les règles relatives à l'*accrescence*. Si donc une même chose a été léguée à deux personnes *per vindicationem*, que ce soit *conjunctim* ou *disjunctim*, et si un des légataires ne réclame pas sa part, cette part ne revient pas à l'héritier (comme cela se produit dans le legs *per damnationem*) mais à *l'autre légataire*. Car le legs ne cesserait d'exister que par la défection des deux légataires. Mais du moment qu'un des colégataires réclame sa part, le legs continue à exister (1) et par ce fait même la chose continue à être ra-

(1) Aussi Ulpien, en un langage plus profond que celui de Gaius, nous dit (*loc. cit.*, § 12) que dans le legs *per vindicationem* où les

dicalement détachée du reste des biens du légataire : c'est pourquoi l'*accrescence* ne peut profiter qu'au colégataire et non à l'héritier.

GAIUS, *Comm.*, II, § 199 : « Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adlescere. »

XV_a — Le legs « per vindicationem » comme legs « per præceptionem ».

Il nous faut à présent examiner une règle qui s'applique à toutes les espèces de legs et met en pleine lumière l'opposition conceptuelle entre le légataire et l'héritier. « *A legatario legari non potest* » (1). En effet, comme ce qui est transmis au légataire n'est pas la volonté, mais une simple chose, on ne peut pas faire de lui un exécuteur des volontés et demander qu'il fasse à son tour des legs. A cette règle correspond une règle relative à l'héritier : « *Heredi a semet ipso legari non potest* (2) ». Cela est aussi impossible que de faire qu'une chose appartienne plus à son propriétaire qu'elle ne lui appartient déjà. A titre de continuateur de la volonté du testateur, il est le propriétaire de toute la succession, dans la mesure où des parties n'en ont pas été détachées pour devenir la propriété de tiers. Mais

parts sont *conjunctim*, ces parts n'étaient déterminées, d'après le droit civil, que quand les légataires venaient les réclamer : « ... si vero conjunctim, velut : « Titio et Sejo hominem Stichum do, lego » *jure civili concursu partes fiebant* ; non concurrente altero, pars ejus alteri adlescerebat. » Etant donnée cette circonstance que les parts ne sont faites qu'au moment où les légataires viennent en prendre possession, il est nécessaire qu'il y ait ici *accrescence* ; celle-ci n'a été supprimée que plus tard par la *lex Papia Poppaea*.

(1) ULPYEN, XXIV, § 20.

(2) ULPYEN, XXIV, § 22.

précisément par ce que le *legs per vindicationem* détache un objet de la succession, c'est par le *legs per vindicationem*, et par lui seul, que l'objet détaché, justement parce qu'il ne fait plus partie de la succession, peut être donné d'une manière particulière à l'héritier. Relativement à cet objet, l'héritier peut donc être légataire — ce qui prouve de la façon la plus nette que l'acte de détacher l'objet de la succession constitue le caractère essentiel de ce legs. Il est vrai que quand l'héritier est lui-même légataire, ce legs *per vindicationem* est appelé : *legatum per præceptionem*. Mais l'identité substantielle de celui-ci et du legs *per vindicationem* est évidente. Elle apparaît déjà dans ces paroles d'Ulpien : *Per præceptionem legari possunt res, quæ etiam per vindicationem* (1). Mais elle apparaît encore plus clairement dans la controverse que ce legs a provoquée entre les Sabiniens et les Proculéiens, controverse qui met en évidence l'unique différence que l'on puisse trouver entre ce legs et le legs *per vindicationem*.

Si, dans ce legs, le légataire ordinaire retranche par la vindication un objet de l'héritage, dès que l'héritier est légataire, ce retranchement doit précéder la prise de possession de la masse de la succession. Car si l'héritier a pris possession au préalable de la masse de la succession, il ne peut pas se réclamer à lui-même la chose léguée, et pour cette raison ne la possède pas *legati modo*; c'est pourquoi, quand il y a plusieurs héritiers, il faut que la *judicium familiæ erciscundæ*, attribuée (2) à l'héritier l'objet qui lui a été légué. C'est de là que découle l'opinion des Sabiniens d'après laquelle on ne peut léguer à l'héritier que *per præceptionem*; car le simple légataire ne recueille pas après coup la succession : pour lui le retranchement n'est pas un

(1) Fr. XXIV, § 41.

(2) GAIUS, II, § 219 : « Item nostri præceptores, quod ita legatum est, nulla ratione putant consequi eum, cui fuerit legatum, præterquam judicio familiæ erciscundæ, quod inter heredes de hereditate erciscundæ, id est dividunda, accipi solet; officio enim judicis id contineri, ut et quod per præceptionem legatum est, adjudicetur. »

retranchement préalable, et c'est pourquoi aussi il peut toujours revendiquer.

GAIUS, II, § 217 : « Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ci qui aliqua ex parte heres scriptus esset ; præcipere enim esse præcipuum sumere ; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is *extra portionem hereditatis præcipuum* legatum habiturus sit. »

Mais on voit par là que toute la différence entre les deux legs n'est que la différence entre un retranchement et un retranchement préalable ; qu'elle se réduit en somme au mot « préalable » qui, appliqué au légataire ordinaire, n'a pas de sens, mais pourrait néanmoins annuler son legs : en sorte que le legs *per præceptionem* représente pour lui un simple legs *per vindicationem*.

GAIUS, II, § 221 : « Sed diversæ scholæ auctores putant etiam extraneo per præceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur : *Titius hominem Stichum capito*, supervacuò adjecta Præ syllaba ; ideoque *per vindicationem cam rem legatam* videri, quæ sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. »

XVb. — La contradiction du legs « per vindicationem ». Il s'évolue de lui-même vers le legs « per damnationem ».

Jetons à présent un coup d'œil d'ensemble sur le legs *per vindicationem* : nous constaterons tout d'abord la contradiction dialectique qui existe entre ce legs et son propre concept, ensuite nous verrons de quelle façon cette contradiction est écartée.

Par la disposition souveraine que la volonté fait de ce legs, dès que la continuation de la volonté testatrice est assurée par la prise de possession de l'héritier institué, l'objet est immédiatement aliéné et posé comme propriété quiritaire d'un tiers. Mais par ce fait même elle est *soustraite* de la façon la plus complète à la puissance de vo-



lonté du testateur, et partant, de l'héritier (v. plus haut p. 181sqq.). La contradiction dialectique est donc la suivante : tandis que le concept du droit testamentaire consiste à réaliser l'infinité de la volonté subjective et que celle-ci célèbre d'une part son triomphe par la position législative immédiate d'une chose comme propriété quiritaire (v. p. 184 sqq.) et que d'autre part, précisément par cette soustraction de l'objet légué à la puissance de la volonté du testateur, celle-ci a cessé de s'exercer — sur cet objet. Par le fait que la volonté fait ce qu'elle peut, elle disparaît : en faisant usage de son droit, elle se nie elle-même et n'a plus aucun pouvoir sur cet objet (1). Le légataire réclame cet objet comme sien, non en vertu de la volonté du testateur qui continue à s'exercer, mais précisément en vertu de ce que cet objet est soustrait à cette volonté, que celle-ci n'existe plus relativement au dit objet. — Ainsi, en même temps que la volonté s'est posée et affirmée, elle s'est niée et supprimée. Voilà qui est contraire au concept du testament qui est l'infinité de la volonté testatrice réalisée : car ce legs a précisément *mis un terme* à la volonté du testateur. Voilà donc une cause qui déterminera une évolution dans le concept du legs *per vindicationem*. Pour répondre véritablement et d'une manière harmonieuse au concept du testament, le legs doit réaliser la durée infinie de la volonté du testateur, sans la supprimer au même moment ; aussi, la chose passera aux mains du légataire, en vertu de la volonté du testateur, et à titre de *propriété* de celui-ci — et par conséquent, ce qui est toujours et nécessairement identique, à titre de propriété de l'héritier.

Le moyen de cette suprême et adéquate réalisation du

(1) C'est pourquoi l'*accrescence* est, comme nous l'avons vu, en faveur du colégataire. La contradiction dialectique va si loin, que la chose léguée retombe sous la jouissance de la volonté du testateur (héritier), au moment où cette volonté cesse de s'exercer, c'est-à-dire quand les légataires ne réclamant pas leur legs, celui-ci est comme non avenu.

legs existe déjà. On le trouve dans celui qui continue la volonté, dans l'héritier, et il nous est déjà apparu dans le legs lui-même : ce moyen, c'est le legs *per præceptionem*. En effet, quand la chose était léguée à l'héritier lui-même, il devait, à cause de ce retranchement préalable, être forcé d'agir relativement au legs. Aussi l'on ne pouvait plus dire de l'héritier : *Præhabeto* ; mais il fallait dire : *Præcipito*. L'héritier doit agir ici relativement à la chose détachée de la succession et soustraite à l'empire de sa volonté. Or, ceci étant, il n'y a plus de raison pour soustraire la chose léguée à l'empire de sa volonté : ou plutôt le legs se présente sous une nouvelle forme : il devient un ordre adressé par la volonté du testateur à l'héritier qui oblige ce dernier à exécuter une action déterminée (l'action de délivrer le legs).

Nous avons alors le legs *per damnationem*, grâce auquel la chose en vertu de la volonté du testateur continue, et, à titre de propriété de celui-ci et de l'héritier, passe aux mains du légataire.

GAIUS, II, § 204 : « Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiam si pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilominus heredis est; ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem rem sibi dare oportere ». La chose demeure donc à la mort du testateur, malgré le legs, *propriété de l'héritier*, et en vertu de la volonté continuée du testateur, le légataire peut, par une plainte dirigée contre la personne de l'héritier, en exiger la propriété.

XVIa. — Le legs « per damnationem » est le legs adéquat à son concept (« optimum jus legati »). La chose bonitaire. La transmission de la chose léguée « per damnationem » au moyen de la mancipation, de la « jure cessio » ou « traditio ».

Le legs *per damnationem* est donc la forme véritable, la plus élevée, du legs, parce qu'en elle le concept du droit



testamentaire, la continuation de la volonté subjective se concilie avec son contraire. Sans doute le legs continue à être ici le contraire de l'institution d'héritage : il demeure une transmission d'objet par opposition à la transmission de volonté. Tel est en effet le concept général du legs, qui doit nécessairement régir toutes les formes que prend celui-ci. Mais ce contraste n'est plus ici, comme dans le legs *per vindicationem*, un contraste purement abstrait : ici le legs est pénétré par son contraire, le concept d'héritage, en ce que l'héritier lui-même est le sujet actif du legs. L'opposition entre héritier et la chose, d'*abstraite* qu'elle était devient ici *réelle* : la volonté réalise l'union entre elle-même et son contraire, conformément à son essence véritable. Ou bien encore, le triomphe du concept d'héritage consiste en ce que l'héritier *agit* ici, de sorte que l'identité entre l'héritier et le testateur s'affirme ici pour la première fois d'une façon réelle. Ce concept de l'héritage s'affirme précisément dans son contraire, le legs, et ainsi de simple terme d'opposition qu'il était auparavant il est élevé à présent à la hauteur de l'unité qui régirait tout le domaine du droit d'héritage. En même temps il s'affirme par la cession de l'objet comme volonté testatrice désintéressée, pure et simple.

Or, comme la continuation de la volonté testatrice qui dans le legs *per vindicationem* était en même temps affirmée et niée par l'opposition abstraite entre la volonté et la chose, se réalise ici dans son propre contraire, il faut que ce legs (le legs *per damnationem*), pénétré par le concept qui régirait toute la sphère du droit testamentaire, apparaisse à l'esprit romain comme le plus *adéquat à sa notion*, c'est-à-dire comme le *meilleur*. Et notre développement n'est pas autre chose que le développement de l'esprit du droit d'héritage romain : le droit romain en effet dit du legs *per damnationem* qu'il est « *optimum jus legati* ! »

ULPIEN : *Fr.* XXIV, § 11 : «... quo cautum est (à savoir par le SC. Neronianum), ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si *optimo jure* legatum esset ; *optimum autem jus legati per damnationem est.* » Et GAIUS



Comm., II, § 197 : « Sed sane hoc ita est jure civili ; postea vero auctore Nerone Cæsare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quæ ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si *optimo jure relictum* esset ; *optimum autem jus est per damnationem legatum.* »

Comme le legs *per damnationem* ne représente aucune cession par le testateur, mais un ordre de la volonté de celui-ci, déterminant la volonté de l'héritier et lui enjoignant de se départir d'une chose devenue sa propriété — c'est pourquoi la formule dit, d'une façon très conséquente : *Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto* ou *dato* — il n'est naturellement plus nécessaire que la chose soit, comme dans le legs *per vindicationem*, la propriété quiritaire du testateur et qu'elle soit déjà à l'époque où a été fait le testament, la propriété, quiritaire ou bonitaire, de ce dernier. Car de ce fait que la chose est donnée par l'héritier seulement, il résulte qu'elle est donnée entre *vifs* ; et par conséquent l'époque où a été fait le testament n'a plus à entrer en ligne de compte, car le testateur n'a pas donné la chose au légataire, mais n'a fait que donner un ordre à l'héritier à cette intention, et il importe nécessairement peu que la chose ait été en la possession du testateur à l'époque de la première déclaration de sa volonté ou seulement à celle de la confirmation de cette volonté, au moment de la mort (cf. t. I, III, n° 6).

En outre, si la chose, étant donnée par l'héritier, est une donation entre *vifs*, il en résulte que ce legs, quoiqu'étant un legs *optimo jure*, ne peut néanmoins pas avoir de caractère *législatif spécifiquement romain*, qui, nous l'avons vu (n° 15), est un élément conceptuellement nécessaire du legs *per vindicationem* ; c'est-à-dire, il résulte déjà de ce fait que la chose n'a pas besoin d'avoir été la propriété quiritaire du testateur : il en résulte en outre que ce legs que l'héritier fait seul, permet de léguer des propriétés bonitaires par les mêmes raisons qui permettent de les aliéner entre *vifs*. Car la propriété quiritaire du testateur n'était



requis, comme nous l'avons dit, que parce qu'elle est cédée par le défunt lui-même — *en l'existence* d'un héritier, c'est-à-dire la continuation de la volonté du testateur étant devenue certaine par l'*aditio* de l'héritier — cédée, disions-nous, de la façon la plus romaine du monde; et parce qu'elle est posée immédiatement, en vertu de ce caractère législatif de la cession (acte qui est l'expression de l'esprit public particulier de la nation) comme propriété spécifiquement romaine du légataire; mais pour cette raison même, la cession ne peut s'étendre qu'à des objets qui étaient précédemment entre les mains du testateur, propriétés spécifiquement romaines, propriétés quiritaires.

Or, si tout ce que nous avons dit à ce propos est juste, il devrait en découler une autre conséquence encore. On devrait pouvoir constater clairement ici combien nous avons raison de dire (p. 185, sqq. que le *défunt* est plus *fort*, plus *puissant* que le *survivant*. En effet, comme la chose léguée *per damnationem* n'est pas donnée par le défunt lui-même, mais par l'héritier; comme elle est donnée entre vifs, elle ne pourrait pas passer au pouvoir du légataire au moyen du legs comme tel, ni au moyen de l'abandon ou de la cession qu'en ferait l'héritier; cette transition ne peut être produite que par l'intervention des formes, qui, selon la nature de la chose, sont capables d'opérer la transmission d'une propriété entre vifs. C'est ainsi que Gaius dit expressément, II, §. 204 : «... et tum heres, si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit; nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione dumtaxat pleno jure fit legatarii. »

Ainsi quand la chose est *res mancipi*, elle doit être mancipée par l'héritier au légataire ou être cédée *in jure*, pour pouvoir devenir la propriété de ce dernier; si elle n'est pas *res mancipi*, la *traditio* tout au moins est nécessaire. Il doit en être ainsi et, plus nous avançons, plus nous voyons le concept affirmer son droit victorieux; car, comme dans le legs *per damnationem*, l'héritier cède la chose comme sa



propriété, ce legs n'est plus une cession du défunt ; et le défunt ne peut plus par un simple acte de volonté poser la chose comme propriété d'un tiers ; il y a ici une donation entre vifs (1) qui est soumise aux formes qui sont de règle dans les aliénations entre vifs.

XVI^b — Le legs « per damnationem » considéré comme position réelle du concept d'héritage sous ses trois formes : 1° legs d'une chose appartenant à l'héritier ; 2° « legatum rei alienæ » ; 3° « legatum rei futuræ ». — L'accrescence.

Nous n'avons pas encore épuisé les conséquences qui se dégagent du concept. Le legs *per damnationem* est le legs qui est pénétré, comme nous avons vu, par le concept d'héritage lui-même. Toutefois, le concept d'héritage s'affirmant dans ce legs, non plus comme une simple continuation inactive de volonté, mais comme une volonté *active* s'exerçant sur son contraire, la chose léguée, c'est ici que le caractère de l'héritier va pouvoir s'affirmer, de la façon la plus précise, à la vive lueur de ce contraste. Si, comme

(1) Remarquons que l'évolution du droit testamentaire vers sa perfection représente, grâce à la nature fictive du concept sur lequel il repose, une *série continue d'échecs*. Il représente l'effort immense pour accomplir ce qui ne peut pas être accompli. Dans le legs *per vindicationem*, la volonté qui veut se continuer dans le testament échoue, comme nous l'avons vu, par le fait qu'en se posant elle se nie. Par ses propres dispositions, elle a cessé d'être en rapport avec la chose léguée et le légataire la réclame, non pas à titre de chose appartenant au testateur, mais à titre de chose lui appartenant en propre.

Ainsi le legs s'élève à son degré suprême et adéquat : il devient l'*optimum jus* du legs *per damnationem*. A présent la chose est donnée au légataire de par la volonté continuée du testateur ; il doit la réclamer comme chose appartenant au testateur et à l'héritier. Mais à présent le legs a cessé de transmettre une chose à titre de *disposition testamentaire* : il est devenu un acte entre vifs, ce qui nous apparaît de la façon la plus nette dans la nécessité de recourir à la mancipation.



nous l'avons dit au début de cet ouvrage, le concept de l'héritage n'est pas une transmission de biens, mais une continuation de volonté, la perpétuation de la volonté subjective, cette vérité devra apparaître ici plus évidente que jamais. Et en effet le concept spéculatif que nous avons développé va être confirmé d'une façon irréfutable et définitive par les trois affirmations suivantes (1) : Le testateur peut léguer une chose qui ne lui appartient en aucune façon, mais appartient à l'héritier. Il peut en outre léguer une chose (*res aliena*) qui n'est ni sa propriété, ni celle de son héritier, mais celle d'un tiers quelconque. Enfin, il peut léguer la *res futura*, c'est-à-dire la chose qui n'est pas encore *in rerum natura*, mais qui n'existera que dans l'avenir.

La première de ces affirmations n'est que la confirmation des vers de Plaute que nous avons cités pour expliquer le concept de l'héritier (Cf. p. 121). Si le testament était une transmission de biens, jamais le testateur ne pourrait en arriver à disposer de la propriété propre de l'héritier. Mais comme l'institution d'héritage est, au contraire, d'après son concept, un acte par lequel une volonté pose une autre volonté subjective comme sa continuatrice, comme elle s'identifie avec cette volonté, le testateur devient donc maître des biens de l'héritier comme celui-ci l'est de ceux du testateur (cf. n° VIII). Cette conséquence découle du concept et n'est confirmée pratiquement que par ce legs seulement.

Mais c'est dans la deuxième de ces propositions où il s'agit de legs d'une chose n'appartenant ni à l'héritier, ni au testateur, qu'apparaît le véritable concept spirituel de l'héritage que nous avons développé dans toute sa profondeur historique et dans toute son importance. Si l'héritage était d'après son concept une assignation de biens, si le testament était un acte par lequel le testateur dispose de sa fortune, il n'existerait aucun moyen terme lui permettant de disposer des biens d'un tiers.

(1) GAIUS, II, § 202, 203, 210 ; ULPEN, XXIV, § 8, 10.



Mais, disions-nous, l'héritier testamentaire représente l'*immortalité romaine*, c'est-à-dire cette immortalité spirituelle que conquiert l'esprit historique parvenu au stade de la civilisation romaine, l'*immortalité de la volonté subjective*. Or, conformément à son concept (v. p. 18 sqq.), la volonté n'est pas autre chose que l'impulsion qui porte le sujet à se réaliser dans le monde extérieur et à se soumettre celui-ci. La volonté subjective n'est pas du tout limitée à ce qui est *particulier* à la personne voulant, à sa propriété (c'est là une nécessité conceptuelle et caractéristique que nous avons déjà soulignée précédemment). Elle ne trouve dans la propriété particulière à la personne que des moyens donnés d'une façon immédiate pour sa *réalisation* : mais elle n'y rencontre ni la limite, ni l'objet exclusif de son vouloir, objet qui est représenté par le monde extérieur dans sa totalité. Si donc cette continuation de la volonté subjective est, comme nous le prétendons, l'élément essentiel du concept d'héritage, cette continuation devra être réelle ; la volonté du testateur devra pouvoir continuer à vivre après sa mort et à agir, à s'affirmer vis-à-vis du monde extérieur, tout comme pendant la vie de l'individu.

C'est pourquoi le testateur doit pouvoir, par le legs *per damnationem*, au moyen duquel il fait agir l'héritier selon sa volonté, léguer aussi la propriété d'autrui (*res aliena*). Et alors l'héritier est obligé de procurer cette propriété d'autrui ; ou si la volonté du testateur vient se briser contre la souveraineté d'un autre Moi, si cet héritier ne peut pas se procurer matériellement cette chose léguée, il doit tout au moins exécuter de la volonté testatrice ce qui est possible et donner au légataire une valeur d'échange équivalente à celle de cet objet (GAIUS, II, 202 : « ... aut *æstimationem* ejus dare debet ») Cf. tome I, p. 117, note 2.

Ainsi la continuation de la volonté célèbre dans le *legatum rei alienæ* son plus grand triomphe parce que, par ce legs, elle s'affirme vis-à-vis du monde extérieur tout entier comme continuant à s'exercer et à agir. Et c'est pourquoi,

dans un passage dont on n'a pas encore tenu compte, et qui est très clair pour nous, à présent, Gaius nous explique que le *legatum per damnationem* est l'*optimum jus*, précisément parce qu'il permet de léguer la *res aliena*. *Comm.* II, § 197 : « ... optimum autem jus est per damnationem legatum, quo *genere etiam* aliena legari potest... »

Mais si l'héritage est véritablement la continuation de la volonté du mort, cette volonté ne doit pas, comme nous l'avons déjà dit, ne se continuer que peu de temps après la mort (p. 25 sqq.) pour s'éteindre ensuite, ce qui serait suffisant pour la simple transmission de fortune. Elle doit être posée comme se continuant à l'infini, c'est-à-dire tant que l'héritier qui la représente existera : car cet héritier, à son tour, laissera un héritier qui perpétuera la volonté à l'infini. Si donc la volonté est posée comme existant pour tout l'avenir, elle n'a pas à limiter son action au monde qui existe au moment de la mort ; au contraire, son caractère infini s'affirme précisément dans le fait qu'elle peut, à son gré, disposer des choses qui ne seront que dans l'avenir. Elle peut donc disposer de ce qui n'existe pas encore, de l'enfant qu'un jour une esclave mettra au monde, de produits que donnera, plus tard, un champ, etc. *GAIUS*, II, 203 : « Ea quoque res quæ in *rerum natura non est*, si modo *futura est*, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit . »

Il est à peine nécessaire de dire que, dans le legs *per damnationem*, puisque la chose léguée y demeure avant tout la propriété de l'héritier, si un des légataires institués *conjunctim* fait défaut, l'*accrescence* de sa part (contrairement à ce qui se passe dans le legs *per vindicationem*) est en faveur de l'héritier, à l'empire de la volonté duquel la chose léguée est soumise : et ainsi cette part doit demeurer *jure civili* dans la succession (1).

(1) *ULPIEN*, *Fr.* XXIV, § 13 ; *GAIUS*, II, § 206.

XVII. — Le legs « per damnationem », en tant que legs relatif au concept d'héritage, relatif par conséquent à la totalité de la succession, ou « *legatum partitionis* ». L'héritier « *ex certa re* ».

L'idée fondamentale du legs réside dans la transmission de choses, tandis que c'est la *volonté* qui est transmise à l'héritier. Ce qui caractérise le concept particulier du legs *per damnationem*, c'est que ce legs de choses doit avoir son exécuteur dans le continuateur même de la volonté, lequel se voit imposer une action.

Dans le legs *per vindicationem* ne peuvent être léguées que des choses *particulières* ; il est vrai que cette disposition s'applique à toutes les choses particulières sans exception, mais toujours en tant qu'elles sont choses particulières ; il ne saurait en être autrement, puisque, d'après nos observations précédentes, ce legs a pour but essentiel d'enlever et de soustraire la chose à la volonté souveraine du testateur. Il va de soi que dans le legs *per damnationem* cette restriction tombe d'elle-même ; ce legs, en effet, ne s'arrête pas à l'opposition abstraite entre la volonté et la chose, il ne se contente pas d'établir une séparation entre la volonté et la chose, mais il fait de l'héritier même l'exécuteur de ses dispositions. Comme, en principe, le concept du legs ne consiste nullement dans l'opposition entre la totalité et une partie de la succession, mais simplement dans l'opposition indiquée entre la volonté et la chose, il s'ensuit que ce legs particulier peut embrasser, non seulement des choses isolées, mais encore, et au même titre, une part universelle, une quote-part quelconque de la succession. C'est ce qui nous apparaît dans le *legatum partitionem* ; ici encore l'héritier est chargé d'assurer l'exécution, et ce legs n'est donc, en somme, qu'une sous-espèce du legs *per damnationem*.

ULPIEN, *Fr.* XXIV, § 23 : *Sicut singulæ res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta hoc modo, heres meus cum Titio hereditatem meam partito,*



dividito ; quo casu dimidia pars legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quæ species partitio vocatur (1).

Le *legatum partitionis* nous prouve donc de la façon la plus décisive que, contrairement à l'assertion de Gans et à l'opinion généralement admise, le concept véritable du legs n'est pas fourni par l'opposition entre les diverses parties et la totalité de la fortune. Gans répète textuellement à cette occasion : « Le legs est à la succession comme la partie est au tout ! » Nullement ! Le legs est à la succession comme l'objet à la volonté, et c'est uniquement parce que la volonté forme la généralité (non pas l'unité) des objets divers soumis à son influence que dans bien des cas cette proposition de Gans peut être relativement exacte, du moins extrinsèquement ; mais jamais elle ne pourra nous énoncer le concept réel et la signification intrinsèque du legs et de l'hérédité, elle ne sera pas davantage, au point de vue pratique et extérieur, d'une application constante (2).

L'individu auquel profite une semblable disposition acquiert, dans le cas supposé par Ulpien, la totalité de la suc-

(1) Voir GAIUS, *Comm.*, II, § 234.

(2) C'est ainsi, par exemple, que le principe énoncé par Gans est inapplicable, non seulement dans le *legatum partitionis*, mais encore dans le *legatum rei alienæ*, et même dans le legs d'une chose appartenant à l'héritier. En effet, si le concept du legs résidait uniquement dans cette opposition entre les parties et le tout de la succession, on ne pourrait jamais léguer qu'un objet particulier pris dans la succession, pris dans la fortune personnelle du testateur. Mais comme le concept de l'héritage est uniquement la continuation de la volonté, comme d'autre part l'objet conceptuel de la volonté se borne à l'ensemble du monde extérieur, que par conséquent le rapport de l'héritage au legs n'est autre que le rapport de la volonté à son objet, il faut admettre la possibilité de transmettre, même à un objet étranger ; et naturellement Gans (II, 200) n'a pu se rendre un compte exact de ce fait. Nous avons vu plus haut que ce concept ne pouvait expliquer l'hérédité ; nous voyons maintenant qu'il est tout aussi impuissant en présence du simple legs.



cession tout aussi bien que l'héritier ; et Gans tombe dans l'arbitraire, et se met en contradiction avec les faits patents, quand il prétend qu'en réalité le bénéficiaire acquiert cette succession « morcelée en ses parties composantes, en objets » ; non, il acquiert expressément la succession comme totalité : *hereditatem meam partito, dividito*. Il est posé comme devant avoir la même totalité de fortune que l'héritier. Et le légataire, ainsi qu'il ressort des paroles d'Ulpien, peut même obtenir une part bien supérieure à celle de l'héritier, à condition toutefois que la loi Falcidia ne soit pas violée. Et pourtant ce bénéficiaire n'en reste pas moins simple légataire : quelle que soit la nature de ce qui lui est légué, qu'il s'agisse d'un objet séparé ou d'une part à la totalité, le legs s'applique toujours à des choses objectives, à la transmission d'une succession matérielle, à une chose et non pas à la volonté : or, c'est la transmission de la volonté qui seule constitue le concept du droit successoral romain (1).

(1) Ceci est tellement vrai, que jamais il ne peut être donné de choses à l'héritier : par là même qu'il recevrait des choses, il deviendrait légataire. Mais l'héritier, s'il reçoit des choses, ne les reçoit que parce qu'il est, et il est la volonté vivante du testateur ; la volonté exprime du testateur ne saurait lui donner les choses sans le transformer en légataire, ainsi que nous allons le voir. Nous trouvons l'application la plus rigoureuse et la plus intéressante de cette règle dans l'*heres ex certa re*. Lorsque le testateur institue quelqu'un expressément pour une chose déterminée, l'héritier devient le continuateur de la volonté du *de cuius*, et ce caractère suffit pour anéantir et faire disparaître les rapports éventuels entre l'héritier et la chose dont hérite celui-ci ; nous n'avons plus devant nous qu'un héritier pur et simple, comme s'il n'avait pas été fait mention de la chose. Ulpien, l. 1, § 4 de her. inst. (28, 5) : *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio* DETRACTA FUNDI MENTIONE.

L'héritier peut donc être négativement limité à une seule chose, en ce que (par le legs *per vindicationem*) toutes les autres choses sont distraites de la succession, ou encore en ce que l'héritier reçoit mission de les remettre à autrui. Mais la volonté même du testateur ne saurait établir de rapport positif direct entre l'héritier et la chose. La théorie de la volonté, concept essentiel de l'héritage,



De même l'héritier ne perd nullement sa qualité d'héritier, parce qu'il se trouve obligé de céder une part égale ou même supérieure à la sienne propre sur la totalité de la fortune. Par cette cession, il s'affirme précisément comme celui dont le testateur a voulu provoquer l'action, il s'affirme

l'emporte immédiatement et tout rapport immédiat se trouve écarté. Il ne peut rien recevoir du testateur ; dès que l'objet le mieux spécifié lui est donné par le testateur, avec l'application de la formule employée dans l'héritage, cet héritier acquiert immédiatement une nouvelle qualité : il devient le continuateur de la volonté du testateur ; comme tel, il repousse la chose en tant qu'elle lui est donnée, il l'assimile à tous les autres éléments de la succession et la soumet à sa propre souveraineté, souveraineté dont il se trouve investi de plein droit, car il continue la volonté du défunt.

Ce que nous venons d'exposer sur la nature du concept devient plus frappant encore, quand il y a institution, non plus d'un, mais de plusieurs héritiers *ex certa re*. Ici encore, en vertu du concept de droit civil, chacun d'eux devient héritier pour une part égale, comme si l'institution n'avait pas trait à une chose bien déterminée ; la chose ajoutée se transforme en legs *per præceptionem*. Ainsi se trouve confirmé ce que nous disions au commencement de cette note : le testateur ne peut rien donner à l'héritier comme tel, sans le transformer immédiatement en légataire ; mais en fait, et par la simple opération du concept, l'héritier devient légataire pour la chose donnée. ULPYEN, l. 35, pr. *de her. inst.* (28, 5) : « *Dicebam RECEPTUM ESSE, RERUM HEREDEM institui posse.* (La simple affirmation que d'une certaine façon il pouvait y avoir institution de *rerum heres*, aurait dû surprendre nos auteurs et provoquer leurs recherches, puisque toujours ils ont considéré l'héritier essentiellement comme un *rerum heredem* : « *nec esse inutilem stipulationem ; sed ita ut officio Judicis familiæ heredis cognoscentis contineatur, etc., etc. ; erunt quidem heredes ex æquis partibus quasi suis partibus instituti ; verumtamen officio Judicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictum est adjudicetur aut attribuat.* » PAPINIEN, l. 78, pr. *cod. tit.* : « *... jure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendæ hereditatis supremam voluntatem, etc.* » GAIUS, l. 17 *de test. mil.* (29, 1) : « *Si certarum rerum instituerit miles, veluti alium urbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos instituisset, resque omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset.* »

comme le véritable continuateur de la volonté, comme l'héritier du défunt.

C'est parce qu'il a méconnu ce concept, le seul admissible, que Gans est inévitablement arrivé à parler du legs *partitionis* comme d'une *impropriété*; d'après lui, la raison se vengeait de cette *impropriété* par ce simple fait que les dettes passent uniquement à l'héritier et qu'en conséquence, ce dernier doit convenir avec le légataire, pour sa garantie personnelle, de certaines stipulations *partis et pro parte* relativement à ces dettes. Mais dans cette particularité il conviendrait plutôt de voir le corollaire absolument logique du concept de l'héritage civil; le légataire n'a reçu qu'une part de l'actif du patrimoine et n'a donc nullement à s'occuper des dettes, du passif.

Le testateur peut donc imposer à l'héritier la cession d'une part égale ou même supérieure à celle qu'il reçoit lui-même; il ne saurait cependant lui enjoindre de distribuer la totalité en tant que totalité. Bien qu'il puisse en effet le charger de répartir le patrimoine tout entier, en disposant de chaque objet pris isolément; bien qu'il puisse, par des legs *per vindicationem*, distraire tous les objets l'un après l'autre et les soustraire à la volonté de l'institué, il n'en léserait pas moins, ainsi que nous l'avons vu plus haut, le concept formel de l'héritier, en l'obligeant à répartir la totalité comme totalité. Considéré comme simple tout, le patrimoine d'une personne n'exprime plus seulement des choses distinctes, ni même un ensemble de choses; il exprime la réalité de la volonté de cette personne, l'existence réelle et immédiate de cette volonté subjective. A cette heure, l'héritier est chargé de représenter lui-même l'existence réelle de la volonté testatrice: il semble donc y avoir contradiction à lui dénier cette réalité qu'il doit cependant représenter, à la lui dénier comme telle, comme simple unité. Au cas où cette contradiction serait cependant inévitable, cette négation devra toujours tenir compte de ce droit formel de l'héritier, elle devra donc recourir à la prière (où le fidéicommiss), jusqu'au moment où cette prière se



transformera en obligation, après la considération raisonnée de ce fait, qu'en droit civil, des dispositions particulières permettaient d'atteindre le même but.

En ce qui concerne le fidéicommissaire, le fidéicommiss apparaît donc comme une émanation du legs *per damnationem*.

XVIII. — L'extinction du legs « per damnationem ». Contradictions posées en lui : le « legatum sinendi modo ».

Nous venons de montrer que dans le legs *per damnationem*, non moins que dans le legs *per vindicationem*, bien que par un procédé contraire, le concept du testament échoue à s'appliquer. La disposition testamentaire est devenue l'attribution, à l'héritier, d'une chose en toute propriété ; en d'autres termes, c'est actuellement une donation entre vifs ; il se produit donc ce que nous avons constaté par la nécessité de l'action de mancipation : il faut tout d'abord que l'héritier confère la validité à cette assignation de fortune, qui ne saurait avoir de validité qu'autant qu'elle est la volonté du défunt.

Le testament essaie donc de se soustraire à la négation, et, tout en agissant par l'intermédiaire de l'héritier, il veut écarter cet héritier et donner par lui-même ce qu'il donne.

Ce nouvel effort aboutit à la troisième et dernière forme du legs, le *legatum sinendi modo* ; mais il ne réussit qu'à faire apparaître très clairement les contradictions jusque-là cachées dans l'essence intime du legs ; si bien que le *legatum sinendi modo* n'est en dernière analyse que la désagrégation complète de l'idée même du legs : au fur et à mesure que les contradictions impliquées dans le concept se feront jour, les opinions contraires ne pourront pas manquer de se rencontrer en des chocs terribles.

Voici la formule de ce legs : *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi que habere* (1). Rien que par les termes employés nous pouvons

(1) GAIUS, II, § 209.

comprendre le véritable concept de ce legs. Ici ce n'est plus le testateur lui-même qui donne immédiatement, comme dans le legs *per vindicationem*; il se contente d'agir par l'intermédiaire de l'héritier qu'il charge d'exécuter sa volonté dernière. C'est donc un legs *per damnationem*, comme l'indique d'ailleurs la formule employée: *damnas esto*. Mais d'autre part il importe d'écarter à son tour l'héritier, pour que le testateur apparaisse lui-même comme personne agissante. L'action imposée à l'héritier se réduit donc à une simple abstention, à la non-revendication de son droit d'héritier, c'est de la passivité. Pour que le testament apparaisse donc véritable force efficiente, il suffit que l'héritier garde une attitude passive, en d'autres termes qu'il permette au légataire de revendiquer comme sienne et de posséder, tout comme dans le legs *per vindicationem*, mais cette fois en vertu du testament, la chose en question; on a donc été logique en empruntant au legs *per vindicationem* ses expressions et sa formule: *sumere sibi que habere*. Mais ce caractère du legs *per vindicationem* est détruit par ce fait que le legs doit passer par l'héritier et que par conséquent nous sommes en présence d'un legs *per damnationem*; ce second caractère, de son côté, se trouve détruit par ce fait que l'héritier doit bien se garder d'entrer en scène et que le légataire doit acquérir la possession directement en vertu du testament, que par suite il s'agit d'un legs *per vindicationem*; et cette action destructive réciproque s'exerce ainsi à l'infini. Le *legatum sinendi modo* n'est donc pas la conciliation du legs *per damnationem* et du legs *per vindicationem* (1); ce qui s'y manifeste simplement, c'est la contra-

(1) Telle est l'opinion de GANS (II, 201). Gans doit nécessairement s'arrêter à cette conception, parce qu'il n'a pas remarqué la contradiction intime impliquée par le legs *per vindicationem* aussi bien que par le legs *per damnationem*: dans les deux cas, ainsi que nous l'avons précédemment exposé en détail, la continuation de la volonté voulue par le testament se trouve à la fois détruite et réalisée. Ce développement était nécessaire pour fournir la critique objective du droit testamentaire discuté plus haut.



diction intime de chacun de ces legs, et l'on y voit, sous une forme objective, l'impossibilité naturellement impliquée dans le concept intégral du legs et du testament. La volonté peut bien dire : *Je veux que Titius soit ma propre existence !* sans encore pour cela se contredire essentiellement. Elle ne fait encore qu'établir un postulat impossible qui se trouve contredit par la réalité ; rien ne pourra empêcher que Titius ne soit et ne reste, durant toute l'éternité, une volonté subjective distincte de celle qui veut l'absorber. Si maintenant la volonté va plus loin, si, pour prouver sa continuation réelle, elle veut se distinguer d'elle-même et prendre des dispositions réelles (établir des legs), il est évident que l'impossibilité primordiale impliquée par le concept fictif va percer de toutes parts et se mettre en contradiction manifeste avec la volonté ; et tous les efforts tentés pour résoudre cette contradiction intime où la volonté tombe inévitablement dans le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, aboutissent forcément, puisque cette contradiction constitue la destinée nécessaire de la volonté, à faire clairement ressortir, à nettement extérioriser cette contradiction ; en d'autres termes, on arrive à la désagrégation complète du legs. Mais cette désagrégation, notre esprit toujours infatué de sa propre substance la regarde naïvement comme une troisième forme, une forme nouvelle.

Nous donnons tout de suite la démonstration détaillée de nos paroles. Pour découvrir une première conséquence de cette désagrégation totale réalisée dans le *legatum si-nendi modo*, on n'a qu'à remarquer qu'à chaque pas il y a choc entre les controverses relatives à cette question et qui ne sont que l'expression des contradictions posées dans ce legs. Et qu'on ne vienne pas soutenir que ces controverses sont celles des deux écoles ; elles ne découlent pas en effet d'une manière différente d'envisager la question, ni d'une contradiction *intrinsèque* ; on est précisément en face de la manifestation *extérieure* de cette contradiction. Une seule chose est certaine dans le legs : le testateur ne peut, de cette façon, léguer que ses objets personnels ou encore



ceux qui, au moment de sa mort, appartenait déjà à l'héritier ; il ne peut léguer *res aliena* (1).

Ce point était nécessaire en deux sens. Il faut que le testateur puisse ainsi léguer la chose de l'héritier : ce legs, en vertu de l'identité de volonté existant entre le testateur et l'héritier, agit comme un mandat donné à l'héritier ; il dépose donc au même titre des objets soumis à la volonté de l'héritier et de ceux soumis à la volonté du testateur. Mais en tant que ce legs ne donne mandat à l'héritier que de ne pas s'opposer à un acte déterminé, il ne peut inciter l'héritier à faire un acte quelconque extérieur, il ne peut donc l'obliger à se procurer et à livrer la chose indiquée.

Toutefois, à partir de ce point, le désaccord règne sur toutes les questions, et je ne vois pas le moyen d'apaiser cette querelle, puisqu'elle n'est précisément que la manifestation extérieure de la contradiction intrinsèque constatée dans le concept. Le premier point litigieux est naturellement celui-ci : la validité du legs exige-t-elle absolument que la chose ait appartenu à l'héritier au moment déjà de la mort du testateur, ou suffit-il que l'héritier en acquière après coup la propriété ? Ce qui est indiscutable, c'est ceci : il n'est pas du tout indispensable que la chose ait déjà appartenu à l'héritier lors de la confection du testament ; ce legs n'est pas une séparation immédiate de la chose ; c'est tout simplement une injonction faite à la volonté de l'héritier ; il suffira donc amplement que la chose relève de la volonté de l'héritier au moment précis où, grâce à l'adition ultérieure et à son effet rétroactif, la volonté de l'héritier s'est réellement identifiée avec celle du *de cuius*, où par conséquent le premier devient le continuateur effectif du second.

Mais faut-il en outre que la chose appartienne à l'héritier au moment même de la mort du testateur, ou suffit-il, pour assurer la validité du legs, que l'héritier fasse ultérieurement l'acquisition de la dite chose ? Cette question est absolument insoluble. D'une part, en effet, la volonté du testa-

(1) ULPEN, *Fr.* XXIV, § 10 ; GAIUS, II, § 240.



teur, devenue efficace à la mort même de ce dernier, n'a déterminé l'héritier qu'à une *abstention* ; elle ne pouvait donc disposer que des choses qui, à ce moment, étaient sa propriété personnelle. Or, pour nous servir de termes plus expressifs : Par le *legatum sinendi modo*, le testateur se proposait justement de supplanter l'héritier et d'apparaître lui-même comme le donateur testamentaire ; c'est même pour cette raison qu'il a dédaigné le legs *per damnationem*. C'est ainsi qu'il pouvait disposer des choses appartenant à l'héritier ; mais d'après le concept de ce legs, c'est précisément en tant que personne agissante, et conséquemment en tant que futur acquéreur, que le testateur doit être écarté ; pour se continuer avec une logique entière, ce concept exige donc qu'il ne puisse pas s'appliquer aux acquisitions futures faites par l'héritier. Mais, par contre, la volonté que le *de cuius* imprime à l'héritier est une volonté permanente. Ainsi que nous avons eu plus d'une fois l'occasion de le constater, le concept de l'héritage implique avant tout ceci : l'héritier est l'existence non pas durant un instant précis après la mort du *de cuius*, mais il est cette existence continuée de la volonté du défunt. Il faut donc que l'héritier puisse toujours s'abstenir, c'est-à-dire permettre tout ce qui pourra découler de sa seule abstention. De même que dans le legs *per vindicationem*, le testateur ne dispose pas directement de la chose, mais de la volonté même de l'héritier ; l'effet devra donc être un effet durable, quel que soit d'ailleurs le temps où la chose devient la propriété de l'héritier. Peu importe donc qu'on se déclare partisan de l'une ou l'autre opinion. Elles sont justes et fausses au même degré et ne figurent que la collision inévitable entre les contradictions conceptuelles notées précédemment : il est impossible d'apporter une solution quelconque fondée sur le droit civil. Et la constatation que même la première opinion a trouvé des défenseurs, plus nombreux même, au témoignage de Gaius, que les adeptes de la seconde, prouve tout simplement la force avec laquelle la conscience romaine était conquise par le concept du legs tel que nous l'avons développé : il est



une réapparition et un mouvement offensif du testateur qu dans le legs *per damnationem* s'était vu évincé par l'héritier. « Quod si *post mortem* testatoris ea res heredis esse coeperit, *quæritur*, an utile sit legatum, et plerique putant inutile esse. »

Mais cette même contradiction apparaît avec plus de force encore, si nous abordons la question de savoir comment la chose ainsi léguée peut en somme devenir la propriété de l'héritier.

Dans ce cas, la disposition législative du legs *per vindicationem* n'a pas établi la chose immédiatement comme la chose propre du légataire ; en d'autres termes, la chose n'est pas encore, ainsi que dans le legs *per vindicationem*, détachée et retranchée de la souveraineté du *de cujus* continuée dans la volonté de l'héritier ; — c'est précisément cette négation de sa propre volonté réalisée dans le legs *per vindicationem*, que le *de cujus* veut éviter en atteignant la chose comme la sienne propre ; — la chose relève donc encore de la volonté souveraine de l'héritier, elle lui appartient encore ; il appartiendra donc à l'héritier d'en faire la chose du légataire. C'est dans ce sens que GAIUS nous dit : « Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed *manct heredis* eo usque donec is heres tradendo vel mancipando vel in jure cedendo legatarii eam fecerit, *ita et in sinendi modo legato juris est* ; et ideo hujus quoque legati nomine in personam actio est : *Quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.* »

Mais du moment que dans ce legs *sinendi modo* l'héritier doit avoir recours à la mancipation pour faire de la chose ainsi léguée la propriété du légataire, le *legatum sinendi modo* ne peut plus être considéré comme une espèce particulière du legs ; il est devenu un legs *per damnationem* ordinaire. Dans le but d'apparaître et d'agir en tant qu'elle-même, la disposition testamentaire s'est proposé de s'écarter du legs *per damnationem* et de créer précisément une nouvelle espèce de legs ; or, elle a complètement manqué



ce but, et, tout comme dans le legs *per damnationem*, elle a dégénéré en un *acte entre vifs*, et c'est cet acte qui en réalité lui confère la force et l'efficacité nécessaire à toute translation de fortune.

Cependant, d'après son concept, ce legs avait justement pour objet d'évincer l'héritier en sa qualité de donateur et de lui substituer le testateur, en vertu de la disposition testamentaire ; il avait donc pour objet d'éluider cet *acte entre vifs* ; c'est même pour cette raison que l'héritier a simplement reçu la mission de *laisser faire*, tandis que le légataire, ainsi que dans le legs *per vindicationem*, a reçu l'ordre de *sumere sibi que habere*. D'après tout cela, la conclusion tirée est forcément inexacte et il n'y a nul besoin, pour l'héritier, de faire acte de mancipation, de cession *in jure*, de tradition. C'est pour cela que GAIUS continue, II, § 214 : « Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in jure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiat, quia nihil ultra ei testator imperavit quam ut sinat, id est patiat, legatarium rem sibi habere. »

Tout ce que nous venons de dire montre clairement que cette opinion ne repose pas simplement sur des subtilités de mots ; comme cette formule n'est après tout que l'expression même du concept, cette opinion est fondée sur le concept essentiel du legs.

Et pourtant cette manière de voir n'est pas moins erronée que la précédente. Il est manifeste, en effet, que de cette façon la propriété de la chose ne saurait passer au légataire. Par quel intermédiaire se serait faite cette translation ? Le testateur n'a pas soustrait la chose à la volonté souveraine de l'héritier, et personne ne s'avisera jamais de prétendre que le légataire soit en droit de la revendiquer ; tout ce que le légataire obtient, c'est, d'après la remarque, fort juste de Gaius, une *in personam actio* contre l'héritier. En imposant à l'héritier une obligation précise relative à cette chose, le testateur reconnaissait que cette chose, au moment de sa mort à lui, devait être soumise à la volonté



de l'héritier, par conséquent, être la propriété de ce dernier : il n'est personne qui élève des objections à cet endroit. Mais, du moment que la chose appartient à un vivant, son aliénation doit forcément s'opérer d'après les seules formules capables d'effectuer une telle aliénation entre vifs ; il s'ensuit que dans ce cas, non moins que dans le *legatum per damnationem*, la mancipation, etc., est également indispensable pour transférer la propriété. Nous voyons ainsi réapparaître la contradiction mentionnée plus haut, et nous pouvons conclure que sans jamais s'arrêter, les deux opinions continueront à se renvoyer la balle.

Nous avons donc raison de voir dans le *legatum sinendi modo* la désagrégation complète et l'échec final du legs en général, l'extériorisation de la contradiction intrinsèque impliquée dans le concept même du legs, et de considérer cette extériorisation elle-même comme la manifestation extérieure de la nature fictive attribuée au concept d'hérédité, grâce à laquelle la volonté, bien qu'éteinte, veut continuer à exister et même agir comme si réellement elle existait encore.

Une autre conséquence de cette contradiction contenue dans le concept nous amène à la constatation suivante : la controverse ne sera pas moins inextricable quand il s'agira de déterminer ce qui arrivera si le testateur emploie le *legatum sinendi modo* pour léguer la même chose *disjunctim* à plusieurs légataires. Quand la même chose est léguée, *per damnationem*, à deux légataires, l'héritier la doit en totalité à chacun des légataires (1). La volonté de l'héritier a reçu l'ordre de la remettre à l'un comme à l'autre ; après l'avoir livrée au premier, l'héritier devra donc, tout comme dans la *res aliena* dont le propriétaire ne veut pas se dessaisir, faire son possible pour exécuter l'autre partie du legs ; et s'il lui est impossible de procurer la chose en sa

(1) ULPYEN, *Fr.* XXIV, § 43 : « Quod si disjunctim, singulis solidum debetur. »



réalité matérielle, il doit au moins en remettre au second légataire la valeur commerciale (1).

Mais qu'arrivera-t-il dans le *legatum sinendi modo* ? La chose léguée se trouve subordonnée à la volonté de l'héritier ; celui qui a reçu l'ordre identique, pour chacun des deux légataires, d'abandonner à l'un et à l'autre une chose qui, au moment même du *de cuius*, appartenait à ce dernier ou encore à l'héritier, et pouvait donc être léguée *sinendi modo*. L'héritier doit donc cette chose, et de la même façon à chacun des deux légataires, et il est tenu, vis-à-vis de chacun d'eux, d'assurer l'existence à la volonté du testateur. Après avoir laissé le premier légataire prendre la chose elle-même, il n'en est pas moins obligé de s'acquitter, à l'égard du second, de l'obligation imposée à sa volonté ; et, semblablement à ce qui se passe à propos de la *res aliena* impossible à procurer, il sera tenu de donner ce qui pour les hommes remplace la chose, autrement dit, de laisser le second légataire en prendre la valeur commerciale (2). En d'autres termes : puisque le laisser-faire représente quand même un acte interne de volonté, celui de ne pas faire usage de son droit, il s'ensuit que le *legatum sinendi modo*, comme nous l'avons vu précédemment, revient toujours à un *legatum per damnationem*, et que par suite l'obligation est la même. Nous irons même plus loin : puisque le laisser-faire est toujours un acte de volonté, on peut soutenir que l'héritier doit une indemnité au second légataire pour avoir laissé enlever par un autre, c'est-à-

(1) GAIUS, II, § 205 : « Si vero disjunctim singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri æstimationem ejus præstare debeat. »

(2) Gans est donc dans l'erreur quand, à propos de cette dernière controverse, il avance que l'opinion suivante est plus logique, à cause du terme *laisser*. (Remarquons que cet auteur ne développe pas ces controverses, parce que le véritable concept du testament lui échappe, le concept qui se fait jour, mais échoue dans ces controverses.) L'héritier pourrait tout aussi bien *laisser* le second légataire prendre la valeur commerciale de la chose.

dire par le premier légataire, la chose destinée au second et que lui, l'héritier, détenait sous la puissance de sa volonté souveraine (1).

C'est précisément cette opinion qui a le plus prévalu (2).

Mais l'héritier peut rétorquer l'argument et dire avec tout autant de raison : en faisant un *legatum sinendi modo*, le testateur s'est précisément proposé de me mettre hors de cause et d'apparaître lui-même comme le véritable donateur. Les seules parties actives qu'il y ait dans ce legs, la partie donnante et la partie prenante, sont le testateur et le légataire ; moi-même je me tiens à l'écart, je laisse faire, et cela vis-à-vis du second légataire qui ne trouve plus la chose en ma possession, aussi bien que vis-à-vis du premier arrivé, qui trouve encore la chose en ma possession. C'est dans ce sens que GAIUS, II, 215, nous rapporte : « Major illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disjunctim elegasti ; *quidam putant utrisque solidum deberi, sicut per damnationem ; nonnulli occupantis esse meliorem conditionem æstimant quia cum in eo genere legati damnetur heres patientiam præstare, ut legatarius rem habeat, sequitur ut si priori patientiam præstiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiat eam ab eo sumi neque dolo malo facit quo minus eam rem haberet. »*

Telles sont les trois formes de legs, dont les autres (*legatum per præceptionem* et *legatum per partitionem*) ne sont que des variétés. Pour se montrer fidèle à son propre concept, d'après lequel il devait exprimer l'opposition entre le legs d'une chose et le legs de la volonté, le legs apparut d'abord sous la forme du *legatum per vindicationem*. Mais la volonté testatrice ne tarde pas, dans ce legs, à se mettre

(1) C'est à ce but que tend le dernier argument mis en avant, chez Gaius, par les défenseurs de la première opinion : GAIUS, II, § 215 ; « *neque dolo malo fecit, quo minus eam rem haberet.* »

(2) CELSE, l. 14 *de usu et usufr.* (33, 2).

en contradiction avec elle-même, puisque d'une part elle veut faire voir, sur la chose, la continuation de son existence, et que, d'autre part, elle arrive plutôt à se nier elle-même ; le *legatum per vindicationem* se trouve donc amené à dépasser son propre cadre et à se transformer en *legatum per damnationem*, dans lequel la volonté testatrice affirme sa permanence et sa continuation, en cédant la chose comme la sienne propre. Et, cependant, dans cette réalisation aussi adéquate que possible et sous cette forme absolument parfaite, le legs, tout en ne s'opposant plus subjectivement au concept d'héritage qui maintenant le pénètre jusqu'à lui servir d'intermédiaire, n'en est pas moins un acte par lequel la volonté testatrice se renie elle-même : la disposition testamentaire a complètement disparu pour faire place à un *acte entre vifs*.

Voulant réagir contre cette négation d'elle-même, voulant d'autre part faire ressortir son action et son influence propres, la volonté du défunt crée le *legatum sinendi modo* ; mais l'unique résultat auquel il puisse logiquement aboutir, c'est l'extériorisation et l'opposition manifeste et positive des contradictions jusque-là purement intérieures ; et à partir de ce moment, ces contradictions n'existent plus simplement comme contradictions internes, dans le concept et pour le concept, elles sont devenues externes, elles existent par conséquent pour le droit positif. C'est pour cette raison qu'à tout instant naissent, en foule, ces controverses interminables, qui ne sont, en définitive, que la réalisation objective de la désagrégation du legs, de l'échec que par suite de son impossibilité matérielle il inflige au concept du testament. Et c'est ainsi que le concept d'héritage trouve lui aussi sa seule critique vraie dans sa représentation objective et son développement. Mais tant que l'esprit reste plongé en lui-même, tant qu'il n'a pas acquis une claire conscience de lui-même, il ne peut regarder comme critique cette critique qu'il fait lui-même, dans son instinct de développement. Il n'y voit qu'une nouvelle production objective, et le *legatum sinendi modo*, qui n'est que la désa-



grégation extériorisée du concept de testament, lui semble tout bonnement une nouvelle et troisième forme du legs, laquelle vient paisiblement s'ajouter aux deux autres.

XIX. — L'Evolution historique du legs. Le « Senatusconsultum Neronianum » et Justinien.

La transformation ultérieurement opérée dans le legs par le *SC. Neronianum* et enfin par Justinien, n'aurait guère besoin d'être analysée plus en détail, puisque son évolution, amenée par le dépérissement progressif du concept, est absolument analogue à celle que nous avons exposée tout au long à propos du fidéicommiss et de la *querela inofficiosi* : quiconque voudra donc se rapporter aux considérations précédentes et les rapprocher de notre sujet actuel, n'aura pas la moindre difficulté à comprendre le legs.

Voici comment nous pourrions esquisser à grands traits cette évolution : au milieu des différences rencontrées dans la théorie des legs il y avait un principe organique de classification ; comme nous l'avons vu plus haut, ce principe était l'effort constant par lequel la volonté testatrice, dans l'acte qui, dans les dispositions relatives aux legs, affirmait et manifestait au dehors la continuation de cette volonté, voulait établir qu'elle seule existait, qu'elle seule pouvait compter vis-à-vis de la fortune aussi bien que vis-à-vis de l'héritier ; mais cet effort, par lequel la volonté tendait à se différencier complètement, à se faire ressortir, n'aboutit jamais, ainsi que nous l'avons vu également, au moindre résultat heureux ; bien plus, il dégénéra toujours en son juste contraire, et manifesta de plus en plus clairement que cette volonté avait disparu dans le légataire ou l'héritier ; et la troisième espèce de legs, le *legatum sinendi modo*, se réduisit finalement à l'énoncé positif des contradictions entre les desseins de la volonté et le terme qu'elle atteignait. Mais par le fait même que cette forme de legs exprime tout simplement l'échec de cet essai de différenciation, non cou-



ronné de succès, toutes les différences mises en avant pour ces formes de legs, deviennent nécessairement indifférentes et sans valeur.

Le *de cujus* doit comprendre à cette heure qu'il ne pourra jamais, dans tout ce qui touche au droit successoral, atteindre, pour sa volonté, une continuation plus hante ni plus pure que celle qui s'établit chez l'héritier ; il doit comprendre combien est grande son illusion quand il veut nous prouver que, même vis-à-vis de l'héritier et en dehors de la volonté personnelle de cet héritier, lui seul, le *de cujus*, continue à vouloir. Par l'étude détaillée de toutes ces différences il a vu qu'en poursuivant ce but il est tout simplement tombé de Charybde en Scylla : au lieu d'être absorbé par l'héritier, il est maintenant, sort bien pire, absorbé par le simple *bénéficiaire des biens*. La seule voie de salut qui lui reste, c'est de fermer les yeux sur son absorption par l'héritier et de faire surtout ressortir cet autre côté : il a dans l'héritier le continuateur de sa volonté. Mais il ne pourra convenir de l'absolue indifférence de ces différences, il n'avouera pas qu'il s'épuise en efforts stériles en cherchant la solution d'un problème insoluble, il n'aura le courage et la résignation nécessaire pour un tel aveu que le jour où, depuis quelque temps déjà, il se sera familiarisé avec l'idée de son absorption par l'héritier, c'est-à-dire qu'il fera cet aveu quelque temps après l'entrée en vigueur de la loi Falcidia dont l'action et la signification consistent précisément, ainsi que nous l'avons vu, dans cette particularité.

Ainsi donc le concept et l'évolution chronologique, comme du reste tout le développement de l'héritage, parallèle en cela au système des legs, se trouvent, en la plus parfaite des harmonies, amenés devant la brèche principale, que le Sénatus-consulte, publié sous Néron et appelé, pour cela, le *Senatusconsultum Neronianum*, a pratiqué dans la dogmatique des différences en matière de legs. Ce Sénatus-consulte décrète que tout legs spécifié, qui serait caduc dans son objet spécifié — ainsi le legs *per vindicationem*, parce



qu'aux deux moments (du testament et de la mort), la chose léguée n'était pas propriété quiritaire du testateur, ou encore un *legatum sinendi modo*, parce que la chose est *res aliena* — n'en reste pas moins subsister comme legs *per damnationem*, comme s'il avait été fait *optimo jure*. ULPYEN, *Fragm.* XXIV, § 11^a nous dit ceci :

« Si ea res, quæ non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset ; optimum autem jus legati per damnationem est. »

Quand on se place au point de vue juridique, on peut voir, dans ce Sénatus-consulte, un accroissement de liberté en matière de legs, par conséquent un progrès réalisé ; on peut même y voir tout ce que l'on veut. Mais quand on part du concept envisagé dans toute sa rigoureuse logique, il faut bien admettre que ce Sénatus-consulte, en conformité précise avec la prescription matérielle édictée par lui, n'a qu'une seule signification ; il n'abolit pas les différences entre le legs *per vindicationem*, le legs *per damnationem* et le *legatum sinendi modo*. Chacun de ces legs doit en effet continuer à subsister avec son caractère particulier et ses effets particuliers admis en droit civil, pourvu que le droit civil ne prohibe pas le mode de legs employé. Les différences des legs subsistent donc et sont maintenues comme telles. Mais si le legs était nul dans sa forme spéciale déterminée, il modifierait de lui-même sa forme, toutes les différences perdraient les unes vis-à-vis des autres leur force distinctive et exclusive et le legs ne serait plus à considérer que comme un legs pur et simple, un legs *per damnationem*.

Cela revient à dire : Les différences constatées dans la dogmatique des legs subsistent toujours, mais elles deviennent indifférentes et comme telles on les laisse de côté. Le *Senatusconsultum Neronianum* est l'aveu désolé du testateur épuisé : « A quoi bon, tout cela revient au même ! »



Mais du moment que les différences sont données comme indifférentes, elles sont déjà supprimées en elles-mêmes ; et alors Justinien n'aurait donc fait qu'exprimer ouvertement une chose qui s'était accomplie intérieurement par le *Senatusconsultum Neronianum* ; il a tout simplement pris à la lettre l'aveu dont nous venons de parler à l'instant, il a traduit les faits en paroles, lorsque, dans la constitution déjà mentionnée plus haut, il nous dit : toutes les différences dans la dogmatique des legs ne sont que de simples subtilités (*quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet ?*) que même avant lui on avait trouvées insupportables (*quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit, etc.*) ; et il déclare qu'il veut ramener tous les legs à une seule espèce (« omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere ? »)

Mais ce fait de *prendre le testateur au pied de la lettre* entraîne précisément, quant au fond, une différence notable entre l'ordonnance de Justinien et le *SC. Neronianum*, et il faudra bien se garder de la négliger.

Le *Senatusconsultum Neronianum* reconnaissait encore l'existence des différences dans la dogmatique du legs, et tout legs, à condition d'être fait d'après un mode valable, produisait encore son effet particulier, le legs *per vindicationem* produisait l'*actio in rem*, le legs *per damnationem* l'*actio in personam*, etc. En décidant que tout legs, nul en son caractère particulier, n'en subsisterait pas moins en tant que legs pur et simple ou legs *per damnationem*, le *de cuius* avait bien établi le caractère indifférent de ces différences et avait avoué « que tout cela revenait au même ». Mais cet aveu ne concernait que les différences et ne valait que pour nous ; quant au *de cuius* lui-même, il se rattachait, comme nous l'avons montré plus haut, à l'autre côté de la chose, à ce qui lui restait de l'apparence positive.

Ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, le legs *per damnationem*, par le fait même que l'acte de donner



est accompli par la volonté continuée, c'est-à-dire l'héritier, réalise, sous la forme la plus adéquate, le concept de l'héritage ; c'est justement à ce titre qu'il est le legs par excellence (*legatum optimo jure*), le legs pur et simple. Et parce que n'importe quel legs, nul en sa forme particulière, n'en subsiste pas moins comme legs pur et simple, *legatum optimo jure*, le *de cuius* se raccroche à cette fiche de consolation et se dit que de cette façon il aura quand même l'affirmation et la continuation suprêmes de sa volonté ! Après avoir totalement échoué dans sa tentative de se différencier de l'héritier et de s'opposer à lui comme le seul principe agissant, tentative basée d'abord sur le legs *per vindicationem* et ensuite sur le *legatum sinendi modo*, ce legs *per damnationem* transformé, il se retourne maintenant (les yeux fermés, pour ne pas voir les résultats de sa propre manière de faire ni les résultats de sa propre dogmatisation) vers cette consolation illusoire de se dire qu'il aura toujours, dans l'héritier, la continuation la plus parfaite de sa volonté, et que tout legs, à défaut de mieux, serait, tout au moins, *per damnationem*, l'affirmation suprême de sa volonté, qu'il aurait donc force de loi pour l'héritier.

Malheureusement il ne tardera pas à reconnaître l'inanité de cette consolation illusoire, d'abord en ce qui concerne le droit successoral proprement dit ; puis il la verra s'évanouir sans espoir de retour dans les questions parallèles relatives au legs : en fin de compte, cette prépondérance accordée au legs *per damnationem* implique déjà la caducité de ce legs, la disparition de sa signification consolante.

En quoi le *de cuius* a-t-il en effet vu échouer ses efforts ? Tout simplement en cette tentative d'user du legs pour affirmer par là que lui seul était le véritable donataire et manifestait ainsi sa volonté, même par delà sa mort. Le legs n'avait, au point de vue conceptuel, aucune autre raison d'être ; c'est sur cette tentative que s'appuyait, en principe, toute sa dogmatique, c'est d'elle que provenaient enfin



toutes les différences introduites peu à peu. Or, c'est précisément ce dessein spiritualiste conceptuel que le *de cuius* voulait mettre à exécution dans le legs et qui a fait naufrage. L'aveu résigné : « A quoi bon, tout cela revient au même ! » que le *de cuius* nous a fait, dans le *SC. Neronianum*, relativement à la *forme* du legs, s'applique tout aussi bien au *fond* du legs ; le *de cuius* avoue qu'il ne peut aboutir dans ses tentatives de se mettre lui-même au premier plan dans l'acte du legs, et de nous faire accroire que le principe qui vaut et l'emporte dans la forme du legs est sa propre volonté continuée ; il avoue que le legs se réduit tout bonnement au don de choses : quelle que soit d'ailleurs la forme du legs, on ne fait que donner, et donner, c'est toujours donner, et rien autre chose.

Cet aveu de l'indifférence absolue dans la forme du legs exprime donc, même pour ce qui concerne le fond de l'idée de legs, un revirement décisif, l'altération totale du principe même.

Primitivement le legs ou la chose ne devaient être que le terrain sur lequel et dans lequel le défunt devait manifester et affirmer, vis-à-vis de l'héritier, la vie de sa volonté, avec ses divers mouvements oscillatoires ; le legs ou la chose n'avaient donc d'autre signification que d'être le terrain que le défunt devait animer de ses tressaillements ; mais au lieu d'être le terrain de la volonté, la chose en est maintenant devenue le fond, le contenu. Bien loin d'être la simple résonance de ce subjectivisme qui montre précisément toute sa vivacité, en se manifestant extérieurement sur la chose, son contraire absolu, le legs acquiert à ce moment là signification substantielle de n'être plus qu'une simple translation de patrimoine. Le concept actif du legs a donc dégénéré en son juste contraire, il a sombré dans la chose et la partie prenante. Il est devenu cet acte, par lequel la volonté se détruit elle-même : une simple translation de choses. De même que, depuis la loi Falcidia, la volonté subjective a trouvé son destructeur négatif et par conséquent son tombeau dans l'héritier, qui devait justement la continuer, de

même, grâce au *SC. Neronianum*, par lequel elle devait se différencier de l'héritier et s'opposer à lui comme volonté toujours existante, elle trouve maintenant, pour ce qui est du legs, son tombeau dans le simple bénéficiaire de patri-moine, dans le légataire.

Toutes ces conclusions sont impliquées dans le *SC. Neronianum* et son aveu que la forme n'importe nullement dans le legs; mais nous pouvons aller plus loin et dire que le legs *per damnationem* comme tel — c'est-à-dire le legs *per damnationem* dans sa signification conceptuelle spécifique, en tant qu'il est l'expression la plus adéquate de la volonté continuant à exister surnaturellement — a sombré pareillement.

Il nous sera facile d'établir qu'en principe le legs *per damnationem* a déjà sombré, bien qu'en apparence on lui accorde le premier rang parmi les diverses formes de legs: le legs *per damnationem* qui admet n'importe quelle forme et peut être contenu dans un legs *per vindicationem*, un legs *sinendi modo*, etc., ne peut plus, quant à la signification, être identique avec le primitif legs *per damnationem* qui, lui, était exclusivement lié à sa forme particulière dont la nature spécifique autorisait précisément à désigner ce legs comme *optimum jus*. Par le fait même que le legs *per damnationem* est donné comme le legs général, impliqué dans tout autre legs, sous prétexte qu'il est *legatum optimo jure*, il perd ce qui lui conférait cette qualité d'être *optimo jure*; ce legs *per damnationem* n'est donc plus ce qui ne lui venait que de sa forme, il n'est plus legs *per damnationem*, c'est-à-dire cet acte par lequel le *de cuius*, agissant dans l'héritier, prouvait jusqu'à la dernière évidence que ce legs était la continuation adéquate de sa propre volonté; il est devenu legs pur et simple, une simple translation de biens, dépouillé de toute signification conceptuelle spiritualiste.

Mais tout cela ne se trouve que *virtuellement* dans le *SC. Neronianum*. Et Justinien exprime cet aspect fondamental tout aussi bien qu'il exprime que ce *SC.* a fait dis-



paraître toutes les différences existant dans les legs. Puisque le legs ne peut servir à rien autre chose qu'à donner, il ne peut être question, dans le legs, que de donner ; mais donner signifie toujours donner, on ne peut faire plus que donner une chose, et quiconque donne une chose la donne de toute façon.

Telles sont les expressions, conformes au concept intrinsèque, dans lesquelles on pourrait traduire l'ordonnance de Justinien ; et il serait même possible de découvrir par-ci par-là, dans les paroles même, ce sens, assez imprécis encore, il est vrai : (*Si enim testator IDEO legata vel fideicommissa dereliquit, ut OMNI MODO personæ ab eo honoratæ ea PERCIPIANT, etc.*). La signification directe de cette phrase est celle-ci : dans le legs il ne s'agit que de l'acte de donner et quiconque donne une chose la donne de toute façon. Mais ce sens ressort de la façon la plus claire des prescriptions positives de cette même ordonnance. Puisque le legs ne fait que donner, et que le mot donner signifie donner de toute façon, le legs *per damnationem* se trouve, lui aussi, aboli, et les effets de toutes les formes de legs, l'*actio in rem* provenant du legs *per vindicationem*, l'*actio in personam* créée par le legs *per damnationem*, et de plus une *actio hypothecaria*, en un mot, toutes les actions possibles et quelques autres choses encore sont accumulées sur cet unique legs de la simple transmission de biens (« *apparet, lisons-nous immédiatement à la suite des dernières paroles citées, ex ejus (testatoris) voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut OMNIBUS MODIS voluntati ejus satisfiat.* ») Ainsi donc ce point de vue stupide, la conception du legs en tant que transmission de biens, passe dès lors au premier plan et piétine de toute sa terrible lourdeur toutes les délicates différences organiques qui régnaient dans les legs, tant que le legs et le droit d'héritage étaient ce qu'ils doivent être, des legs et du droit d'héritage.

Nos jurisconsultes ont eu l'admirable simplicité de croire Justinien leur affirmant que le legs a toujours été



ce qu'il devient par lui ; qu'il a toujours été ce qu'il devient seulement en un temps où l'héritier et le légataire ont vu tellement s'affaiblir les différences essentielles existantes entre eux, que tous les deux arrivent à se confondre dans un seul et même concept, si bien que le légataire peut même chasser et supplanter l'héritier et prendre sa place ; et tout cela est possible parce que tous les deux, le légataire et l'héritier, se sont ravalés jusqu'à ne plus être que des parties prenantes, parce que le concept primitif ne plane plus que par un pâle reflet de son ancienne efficacité au-dessus des formes et des classifications du droit.

Nous allons essayer maintenant d'élucider l'opération du concept de l'héritage en partant de l'héritier.

XX. — L'opération du concept vu du côté de l'héritier.
Coup d'œil rétrospectif sur le concept général.

Nous avons vu que le concept de l'héritage, c'est l'identité de volonté entre le *de cuius* et l'héritier. C'est en effet cette identité que le défunt produit par l'institution d'héritier, et cette institution revient en somme à poser une personne étrangère comme la continuatrice de la volonté du testateur. Par là, le testateur produit, à son profit, la continuation à l'infini de sa volonté subjective, il produit cette immortalité subjective de la volonté qui est, d'après ce que nous avons vu, le secret intime et la signification réellement historique de l'esprit romain, l'immortalité spirituelle d'après la conception romaine, ou, ce qui revient au même, le degré d'immortalité qui précède et prépare immédiatement à l'immortalité chrétienne ; et dans cette immortalité subjective ; l'esprit individuel s'exprime, non plus en tant que relatif au monde extérieur, c'est-à-dire en tant que volonté finie, mais en tant qu'esprit existant en soi, rapporté directement à sa propre substance spirituelle. Le rapport et l'opposition entre la conception romaine et le christianisme pourrait donc se condenser dans l'antithèse suivante :



d'un côté l'immortalité de la volonté, de l'autre côté l'immortalité de l'esprit. L'opposition est la suivante : dans la conception romaine, l'esprit individuel est encore rapporté au monde extérieur, il existe donc comme volonté subjective finie, appliquée précisément à la sphère du fini et de l'objectif ; dans le christianisme, au contraire, le même esprit individuel est rapporté à son essence infinie, il est dépouillé de tout élément du monde extérieur et de tout ce qui l'attire de ce côté (en d'autres termes, la volonté a disparu), il est donc devenu une âme pure, infinie.

Ce n'est pas ici le lieu d'insister plus longuement sur ce rapport extrêmement important pour la civilisation générale ; il nous suffisait du reste d'en indiquer simplement le concept, pour que ce rapport entre les deux formes d'esprit nous apparût justifié dans son évolution par les arguments les plus solides dont jusqu'ici il nous aurait été impossible d'approfondir toute la portée ; mais par contre, la matière juridique romaine avait besoin d'être déduite de ce concept spéculatif. Et nous avons vu que la signification religieuse du testament romain, les *sacra* considérés comme le fondement et la racine substantielle de tout droit successoral romain, les diverses formes de testament et leur fusion progressive, les conditions de capacité requises chez le *de cuius*, aussi bien que son droit matériel, son illimitation et sa limitation, les rapports entre l'héritier et le légataire d'une part, entre les différents legs d'autre part, le droit formel comme le droit matériel, le *jus civile* et le droit prétorien, en un mot la dogmatique tout entière du droit successoral, son évolution et ses modifications dans le cours de l'histoire, jusque dans les dispositions les plus précises, les plus détaillées et les plus enchevêtrées, dérivent de l'activité dialectique de ce concept spéculatif. Mais jusqu'ici nous avons examiné les institutions du droit successoral romain surtout par rapport au *de cuius*, bien qu'il n'y eût pas moyen de faire un seul pas sans mettre en relief l'exercice même de l'héritier, puisque les deux concepts sont inséparables à cause de leur identité. Nous aurons à l'heure ac-



tuelle à nous occuper plus spécialement de l'héritier comme tel ; il nous faudra développer les dispositions qui, au point de vue de l'héritier, ne peuvent manquer d'être amenées par l'activité de notre concept spéculatif.

XXI. — L'héritier. Le « suus heres » ou l'héritier de soi. L'idée de suite. La loi des Douze Tables et les définitions des Romains.

Quand il est question de l'héritier, toute étude du droit civil commence par le *suus* ; et il y a à cela de bonnes raisons.

Le *suus heres*, disent les jurisconsultes romains, est celui qui se trouve encore sous la puissance du testateur. Cependant cette disposition ne s'applique pas à l'esclave, bien que celui-ci se trouve également sous la puissance du testateur. Quand l'esclave est institué héritier, il est *heres necessarius*, et il a cela de commun avec le *suus*, mais il n'est jamais *suus heres*. Le concept du *suus* semble donc s'attacher à la parenté naturelle et admettre les droits de la famille, du sang. Mais la femme épousée *in manum* est également un *suus heres*. De même le petit-fils qui serait le *suus heres* du grand-père si son père venait à mourir du vivant de ce dernier, n'est plus *suus heres* quand son père vit encore, lors du décès du grand-père, ni quand le grand-père l'institue effectivement son héritier. De même encore le fils, qui serait naturellement *suus heres* s'il était institué héritier et qui même, si le père meurt *ab intestat*, hérite comme *suus*, n'est plus *suus heres* quand il est exhéredé, car l'exhéredation brise la suite. Mais, comment se fait-il que le *suus*, si, comme il semble, son concept consiste surtout à hériter de par son *droit propre*, puisse cependant être exhéredé, et précisément par l'arbitraire absolu du testateur ? D'autre part, d'où viendrait que lui seul, s'il n'héritait pas de droit propre, n'eût pourtant pas besoin de l'adition pour acquérir la succession, mais qu'il la possédât immédiatement en

toute propriété? Pourquoi vient-il annuler en qualité d'héritier nécessaire même le testament dans lequel il a été omis?

Les difficultés contre lesquelles se débat le concept du *suus* et dont nous n'avons cité ici que les plus importantes, jointes à l'impossibilité d'expliquer cette dénomination, ont de tout temps passé pour insolubles. Les juriseonsultes romains avaient déjà tenté, mais en vain, d'élucider le concept et le nom. Gaius nous dit, II, § 157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo DOMINI existimantur*, et les Institutions de Justinien (§2, *de her. qual.* II, 19) avaient fidèlement reflété cette explication. Sans même retenir que cette explication ne résoudrait nullement les contradictions impliquées dans les dispositions mentionnées plus haut, elle est manquée en elle-même. Dans la maison vivent en effet bien des personnes qui ne sont pas des *sui*, et les *sui* romains ne sont rien moins que *domini* du vivant du père; loin d'être des maîtres, du vivant de leur père, ils n'ont même aucun droit de copropriété, dominés absolument par le père qui, au moment de la mort, peut les exhériter, si bien que cette expression *quodam modo domini* signifie plutôt *nullo modo domini*. Enfin pourquoi ne rangerait-on pas parmi les *sui* le petit-fils qui vit dans la maison du grand-père et a été institué du vivant de son propre père?

Cette explication n'a donc pu satisfaire à aucune exigence de quelque importance, et la chose fut tout simplement regardée comme inexplicable. On connaît l'anecdote rapportée par Alciatus: Politien se vantait un jour d'avoir, en ses commentaires, surpassé Aecursius; Socin lui demanda de lui dire ce que c'était qu'un *suus heres*; Politien, dit-on, resta coi.

Abstraction faite de quelques explications inexactes ou rééditées de Gaius, les choses en sont restées là jusqu'à nos jours (1).

(1) C'est ce que nous voyons par exemple chez HUSCHKE (*Rhein. Mus.*, VI, 306); il donne la même définition que Gaius: « A cause de



C'est donc un véritable triomphe du concept spéculatif si la signification inhérente à cette détermination si longtemps énigmatique de la *suité* s'en dégage d'elle-même et comme en se jouant, et que même nous en voyons dériver naturellement les divers principes juridiques auxquels elle doit aboutir. Mais on verra en même temps et très clairement qu'il était impossible de saisir le concept de la *suité* sans avoir saisi le concept exact de l'héritage en général, et que par conséquent les difficultés nées à l'occasion de la *suité* prouvent tout simplement, avec une clarté surabondante, que le concept de l'héritage a longtemps été couvert d'ombres opaques (1).

Le concept de l'héritage, comme nous l'avons déjà vu, est l'identité de volonté entre le *de cuius* et l'héritier. Le concept de l'institution d'héritier est donc, pour parler en termes exacts, la production de cette identité, l'identification des deux volontés subjectives du testateur et de l'héritier. A propos du testament *per æs et libram* nous avons déjà constaté que la signification symbolique était celle-ci : par le choix libre et un acte accompli par le testateur, par ce même acte et la formule solennelle prononcée de son côté, l'héritier (*familiæ emptor*) est *posé* comme l'existence continuée, comme le rapport identique de la volonté du *de cuius*. Mais plus tard, lorsque dans les *tabulæ* un autre que le *familiæ emptor* est institué héritier, il ne sera pas moins vrai de dire qu'il y a toujours le même acte par lequel l'identité est posée et produite entre deux volontés jusqu'à distinctes et indépendantes. De part et d'autre, en effet, se trouve accompli l'acte de l'identification des deux volontés, de la part du testateur, dans le testament écrit, par

leur unité de personne avec le *de cuius*, ils sont en quelque sorte (*quodam modo*), déjà du vivant du testateur, copropriétaires de la fortune. » Voir l'appendice au n° XL.

(1) C'est également la connaissance claire du concept d'héritage qui nous permettra d'établir le véritable concept de la *familia* romaine.



l'ordre : *heres mihi esto !* (1), de la part de l'héritier par l'acte volontaire de l'adition, puisque de cette façon il pose comme sienne cette volonté du *de cuius*.

Mais cette position et cette production de l'identité de volonté, cet acte de l'identification est complètement superflu

(1) Maintenant on pourra comprendre nettement, par l'étymologie, la signification de l'héritier, car *heres* signifie maître, maître de la volonté, seigneur, possesseur d'une volonté agissant à sa guise, possesseur, en général, d'une personnalité indépendante, sans le moindre rapport avec un patrimoine quelconque. A ne prendre que les mots, l'expression *heres mihi esto* ne peut donc signifier que ceci : Je veux qu'il soit le détenteur, le support, le maître de ma personnalité. Cette signification absolue du terme *heres*, indépendamment de toute idée de possession, apparaît clairement, tout d'abord dans les mots *herus*, *hera*, maître, maîtresse, souverain, seigneur (fréquemment employés dans PLAUTE, par ex., *Mere.*, 3, 4, 12; dans HORACE, *Satir.*, II, 2, 129, et dans d'autres auteurs); dans ces expressions elle s'est conservée dans toute sa pureté. Mais anciennement la signification du mot *heres* ne fut jamais autre, à en croire le témoignage explicite de FESTUS, v° *heres*, p. 99, éd. Müller : *Heres apud antiquos pro domino ponebatur*; nous trouvons la même observation dans les *Instit.*, § 7 de *her. qual.*, II, 19 : « *Veteres enim heredes pro dominis appellabant. Heres a donc exactement le même sens que l'allemand Herr qui lui aussi s'emploie, indépendamment de toute idée de possession, pour indiquer un simple titre, et qui ne désigne qu'une volonté subjective libre et indépendante, une volonté maîtresse, en dehors de toute arrière-pensée de propriété. Passow déjà rapproche herus, hera, du grec ἥρωξ qui n'était autre, comme l'on sait, qu'un titre général honorifique accolé au nom de tout homme libre et respectable. C'est pourquoi le testateur romain ne transmet pas, à proprement parler à son héritier une possession quelconque pour qu'il hérite; il la transmet par l'héritage, par le maintien de sa volonté subjective, par le rapport de l'hérédité. C'est ainsi que nous lisons chez VELL. PATERCULUS, Histoire romaine, II, 4 : «... mortuo rege Attalo, a quo Asia populo Romano HEREDITATE relicta est »; c'est à tort qu'on aurait voulu corriger *hereditate* par *hereditati*. Quintilien dit pareillement, *Declam.*, 308 : *Servus aut domi natus est, aut relictus hereditate*; voir encore CICÉRON, *De Inv.*, I, 45. Remarquons cependant que la quantité est différente dans *herus* et *heres*; on ferait donc bien, croyons-nous, de poursuivre l'étymologie des deux mots jusqu'au terme grec.*

de la part du *de cuius* aussi bien que de la part de l'héritier pour les personnes (1) qui, même sans cet acte, se trouvent déjà en identité de volonté immédiate avec le *de cuius*, c'est-à-dire sont déjà sous la puissance du *de cuius*. Car la puissance, c'est-à-dire la famille dans le sens romain du mot, représente précisément la réunion, en une seule volonté, de différentes personnes corporellement distinctes, et cette identité n'a dans le détenteur de la puissance que son sujet, son support, son représentant. Les personnes sont multiples, mais tout en étant individuellement distinctes, elles ont une volonté identique, et cette identité idéale des volontés trouve son expression et par suite son unique support autorisé dans le *pater familias*. Tel est le concept de la *puissance* romaine, ou encore, puisque les deux choses sont identiques, de la *familia* romaine.

Le *de cuius* n'a donc pas besoin d'instituer lui-même ce continuateur de sa volonté subjective, il n'a pas besoin d'opérer cette identification entre sa propre volonté et la volonté d'un autre individu ; antérieurement à tout acte il possède déjà des héritiers immédiats dans les personnes soumises à sa puissance, car ces personnes se trouvent avec lui en une immédiate identité de volonté et forment par conséquent la continuation immédiate de sa volonté subjective.

Si le *de cuius* meurt sans laisser de testament, ces personnes soumises à sa puissance devront donc être ses premiers héritiers *ab intestat*, non pas parce que la loi les fait tels, mais parce qu'elles sont ces identités de volonté immédiates, la continuation réelle de la volonté subjective du *de cuius* (2). La loi de succession *ab intestat* fera très

(1) C'est ce qui fait la différence d'avec l'esclave qui n'est pas une personne, mais une simple chose. Les enfants, au contraire, sont des personnes romaines libres (*liberi*, d'après l'étymologie des anciens), dont la volonté identique a simplement son *sujet* dans le représentant de l'unité familiale.

(2) GAIUS, *Comm.*, III, 4 ; ULPEN, XXVI, § 1 ; PAUL, R. S., IV, 8, § 3, etc.



nettement ressortir ce rapport, en ce qu'elle ne transfère pas à ces héritiers eux-mêmes la succession *ab intestat*, mais la transfère au contraire à d'autres catégories seulement, au cas où il n'y aurait pas d'héritiers de cette espèce. A propos du *suus*, la loi des Douze Tables n'emploie qu'une tournure négative, marquant ainsi, très explicitement, que ce n'est pas en tant que loi qu'elle donne la succession au *suus heres*, mais qu'elle se voit obligée de reconnaître dans le *suus* ce continuateur naturel et immédiat de la propre volonté du *de cuius* ; elle se contente donc de dire : *Si instestatus moritur, CUI SUUS HERES NEC SIT, agnatus proximus familiam habeto !* (1).

(1) Nous ne pouvons partager l'opinion de Ihering, lorsque dans son travail sur l'interprétation nominale (*Geist des Römischen Rechts*, Leipzig, 1858, II, 482), il essaie de démontrer, en s'appuyant sur cette loi des Douze Tables, que le droit civil romain s'est laissé guider par l'esprit inflexible de la pure interprétation nominale. « Presque chaque mot, dit-il, est ici devenu la source de quelque important principe juridique, auquel le législateur lui-même n'a même pas songé, qui ne peut donc avoir son fondement, non pas dans la volonté du législateur, mais uniquement dans le mot employé. »

Cette erreur, que cet homme spirituel nous donne comme un véritable principe, est une des plus pernicieuses, mais aussi des plus fécondes qui puissent exister ; et, bien que tous nos développements soient, en général, la réfutation de conceptions pareilles, on voudra bien nous permettre, à cause de la gravité du cas, de nous emparer de cet exemple si copieusement traité par Ihering, et de montrer comment, d'après cet auteur, les Romains seraient arrivés à leur *jus civile*, et, en même temps, de prouver l'absolue fausseté de la théorie. « Prenons d'abord, dit Ihering, le mot *intestato*. De ce mot, on a déduit que, si l'adition de la succession n'a été faite que par l'un des héritiers multiples, les parts restantes n'échoient pas, comme l'on pourrait s'y attendre, aux héritiers *ab intestat*. (Comme nous le verrons plus loin, dans la discussion du principe *nemo pro parte testatus*, etc., cette attente repose sur la conscience allemande de Ihering, sur sa conception erronée qui voit dans l'héritage un droit aux biens) ; la condition sous laquelle ils étaient appelés était, en effet, le *intestato mori* du *de cuius* ; mais, du moment que l'adition a été faite par l'un quelconque des héritiers multiples, personne ne



Mais ce n'est pas le nom seul, c'est encore, et davantage même, le concept du *suus*, qui doit à l'heure qu'il est nous

peut prétendre que ce *de cuius* soit mort *intestat*. » Mais d'après le concept de l'accroissement et comme nous le verrons en outre quand nous étudierons la pluralité d'héritiers, chaque héritier représente la volonté subjective du *de cuius*, et, conformément au principe spéculatif de l'hérédité, sans qu'il y ait la moindre parole dite par la loi *ab intestat*, la volonté souveraine de l'héritier s'appliquera nécessairement à toute chose restée disponible dans la succession.

Ihering continue : « Venons-en au mot *moritur*. On partit de là pour exiger que tout individu qui voudrait participer à la succession devrait avoir existé, ne fût-ce que dans le sein de sa mère, au moment de la mort du *de cuius*. » Mais si le concept de l'héritage n'est autre que l'identification entre les volontés subjectives du *de cuius* et de l'héritier, il faut bien que, sans la moindre intervention de la loi *ab intestat*, l'héritier soit une volonté existante déjà, par suite, une personne vivante, faute de quoi le *de cuius* ne pourrait pas trouver en lui sa continuation. Ihering continue : « Enfin l'expression : *agnatus proximus*. Le mot *proximus* dut servir de prétexte pour exclure la *successio graduum*, etc. (exclure les agnats suivants, quand le plus proche avait répudié). » Mais nous démontrerons au numéro 20 que, sans tenir en aucune façon compte du texte, le concept seul du droit *ab intestat*, tel que nous le trouvons dans l'ancien droit civil, devait forcément exclure et la *successio graduum* et la *successio ordinum*.

N'est-il pas remarquable, cependant, qu'Ihering, tout en faisant ainsi tout dériver d'une rigide et pédante interprétation verbale, tout en analysant avec une telle rigueur le moindre terme de la loi des Douze Tables, n'ait, pas plus que ses devanciers, eu cette pensée si simple : puisque la loi des Douze Tables n'institue pas le *suus*, mais dispose uniquement en l'absence du *suus*, celui-ci ne saurait être héritier *ab intestat* ; ainsi que nous le verrons plus loin, ce principe est la seule clef qui puisse nous ouvrir l'intelligence du droit de succession *ab intestat* ! Un auteur, qui veut ainsi se tenir à une interprétation verbale absolument stricte, aurait au moins dû remarquer ce qui se trouve si manifestement dans les mots incriminés ; ainsi que nous le verrons plus loin, les jurisconsultes romains n'ont pas condensé en une théorie cette manière de voir, mais, en pratique, ils ont toujours conservé très exactement ce rapport du *suus* vis-à-vis du droit successoral *ab intestat*.

Mais ce n'est pas la seule interprétation verbale qui soit en cause.



apparaître clairement. L'héritier non soumis à la puissance du *de cuius* est, antérieurement à la succession, un *moi* distinct du *de cuius*, un *moi* extérieur au *moi* du *de cuius*; et, quel que soit d'ailleurs son degré de parenté avec le *de cuius*, quand même il serait le propre fils émancipé de ce dernier, on l'appelle néanmoins *EXTRANEUS heres*. Il devient le continuateur d'une volonté étrangère, et c'est l'héritage seul qui lui confère l'identité avec cette volonté.

Puisque l'identité n'existe pas encore entre les deux volontés subjectives du *de cuius* et de l'héritier, ce dernier doit la *poser* par un acte de sa volonté, pour être réellement héritier; c'est donc seulement par l'acte de l'adition qu'il acquiert la succession (1).

C'est pure apparence, si les jurisconsultes romains semblent se livrer à de l'interprétation verbale. Pour la bien comprendre, il faut tout d'abord comprendre la forme concise, jamais atteinte depuis, dans laquelle (voir la loi en question) les lois romaines savent exprimer en style lapidaire l'idée spéculative; il faut ensuite comprendre l'activité tout aussi spéculative de l'esprit national romain qui continue son activité dans les jurisconsultes romains, maintient toujours l'esprit spéculatif de l'ancien droit civil et permet ainsi aux jurisconsultes, alors qu'ils sont soumis à l'influence véritable du concept, de faire en apparence de l'interprétation verbale, mais de rester en même temps d'accord avec cette forme graphique de la loi et d'y trouver un correctif à leur activité purement spirituelle d'interprète; ce dernier avantage provient précisément de ce que le concept spéculatif est enveloppé de formes dures et inflexibles. Nous apporterons la preuve positive de notre dire par l'essai d'interprétation nominale qu'au numéro 40 nous ferons nous-mêmes sur la loi des Douze Tables. Cette preuve serait réellement difficile, si nous voulions la tenter sur la langue déliquescence dans laquelle sont rédigées les lois modernes allemandes.

(1) La formule de discernement (*de cretion*), qui est l'affirmation solennelle de cette identification, porte : « *Quod me Publius Mævius testamento suo HEREDEM INSTITUIT, eam hereditatem adeo cernoque.* » (GAJUS, II, § 166; ULPPIEN, XXII, § 28.) Il ne suffit donc pas de dire : *Publii Mævii hereditatem adeo cernoque*, il faut que dans les paroles on fasse expressément ressortir la position et l'accomplissement *ré- ciproque* de l'identification qui, dans le testament *per æs et libram*, est fondé sur l'action simultanée réciproque.



Le *suus*, au contraire, est l'héritier et le continuateur d'une volonté avec laquelle, antérieurement déjà, il était identique ; il est donc l'héritier et le continuateur, non pas d'une volonté étrangère, mais de sa propre volonté ; c'est pour cette raison qu'il est très exactement appelé *suus heres*, son propre héritier, l'héritier et le continuateur de lui-même(1).

(1) Le seul auteur qui ait, jusqu'ici, entrevu cette explication est le spirituel Donellus : il a démontré qu'étymologiquement le *suus* était bien un héritier qui hérite de lui-même ; mais quand il s'est agi de justifier, au point de vue réel et juridique, cette signification verbale, il est retombé, lui aussi, dans l'erreur capitale de Gaius, des Institutes et de Paul, dont nous discuterons plus loin un certain passage : Donellus dit, *Comm.*, lib. VII, c. II, éd. de Hanau, 1612, à la page 286 : « Quid sit necessarium heredem esse, omnes intelligunt ex significatione verbi nota. — Quid sit *suum* esse, parum liquet. Si dicemus cum Justiniano suos heredes ideo appellari, quia domestici heredes sunt, quasi *suus heres* significet domesticum heredem et proprium, usus et significatio verbi nos *coarquet*. Non enim recte dicam : iste homo est mihi *suus*, pro eo quod est : iste homo est mihi *domesticus*, aut mihi *proprius*. Ne multis morer ; hic *tuus* heres plane eadem forma eodemque modo dicitur, ut *meus heres*, *tuus heres*. Nam hæc omnia mutatis tantum personis idem significant ; nempe possessionem ejus, de quo dicuntur. Unde a Grammaticis appellantur possessiva. Ergo ut *meus* heres dicitur, qui *mihi* successit, *tuus* heres, qui *tibi* successit, ita recte et apposite dicitur *suus heres*, qui *successit sibi*, qui *suus successor est*, seu *qui se ipsum sibi successorem habet*. Hanc vim subesse huic verbo primus coniecit Viglius ad § sui. Inst. de her. et qual. diff., sed ita ut in eo nihil certi habeat, nec tradat ceteris. Eodem enim loco scribit heredem suum esse, quasi domesticum, proprium heredem, et dominatum, quasique sui ipsius heredem, inter quæ multum interest. Nam proprius et domesticus heres dicitur, qui proprius est et domesticus *patri* heres. Nunc autem suum heredem dicimus qui *ipse est heres est sibi*. » Il donne encore d'autres développements relatifs au mot ; puis il passe à la justification juridique de cette signification verbale et nous dit : « *Rationem verbi, seu unde hæc appellatio nata sit videamus. Et vero significatio quam optime rei convenit. Sic enim res habet, ut cum filii sui heredes succedunt patri mortuo, quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus sibi ipsis quoque succedere videantur et vere sibi ipsis esse heredes.* »

Dans ces dernières paroles, Donellus maintient rigoureusement

Mais précisément parce que cette identité des volontés subjectives se rencontre déjà chez eux, immédiatement et antérieurement à toute action, les *sui* n'ont plus besoin d'effectuer cette identification, ils ne le pourraient même plus, et par la mort du *de cuius*, sans le moindre acte d'*adition* de leur part, ils sont devenus héritiers *statim ipso jure*, c'est-à-dire par la seule force de ce concept (1).

Pour l'exactitude absolue de ce qui précède, il faut que la force de ce caractère immédiat soit assez grande, que ces héritiers n'aient pas plus le droit de répudier qu'ils n'ont besoin de l'*adition*. Ils forment avec le *de cuius* une identité de volonté immédiate et seul le *de cuius*, c'est-à-dire le sujet fondé en droit de cette identité de volonté, pourrait modifier cet état de choses. Au moment même où

le thème de la démonstration qu'il veut établir. Mais au moment même où il va enfin nous donner la démonstration elle-même et nous prouver que la signification, telle qu'il vient de la tirer du mot, cadre parfaitement avec le concept et répond à la réalité juridique, il continue comme suit : « Quod jus *ex eo* est, quod filii, qui sunt in potestate morientis, etiam antequam heredes existerent, *domini fuerunt*, qui *etiam vivo patre domini* existimantur *bonorum*. » C'est en ce point que Donellus échoue complètement et recourt, lui aussi, au procédé violent toujours à la mode, de chercher l'explication du *suis* dans cette fiction d'après laquelle, du vivant même du père, les enfants romains auraient eu une copropriété des choses ; c'est là une erreur ou plutôt — car lui, comme du reste tous les auteurs, ne s'embarrasse de cette erreur que pour ce but spécial — une violence à laquelle il ne pouvait échapper, puisqu'il n'avait pas compris le concept de l'héritage ; et pour corroborer son dire, il s'est appuyé sur les éléments erronés d'un passage de Paul, qui, d'après l'analyse que nous en ferons sous peu, se compose d'éléments exacts et d'éléments erronés. D'autant plus admirable est la perspicacité de Donellus, puisqu'elle lui a permis de développer, d'après la seule étude du mot, et avec une entière justesse, le postulat du concept.

(1) GAIUS, l. 14, *De suis et legitim. hered.* (38, 16) : « In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt. » Le terme *existunt* est décisif ; Gaius ne dit pas *funt*. Ils ne deviennent pas héritiers, ils existent déjà comme tels.



par la mort du *chef* ils deviennent *sui juris*, ils existent déjà, qu'il y ait ou non un testament les instituant, comme les continuateurs réels de la volonté du défunt, comme ses identités de volonté devenus *sui juris*; ils se trouvent donc investis déjà de la qualité d'héritier; par la force du concept, ils se trouvent absolument dans la même situation que l'*extraneus* après l'addition, et ils ne peuvent rien changer à cette qualité d'héritier, une fois qu'elle est un fait accompli. Et ils sont, en effet (d'après le droit civil), les héritiers nécessaires (*sui et necessarii*) qui héritent même contre leur volonté et ne peuvent répudier la succession grevée outre mesure (1).

Il est cependant un point, extrêmement important, que les considérations ci-dessus ont dû mettre en pleine lumière: malgré tout, les *sui* acquièrent la succession par un acte de leur propre volonté, de leur volonté représentée par la volonté du chef de famille. Mais, qu'ils acquièrent par le testament de ce chef ou qu'ils acquièrent même *ab intestato*, ils acquièrent toujours par la volonté du *de cuius*, présente en eux; par conséquent, à cause de l'identité des deux volontés, ils acquièrent par leur propre volonté, comme dans la représentation personnelle en général (2).

(1) ULPYEN, XXII, § 24; GAIUS, *Comm.*, II, 456-459. Il faut attendre l'avènement de l'*équité* prétorienne, qui, d'après ce que nous avons vu, représente en général l'abstraction du concept spéculatif, agissant dans le *jus civile*, et tient compte surtout de la fortune matérielle, il faut attendre jusque-là pour que les *sui*, qui ne sont pas encore intervenus, profitent du *jus abstinendi*, qui répond aux résultats pratiques de la répudiation dont dispose l'*extraneus*.

(2) La constatation que nous venons de faire, c'est-à-dire que le *suus*, lui aussi, acquiert la succession par un acte interne de sa volonté, est d'une importance extraordinaire pour l'objet principal de cet ouvrage. Elle montre, en effet, que le concept exposé précédemment, disant qu'il faut considérer comme droits acquis ceux-là seulement qui reposent sur un acte de volonté individuelle, s'applique également au droit d'héritage, et même au *suus*. Ce point est même une des raisons principales qui nous ont déterminé et forcé à faire l'analyse conceptuelle du droit successoral. Jusqu'aujour-



Mais avant de pousser plus loin dans la déduction des conséquences auxquelles doit forcément aboutir le concept de la *suité*, tel que nous venons de le démontrer, il ne sera pas sans intérêt, croyons-nous, de jeter un rapide coup d'œil sur ce développement même du concept et de le comparer avec quelques définitions données par les juriconsultes romains. Nous verrons maintenant comment chez ces auteurs, pour les parties exactes aussi bien que pour les parties inexactes de leurs exposés, le concept spéculatif exposé plus haut se manifeste, de la façon la plus évidente, comme la base instinctive, comme l'élément primordial et générateur de ces définitions ; et de ce fait découlera une nouvelle confirmation, et pas des moindres, de toute notre théorie. Parce que le Romain se trouve uniquement sous l'influence de sa substance et n'a pas encore réussi à se connaître et à prendre conscience de lui-même, ces définitions ne sont que l'effort extraordinaire en vue d'exprimer le concept ; ce sont les efforts faits par la bouche muette pour rendre perceptible les mouvements de l'âme : la production laborieuse de quelques sons balbutiants est un commencement de succès, mais l'incertitude même de ces balbutiements indique leur échec final.

C'est ainsi que nous lisons chez Paul (1) : « *In suis hereditibus evidentius apparet, continuationem domini* » (par conséquent ce que nous avons de tout temps donné comme le concept certain de tout droit successif, c'est-à-dire la con-

d'hui on devait forcément admettre, et tous les auteurs sans exception admettaient d'ailleurs, que l'acquisition de la succession faite par le *suis* était la simple conséquence d'un fait objectif ; pour donner un exemple, nous n'avons qu'à mentionner Böcking qui (*Einleitung in die Pandekten* (Bonn, 1853), I, 334, note 4) part de ce que cette acquisition se fait « *statim ipso jure*, sans adition » pour la classer parmi les actions résultant d'un événement naturel et la compare pour cela à l'alluvion.

Tous ceux qui ont suivi notre raisonnement ne peuvent plus avoir de doute sur l'énormité de cette erreur.

(1) L. 11, *De lib. et posth. her.* (28, 2).



tinuation de la puissance de la volonté, et non pas l'identité seulement de la personne) *eo rem perducere, ut NULLA videatur hereditas fuisse* (c'est ici que nous trouvons la manifestation la plus forte de ce que nous avons, dans nos développements, désigné comme étant le concept de la *suité* : le caractère de continuation immédiate de la volonté, la continuation de la volonté est à tel point le concept de tout droit d'héritage et ce caractère de réalisation immédiate est à tel point le concept de la *suité*, et celle-ci est à tel point le concept prépondérant en ce cas, que Paul a pu dire qu'il n'y avait pas du tout ici d'*hérédité*).

Les considérations précédentes doivent nous renseigner sur la part d'erreur et de vérité contenue dans ces paroles : ainsi que nous l'avons montré plus haut, il ne s'opère pas d'identification des volontés subjectives, il n'y pas production d'héritier ; c'est ce qui explique les paroles de Paul : Mais il y a identité des volontés subjectives, il y a existence d'une volonté subjective identique, il y a donc *hérédité* ; *quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur* (en cet endroit Paul s'écarte donc de nouveau de la bonne voie, où il dirigeait ses recherches ; il s'égare, lui aussi, dans la mauvaise route, trop rapprochée, hélas, qu'avait tracée Gaius ; il n'y a rien de plus faux, en effet, que de vouloir, dans le droit romain, et tout particulièrement dans l'ancien *jus civile*, parler d'une copropriété des enfants) *unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta* (ici Paul reprend pied dans la bonne voie : Le suffixe, commun dans les deux désignations, manifeste même extérieurement l'unité du cercle de volonté, dont toutes deux figurent l'existence, et les premières parties de ces mots composés, différentes l'une de l'autre, ne font que différencier, suivant la belle expression de Paul, comme une *nota*, la manifestation active, le sujet de cette unité de volonté, de la substance latente de cette même unité) *per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit* (en cet endroit Paul, impuissant à dire ce qu'il veut dire, a de nouveau recours



aux images extérieures et sensibles ; il veut dire, comme nous venons de le montrer : par laquelle (*nota*) l'unité existant réellement est différenciée de l'unité existant potentiellement, le sujet différencié de son cercle substantiel). *Itaque post mortem patris NON HEREDITATEM PERCIPERE videntur; sed magis LIBERAM BONORUM ADMINISTRATIONEM CONSEQUUNTUR.* (Ici la vérité va de pair avec l'erreur ; cette phrase est profondément vraie, si l'on ne s'occupe que du concept spéculatif de l'hérédité qui consiste à être la continuation d'une volonté subjective. Le *suus* ne prend pas, comme l'*extraneus*, une volonté subjective distincte de la sienne, étrangère et nouvelle par conséquent, pour la continuer (donc *non percipit hereditatem*), mais en devenant héritier, il devient tout simplement lui-même le *sujet* de cette volonté, qui auparavant déjà se trouvait exister substantiellement en lui et être la sienne ; devenu *sui juris*, il continue maintenant lui-même, en tant que sujet, sa propre substance antérieure. Et parce que l'élément primordial de la liberté n'est rien autre chose que cette émancipation de la volonté, le concept du sujet, on peut dire à juste titre, que par la succession le *suus* obtient tout simplement le libre exercice de ce qu'il était et représentait déjà avant cet acte ; c'est justement cette idée qui fait la vérité profonde des paroles suivantes de Paul : « *sed magis LIBERAM* », etc.

Mais si l'on se trompe dans la détermination du concept d'hérédité, et qu'au lieu de le faire résider dans cette continuation spiritualiste de la volonté, on le place dans la simple conséquence de cette continuation, c'est-à-dire dans l'acquisition de biens, l'erreur règne en maîtresse partout et Paul lui-même n'a pu échapper à cet inconvénient. En disant en effet que par la succession le *suus* n'obtient que la libre administration des biens, il fait supposer de nouveau, comme c'est du reste son intention, comme ce sont même ses expressions quelques lignes plus haut, que le *suus* a déjà, dès avant la mort du père, une certaine copropriété, latente et entravée, de la fortune, ainsi que nous le constatons, par exemple, pour la femme, dans la commu-

nauté de biens établie par la législation française. C'est ici que nous pouvons montrer, de la façon la plus frappante, comment le principe, juste après tout, disant que le *suus* ne faisait qu'obtenir par la succession la liberté de ce qu'il était antérieurement déjà, devait nécessairement être faussé par la fausse conception empirique, d'après laquelle la succession est une acquisition de biens. Avant la mort du *de cuius*, l'héritier se trouvait déjà avec lui en une *identité* de volonté *substantielle* et la succession lui permet uniquement de manifester en toute liberté son être jusque-là purement substantiel, et de se poser en sujet. Or, la propriété est la conséquence de la liberté, de la qualité de sujet ; elle ne peut exister antérieurement à elles. C'est pourquoi le *suus*, bien loin d'être avant la mort du *de cuius*, à n'importe quel titre, propriétaire de choses, est plutôt lui-même la propriété du chef de famille. Et c'est ainsi que, par un phénomène assez étrange, la conception erronée qui fait voir aux jurisconsultes romains, dans l'idée de succession, une simple transmission de biens, doit les amener, au moment où il s'agit d'expliquer la *suité*, à formuler une conséquence, dont ils reconnaissent l'absolue fausseté ; et c'est en vain qu'ils cherchent à cacher leur embarras sous des formules vagues : *quodammodo, magis.*) — *Hac ex causa licet non sint heredes INSTITUTI, DOMINI SUNT, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* (Ici nous voyons apparaître de nouveau l'embarras et l'impossibilité où se trouvent nos auteurs de supposer un droit de copropriété chez ceux qui peuvent être déshérités arbitrairement ; en essayant de sortir de cet embarras, Paul ne fait que l'augmenter encore, puisqu'il nous fait songer que les enfants, au lieu de pouvoir avoir une propriété quelconque, sont plutôt eux-mêmes la propriété du chef de famille.)

Un autre passage de Paul va nous apporter la même confirmation de ce que nous avons dit relativement au concept de la *suité* (1). « *Quum* RATIO NATURALIS (il ne faudrait

(1) L. 7, Pr. de bonis damnat. (48, 20).

pas, comme on est involontairement tenté de le faire, penser ici au *sentiment de la parenté naturelle* : parmi les *suis* nous rangeons en effet non seulement les enfants, mais encore la femme, non pas, il est vrai, la femme en général, mais la femme épousée *in manum* ; la *ratio naturalis* signifie ici réellement, comme cela ressort d'ailleurs des paroles immédiatement placées à la suite, la force naturelle du concept, l'existence naturelle de l'identité de volonté dans les individus tenus par le même lien de puissance, grâce auquel les *sui* sont héritiers immédiats) *quasi* LEX QUÆDAM TACITA (nous avons la confirmation évidente de ce que nous disions plus haut) *liberis parentum hereditatem addiceret, VELUT ad DEBITAM successionem eos* VOCANDO (ici nous retrouvons ce que nous avons dit sur le caractère immédiat du *suis heres* et sur la loi des Douze Tables, qui ne *transfère* pas la succession au *suis*, mais constate simplement le fait, que le *suus* est de lui-même héritier) PROPTER QUOD *et in jure civili suorum hereditum nomen iis indietum est, etc.* » Si l'on rapproche cette *interprétation du nom* avec les propositions que nous avons discutées au fur et à mesure et auxquelles elle se rattache par le *propter quod*, on aboutira tout naturellement à l'explication et à l'interprétation que nous avons nous-même données du nom de *suus* : c'est l'héritier de lui-même, c'est-à-dire, le continuateur de sa propre volonté (1).

(1) Cette explication du concept spéculatif nous permet également de comprendre pour quelle raison, dans le droit prétorien, le droit d'héritier ne saurait être le même pour les ascendants que pour les descendants. Si l'on s'en tient à la parenté, cette parenté est la même entre le père et le fils qu'entre le fils et le père. Mais, s'il est juste de dire que les enfants sont la continuation immédiate et réelle de la volonté subjective paternelle, le contraire n'est pas vrai, et l'on ne pourrait prétendre que le père soit la continuation naturelle de l'enfant, puisque celui-ci est plutôt la continuation du père. Le concept spéculatif vient de nous montrer qu'il n'y a pas de réciprocité véritable entre le père et l'enfant, et nous voyons maintenant le sens exact des paroles de Papinien, l. 7, § 1, *unde liberi*

Et maintenant nous sommes à même de comprendre, avec son sens intime et sa signification conceptuelle, cet autre fait de l'exhérédation du *suus* : le *suus* n'est plus alors un *suus* exhérédé, il n'a plus, en somme, droit au titre de *suus*, car le concept de la *suité* se trouve brisé par l'exhérédation, et cet état de choses reste acquis, quand même l'héritier en question acquerrait la succession du *de cuius*. L'identité qui existait entre le *suus* et le chef de famille se trouve brisée et détruite par l'exhérédation ; en outre, la volonté du *de cuius* ne peut plus trouver dans le fils sa continuation immédiate ; enfin, par la mort du père, le fils est devenu *sui juris* — ce que, par erreur, on a bien des fois voulu confondre avec la signification même du *suus* — ; le fils ne continue donc plus la volonté subjective paternelle, c'est-à-dire sa propre volonté jusque-là enveloppée dans celle du père, mais, pareillement à ce qui se passe dans l'émancipation, il a pour ainsi dire acquis une nouvelle personnalité, indépendante et distincte de son ancienne ; et rien ne saurait ensuite changer quoi que ce soit à ce nouveau caractère qui restera tel, quand même le fils acquerrait la fortune paternelle en tant que fidéicommissaire. ULPYEN (1) : *Multi non nota e causa exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant utputa impuberibus, iisque fideicommissam hereditatem dant* (2).

En d'autres termes : en confirmation de ce que nous avons dit précédemment, la *suité* adhère rigoureusement au concept de l'héritage, donné par le droit civil, c'est-à-dire le concept de la continuation de la volonté. Il ne suffit

(38, 6) : « NON SIC parentibus liberorum, ut liberis parentum DEBEATUR HEREDITAS ; parentes ad bona liberorum RATIO MISERATIONIS admittit, liberos NATURÆ SIMUL ET PARENTUM COMMUNE VOTUM. » Ajoutons que nous expliquerons seulement plus loin, au numéro 40, comment, en dépit de tous leurs éléments contradictoires, l'esprit du droit civil vit et se reflète dans le droit prétorien.

(1) L. 18, *De lib. et posth.* (28, 2).

(2) Voir, sur l'extinction de la *suité* par l'exhérédation : CUJAS, *in Dig.*, 1, 1, et *in Nov.*, 1, § 1.



pas, pour rétablir cette *suité*, que le fils exhérédé devienne héritier fidéicommissaire, car l'héritier fidéicommissaire n'est pas du tout héritier au sens du concept spéculatif ou du *jus civile*, il ne continue pas la volonté, mais il *recueille simplement la fortune*.

Nous avons jusqu'ici examiné le concept et la nécessité du *suus*, la signification de son nom et la raison qui le dispense de l'adition, mais le rend en même temps inhabile, d'après le droit civil, à la répudiation. Il nous faut maintenant, croyons-nous, développer, jusque dans ses dernières conséquences, le concept spéculatif et démontrer que ces conséquences sont autant de principes du *jus civile*.

Étudions d'abord la *compréhension* de cette dénomination *de suus*. Puisque le concept de *suité* n'a rien de commun avec la parenté naturelle, ni avec la famille dans notre acception moderne du mot, mais est fondée exclusivement sur l'identité de volonté existante entre le *de cujus* et les personnes soumises à sa puissance, il s'ensuit que le nom de *sui* convient à *toutes* les personnes soumises à la puissance du *de cujus* et ne convient qu'à ces personnes. Peu importe par conséquent la raison de la puissance, qui peut reposer sur la filiation légitime, l'adoption, la *causæ probatio*, la légitimation ou la *in manum conventio* : héritent au même titre de *sui* la femme épousée *in manum*, le fils et la fille, et même la belle-fille, quand celle-ci a été épousée *in manum* par le fils encore placé sous la puissance paternelle (1).

Nous avons vu que le concept du *suus* réside essentiellement dans le caractère immédiat de l'identité, dans l'unité de volonté déjà réalisée ; les deux actes : savoir et connaître ne peuvent donc rien avoir à voir ici, puisqu'ils sont tous deux des intermédiaires et ne sont nécessaires, par conséquent, qu'au cas où un vouloir et un savoir particuliers auraient à créer cette identité ; et par suite le *postu-*

(1) GAIUS, *Comm.*, III, § 1 ; ULPYEN, XXII, § 14 ; XXVI, § 1 ; PAUL, R. S., IV, 8, §§ 3, 4, 8 et 10.



mus, conçu de notre vivant, hérite également à titre *de suris*, à condition toutefois que nous ayons avec lui un lien de parenté qui, au moment de sa naissance, l'aurait soumis à notre puissance (qu'il soit notre fils ou le fils d'une personne soumise à notre puissance). ULPÏEN, *Fragm.*, XXII, 15 : « *POSTUMI quoque liberi, ii qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, SUORUM HEREDUM numero sunt.* » En sa qualité d'unité réelle et immédiate, cette unité de volonté pénètre jusque dans le sein maternel et saisit la personne jusque dans les états embryonnaires de sa personnalité. Le posthume est donc avec le chef de famille dans la même unité de volonté, il est, même comme petit-fils, le continuateur aussi immédiat de la volonté du *de cuius* que l'eût été le père.

Cet exemple, comme du reste tous les autres, prouve donc que tout le droit successoral est inintelligible sans le concept spéculatif développé ci-dessus. Mais nous verrons plus tard, comment et pourquoi une *incesta persona* ne peut même pas être instituée héritière. La raison en est que la volonté subjective ne peut se *poser* comme identique avec une autre volonté subjective, à moins que cette autre volonté lui soit connue de quelque façon. Or, le *postumus* passe, dans le droit civil romain, pour une *persona incerta*; GAIUS, II, 241, 242 : « *Ac NE HERES quidem potest institui postumus alienus; est enim INCERTA PERSONA.* » En apparence, il y aurait donc ici contradiction, puisque le *postumus* est cependant et malgré tout *suus heres*. Mais la force du concept a vite fait de dissiper cette contradiction apparente. Seul le *postumus* étranger peut être *incerta persona*. Quant au propre *postumus*, par le fait même qu'il est l'existence identique de la propre volonté du chef de famille, celui-ci doit le connaître aussi bien que soi-même, d'une façon absolument certaine, bien que le *postumus* n'ait pas encore de vie extérieure et visible. Si le *postumus* est *persona incerta*, il ne peut l'être que pour les étrangers, mais jamais pour le chef de sa propre famille.



XXII. — Première ébauche de la situation respective du droit successoral testamentaire et du droit successoral « ab intestat ». Le principe « Nemo pro parte testatus », etc. Le « suus » considéré comme juste milieu entre les deux droits.

Une fois établi le concept véritable de l'hérédité, les affirmations apportées par GANS, II, 97, note 110, se réfutent d'elles-mêmes : « Il pourrait sembler, dit cet auteur, puisque l'ancien droit ne permet pas l'institution d'une *incerta persona* (et l'*alienus postumus* est lui aussi *persona incerta*), que l'exception faite en faveur du *postumus suus* provienne de la nature définie de ce *postumus*, et de l'amour actuel pour les enfants à venir. Mais le fait que les Romains classent le *postumus* parmi les *incertæ personæ* et autorisent cependant, quant au *suus*, l'institution ou l'exhérédation, n'en laisse pas moins au *postumus suus* son caractère de *persona incerta*, en faveur de qui toutefois l'on admet une exception. »

Or, nous avons vu exactement le contraire : il ne saurait nullement être question d'exception ; le *postumus* n'est *incerta persona* que pour les étrangers ; pour le chef de famille il doit être au contraire *persona certissima*. Et puis, il ne saurait jamais être question d'amour dans le droit successoral romain, et même l'on ne saurait, pour faciliter l'intelligence de ce droit, se servir de l'amour pour poser le contraste ou avoir un terme de comparaison. Nous touchons ici au fondement même d'où part l'erreur capitale de Gans, l'erreur qui entraîne nécessairement un échec complet pour toutes les tentations ultérieures : au lieu de rechercher le concept concret de l'héritage romain, Gans admet que le droit de succession *ab intestat* est, par principe, le système fondé sur l'amour de la famille ; de ce droit *ab intestat* il fait, au point de vue conceptuel, le contraire et l'égal du droit de succession testamentaire ; il part de cette opposition et du conflit qui ne peut manquer de se produire entre le second et le premier, celui-ci étant le facteur in-



trinsèque de celui-là, pour vouloir nous expliquer le droit testamentaire dans son évolution dogmatique et historique : or, toutes ces tentatives sont affligées de la même erreur.

La situation respective du droit de succession *ab intestat* et du droit de succession testamentaire chez les Romains, autant du moins que nous puissions déjà l'indiquer ici d'après ce que nous avons dit du caractère du droit *ab intestat*, peut être esquissée comme suit : Tous deux ont leur unité dans la pensée fondamentale de tout le droit successoral romain, pensée que Gans ne réussit pas à découvrir ; nous voulons dire l'immortalité de l'esprit encore considéré comme volonté subjective, ou, plus brièvement, l'immortalité subjective de la volonté. Ce concept forme le genre dans lequel rentrent les deux espèces de droit successoral ; chez Gans, ces droits sont de simples contraires et ne savent rien d'une unité dans le genre. Et justement parce que cette unité de concept dans le genre existe, il existe l'unité du droit de succession testamentaire et du droit de succession *ab intestat*, un juste milieu. Mais ce juste milieu n'est rien autre que le *suus* : continuation immédiate et naturelle de la volonté du *de cuius*, le *suus* hérite tout aussi bien sans testament (quand il est héritier omis) et sans loi (voir plus haut ce que nous avons dit à propos de la loi des Douze Tables qui n'institue pas le *suus*, mais suppose simplement, comme déjà existante, l'hérédité de ce même *suus*). C'est uniquement quand la continuation de volonté immédiatement donnée dans le *suus* n'existe pas, parce qu'il n'y a pas de *suus* ou qu'il s'est trouvé écarté par l'exhérédation, qu'il y a nécessité, pour la volonté subjective, de se continuer par une transmission propre (le testament), ou, en l'absence de testament, d'y voir suppléer par l'état qui décrète alors la continuation (succession *ab intestat*). Pour se convaincre que l'héritier *ab intestat* est également cette continuation de la volonté subjective, tout aussi bien que l'héritier testamentaire, on n'a qu'à se rappeler qu'il doit, lui aussi, perpétuer avant tout les *sacra singuli hominis*. Le droit de



succession *ab intestat*, tel que nous le trouvons dans le *jus civile*, recherche donc celui qui devra continuer la volonté du mort ; quand il ne trouve pas d'identité de volonté immédiate (*sui*), il décrète que les continuateurs seront les personnes qui autrefois se trouvaient en identité de volonté avec le défunt, c'est-à-dire les agnats, ceux que réunissait jadis le même lien de puissance. Mais nous ne pouvons, dès maintenant, étudier à fond le droit de succession *ab intestat* ; disons simplement ceci : le droit *ab intestat* n'a pas, quant au contenu, de principe distinct, il n'a pas de principe opposé à celui du droit testamentaire, il n'a pas d'autre principe que le droit testamentaire lui-même. Gans a commis une erreur capitale ; — le même reproche s'applique d'ailleurs à tous les jurisconsultes positifs : au lieu de se plonger dans l'esprit de l'antiquité romaine, quand il s'agit de l'ancien *jus civile*, il part inconsciemment d'idées relativement modernes et certainement allemandes en leur substance, et voit dans le droit romain de la succession *ab intestat* une obligation du défunt envers les survivants, obligation consistant à leur laisser ses biens ; mais c'est le contraire qui est la vérité ; le droit *ab intestat* repose, en son concept, sur le devoir de piété filiale des vivants envers les morts (ce devoir qui a pour but d'assurer la continuation de la volonté subjective peut même, à cause de la proche parenté, devenir un devoir obligatoire pour le *suis*) ; en outre, la transmission de la fortune et l'héritage ne sont pas identiques, par le concept, pour l'esprit romain, il s'ensuit qu'il n'y a pas coïncidence forcée dans la réalité ; et nous inclinons même à penser que nous avons victorieusement démontré la nécessité de chercher dans cette circonstance l'unique et véritable clef pour pénétrer dans l'essence du droit civil romain en matière d'hérédité. Chez Gans et chez la plupart des auteurs, le droit de succession *ab intestat* devient ainsi un principe distinct, opposé au testament : « le principe de l'arbitraire personnel pur, basé sur lui-même » ; il devient « l'expression du principe substantiel opposé à cet arbitraire » (1, 31 et passim) ; il devient

le principe de l'honnête amour de la famille, reconnaissant aux membres de la famille un droit sur la fortune laissée par le *de cuius*. Et cependant Gans est obligé d'avouer que ce prétendu principe d'amour implique lui aussi la même « dureté », le même « égoïsme » et engendre le même « arbitraire » (voir page 33) que le droit de succession testamentaire. Or, par cet aveu Gans reconnaît tout bonnement que toute cette belle opposition entre le droit de succession *ab intestat* et le droit de succession testamentaire n'est pas réelle ; c'est une conception imaginée et supposée par Gans d'après les idées modernes. Ce qui prouve jusqu'à l'évidence qu'un tel principe d'amour substantiel de la famille est absolument étranger au droit *ab intestat* romain, c'est la forme incertaine, tremblante, vague jusqu'à l'excès qu'il prend quand il commence son action dissolvante, au moment où périt le monde réellement inspiré par l'esprit romain, au moment où meurt la République (voir à ce sujet ce que nous avons dit plus haut, au § 10, de la *querela inofficiosi*).

Mais si le droit *ab intestat* ne forme pas, au point de vue du contenu, un principe distinct, un concept opposé à celui du droit testamentaire, il ne forme pas davantage, au point de vue de la forme, un contraire indépendant, égal en droits ; Gans l'avait prétendu en caractérisant les deux principes comme « plébéien et patricien ». Puisque l'hérédité est somme toute la continuation de la volonté subjective, la continuation la plus conforme au concept sera nécessairement la continuation posée par la volonté subjective elle-même ; ce qu'il y aura donc de mieux c'est d'instituer même le *suus*, ce continuateur immédiat et réel de la volonté, afin de montrer que ce rapport de l'être immédiat est voulu par la volonté subjective elle-même (1).

(1) Mieux que ne pourraient le faire tous les textes des juriconsultes romains, une malédiction, trouvée dans Plaute, nous indique jusqu'à quel point extraordinaire l'esprit national romain préfère le testament à la succession *ab intestato*, même quand on ne s'occupe pas de savoir si la même personne ne serait pas héritière



En d'autres termes (1) : Ce droit de succession testamentaire étant la manifestation la plus adéquate de l'héréd-

en vertu des deux systèmes. C'est la malédiction de Plaute, *Cure.*, V, 2, 21 : *Jupiter te male disperdat, intestatus vivito!* (« Que Jupiter te perde, puisses-tu vivre *intestatus!* ») Mais où serait donc le malheur, si les enfants que nous pouvons avoir recueillaient notre succession, que nous mourions *ab intestat* ou que nous les instituions par testament? Comment peut-il y avoir une malédiction dans ces paroles? Essayez donc, aujourd'hui, de maudire quelqu'un en lui criant : « Puisses-tu mourir sans faire de testament! » et voyez l'effet que vos paroles produiront sur lui! Ce vœu ne peut devenir malédiction que chez les gens où l'important n'est pas de savoir qui sera héritier, mais comment cet héritier héritera. Il ne peut devenir malédiction que parce que l'héritier *ab intestat* est le continuateur présumé, présumé, subsidiaire de la volonté du sujet et que, pour cela même, il présente beaucoup moins de valeur pour l'esprit national, beaucoup moins de consolation pour la continuation subjective que l'héritier institué par la volonté subjective expresse.

Pour couper court à tout malentendu, remarquons ceci : chez Plaute, cette malédiction est lancée par un personnage contre un autre qui a refusé de lui servir de témoin dans une *in jus vocatio* ; on pourrait donc être tenté de nous répliquer que l'expression *intestatus vivito* doit signifier tout simplement : Puisses-tu ne jamais trouver de témoin, rester sans témoignage.

Mais d'après nos considérations précédentes, il est absolument clair que, par un détour, il est vrai, cette interprétation nous conduira au même résultat. Le testament n'est-il pas précisément la *testatio mentis*, l'attestation, la révélation de l'esprit? Celui qui ne trouve jamais de témoin, ne peut pas non plus procéder à cette attestation de lui-même, la plus haute et la plus substantielle de toutes ; ce qui donne sa justice intérieure à ce vœu formé par le premier personnage pour punir le refus du second, c'est qu'il se rattache précisément au refus de celui dont on avait invoqué le témoignage ; ce qui précise ce sens de justice, c'est que l'auteur du vœu a évidemment dans l'idée de souhaiter à son interlocuteur quelque chose découlant du refus même, mais bien plus grave encore : c'est justement cela qui attache à ces paroles le sens terrible de malédiction.

(1) On se rappelle quelle grande importance les Romains attachaient au fait de ne pas mourir sans testament, et qu'ils se contentent même d'instituer ceux qui auraient été leurs héritiers *ab intestat* ; mais si l'on veut encore une autre preuve plus particulière, nous la trouvons, sous une forme très explicite, dans le titre



dité, s'identifie avec le concept de l'hérédité en général, il est l'unité supérieure dans laquelle il se rencontre avec le

général du Digeste : « *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem* » (29, 4).

C'est précisément quand il s'entremêle au droit prétorien que le véritable esprit du droit civil peut souvent se manifester de la façon la plus évidente. Pour bien comprendre le rapport dans lequel le droit prétorien se trouve vis-à-vis du *jus civile*, il faut avant tout ne pas perdre de vue que le droit prétorien, tout en étant la dissolution et la désagrégation du *jus civile*, n'en reste pas moins, même dans cette désagrégation, sous l'influence de l'esprit du droit civil (voir les n^{os} 5, 9 et 40). Le titre du Digeste ci-dessus mentionné voudrait empêcher les héritiers institués qui sont en même temps héritiers *ab intestat*, de renoncer à la succession testamentaire pour faire l'addition de la succession *ab intestat*. C'est leur droit strict, mais leur procédé est irrévérencieux envers le défunt : au lieu de lui donner la continuation de volonté la plus conforme avec leur concept, posée en outre par la volonté subjective expresse, ils ne lui donnent que la continuation subsidiairement ordonnée par l'Etat ; et en cela ils se laissent guider par leur propre avantage matériel, ce mode d'addition les exemptant du paiement des legs institués par le testament. C'est pour cette raison que l'équité prétorienne prend une fois de plus la défense du concept de l'hérédité donné par le droit civil et oblige ces héritiers *ab intestat* à maintenir le testament. ULPYEN, l. 1, pr. *hoc. tit.* : « *Prætor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas et in eos actionem pollicetur.* » Il est vrai qu'on serait tenté de donner une explication plausible de ces dispositions, en disant que l'équité du droit prétorien a voulu ménager le droit aux biens des légataires institués. Mais ce n'est là qu'une illusion, une vaine apparence ; les légataires sont uniquement le terrain où se montre une fois de plus jusqu'à quel point on veut tenir compte de la volonté testatrice, toujours vivante dans sa teneur nettement exprimée. Mais en outre toutes les dispositions réelles de ce titre du Digeste, que nous pouvons analyser ici, viennent à l'appui de notre dire ; parfois même les paroles laissent entrevoir la même preuve. C'est ainsi que nous lisons chez ULPYEN, l. 1, § 3, *h. t.* : *Quid ergo, si servus ejus, quem juberetur adire hereditatem, dicto AUDIENS non fuit ? Sed compellendus est servus hoc facere ; ideoque dominus ab intestato veniens in Edictum.* Ce qui importe, ce n'est donc nullement le droit extérieur des légataires,



droit de succession *ab intestat* ; ou encore, pour nous servir des expressions mêmes des jurisconsultes romains : le droit de succession *ab intestat* est subsidiaire et n'entre en ligne de compte que si la succession ne peut plus, en aucune façon, provenir d'un testament (l. 39 *de acqu. vel om. her.*, 29,2). Nous avons ici la preuve péremptoire que le droit *ab intestat* n'est pas, ainsi que Gans l'établit au début de toute sa théorie, un droit de forme indépendante, de concept particulier, placé sur le même rang que le droit de succession testamentaire ; c'est au contraire le droit de succession testamentaire qui l'emporte en sa

mais le rapport interne qui existe entre la volonté de l'héritier et celle du *de cuius*. Un fait prouve jusqu'à l'évidence ce que nous venons de dire : pourvu que le rapport existant entre la volonté de l'héritier et celle du défunt soit impeccable, que par exemple l'héritier fasse l'addition de la succession *ab intestat*, l'esclave ayant négligé de l'informer de son institution testamentaire, l'héritier ne tombe pas sous le coup de l'édit prétorien et n'a rien à donner aux légataires, dont cependant le droit reste le même et se trouve lésé de la même façon. ULPEN, l. 1, § 4, *h. t.* : « Sin autem nec certioratus est dominus a servo, et postea ipse ab intestato possedit hereditatem, non debet incidere in Edictum, nisi fingit ignorantiam. » Nous faisons encore une autre constatation : quand il y a la moindre apparence que la répudiation du testament se fait avec la volonté du défunt, il n'y a pas lieu d'appliquer l'édit ; ainsi, par exemple, quand le testament est répudié par un héritier, que le testateur avait à la fois institué et substitué ; il semble en effet que par la substitution le testateur ait voulu autoriser l'héritier à répudier l'institution : il y aurait donc, entre la volonté du testateur et celle de l'héritier, un rapport essentiellement différent de celui qui existe, lorsque l'héritier fait la répudiation ou en vertu de la loi qui la lui permet, ou en vertu simplement de sa propre volonté, l. 1, § 5, *h. t.* : « Si proponatur idem et institutus et substitutus, et prætermiserit institutionem, an incidat in Edictum quæritur ; et non puto incidere quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit. » Voir l. 6, pr. § 1, *h. t.*

Cette équité, avec laquelle le préteur maintient ainsi le concept de l'hérédité fourni par le droit civil et le défend contre les empiètements du droit prétorien, s'applique également au *suus* institué par testament, lorsque le *suus* répudie le testament pour faire l'addition *ab intestato*, l. 1, § 7, l. 23, *h. t.*

qualité d'unité suprême, dont le droit de succession *ab intestat* n'est qu'un élément de second ordre. Comment peut-on parler, au point de vue du concept, d'une opposition de principe, formelle et conceptuelle, quand il n'y a pas égalité ni parité formelles entre les deux éléments, quand l'un de ces éléments n'est qu'une parcelle de l'unité suprême de l'autre et n'est appelée à le remplacer subsidiairement que dans les cas où cet autre n'existe pas lui-même? Comment peut-on dire, historiquement, que le droit de succession testamentaire et le droit de succession *ab intestat* figurent l'opposition entre le principe plébéien et le principe patricien, alors que le droit de succession *ab intestat*, précisément en tant qu'il doit représenter le principe patricien, n'a qu'une valeur subsidiaire? De cette façon, le principe patricien nous apparaîtrait uniquement comme l'adjuvant subordonné et subsidiaire du principe plébéien! Et cette affirmation, que tout droit de succession n'a qu'une importance subsidiaire, remonte tout au moins jusqu'à l'époque de la loi des Douze Tables! Voilà les erreurs étonnantes auxquelles l'abus du raisonnement doit forcément pousser les esprits les plus fins et les plus méritants, dès qu'ils s'arrêtent aux abstractions pures, hors d'état, par conséquent, de découvrir le concept concret. On ne peut donc pas suivre Gans et expliquer le droit de succession testamentaire par le droit de succession *ab intestat*, et par l'opposition dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis l'un de l'autre; il faut au contraire expliquer le second par le premier, puisque le premier est déjà l'unité où se rencontrent les deux droits. Le droit de succession testamentaire ne saurait davantage, ainsi que le fait Gans, s'expliquer, dans son évolution historique, par le droit de succession *ab intestat* et la lutte soutenue contre le principe de ce dernier; cette lutte n'est pas une lutte de principe; elle se borne à une opposition paisible à l'intérieur de l'unité représentée par le droit de succession testamentaire; elle ne saurait donc être la force qui a mis en mouvement toute l'évolution historique. Mais comme la continuation et l'identification de la volonté subjective ne



sont réellement adéquates et conformes à leur concept que si elles sont posées et réalisées par la volonté subjective elle-même, il s'ensuit que la volonté subjective, en posant elle-même cette identité et cette continuation, exclut naturellement toute autre continuation, posée et reconnue comme simple adjuvant que l'Etat voudrait lui assurer par ses lois positives et sa propre organisation générale; en d'autres termes : on ne peut dire que la volonté, qui s'est posée elle-même, ait besoin d'être complétée de par sa nature générale (tout droit de succession *ab intestat* n'a qu'une valeur subsidiaire), ou encore, ce qui nous paraît uné conséquence nécessaire : la volonté subjective ne peut exister que sous deux formes : posée par elle-même ou posée par l'Etat. En se posant elle-même, la volonté révoque toute position faite par un autre quelconque, elle l'exclut donc (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deeedere potest*). Pomponius a raison de dire (l. 7. D. de reg. jur. 50, 17) : *rarumque rerum NATURALITER inter se PUGNA est, testatus et intestatus* ». On n'a jamais pu comprendre cette phrase si simple, bien qu'on lui ait consacré des volumes entiers ; les explications qu'on en a données sont absolument artificielles, contradictoires, tourmentées, et n'ont d'histoire que le nom (1).

(1) Haubold l'explique comme suit dans son travail : *De causis cur idem et testato et intestato non potest*. Leipzig, 1788 ; il emprunte son raisonnement à la forme dite des comices dans le testament ancien ; puisque la succession *ab intestat*, dit-il, était une loi ; que, d'autre part, le testament fait dans les comices affectait également la forme d'une loi et n'était en somme qu'une exception à cette loi antérieure, il en résulta, extérieurement, pour les deux formes, une incompatibilité ; de plus les héritiers testamentaires et les héritiers *ab intestat* se seraient facilement trouvés, à propos des *sacra*, dans une situation tendue ; enfin la forme du testament *per aes et libram* exigeait la mancipation de la famille tout entière (Mais pourquoi ? c'est précisément la question ! Il y a deux questions qui ne comportent qu'une seule et même réponse : la première est de savoir quelle est au juste la signification du principe énoncé plus haut, la seconde est de savoir pourquoi le testament de mancipation

Cette erreur était toujours la conséquence naturelle de cette autre qui consistait à ne voir dans le droit d'héritage

revêt cette forme, pourquoi il doit en somme disposer de la fortune *tout entière*. La véritable réponse est celle-ci : parce qu'il ne dispose pas de la fortune, mais simplement de la volonté (V. n° 8).

THIBAUT, *Civil. Abhandl.*, page 70), réfute cette opinion de Haubold; pour lui il veut s'en tenir strictement au texte verbal, au mot *intestato* de la loi des Douze Tables, et en déduire le principe en question ; l'auteur le plus récent, Ihering, conclut de même que cette règle, n'a pas de fondement intérieur. SEUFFERT (*Archiv. für civil Praxis*, III, 117), avoue simplement qu'il est impossible de faire à cette question une réponse satisfaisante. DERNBURG (*Beitr. zur Geschichte des röm. Test.*, page 311) y répond par la pétition de principe déjà puisée par Haubold dans la forme du testament de mancipation. Vangerow (*Pandekten*, Marburg, 1852, II, 5) explique comme suit le sens de cette règle : « Le sens de cette règle est qu'il faut regarder le testament comme épuisant la succession tout entière. » Or, par ce mot « sens » il entend la signification immédiate, celle sur laquelle il n'y a jamais eu la moindre discussion. Mais à y regarder de près, on pourrait même trouver à redire à cette signification verbale. Le sens de la règle n'est pas, en effet, que le testament doit être regardé comme épuisant lui-même toute la succession, mais qu'il doit avoir cette action forcée. Vangerow est d'accord avec Seuffert et avec Cujas pour dire que, *ab initio*, il était défendu de tester de la sorte, mais qu'après coup il y avait possibilité d'hériter ainsi (voir HUSCHKE, *Rhein. Mus.*, VI, 298) : mais c'est là une distinction erronée, uniquement fondée sur une fausse interprétation de la *querela inofficiosi* ; nous verrons plus loin (n° 26) la seule interprétation exacte. Dans l'appendice (n° 40) nous discuterons plus en détail le travail de Huschke relatif à cette règle.

Quant à Gans, il voit dans ce principe la manifestation de la lutte que se livrent entre elles les deux sphères opposées et concurrentes du droit successoral, le droit de succession *ab intestat* en tant que principe substantiel, et le droit de succession testamentaire en tant que principe de l'arbitraire ; malheureusement cette explication, malgré sa tournure brillante et spirituelle, est tout aussi fausse que les précédentes, ainsi que nous le verrons plus loin. Pour le moment il nous suffit de faire remarquer que ce principe n'est nullement, comme le voudrait Gans, une lutte entre le droit de succession testamentaire et le droit *ab intestat*, il dit tout simplement qu'une succession déterminée ne saurait être transmise, à la fois *ab intestato* et par testament.

qu'une disposition relative aux biens. Une fois cette conception admise, il devenait totalement impossible de comprendre pour quelle raison la fortune ne pouvait être transmise, partie par testament, partie *ab intestato*. Mais dès que nous avons défini le concept d'hérédité comme la continuation identique de la volonté subjective, toute difficulté disparaît, le principe en question devient la conséquence logique, naturelle et nécessaire du concept, et nous comprenons que les Romains aient vu, à juste titre, dans tout ce qui contredisait ce principe, une affirmation absurde (Papinien, l. 15, § 2, *de inoff. test.* 5, 2), contraire à toutes les lois de la pensée. Car la volonté est un acte idéal indivisible. Du moment qu'en se posant elle-même la volonté a déterminé sa continuation, elle a, par cette position même, exclu tout continuateur qui lui serait venu d'autre part pour la remplacer au besoin ; c'est en effet un complément qui ne peut et ne doit entrer en ligne de compte que si la volonté elle-même ne s'est pas prononcée ; si, par contre, la volonté passe pour ne s'être pas prononcée, auquel cas la loi détermine le continuateur, on ne saurait prétendre que la volonté se soit quand même exprimée, par une position personnelle subjective. Ces deux hypothèses s'excluent réciproquement, comme les mots positif et négatif, parler et se taire.

Il existe donc, en réalité, entre le droit testamentaire et le droit *ab intestat* une opposition, un antagonisme naturel, suivant l'expression de Pomponius. Ils s'excluent réciproquement de façon nécessaire et simple et peuvent se comparer à ce que je fais lorsque, par l'indication expresse de ce qui d'après moi forme mon être, j'exclus nécessairement tout complément, tacite ou donné par un tiers, de cette manifestation de moi-même. Mais cette opposition est une simple opposition logique, édictée par la raison, et elle ne sort pas de l'unité conceptuelle ; cette opposition est un cercle latéral infime, projeté par le grand cercle du concept romain de l'hérédité, c'est-à-dire du concept de la succession testamentaire envisagé comme la continuation de



la volonté subjective. Cette opposition existe donc ; mais c'est une opposition secondaire, dépendante d'un autre principe auquel elle emprunte son être ; c'est l'opposition paisible apportée par le complément. Or, ce complément se trouve déjà, de par sa nature même, en une unité conceptuelle nécessaire avec ce qu'il a mission de compléter ; si cependant il exclut l'élément principal et est exclu par celui-ci, c'est tout simplement parce que, dans le testament, il ne s'agit pas d'établir l'extension de la volonté (quelles sont les dispositions prises relativement à la fortune ? — dans ce cas il y aurait place pour un complément non exclusif) mais de savoir si la volonté s'est exprimée (si la volonté a produit elle-même son continuateur) ; or, c'est là une question qualitative, à laquelle il faut répondre par oui ou par non. Sans part de ce cercle latéral secondaire, de cette opposition constatée entre le droit *ab intestat* et le droit testamentaire, pour expliquer par là l'ensemble du droit de succession, son évolution historique et dogmatique : il se place ainsi dans la situation d'un individu vis-à-vis d'un tableau qu'il voit de côté. Toutes les lignes, toutes les figures du tableau se profilent autrement et même les éléments justes de l'observation prennent une certaine teinte oblique :

Le droit testamentaire a plutôt en son propre concept spéculatif le principe de sa structure organique doctrinale aussi bien que le principe actif de son évolution historique. La volonté, en sa qualité d'élément idéal subjectif, opposé à la réalité du monde extérieur, doit nécessairement manifester dans l'héritier sa nature spéculative : pour exprimer en lui cette scission, elle ne lui laissera que l'*inane nomen heredis* et l'exhèrèdera *realiter* en l'opposant ainsi à la réalité de la fortune matérielle. Et c'est précisément dans cette scission que le *de cuius* triomphe absolument et trouve la meilleure garantie de la continuation pure et désintéressée de sa volonté. Mais cet intérêt du *de cuius* rencontre son contraire dans l'intérêt de l'héritier ; celui-ci, préoccupé surtout de sa propre personnalité, se met



à répudier le testament ; et dès lors commencent la lutte et les froissements entre ces deux personnalités dont l'hérédité se propose justement l'identification ; et voilà, conformément à nos observations précédentes, le facteur primordial de l'évolution historique ; au fur et à mesure que l'élément spécifique romain s'affaiblit, nous voyons s'implanter la conception qui ne voit dans l'héritage que la transmission de biens matériels ; cette transmission se pose en dehors du cercle de l'hérédité fixé par le droit civil et devient la *bonorum possessio* prétorienne ; une fois ce second principe devenu indépendant, les deux modes de succession s'emmêlent et s'entre-croisent de mille façons, et le droit de succession *ab intestat* ne peut lui-même échapper à cette influence réformatrice.

XXIII. — La « suite » et ses conséquences conceptuelles. La médiation et sa dialectique.

Mais si le concept du *suus* consiste dans le caractère immédiat de l'identité de volonté, il en résulte nécessairement que ce rapport de volonté ne peut avoir été établi par un médiateur quelconque. Une conséquence extrêmement spéculative du concept est donc qu'il n'y a plus *suité*, dès qu'il y a un médiateur servant de trait d'union et d'intermédiaire entre le chef de famille et l'individu soumis à sa puissance ; c'est ainsi que le petit-fils qui serait le *suus* de son grand-père, ne l'est pas, quand son père vit encore et se trouve sous la puissance du grand-père, lors de la mort de celui-ci (1). La justification de ce principe se déduit facilement de ce que nous avons dit plus haut. Si le *suus heres*, ainsi que nous l'avons établi, signifie simplement : devenir le sujet et le support de la substance de sa propre volonté, le petit-fils, au cas où son père vit encore lors du

(1) GAIUS, *Comm.*, II, § 156 ; PAUL, R. S. IV, 8, §§ 7 et 8 ; *Inst.*, § 2 de hered. quæ ab int. def. (3, 1).

décès du grand-père, ne peut pas être *suus* : car il n'est pas encore sujet (*sui juris*), il ne saurait donc être le sujet de sa propre substance de volonté (*suus heres*), et le sujet de sa volonté subjective est, après comme avant, le seul père. Le petit-fils ne devient donc pas *suus* quand le père est exhérédé et lui-même institué par le grand-père : dans ce cas, il est simplement héritier institué, mais nullement héritier existant antérieurement comme tel. Et même il ne devient pas davantage, par l'application supposée de la *successio graduum* justinienne, *suus heres*, quand le grand-père meurt *ab intestato* et que le père ne fait pas l'addition de la succession (1). Dans tous ces cas, en effet, le père sert de médiateur entre lui et le *de eujus*. Et c'est justement parce que son concept exclut toute idée de médiation que se forme la maxime qui l'exprime : *successio in suis heredibus non est* (2).

Si, par contre, le père est décédé avant le grand-père, ou ne se trouve plus sous la puissance de celui-ci, le petit-fils est nécessairement *suus heres*. L'identité de volonté entre lui et le chef de famille ne passe plus par la médiation du père. La disparition du père entraîne la disparition de la médiation qui fait place dès lors à l'identité immédiate.

Comme elle est disparue, cette médiation n'influe plus sur le caractère d'*immédiateté* du lien de l'hérédité, et les petits-fils, les arrière-petits-fils, etc., qui, au moment de la mort du chef, se trouvent relever immédiatement de sa puissance, ne peuvent donc plus, puisqu'ils sont devenus eux aussi immédiatement identiques avec le *de eujus*, être exclus par un autre fils, encore vivant, du chef de famille ; et, bien que celui-ci soit parent à un degré plus rapproché, ils héritent en même temps que lui (3), également en qualité de *sui* (4).

(1) G. CUJACIUS, *Obs.* III, 21, *ad Africanum*, L., 16 D. *de post et lib.*

(2) ULPYEN, I. I, § 8, *de suis et leg. hered* (28, 16).

(3) GAIUS, *Comm.*, III, § 7 ; ULPYEN, XXVI, § 2 ; *Inst.*, § 6 *de her. quæ ab int. def.* (3, 1).

(4) Voir ACOSTA (contre Cujas), *Comm. ad Inst. de hered. quæ ab int. def.*, n° 10, l. ult. C. *de liber. præd. vel exher.* (6, 28).

Mais si la médiation disparue n'empêche pas l'immédiateté créée par sa disparition d'être de l'immédiateté, le résultat, si l'on creuse le concept concret, ne peut cependant être pareil à celui que nous aurions, si la médiation disparue n'avait jamais existé ; en sa qualité de médiation disparue et supprimée, elle est simplement supprimée, c'est-à-dire conservée dans le souvenir, maintenue par la pensée. En termes plus clairs : Par sa disparition, le fils défunt a mis ses descendants en union immédiate avec le chef de famille. Mais ce qu'il a mis ainsi en rapport immédiat avec le chef de famille, c'est la collectivité de ses descendants, c'est l'ensemble de sa descendance, l'ensemble de tous ceux dont lui-même était le médiateur auprès du chef de famille ; ce ne sont pas les personnes prises isolément, mais l'agglomérat de toutes ces personnes. Tous ces individus se trouvaient antérieurement déjà sous la puissance médiante du grand-père ; mais ce que la disparition du fils a mis sous la puissance immédiate du grand-père, chef de la famille, ce qui est véritablement et à l'exclusion de tous autres devenu *suus heres*, c'est cet ensemble, cette unité de la descendance laissée par le défunt. Comme c'est à titre d'unité que cette descendance est devenue *suus*, elle ne peut naturellement hériter qu'à ce titre, c'est-à-dire comme un *suus* unique ; en d'autres termes, la succession doit se faire *in stirpes*, et non pas *in capita*, et les petits-fils, issus d'un fils défunt, ne doivent, malgré leur caractère *de sui*, qu'hériter en leur ensemble autant que chacun des fils encore vivants (1).

(1) ULPIN, *loco citato* : « Si defuncto sit filius et ex altero filio mortuo jam nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in stirpes, id est ut filius solus mediam partem habeat et nepotes, quotquot sunt alteram dimidiam. »



**XXIV. — La « suite » (Suite). L'exhérédation et la préterition.
La formule d'exhérédation.**

Le *suus* est donc un héritier immédiatement existant. Mais en lui reconnaissant son caractère, le Romain ne fait pour ainsi dire que constater un fait physique et naturel ; ce fait ne saurait cependant établir de limitation à la liberté de l'esprit romain.

Il est impossible qu'il forme une limitation de ce genre ; par son concept même, la volonté subjective, qui forme le contenu général de l'esprit romain et qui doit être posée comme continuant à exister dans l'héritier, est essentiellement indépendante de toute existence immédiate ; elle peut s'opposer à cette existence, elle peut même l'abolir. Le concept de l'institution d'héritier exige donc absolument que la volonté jouisse d'une liberté illimitée et qu'elle puisse abolir son identité déjà posée, la transformer en non-identité. Il faut donc que le *suus* puisse être exhérédé. Mais *comme* le *suus* est l'existence immédiate de la volonté du *de cuius*, il a besoin, ainsi que tout être immédiat, d'être révoqué, pour cesser d'exister ; en d'autres termes, il demande une exhérédation expresse pour ne plus être héritier. Ce n'est pas en s'en détournant, en l'ignorant, que l'on supprime une chose existante : avant comme après, cette chose n'en serait pas moins existante ; elle demande la négation active, la révocation expresse, et le *suus* simplement omis rend donc nécessairement le testament caduc. Gaius, II, 123 : *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet ; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur.* Ulpien, XXII, § 14 : « Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. »

Ce principe : bien qu'il puisse être exhérédé, le *suus* ne l'en emporte pas moins sur le testament, au cas où il y a simple omission du *suus* et institution d'un autre héritier, si bien que la formule de l'exhérédation est absolu-



ment nécessaire pour l'écarter efficacement, ce principe, disons-nous, n'est donc pas une forme oiseuse, un caprice *de pure forme* du droit romain, bien que l'on ne soit que trop porté à l'envisager comme tel ; il n'est pas davantage (c'est l'opinion de Gans) *une victoire remportée déjà par le système familial sur le système de l'arbitraire*, ce dernier étant forcé de se souvenir du premier comme de l'organisation à proprement parler antérieure (1) ; on ne peut pas (c'est toujours l'opinion de Gans) (2) davantage voir dans ce principe un *honneur* pour le *suus*, une *dureté* et une *crualté* plus grande à l'égard de l'héritier, en un mot, il ne faut pas comprendre ce principe au point de vue psychologique, humain, car on s'engagerait ainsi, de prime abord, dans une voie fausse, et les résultats seraient naturellement faux ; il faut au contraire y voir l'énoncé d'un postulat logique, l'existence de cette nécessité logique : Pour qu'un

(1) Une fois de plus nous pouvons constater très nettement à quel degré d'inexactitude, à quel point de contradiction avec tout élément positif doit nécessairement arriver toute doctrine qui se contente d'une interprétation purement abstraite du concept. Comment peut-on voir dans le système familial l'organisation à proprement parler antérieure au testament, alors qu'en réalité ce système est subsidiaire et n'entre en ligne de compte, d'après la loi des douze tables, que *si intestatus moritur*. Le droit *propre* devient ainsi droit *impropre*, et ce seul détail aurait dû suffire pour faire comprendre à un philosophe de la force de Gans, qu'en désignant comme à proprement parler antérieur ce qui est en réalité subséquent, et *vice versa*, nous arrivons à proprement parler à faire voir que nous n'avons nullement découvert le sens propre de la chose. — Rappelons en passant que nos critiques s'adressent de préférence à Gans, parce qu'il est notre adversaire le plus digne, celui dont les travaux éclipsent de beaucoup ceux des autres jurisconsultes positifs.

(2) *Ibid.*, pages 94 et 103. Gans se trouve amené à cette conclusion inévitable : « *L'exheres* possède lui aussi la qualité générale d'héritier ; sous ce rapport il y a donc, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le même honneur à être *heris* ou *exheres*. » D'après cela *l'exheres* conserverait donc la qualité d'héritier ; il y a là une erreur aussi positive que celle contenue dans la note précédente, car l'exhérédation consiste précisément à le dépouiller de cette qualité.

élément immédiat cesse d'exister, il doit être aboli par un acte actif.

Ces considérations ainsi que d'ailleurs toute notre étude relative au concept du *suus* trouvent une nouvelle confirmation dans la formule de l'exhérédation ; les formules du droit romain, on le sait, expriment généralement en leur concision graphique et leur brièveté lapidaire le concept spéculatif en son intégralité ; une simple analyse des mots mêmes du texte permet d'en déduire ce concept. Voici la formule : *Titius filius meus EXHERES ESTO* (1). On ne peut donc pas admettre cette autre rédaction : *NON heres esto*. Or, le sens précis du terme *exheres* (notre explication s'applique à tous les composés de *ex*) indique que l'état, actuellement nié, était l'état antérieur, mais aboli et terminé en ce moment ; l'expression *non heres esto* ne ferait qu'empêcher l'*hereditas* de se réaliser dans l'avenir. Le terme *exheres* indique donc clairement que le *suus* était antérieurement déjà héritier (2), qu'il était héritier immédiatement existant, et que cet état, déjà réalisé, ne peut cesser de continuer qu'à la condition d'être rompu et terminé.

La même idée ressort de la place que la formule d'exhérédation doit occuper dans le testament. Nous avons mon-

(1) GAIUS, II, § 127.

(2) Même pour l'*extraneus heres* nous trouvons dans la formule de création : « Quod ni ita creveris, *exheres esto*. » Mais dans ce cas cette expression est toute naturelle, puisque l'expression *heres esto* qui précède avait placé l'*extraneus* dans l'état d'héritier. Chez le *suus* au contraire, cette même expression nous aurait surpris : il n'y avait pas eu d'institution préalable, il y aurait donc eu abolition de ce qui, en apparence du moins, n'avait jamais été institué.

Or, ce que nous avons dit sur le concept du *suus*, considéré comme héritier, naturellement existant, nous donne l'explication satisfaisante de cette anomalie ; une fois de plus nous voyons clairement que l'héritier, en tant qu'identité de volonté existante, se trouve avant et même sans le testament absolument dans la même situation que l'*extraneus* après l'institution faite et acceptée. L'*extraneus* ne peut donc être exhéredé sans institution préalable.

tré plus haut (n° 5) pour quelle raison l'institution d'héritier devait toujours se trouver au début même du testament. En effet, la volonté du testateur ne saurait se manifester d'aucune façon à moins que par l'institution de l'héritier elle ne se soit assurée la continuation après la mort. Mais quelle sera maintenant la formule à placer la première : l'institution de l'héritier ou l'exhérédation du *suius*? C'est l'institution de l'héritier qui doit précéder : tant qu'en effet la volonté n'a pas produit sa continuation, elle n'existe pas et ne saurait donc produire d'effets, pas plus l'exhérédation qu'autre chose. *Vice versa*, l'exhérédation du *suius* doit précéder : tant qu'en effet le support préalable de la volonté n'a pas été révoqué, tant qu'il continue à exister, nul autre ne peut être mis à sa place. A cause de la nature fictive de la continuation de la volonté, la question est par conséquent insoluble, et dans le désespoir d'aboutir à une solution conceptuelle, le Romain décide que l'exhérédation et l'institution peuvent indistinctement se précéder l'une l'autre, à condition toutefois qu'elles se suivent immédiatement et forment le commencement du testament. C'est ce que nous dit Ulpien (L. 1, de *hered. inst.*, 28, §) : « Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione quam nominatim facit ; nam Divus Trajanus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare (1). »

XXV. — La « suite » (Suite). Les différences comprises dans le concept de la « suite » considérées comme différences juridiques entre les divers « sui ».

Mais le principe énoncé plus haut, disant que le *suius* omis rompt le testament, doit, conformément aux différences conceptuelles contenues dans le *suius*, s'épanouir,

(1) Voir I. III, § 3, de *lib. et post.* (28, 2) ; I. III, § 2, de *injusto* (28, 3).



au point de vue formel et matériel, en une quantité concrète de différences très délicates.

Le fils encore sous la puissance paternelle est identité pleine et immédiate avec le chef de famille. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, il exclut, à ce titre même, son propre fils, petit-fils du grand-père ; par la mort de ce dernier, le *suus* est en effet devenu le *sujet* fondé en droit d'un cercle de volonté dans la substance duquel il rentrait jusque-là. C'est dans le *suus* que la substance de volonté trouve, en tant que sujet, son expression pleine et entière ; le *suus* peut donc être appelé la plus haute puissance de cette substance, son identité correspond pleinement au concept même du père, chef de la famille, c'est par conséquent l'identité totale.

Quand donc il y a prétérition du *filius*, le testament comme tel devient forcément invalable, les *heredes scripti* se changent en *heredes non scripti*, et le *suus* succède, comme s'il n'existait pas de testament.

Vis-à-vis du chef de famille, la *filia* ne se trouve pas absolument placée dans la même situation que le *filius*. Soumise à la puissance paternelle, elle est également, il est vrai, identité de volonté avec le père dont aucun intermédiaire ne la sépare ; cette identité est donc une identité immédiate ; la *filia* est donc *sua* comme le *filius* est *suus* : à la mort du père, la substance de la volonté, propre à la fille, devient également libre et acquiert une existence indépendante. Mais tout en étant identité immédiate avec le père, elle n'est pas, comme le *filius*, identité totale. La femme, en effet, ne peut jamais avoir personne en sa puissance, et, d'après l'expression romaine, elle est *caput et finis familiæ suæ* ; ce qu'elle représente, à la mort du père, c'est donc la simple décomposition et le morcellement de la famille ; elle devient libre et s'échappe du cercle d'activité substantiel, mais elle ne continue pas, en qualité de support ou de sujet, un cercle de volonté identique dont elle était un des chaînons.

Elle ne possède et ne remplit qu'une seule face du con-



cept de volonté existant dans le père : être libre, indépendant, n'appartenir à personne autre. Mais elle ne réalise nř ne remplit l'autre face du concept de volonté existant dans le père : être le sujet de volonté d'une substance de volonté identique passant par elle, être une unité de volonté. En d'autres termes : c'est sous une forme purement subjective et négative qu'elle acquiert en ce moment son ancienne volonté substantielle passant par elle ; mais il ne lui est pas donné de la continuer (1), en tant que sujet, du côté positif et substantiel, grâce auquel cette volonté n'a pas simplement une existence à part, mais peut encore s'identifier positivement avec d'autres volontés (c'est précisément cette dernière propriété qui forme le triomphe par excellence de la volonté subjective).

La fille ne coïncide donc qu'avec un seul des aspects constatés dans le concept de la volonté paternelle, elle ne continue que la moitié de cet être, et son identité, quoique immédiate, ne répond qu'à la moitié du concept de la volonté paternelle (2).

(1) Pour cette même raison la volonté féminine est incapable de toute continuation personnelle ; la femme ne saurait avoir de *suus*.

(2) Mais à cause de son immédiateté, cette identité exclut forcément tout héritier *non suus*, dès que la volonté paternelle ne s'est pas prononcée, par conséquent dans la succession *ab intestat*. Ce demi-caractère d'identité ne peut donc avoir de valeur que dans deux cas : d'abord vis-à-vis d'un héritier également immédiat ; et c'est ce qui se produit toujours, puisque la fille *ab intestato* ne peut jamais hériter que de la moitié, dès qu'il existe ne fût-ce qu'un seul *suus* ; puis vis-à-vis de l'héritier institué qui, une fois institué *rite*, est héritier aussi bien que le *suus* ; dans ce dernier cas, il s'agit donc simplement de savoir si cet héritier était institué *rite*, c'est-à-dire s'il y avait place et possibilité logique, et jusqu'à quel point, pour l'institution (sans exhéredation). C'est la conséquence de la demi-identité ci-dessus indiquée. Mais dans la succession *ab intestat*, où il n'y a pas eu d'institution véritable ni utilisation de la place vacante, cette immédiateté dans la continuation de la volonté doit avoir un caractère exclusif vis-à-vis de la suppléance subsidiaire, et la *filia* doit l'emporter sur l'agnat. La même remarque s'applique à ce que nous allons dire pour le petit-fils.



Le même résultat se produit nécessairement, quoique d'un côté différent, à propos du petit-fils ; il découle de l'élément que précédemment déjà nous avons noté dans le concept et que nous rappelons ici : la médiation formée par le père entre le grand-père et le petit-fils se transforme, par la disparition du père, en une médiation abolie, passée, elle fait place à une *immédiateté créée* de l'identité de volonté ; cette ancienne médiation n'est cependant jamais comme si elle n'avait jamais existé ; elle se trouve en réalité *mise en réserve*, c'est-à-dire idéalement conservée, et ce caractère idéal, continuant à adhérer, sous forme de souvenir, à cette nouvelle immédiateté, y persiste et doit forcément aboutir à ses dernières conséquences réelles.

Pour se faire une idée nette de ces conséquences, on n'a qu'à faire comparer le rapport conceptuel qui apparaît dans la succession *ab intestat*, entre le fils et le petit-fils d'une part, le grand-père d'autre part.

Le fils forme avec le père l'*identité de volonté* immédiate *comme telle*. Il est donc l'héritier exclusif de son père, l'héritier total, celui qui occupe toute la place et ne laisse pas d'espace libre à côté de lui. Il ne supporte, en effet, rien qui ne se trouve, vis-à-vis du chef de la famille, dans le même rapport d'immédiateté, ni personne qui n'ait la même qualité de *filius* ou de *filia*. Il remplit tout entière cette immédiateté de l'identité et en exclut son propre fils, petit-fils du chef de famille. En tant que *filius* pris à part, il partage à la vérité avec un autre *filius* ou une autre *filia* ; mais dans ce cas, c'est toujours avec lui-même, le fils, qu'il partage. Le concept, la catégorie du fils exclut tout autre héritier. Il partage, en outre, avec le petit-fils, issu d'un fils disparu, et cette particularité ne sert qu'à mettre en plus grande lumière nos affirmations précédentes. Ce n'est pas, en effet, avec le petit-fils comme tel qu'il partage, mais avec le petit-fils en tant qu'il n'a plus cette qualité, en tant qu'il rappelle et représente en lui le concept du fils disparu. Pour s'en convaincre on n'a qu'à se rappeler une constatation faite plus haut : lorsqu'il y a plusieurs petits-



filis issus d'un même filis disparu, ce n'est pas avec chacun d'eux en particulier, c'est-à-dire avec chacun d'eux considéré comme petit-fils — chacun d'eux pris à part est en effet petit-fils, — que le *filis* entre en rapport ; tout au contraire, il les ramène tous au seul concept du seul filis disparu, dont ils ne sont que la représentation idéale ; tous réunis comptent uniquement *qua filis* (voir plus haut : succession des *sui* par *stirpes*). Il reste donc acquis que la catégorie du filis, à cause même de l'immédiateté de l'identité, n'admet à côté d'elle aucun autre héritier.

Telle n'est pas du tout la situation du petit-fils. Il n'est pas héritier autonome, puisqu'il est exclu par le *filis* encore vivant dont il est lui-même le filis. En outre, en tant que ce *filis* est sorti de la puissance paternelle et que lui, le petit-fils, est ainsi devenu *suus*, il laisse encore place à d'autres concepts d'héritiers ; ne lui faut-il pas, en effet, partager avec un *filis* éventuel qui n'est pas petit-fils ? Bien plus, il n'accède au concept d'héritier que parce qu'il ne paraît pas en sa propre qualité de petit-fils et se borne à rappeler un autre concept, différent du sien : il compte simplement comme représentant du *filis*. Un des éléments essentiels, dans le concept du petit-fils héritier, est donc celui-ci : le petit-fils n'est pas héritier exclusif, et à côté de lui il laisse encore place pour un autre concept d'héritier, une autre catégorie d'héritiers.

En d'autres termes : Par le fait que le filis se trouve sorti de la puissance paternelle, l'identité entre le petit-fils et le grand-père perd son caractère médiat et il s'établit une immédiateté d'identité, le petit-fils devient *suus*. Mais, supprimer une médiation implique toujours une médiation ; quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle elle se manifeste, cette modification ne saurait aller sans un acte positif de médiation. Cette dialectique du concept nous amène à constater qu'entre le petit-fils et le grand-père l'identité se trouve actuellement doublée : elle est immédiate, puisque tout médiateur est supprimé ; elle est en même temps mé-

diatè, puisque cette suppression est une nouvelle forme de médiation.

En vertu de ce double aspect : immédiate d'une part et d'autre part médiatè, cette immédiate, par l'antagonisme même de ses deux éléments, apparaît à la raison sous forme de demi-immédiate.

Si donc, chez la fille, il y avait simplement demi-identité avec le concept de volonté du père, nous voyons que chez le petit-fils, il y a bien identité totale, — car le petit-fils peut être *paterfamilias*, — mais que, par contre, il n'y a plus que demi-immédiate de l'identité.

Ainsi l'identité de volonté ou l'immédiate de cette identité qui existe entre la fille et le petit-fils d'une part, le chef de famille d'autre part, n'est qu'une demi-identité, qu'une demi-immédiate ; dans ce sens ils diffèrent donc du *filius* et ne sont pas, comme lui, héritiers *exclusifs* ; ils laissent à côté d'eux une place idéale, une possibilité pour une institution d'héritier ; et il n'est pas nécessaire, pour rendre possible et efficace l'institution d'héritier, que la fille ou le petit-fils aient été préalablement expulsés de cette place par une exhérédation formelle.

Si donc le fils omis n'admet à ses côtés aucun autre héritier (1) et annule le testament, tant qu'il n'a pas été formellement écarté et qu'il continue, par conséquent, à remplir totalement, avec un caractère de pleine immédiate, le concept de volonté du chef de famille avec lequel il se trouve en identité de volonté, les conséquences ne sauraient manquer d'être toutes différentes, quand le *suis* omis est une fille ou un petit-fils. En conformité rigoureuse avec tout ce que nous avons dit sur le concept spéculatif, il résulte forcément que l'institution testamentaire doit être considérée comme valable dans ce cas : à cause du demi-caractère de leur identité ou de leur immédiate, et par

(1) Voir ULPEN, l. XXII, 16 : « Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum. »



suite de leur existence même, le petit-fils et la fille laissent à côté d'eux, sans qu'il y ait eu préalablement révocation expresse de leur identité immédiate (leur hérédité, leur suite), une possibilité logique, une place idéale, permettant à une institution subjective de produire l'identification complète avec la volonté du chef de famille, volonté qu'ils n'ont remplie que partiellement ou du moins avec une immédiate insuffisance ; d'un côté l'institution testamentaire reste donc valable ; mais d'autre part ces *sui omis*, à cause même de leur immédiate immanence, se manifestent naturellement comme héritiers, et se surajoutent, en leur qualité d'identités de volonté immédiatement existantes, aux identités de volonté posées par le testateur ; enfin, ces *sui* occupent alors, avec une précision parfaite, l'espace qui leur revient d'après leur propre concept exposé plus haut, et ils refoulent les héritiers institués à la place même que le concept concret des *sui* laisse vacant pour ces héritiers testamentaires.

C'est pleinement l'opinion de Gaius qui nous donne, dans les paroles suivantes, une des plus belles preuves en faveur de la logique spéculative presque merveilleuse de l'ancien droit civil, II, 124 : « *Ceteras vero liberorum personas (d'autres que le FILIUS) si præterierit testator, VALET TESTAMENTUM ; præteritæ istæ personæ scriptis heredibus in partem ad crescunt.* »

Mais à quel espace quantitatif ces héritiers ont-ils droit ? La réponse à cette question ressort de ce que nous avons dit plus haut sur le concept. Il faut cependant distinguer deux cas. Les héritiers institués peuvent être également des *sui*, ou bien ils peuvent être des *extranei*.

Quand ils sont des *sui*, ils sont la même chose que le *suus omis*. Dans ce cas il n'y a donc pas rapport de concept à concept, de catégorie à catégorie, puisque cette catégorie est en somme la même, comprenant à titre égal ces divers héritiers. Entre les héritiers institués et les héritiers omis il y aura donc forcément un rapport d'individu à individu, chaque individu possédant le même caractère



que l'autre ; en d'autres termes, tous les individus doivent être héritiers pour la même quote-part, il y aura partage par tête, *pro parte virili*.

Quand, au contraire, les héritiers institués sont des *extranei*, absolument distincts, par conséquent, du *suus omis*, le concept de ce dernier se spécifie de la façon la plus évidente. Dans ce cas il y a, en effet, entre le *suus* et les héritiers institués, rapport de concept à concept, de catégorie à catégorie. En sa qualité d'identité de volonté immédiatement *existante*, non révoquée, et par conséquent opposée à une autre identité posée par le testateur, le *suus omis* (petit-fils ou fille) doit donc, de prime abord, occuper toute la place qu'en vertu de son propre concept et par suite de la non-exhérédation, négligée par le testateur, il remplit déjà nécessairement ; le reste demeurera libre pour l'institution des héritiers *extranei*, quel qu'en puisse être le nombre. De ce que nous avons vu plus haut (chez la fille, il n'y a que *demi-identité* avec la volonté subjective du chef de famille ; chez le petit-fils, il n'y a que *demi-immédiateté* de l'identité de volonté) il résulte donc que le *suus omis* doit avant tout recevoir cette moitié de la succession, ne cédant la place à la libre institution testamentaire du testateur que pour l'autre moitié, sur laquelle le *suus* n'exerce pas un droit nécessaire ; par conséquent tous les héritiers institués, quel que soit leur nombre, sont réduits à l'autre moitié de la succession.

C'est pourquoi Gaius, au passage cité, continue en ces termes : « In partem aderescunt, si sui instituti sint, in virilem ; si extranei, in dimidiam ; id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam præterierit, filia aderescendo pro quarta parte fit heres... habitura esset ; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam præterierit, filia aderescendo ex dimidia parte fit heres ; quæ de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intelligimus. » Ulpien, XXII, 17 : « Reliquæ vero personæ liberorum velut filia, nepos, neptis, si præteritæ sint, valet testa-



mentum, scriptis heredibus *adcreſcunt*, suis quidem heredibus in partem *virilem*, extraneis autem in partem *dimidiam*. »

XXVI. — Le « *suus* » et le principe « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ». Suite de la discussion sur la situation respective du droit de succession « *ab intestat* » et du droit de succession testamentaire. La dialectique du concept comme cause déterminante des différences quantitatives d'héritage dans l'institution et la prétériton du *suus*.

Après avoir ainsi démontré la haute logique spéculative de ces dispositions édictées par l'ancien droit civil et restées incomprises jusqu'à ces derniers temps, nous arrivons naturellement à une considération propre à nous apporter la preuve la plus éclatante de ce que nous avons exposé plus haut sur la situation respective du droit de succession *ab intestat* et du droit de succession testamentaire.

Comment se fait-il que la citation de Gaius, ci-dessus rapportée, puisse coexister avec cette règle fondamentale du droit civil de succession : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*? On n'a jamais essayé de résoudre la contradiction entre cette règle et les affirmations de Gaius relatives au *suus* omis, qui n'est pas *filius*; bien plus, autant du moins que nous puissions nous en souvenir pour l'instant, on n'a jamais fait remarquer ni constaté cette contradiction! Elle est cependant évidente et personne ne saurait la nier. Le *de cuius* a des héritiers en tant que *testatus*, puisque les *scripti heredes* héritent; il a pareillement des héritiers *ab intestat*, puisque le *suus*, non institué, hérite lui aussi.

Comme la contradiction est matérielle et frappe tous les yeux, on aura recours à un subterfuge commode et pour cela même préféré entre tous; l'on dira: nous avons ici une exception à cette règle. Il nous semble que c'est ici plus que nulle part ailleurs qu'il faudrait méditer les paroles de Cicéron déjà mentionnées, et se rappeler avec quelle



circonspection on doit admettre les exceptions à cette règle : Cicéron, *De inventione*, II, c. XXI : *Unius enim pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, NEC UNQUAM FACTUS EST, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset* ; et cela d'autant plus qu'il ne s'agit pas ici d'ordonnances publiées sous les empereurs, ni de la caste privilégiée des soldats, ni des relâchements ou des modifications provoqués dans la rigueur de l'ancien droit civil par la mise en vigueur de la *querela inoffeiosi* ; on se trouve au contraire en plein milieu de l'ancien droit civil. Si bien que les paroles de Gaius et d'Ulpien, d'après lesquelles les héritiers ont droit à la moitié de la succession, paraissent être la réfutation directe et la négation absolue de cet autre principe également tiré de l'ancien droit civil : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deedere potest*.

Mais cette contradiction n'est en somme qu'apparente : elle ne s'institue que dans le cas où l'on juge uniquement d'après sa manifestation sensible le concept du droit *ab intestat* précédemment étudié en général, où par conséquent on l'envisage à tort comme un droit applicable si le *de ejus* meurt sans laisser de testament ; en d'autres termes : cette contradiction ne s'institue que si l'on se fait une idée complètement fautive de la situation respective du *suus* et de l'héritier *ab intestat*.

Le droit de succession *ab intestat*, ainsi que nous l'avons vu, ne forme pas le simple contraire du droit testamentaire ; c'est un contraire subordonné, mais déjà participant de l'unité même du concept propre au droit testamentaire, c'est-à-dire, la perpétuation de la volonté. Or, c'est dans le *suus* que cette unité se manifeste très clairement comme classe particulière. Le *suus*, disions-nous plus haut, forme le milieu indifférent entre le droit *ab intestat* et le droit testamentaire. C'est en lui que la volonté subjective du *de ejus*, désireuse de se perpétuer, trouve sa continuation immédiatement existante. En sa qualité d'héritier immédiat, il est héritier sans institution particulière, sans testa-



ment. Mais en sa qualité de continuation immédiatement existante, continuation procédant de la propre volonté du *de eujus*, il existe naturellement en dehors de toute loi *ab intestat, sine lege*. La loi *ab intestat* ne peut donc pas, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, et comme Paul le fait si bien ressortir dans les paroles précédemment citées, lui conférer le droit d'hérédité *qua lex*; elle peut uniquement constater le fait que le *suus* est la continuation naturellement existante de la volonté subjective du *de eujus*, qu'il est donc héritier de par sa propre essence. Le droit *ab intestat* véritable et propre, pris dans le sens romain du mot, le droit *ab intestat*, en tant qu'opposé au droit testamentaire, ne peut entrer en ligne de compte que dans le cas où il n'existe pas de continuateur naturel ni immédiatement posé de la volonté du *de eujus*, où par conséquent il faut l'intervention subsidiaire de l'Etat et l'aide de son organisation générale pour assurer cette continuation à la volonté subjective. Puisque le *suus* forme donc en lui-même et d'après son concept l'unité du droit *ab intestat* et du droit testamentaire, le milieu indifférent entre ces deux modes de succession, on ne saurait rencontrer chez lui cette opposition de *testatus* et d'*intestatus*. D'après les paroles de Gaius et d'Ulpien il est donc possible, dans l'ancien droit civil, que le *suus* omis se surajoute aux héritiers étrangers institués; on peut avoir ainsi une succession à moitié testamentaire, à moitié *ab intestat*, du moins en apparence, sans que la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* soit le moins du monde violée, sans qu'il y ait la moindre exception à cette règle : le *suus* n'est pas un héritier *intestatus*. Lorsque Cicéron nous dit : *NEC UNQUAM FACTUM EST, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius LEGE heres esset*, il ne se trouve nullement en contradiction avec cette règle du droit civil qui appelle le *suus* omis à recueillir la moitié de la succession; le *suus* n'est pas héritier *lege*, mais par sa propre essence. Il ne se produit pas ici non plus ce fait dont Cicéron disait avec raison qu'il ne s'était jamais produit. Ou bien l'opposition

entre *testatus* et *intestatus* est, ainsi qu'il ressort maintenant jusqu'à l'évidence du passage de Cicéron, l'opposition entre *testamentum* et *lex*, entre d'un côté la position par la propre volonté et de l'autre côté la position par la loi, c'est-à-dire la volonté générale de l'Etat, entre ces deux choses il y a en effet antagonisme naturel, mais on ne peut y voir la simple différence de la position ou de l'existence immédiate de la propre volonté de l'individu (1). Cette différence existe donc à l'intérieur de la propre volonté de l'individu, et comme telle, c'est en cette volonté qu'elle a son unité, grâce à laquelle les deux éléments contradictoires, comme le montre le cas rapporté plus haut, peuvent voisiner paisiblement.

L'on peut maintenant se rendre compte que c'est en pleine concordance avec ces observations que le *filius*, après avoir évincé l'un des héritiers institués et après avoir été évincé par l'autre, peut obtenir la rescission partielle du testament, sans entrer par là en contradiction avec la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Ainsi que nous l'avons vu, le *suus*, même quand il l'emporte *ab intestato*, n'est cependant pas héritier *ab intestat*, mais l'unité, le milieu indifférent entre les deux espèces d'héritiers. Et l'on comprendra dès lors jusqu'à quel point les paroles de Papinien, inintelligibles jusqu'ici, viennent confirmer notre thèse. « *Nec absurdum videtur*, dit Papinien relativement au cas en question, *pro parte intestatum videri*. » Ainsi ce n'est qu'en apparence que le *de cuius* a partiellement des héritiers *ab intestat*, et Papinien n'admet pas qu'il en ait réellement. Le *filius* équivaut en effet à un testament, c'est une identité de volonté posée par le *de cuius* lui-même, et d'autre part, ainsi que nous l'avons vu, la *querela* avait tout simplement pour but d'établir que

(1) Quant à son origine (que le *suus* doive son existence à la filiation, ou à l'adoption, ou à quelque autre cause), elle se ramène toujours à un acte de la propre volonté de l'individu ; elle est donc l'existence immédiate de cette volonté, parce qu'elle en est déjà l'affirmation.



le testateur n'avait pas réellement exprimé sa volonté ni manifesté une volonté différente (1).

Par le simple fait de s'ajouter ainsi aux héritiers institués, le *suus omis* apparaît donc comme le milieu indifférent entre l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat*; nous avons la preuve matérielle de ce caractère particulier dans la portion quantitative attribuée, sur la succession, au *suus omis*. En réalité il n'hérite pas *ex testamento*, car il ne figure pas dans le testament et n'hériterait de rien du tout suivant le testament. Il n'hérite pas non plus *ab intestato*; en qualité d'héritier *ab intestat*, il devrait exclure les *extranei* et hériter de la totalité; or, il n'hérite que de la moitié. Bien plus, quand il se trouve en compétition avec des *sui* institués, il n'hérite pas d'après le droit *ab intestat*. Il se peut qu'en s'ajoutant aux héritiers institués, le *suus omis* reçoive la quantité que la loi *ab intestat* lui attribuait dans la succession et que les *sui* institués aient également leur part d'après cette loi; c'est ce qui arrive par exemple lorsque le *de cuius* institue par testament ses deux fils, mais omet l'unique petit-fils issu de son troisième fils défunt. Dans ce cas, la répartition *pro parte virili* amenée par la survenue du *suus omis* coïncide pleinement, quant au résultat, avec la succession *in stirpes* prescrite en cette occurrence par la loi *ab intestat*: Chaque héritier reçoit le tiers. Mais la différence intrinsèque peut tout aussi bien se manifester extérieurement: ainsi par exemple quand le testateur laisse un fils et deux petits-fils issus d'un deuxième fils défunt et qu'il institue, chacun pour moitié, le fils et l'un des petits-fils, en omettant le frère de ce dernier. Si l'on appliquait ici le droit *ab intestat*, le fils hériterait de la moitié et chacun des petits-fils, du quart. Or, les paroles de Gaius et d'Ulprien nous affirment, sans que le moindre

(1) Voir à ce sujet les tentatives infructueuses faites jusqu'ici par VANGEROW, *Pandekten* (Marbourg, 1852), II, § 479, avec la bibliographie; voir également notre appendice au n° 40, relatif à la solution tentée par Huschke.



doute soit possible; que même dans ce cas il y a succession *pro parte virili* et que chacun des trois héritiers hérite d'un tiers : le petits-fils institué reçoit donc autant, le fils moins et le petit-fils omis plus que chacun d'eux n'aurait eu *ab intestato*. Ce résultat n'est pas sans nous surprendre au premier abord; il doit même paraître anormal. Comment le fils, précisément parce qu'il est institué, expressément institué pour la moitié qui lui revient *ab intestato*, peut-il recevoir moins qu'il ne lui serait échu dans la succession *ab intestat*? Comment le *suus* non mentionné dans le testament peut-il ainsi acquérir une force plus grande et recevoir plus qu'il n'aurait eu s'il n'avait pas existé de testament? Mais le *jus civile* romain est le droit du concept spéculatif; il ne se soucie nullement de ces réflexions suggérées par un sentiment d'équité; peu lui importe d'abasourdir notre entendement. Pour comprendre, du moins extérieurement et à peu près, ce résultat anormal, on pourrait par exemple se figurer que l'institution testamentaire a conféré au petit-fils institué la force et la place d'un fils du testateur. Alors ce résultat s'accorderait avec le droit *ab intestat* : par l'existence du second *filius*, le premier fils se trouve naturellement limité au tiers, puisque maintenant le petit-fils omis, devenu seul et unique petit-fils, seul représentant d'un fils défunt, doit recevoir le tiers. — Mais cet accord serait une fiction rationnelle absolument contradictoire! L'accord avec le droit *ab intestato* n'existerait en effet — étrange contradiction dans les termes! — que parce qu'il y a testament. La véritable raison conceptuelle est celle que nous avons développée plus haut : le droit *ab intestat* ne s'applique pas du tout dans ce cas, le testament est maintenu et par conséquent tous les héritiers, sans en excepter le *suus* omis, doivent apparaître comme héritiers testamentaires, les uns comme héritiers institués, le *suus* omis comme inclus et existant naturellement dans le testament; pour cette raison, la quote-part du *suus*, n'ayant pas été expressément déterminée dans le testament, doit revêtir la même qualité

d'immédiateté et de nécessité que son hérédité. Mais il se heurte à des héritiers institués qui sont également des *sui* ; sa quote-part ne peut donc lui être attribuée en vertu de son concept spécifique, puisqu'entre lui et les cohéritiers il n'y a pas de différence dans le concept, tous étant identiques ; en d'autres termes : le rapport qu'il y a n'est pas un rapport d'héritier institué à héritier immédiat, mais un rapport d'un seul individu à plusieurs individus de la même espèce ; par conséquent la quote-part, s'il faut y voir une quote-part immédiate, posée par le silence même du testateur, ne peut plus être que le résultat du rapport numérique entre le *suus* et les cohéritiers, et le *suus* omis héritera forcément de la fraction déterminée par le nombre des individus héritiers. Et parce que sa quote-part n'apparaît pas comme déterminée par le concept même du *suus*, mais plutôt par le rapport numérique dans lequel il se trouve avec les héritiers de son espèce, il s'ensuit qu'il peut hériter plus ou moins que ne lui aurait attribué le rapport *ab intestat* entre *sui* (1).

XXVII. — Différences dans la formule d'exhérédation et la formule ajoutant un legs.

Nous avons montré en quoi consiste la différence matérielle, dans la prétérition, entre le *filius* d'une part, la *filia* et le petit-fils d'autre part, malgré la *suité* commune ; nous avons prouvé que cette différence juridique découlait de la différence intime constatée dans leurs concepts respectifs. La même différence conceptuelle essaie maintenant de prendre corps dans la forme de l'exhérédation et de la prétérition, mais ne saurait y réussir complètement, parce que

(1) Il hériterait moins, par exemple, si le testateur, laissant cinq petits-fils nés de deux fils défunts, instituait les quatre nés du premier fils et omettait l'autre né du second fils. D'après le droit *ab intestat*, ce petit-fils aurait la moitié ; d'après l'accroissement testamentaire, il n'aurait que le quart.



sa nature se rapporte avant tout au fond et qu'au point de vue de la forme la qualité commune à tous les enfants, c'est-à-dire la *suité*, la propriété d'être héritiers sous la forme de l'immédiateté, doit transparaître. Le *filius* qui, d'après ce que nous avons vu plus haut, se trouve seul en identité parfaite avec le chef de famille et peut seul devenir le porteur et le sujet d'un cercle de volonté auquel il appartenait jusque-là comme à sa substance, a donc en tout cas besoin d'être exhéredé en tant que sujet, c'est-à-dire, expressément et même nommément. Pour la fille qui ne devient pas le support ni le sujet d'un cercle de volonté, d'une série de volontés, mais entre simplement, pour son compte personnel, dans les rangs des affranchis; pour le petit-fils qui a toujours son intermédiaire dans la catégorie du *filius* et reste constamment membre idéal d'une série, il semble suffisant qu'ils soient exhéredés comme membres de cette série relevant d'un sujet déterminé, c'est-à-dire *inter ceteros*. Ulpien, *Fragm. XXII, 20* : « *Filius qui in potestate, si non instituiatur heres, NOMINATIM exheredari debet ; RELIQUI sui heredes* UTRIVSQUE SEXUS AUT NOMINATIM AUT INTER CETEROS. On a donc le choix entre les deux manières. Mais parce que ces autres héritiers sont cependant toujours des *sui*, des héritiers immédiats, la question de savoir si la négation non spéciale, la simple négation de la série suffit pour annuler leur immédiateté, doit surtout se poser lorsque leur immédiateté n'est apparue que plus tard comme négation, c'est-à-dire quand ils sont *postumi* ; et dans ce cas il s'agit de déterminer si cette négation *inter ceteros*, faite au moment où ils n'existaient pas encore, doit être considérée comme englobée dans la négation générale. Cette force insuffisante et ce manque de précision dans la révocation, vis-à-vis d'une immédiateté survenant ultérieurement, doivent donc trouver un correctif dans l'institution de legs en faveur de ces *postumi*. C'est pour cette raison que dans le passage indiqué Ulpien continue ainsi : « *Postumus filius nominatim exheredandus est ; filia postuma ceteraque postumæ feminæ vel nominatim, vel inter ceteros ; dummodo*



inter ceteros exheredatis aliquid legetur. Nepotes et pronepotes, ceterique masculi postumi præter filium vel nominatim vel inter ceteros *cum adjectione legati sunt exheredandi*. » Comme motif de cette attribution de legs les Institutes ajoutent : « Ne videantur præteritæ esse per oblivionem. » Mais cette raison elle-même demande à être envisagée au point de vue logique plutôt qu'au point de vue psychologique. Par cette attribution de legs, il est posé tout d'abord que ces *sui*, bien que leur immédiateté n'ait pris place qu'après la négation, se trouvaient cependant compris dans la négation de la série. En second lieu — et ceci est le plus important — il ressort clairement de ce que nous avons dit plus haut sur l'opposition directe entre l'héritier et le légataire, que leur institution comme légataires les exclut précisément comme héritiers, puisque les deux concepts sont exclusifs l'un de l'autre.

Mais cette suppression de leur caractère d'héritier immédiat, faite par leur institution comme légataire, reste néanmoins une suppression et une exclusion implicites. Or, le concept de l'exhérédation exigeait justement une exclusion formelle et expresse, et non une simple supposition implicite. Il peut donc à nouveau s'élever des doutes sur la question de savoir si cette exclusion, en tant qu'implicite, répond et convient au concept de toute la sphère. Et Ulpien nous indique d'ailleurs très nettement l'évolution de ces motifs en nous disant : *Sed tutius est tamen NOMINATIM eos exheredari, et id observatur magis*.

XXVIII. — Le « *necessarius heres* » ou l'héritier institué comme « autre ». L'esclave. — Le passage à l'« *extraneus heres* » ou l'héritier en général.

Avant d'achever la dogmatique du *suus* par la considération des conditions auxquelles il peut être soumis, il nous faut ici jeter un coup d'œil sur un autre héritier, avec lequel le *suus* a de commun un côté de son être, nous vou-



lons parler de l'esclave, qui est *heres necessarius*, mais pas *suus*, tandis que le *suus* est appelé, pour les différencier, *suus et necessarius*.

L'esclave lui aussi est en la puissance du maître, lui aussi peut être héritier. Il n'est cependant pas, même quand il devient héritier (1), *heres suus*. Ce n'est pas par sa propre essence ni immédiatement par sa simple existence qu'il est héritier ; il ne le devient que par l'institution expresse du testateur. Soumis à la puissance du maître, il se trouve bien avec lui en unité de volonté, mais comme la chose avec son propriétaire, non pas comme la substance avec le sujet qu'elle pénètre entièrement. Il n'est pas destiné, comme les enfants, à parvenir un jour à une propre volonté subjective, et c'est même pour cette raison qu'il ne peut être, de lui-même, héritier ; en conséquence, la volonté subjective qu'il acquiert dans l'hérédité n'est pas la manifestation naturelle d'une volonté existante déjà en lui, ni la constitution, en entité immédiate et indépendante, de ce qui formait jusque-là son propre être identique, intimement uni à la substance ; c'est tout simplement la position d'une subjectivité autre, à lui conférée par l'institution testamentaire. Mais comme elle vient d'un autre, elle est forcément distincte de son être précédent, c'est une volonté subjective étrangère et nouvelle, d'abord à l'égard de l'institué, puis aussi à l'égard du maître, qui formait jusque-là le sujet dominant dans l'être de l'esclave (2). L'esclave ins-

(1) Il va de soi que nous ne nous occupons que de ce cas particulier, en laissant de côté le cas où il n'hérite pas et reste esclave.

(2) En somme l'esclave se trouve avec son maître en unité de volonté, mais comme un être distinct, et non pas, ainsi que c'est le cas pour le fils, comme un être identique. Il faut établir cette différence de concept pour être à même de comprendre toute une quantité de principes du droit successoral, sur lesquels nous ne pouvons davantage insister ici. En voici un exemple : un esclave étranger est institué ; on sait que dans ce cas le véritable héritier est le maître de cet esclave ; après le testament ou même après la mort du testateur, mais avant tout acte d'adition, cet esclave est vendu par son maître ; et



titué héritier acquiert donc, tout comme le fils dans l'éman-
cipation, une volonté subjective étrangère et nouvelle,
pour lui-même aussi bien que pour son maître. En d'autres
termes : vis-à-vis du testateur il est véritable *extraneus he-
res* (1). Mais en même temps il a été fait héritier, c'est-à-
dire, on lui a imprimé le caractère d'identité avec la pro-
pre volonté subjective du maître. Il se trouve donc dans
la situation d'une volonté étrangère par elle-même, mais

dans ce cas c'est le nouveau maître qui devient héritier (GAIUS, II,
§ 189 ; ULPEN, XXII, § 13).

(1) C'est ce qui apparaît avec une évidence parfaite au cas où les
deux motifs distingués plus haut, et cependant simultanés, se dis-
tinguent aussi dans le temps, c'est-à-dire quand l'esclave institué
par son maître est affranchi par le testateur lui-même. Par l'affran-
chissement, l'esclave devient simple *extraneus heres* ; c'est-à-dire il
lui est loisible, en premier lieu, de répudier la succession, mais
d'autre part il ne peut l'acquérir sans adition préalable (voir GAIUS,
II, § 188). La preuve est plus décisive encore, si le testateur a vendu,
après le testament, son propre esclave qu'il avait institué ; cette
vente n'annule pas l'institution, et c'est le nouveau maître qui de-
vient héritier par l'adition de l'esclave, si bien que le testateur se
trouve être continué par une volonté subjective étrangère. Il est
clair que tel devait être le concept de la chose avant l'aliénation
de l'esclave institué, sans quoi cette aliénation aurait à coup sûr
rompu le testament. On peut donc établir ceci : bien que l'esclave
se trouve en la puissance de son maître et forme par conséquent
avec lui une identité de volonté, le testateur, à cause précisément
des différences notées dans leurs concepts respectifs, est toujours,
dans l'institution d'esclave, continué par une volonté subjective
étrangère à lui-même ; il est donc parfaitement indifférent et acci-
dentel que la subjectivité étrangère au testateur, sous la puissance
de laquelle l'esclave se trouvait au moment de la succession, soit
celle de l'esclave affranchi, ou celle d'un maître étranger quelconque.
Il y a cependant une remarque à faire encore : dans le premier cas
il y a simultanéité d'existence entre la liberté dans l'esclave, et la
volonté subjective du maître que la succession fait passer dans
l'institué ; cette liberté prouve déjà l'existence de la volonté testa-
mentaire, la réalisation de la liberté prouve déjà la réalisation de
l'hérédité, et *vice versa* ; par conséquent il ne saurait être question
d'adition. On peut donc dire que l'esclave est un *extraneus heres in-
vitus*, sans adition nécessaire.



qui a déjà, pour son compte personnel, accepté l'identité qu'on lui confère avec la volonté subjective étrangère du testateur ; en d'autres termes : c'est un *extraneus heres* ayant déjà fait l'adition.

L'enchaînement conceptuel de ces facteurs idéaux a deux conséquences : il nous montre d'abord pourquoi l'esclave doit être *heres invitus* et sans adition ; puis il nous fournit la justification intérieure de la controverse suivante.

Puisque dans l'hérédité la volonté subjective du testateur est transmise à l'esclave en tant que volonté étrangère, nous pouvons en tirer cette première conséquence : dans l'institution d'héritier les deux éléments : d'un côté, le fait d'être héritier, c'est-à-dire l'identité avec le maître, d'un autre côté, l'acte d'hériter, c'est-à-dire la constitution, en face du maître, d'une volonté subjective nouvelle et étrangère, doivent être expressément juxtaposés ; en d'autres termes, il faut que la *libertas* soit expressément ajoutée à l'institution. Telle est la conséquence qu'au témoignage de Gaius et d'Ulpien l'ancien droit civil préconisait ; c'est pourquoi la formule était celle-ci : *Stichus servus meus liber heresque esto*. Si la liberté n'est pas expressément spécifiée, s'il y a *institutio sine libertate*, on admet que le maître ne veut pas s'identifier avec l'esclave en tant que celui-ci forme une volonté subjective distincte de lui-même. Mais si l'esclave ne forme pas une volonté subjective distincte, il reste toujours esclave de son maître, incapable par conséquent d'avoir une volonté subjective propre ou d'en continuer une autre ; il ne peut donc être héritier. Lorsque, postérieurement au testament, l'esclave est affranchi ou aliéné par le testateur, il sera bien l'existence d'une volonté subjective ; mais comme cette volonté subjective est étrangère au testateur, l'esclave ne peut avoir été institué pour héritier. Voilà pourquoi l'*institutio sine libertate* n'est jamais admissible, même dans les derniers cas mentionnés, quand, avant la mort du testateur, il y a affranchissement ou aliénation (*institutio omnino non consistit*, voir Gaius et Ulpien, aux passages indiqués).

Mais d'autre part, ce que le testateur, par l'institution, confère à l'héritier, n'est pas telle ou telle chose en particulier, mais tout simplement l'identité même avec la volonté subjective du testateur. Que la liberté se trouve donc expressément mentionnée ou non, elle est tacitement et nécessairement conférée en vertu même de l'identification, par laquelle le testateur confère à l'héritier toute identité qu'il est en son pouvoir de lui conférer.

Par le fait même de le constituer continuateur de sa volonté, il établit tacitement que cet esclave sera désormais son propre maître. A cause de l'union intime et inséparable, dans la personne de l'esclave, des deux éléments dont nous avons parlé plus haut, cet esclave, dont la liberté dépend uniquement de la volonté du testateur et dont le testateur vient de faire son héritier, c'est-à-dire l'existence même de la volonté, ne dépend plus désormais que d'une seule volonté, actuellement la sienne propre : il est devenu libre.

C'est ce dernier point que Justinien fait surtout ressortir quand il nous dit (1) : *Neque enim ferendum est supponere, quosdam esse ita supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate et iterum alii per legatum eundem servum assignent.* Et Justinien décrète que dans l'institution d'héritier (non pas dans l'institution de légataire), la liberté existait, *quasi injuncta*, toutes les fois qu'elle n'était pas expressément stipulée : l'institution sera donc valable. Il se défend hautement de vouloir, dans ces ordonnances, introduire une jurisprudence nouvelle ; il prétend au contraire remettre en vigueur un point déjà résolu par des controverses anciennes : « Proprios (servos) autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituire licebat ; hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituire permisum est, quod non per *innovationem* introduximus, sed quoniam et æquius erat et Atilicino placuisse Paulus suis

(1) L. 5, C. de *necess. serv.*



libris quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert (1).

L'argument consistant à dire que personne ne voudrait refuser la liberté à l'esclave, institué héritier, est à coup sûr plausible et exact ; cependant les considérations précédentes nous ont démontré la profondeur et la valeur spéculative bien supérieures des motifs pour lesquels l'ancien droit civil exigeait que ces éléments conceptuels contradictoires, constatés dans l'hérédité de l'esclave, fussent formellement exprimés dans l'institution.

De par son concept même, l'hérédité renferme une opposition spéculative qu'il faut exprimer dans une seule et même phrase, en ayant soin d'en indiquer la nature par une intonation différente ; cette opposition s'énonce comme suit : la propre volonté subjective du testateur est *continué*, mais elle est continuée par une volonté subjective *autre, distincte d'elle-même*. Cette dernière particularité ressort surtout, ainsi que nous venons de le voir, dans l'institution de l'esclave, puisque toute la différence entre l'esclave et le *suus* vient de là. En outre elle existe chez lui à un bien plus haut point que chez un *extraneus heres* ordinaire, dont elle le différencie pareillement. Cette différence, quantitative et conceptuelle à la fois, est la suivante : l'*extraneus* est en lui-même, et antérieurement à toute hérédité, une personne réellement distincte du testateur ; pour lui l'institution a donc comme unique résultat d'établir l'identité entre deux personnes jusque-là distinctes, de supprimer ce qui faisait cette distinction.

D'autre part il faut bien admettre qu'antérieurement à l'héritage l'esclave, simple propriété du maître, n'a pas de personnalité distincte de celle du testateur ; c'est la succession précisément qui lui confère ce caractère. Et ce point est tellement essentiel que cet élément (*liber*) doit être expressément mentionné, pour que l'institution soit valable. On

(1) *Inst. pr. de her. inst.* (2, 14).



peut donc dire : L'esclave est l'héritier posé comme personnalité distincte (1).

C'est grâce à cette dernière constatation qu'il nous est possible actuellement de comprendre un usage très naïf et très intéressant que les Romains faisaient de l'institution des esclaves. Des maîtres criblés de dettes instituèrent comme héritier l'un quelconque de leurs esclaves : de cette façon, si les créanciers font vendre les biens, ce ne sont pas, du moins en apparence, les biens du défunt qui sont vendus, mais les biens d'un tiers, d'une personne encore vivante ; et l'infamie attachée à une telle vente retombait sur le seul tiers, l'héritier ; la réputation du testateur restait sans tache.

Les paroles consacrées par Gaius à ce genre d'opération (II, 154) sont trop naïves pour que nous puissions résister au désir de les citer ici : « Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu *liberum et heredem* instituire, ut si creditoribus satis non fiat, potius *hujus heredis* quam *ipsius testatoris* bona vendant, id est ut *ignominia* quæ accidit ex venditione bonorum *hunc potius heredem* quam *ipsum testatorem* contingat. »

« C'est donc l'héritier plus que le testateur » que la vente et l'ignominie qui l'accompagne sembleront atteindre. Or, le concept de l'infamie romaine, comme du reste Savigny le remarque judicieusement, veut que « l'infamie soit toujours la conséquence d'un *acte personnel* ».

Il est tout naturel que l'infamie attachée à l'insolvabilité retombe sur l'héritier étranger, qui, par un acte libre de sa propre volonté, c'est-à-dire par l'adition, a fait sienne l'insolvabilité du testateur. Mais il n'en va pas de même pour l'esclave qui, en sa qualité de *necessarius heres*, n'a pas la liberté de la répudiation ni même de l'abstention préto-

(1) Le mot *héritier* implique naturellement l'identité, si bien que la phrase exacte serait celle-ci : personne identique posée comme personne distincte.



rienne, qui n'a pas fait le moindre acte et s'est vu imposer l'hérédité.

Fondée sur ce concept de l'infamie qui occupe, vis-à-vis de la matière de l'hérédité, une position rationaliste, la raison rationaliste se soulève et essaie d'ébranler cette ignominie spéculative. Gaius continue en ces termes : *quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, qui non suo vitio, sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur*. Mais Gaius ajoute simplement : « *sed alio jure utimur* », ce qui revient à dire : nous nous en tenons au concept spéculatif. Le concept de l'hérédité est celui-ci : l'identité des deux volontés subjectives est posée, non pas en tant qu'identité pure et simple, mais en tant qu'identité de volontés distinctes. La volonté subjective du défunt se continue comme celle d'une personne *autre, encore vivante*. Il est donc absolument conforme au concept de l'hérédité que ce vivant débarrasse le défunt de toute honte et s'en charge lui-même. La raison objecte, il est vrai, que l'esclave héritier n'hérite pas de par sa propre volonté et ne fait donc pas sienne l'insolvabilité du défunt, forcé qu'il est par les *iniquitates juris* ; mais cette objection ne saurait infirmer le rapport indiqué, et cela d'autant moins, qu'on a particulièrement insisté sur ce caractère de l'héritier : être une personnalité distincte du testateur. Dans l'héritier ordinaire, cette distinction existe au même titre que l'unité — pour qu'il y ait identité, il faut que ce soit identité d'éléments distincts — mais les deux éléments sont groupés sous la définition formelle de l'unité ; dans l'hérédité de l'esclave, l'identité et la distinction existent également, mais l'élément qui l'emporte ici, c'est la distinction des personnes. Puisque, d'après son concept, l'esclave héritier doit précisément continuer une volonté subjective en tant que celle-ci est distincte de lui, il n'est pas fondé à se plaindre aux yeux des Romains sous prétexte qu'on le force à porter le déshonneur de l'insolvabilité, étrangère à lui-même et dont nul acte de volonté n'est venu faire sa propre insolvabilité. Il est tout aussi logique, au point de vue spé-



culatif, que le testateur insolvable sur qui retomberait le déshonneur s'il mourait sans héritier et que les créanciers fissent vendre ses biens, soit libéré de tout déshonneur, quand même nul sujet de volonté ne serait venu l'en délivrer ; ce déshonneur, il vient de l'imprimer à quelqu'un dont la destination est précisément de le continuer comme personne distincte de lui-même ; cet autre portera donc ce déshonneur, non pas comme celui du testateur, mais comme personnalité distincte du *de cuius*. C'est pourquoi l'équité prétorienne elle-même n'enlève pas à l'esclave cette infamie. Mais — et c'est ici que va nous apparaître, dans toute sa clarté sensible, la différence conceptuelle établie plus haut entre l'esclave et l'*extraneus* — il faudra, en compensation, lui accorder autre chose. Si d'une part le testateur se fait continuer par l'esclave, personne distincte de lui ; si l'esclave porte le déshonneur de l'insolvabilité sans avoir fait acte d'adition, cette insolvabilité lui restant ainsi étrangère sans devenir la sienne propre ; si cependant il porte ce déshonneur, non pas comme le déshonneur du testateur, puisqu'il sera considéré comme distinct de ce testateur ; il faut, d'autre part, que l'esclave héritier, demeuré, malgré sa qualité d'héritier, personne distincte du testateur, puisse de son côté faire valoir, à l'égard du *de cuius*, ce concept spécifique propre. Il faudra donc lui accorder un droit que nul autre héritier ne possède ni ne peut posséder : dans sa propre fortune, acquise après la mort du testateur, soit avant, soit après la *bonorum venditio*, il sera libre de se poser en personne distincte du testateur et de ne pas répondre pour les dettes existantes. Les créanciers du testateur insolvable ne peuvent donc avoir recours contre lui que pour le montant même de la succession ; mais ils n'ont pas — ainsi que cela se pratique pour l'*extraneus* qui par l'adition a fait ces dettes siennes, ou encore pour le *suus*, identique avec le *de cuius* — recours contre la fortune personnelle de l'esclave héritier (1). Gaius, II, 155 : « pro hoc tamen incom-

(1) Il va de soi que dans certaines circonstances l'institution de



modo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patrôni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur. »

Il faudrait bien se garder de ne voir là, par un jugement superficiel, qu'une application de l'équité humaine ; c'est ce que nous venons de constater à propos de l'infamie préjudiciable à l'esclave, c'est ce que nous allons bientôt constater à son avantage. D'ailleurs l'esclave héritier ne jouit même pas de la faculté d'*abstention* concédée par l'équité prétorienne (1) ; être, par rapport au testateur, héritier distinct, voilà la conséquence nécessaire qui découle du concept théorique développé plus haut. Tant que l'on n'a pas saisi ce double concept réuni dans l'esclave (2) et jus-

l'esclave peut constituer une fraude et porter ainsi préjudice aux créanciers. Mais il découle naturellement de tous nos développements précédents que le simple droit privé des créanciers ne saurait guère entrer en ligne de compte devant ce droit qui s'identifie pleinement avec la substance même de l'esprit du peuple romain. Le droit des créanciers doit encore pouvoir être limitatif pour la liberté des legs, puisque ceux-ci ne représentent que des effets isolés de la volonté. Mais la liberté d'assurer à la volonté subjective la continuation après la mort coïncide avec le contenu spécifique et substantiel de l'esprit romain ; elle ne saurait donc admettre ces restrictions dictées par le droit privé ; et nous voyons une fois de plus le droit du mort l'emporter sur le droit du vivant. Aussi nous trouvons, dans le rescrit de l'Empereur Antonin (l. II, *de necess. serv. her.* (6, 27) cet aveu franc et dépouillé de tout artifice : « Is qui solvendo non est, heredem necessarium etiam in fraudem creditorum relinquere potest. » Durant sa vie le maître n'a pas le droit d'affranchir son esclave *in fraudem creditorum* ; la *lex Aelia Sentia* le lui défend. Voir GAUJUS, *Commen.*, I, § 36.

(1) ULPÏEN, XXII, § 24 : « Necessarius autem tantum heredibus abstinenti potestas non datur. »

(2) Gans n'a pas saisi cette distinction conceptuelle catégorique dans l'institution de l'esclave, aussi neuf lignes lui suffisent-elles pour expédier le droit de succession testamentaire de l'esclave ; tout ce que nous avons développé ci-dessus : mention de la liberté, infamie, non-obligation de payer sur ses biens personnels les dettes du défunt, il le passe sous silence et se contente de nous dire : « Leur institution suppose nécessairement la liberté et équi-



qu'à nos jours personne n'y avait réussi, on ne saura comprendre le principe d'après lequel l'esclave n'est pas tenu à payer, sur ses biens personnels, les dettes du testateur ; or, c'est un principe qui semble détruire la substance tout entière du droit successoral, c'est-à-dire l'identité des deux volontés subjectives ; mais on ne pourra comprendre davantage l'infamie, ni la nécessité de mentionner la liberté dans l'institution, ni même aucun détail un peu précis du droit d'héritage des esclaves.

Il est clair que l'esclave héritier ne peut ainsi réserver sa fortune personnelle que s'il l'a pose lui-même : malgré ma qualité d'héritier, je me considère comme distinct du testateur et je veux que l'on me considère comme tel. Avant de toucher même aux biens du défunt, il lui faudra donc, pour réaliser ce droit, demander au prêteur le décret de séparation. Ulpien (1) : « Ita sciendum est, necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, *si non attigerit bona patroni*, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit, separetur, *sed et si quid ei a testatore debetur.* »

Au lieu de s'abstenir simplement, il doit précisément s'affirmer comme héritier, et c'est dans cette affirmation que, par le décret de séparation, il se pose comme personne distincte du testateur.

Les derniers mots de la citation ci-dessus nous indiquent que l'esclave conserve même, en ce cas, ses créances éventuelles contre le testateur ; en d'autres termes, malgré sa qualité d'héritier, il reste à tel point distinct du *de cuius*, que, tout en restant héritier, il peut faire valoir ses droits en tant que tierce personne, en tant que créancier.

Mais du moment que les créanciers ne peuvent faire vendre que les biens du maître, et non pas — ainsi que cela

vaut implicitement à l'émancipation » ; il est évident que Gans ne pense qu'aux ordonnances de Justinien et ignore forcément toutes les dispositions contraires de l'ancien droit civil, puisque seules ces différences conceptuelles élucident ces dispositions.

(1) L. I, §. 18, *de separat.* (42, 6).



se fait pour l'héritier ordinaire dont l'acte d'addition à fait de l'insolvabilité du maître la sienne propre — les biens personnels de l'héritier, de l'esclave, il est acquis et établi qu'il porte le déshonneur en question non pas comme le sien propre, mais comme celui d'un autre. C'est donc en ce moment seulement que nous voyons, avec une netteté parfaite, le sens propre de ce que nous avons dit plus haut touchant le concept : les deux éléments demandent à être mis en évidence ; c'est l'esclave et non pas le maître qui porte le déshonneur, mais il le porte comme étant le déshonneur d'un autre.

Sans qu'il y ait là une prévention en faveur de la classification trichotomique, nous pouvons constater, par tous les développements ci-dessus, que les trois espèces d'héritiers dont les auteurs romains nous ont transmis les noms : le *suus* (*suus et necessarius*), le *necessarius* et l'*extraneus*, ne sont que les divers degrés d'une division en trois, s'opérant elle-même d'après la loi spéculative du concept logique. L'héritage est l'unité où se rencontrent la volonté subjective du testateur et celle de l'héritier. Le concept d'hérédité renferme trois éléments : le testateur, l'héritier posé comme volonté subjective distincte du testateur, enfin l'unité du testateur et de l'héritier. En tant qu'héritier, tout héritier est déjà cette unité. Mais le principe agissant du développement systématique consiste en ce que, par l'opération des éléments conceptuels immanents, cette totalité est posée d'abord sous la forme exclusive de l'un, puis sous la forme exclusive de l'autre de ces éléments immédiatement contraires, enfin sous la forme de l'unité.

Simplement identique avec le testateur, l'héritier est *suus* ; en face de lui se dresse, ainsi que nous l'avons vu, un contraire immédiat et abstrait : c'est le *necessarius* ou esclave, héritier posé comme distinct du testateur. C'est précisément par l'institution que l'esclave, primitivement en identité de volonté avec le maître, est posé comme distinct de ce dernier. Et nous arrivons au contraire direct : par l'hérédité un individu, primitivement distinct du *de cuius*,

se trouve posé comme lui étant identique. Mais cette opposition n'est plus simplement opposée à la précédente, c'est plutôt en elle que les deux oppositions précédentes se rencontrent comme en leur unité : l'héritier dont l'acte d'identification pose maintenant la distinction avec le testateur et l'identité avec le même, l'héritier posé comme totalité des deux éléments, unité formée de sa propre unité et de celle du *de cuius*, l'héritier *extraneus*.

XXIX. — Le « *suus sub conditione* » ou la transformation du « *suus* » en « *extraneus* ».

Il nous reste à élucider un dernier point intéressant et à indiquer comment le *suus* se transforme naturellement en *extraneus*. Puisque le testateur est libre même d'exhérer le *suus*, il peut, *a fortiori*, lui imposer des conditions, sans que l'essence du *suus* s'en trouve modifiée : Il devient tout simplement *suus sub conditione*. Si donc le testateur, par la condition établie, fait dépendre le *suus* de faits objectifs quelconques, il est obligé, pour la validité du testament, d'exhérer formellement le *suus* au cas où la condition ne se remplirait pas. Si au contraire il le lie simplement à une condition dépendant de la volonté propre du *suus*, celui-ci a cessé d'être un *suus* ; quand même il remplirait la condition, il n'hériterait plus comme *suus*, mais en vertu de la dialectique du concept il s'est transformé en *heres extraneus*.

Toutefois si cette dernière constatation ressort clairement de tout ce qui précède, de son côté elle nous fournit une nouvelle preuve des plus évidentes en faveur du développement que nous avons donné du concept. Nous venons de dire que le *suus* est simplement l'héritier identique posé comme tel. Et ceci est tellement vrai que, si l'institution fait entrevoir par la moindre allusion que le *suus* pourrait cependant être une volonté subjective distincte du testateur — dans la réalité physique il forme du reste une personna-



lité distincte, — la *suité* se trouve supprimée *ipso facto* et transformée en son juste contraire : le *suus* est devenu *heres extraneus*. Le *suus*, dont l'être ne peut être entamé par l'exhérédation implicite, la prétérition, est précisément nié comme *suus* et détruit dans son essence, lorsque l'institution renferme une semblable allusion. D'après le concept, ce résultat est inévitable. Cette identité absolue et immédiate du *suus* avec le *de cuius* n'est en effet qu'une fiction juridique qui peut refouler et refoule en réalité la vie naturelle — l'héritier considérée comme personne distincte — jusqu'à ce qu'elle-même se trouve anéantie par une exhérédation expresse. Mais lorsque le testateur pose, dans le testament même, une allusion à cette réalité opposée à la fiction juridique, cette position positive suffit au même titre que l'exhérédation négative à détruire la fiction juridique de l'identité, et le *suus* apparaît tel qu'il est en réalité : une personnalité distincte du *de cuius*, un *non suus*, un *extraneus*.

On ne saurait révoquer en doute la nécessité conceptuelle de ce principe disant que la moindre allusion faite à une différence possible entre les volontés suffit pour anéantir immédiatement la *suité* du *suus* institué ; il sera tout aussi facile de démontrer, d'après les sources juridiques, la réalité empirique du même principe. Nous n'avons qu'à nous rappeler la théorie relative aux conditions. Chez l'*extraneus*, l'institution liée à la condition de volonté : *si volet* est une institution sans condition. La condition est absolument sans effet, *non scripta*. Il ne saurait en être autrement : il était en effet inhérent à l'être même de l'*extraneus* de conserver sa liberté de volonté et de ne l'identifier avec le *de cuius* que par l'acte d'adition. Chez le *suus*, au contraire, celui-ci étant *heres invitus*, ces mots *si volet* ajoutent quelque chose de nouveau ; elle rend la liberté à la volonté du *suus* ; il s'agit donc d'une véritable condition, et le *suus* nous apparaît tout d'abord comme un *suus* institué sous condition. Hermogénien (1) : Verba hæc : « *Publius Mæ-*

(1) L. 12, de condit. inst. (28, 7).



vis, si volet, heres esto, in necessario conditionem faciunt, ut si nolit heres non existat : nam in *voluntaria* heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres. »

Mais quand le *suus* est institué sous cette condition et que par suite le testateur l'a posé comme un être capable de vouloir et même de vouloir autrement que le *de cuius*, qu'il l'a posé en tout cas comme une volonté subjective indépendante et distincte de la sienne propre, le *suus* est annulé en tant que *suus* ; comme première conséquence de cet état de choses nous trouvons que cet héritier ne demande plus, ainsi que le ferait le *suus* pur et simple, une exhérédation formelle pour le cas où il ne voudrait pas de la succession. Mæcianus nous dit (1) : « Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent ; si heredes non essent, alium quem visum erit, iis substituere ; negatumque, hoc casu necesse esse, *sub contraria conditione filium exheredare*, primum, quia *tunc tantum id exigeretur* quum in potestate ejus non esset, an heres patri existeret, expectantis extrinsecus positæ conditionis eventum, deinde quod, etsi quacunque posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset ; certe si verbis exprimeretur, inepta fieret, huic enim conditioni : *si volet, heres esto*, quæ alia verba contraria concipi possunt, quam hæc : *si nolet heres esse, exheres esto* quod quam sit ridiculum, nulli non patet. »

L'exhérédation est donc inutile : La raison n'en est pas simplement, que nous aurions une tautologie ridicule ; il faut plutôt la chercher dans cette dialectique du rapport conceptuel par lequel le testateur, en admettant le *suus* comme une volonté distincte de lui-même, le pose comme héritier *voluntarius*, c'est-à-dire, *heres extraneus*. En voici la preuve : Mæcianus reconnaît d'abord que l'exhérédation est superflue, quand il s'agit d'une condition potestative, où

(1) L. 86, de hered inst. (28, 5).



cependant il n'y aurait pas cette tautologie des mots ; puis il nous l'indique plus clairement encore dans ces paroles par lesquelles il continue immédiatement son exposé : « Non ab re autem hoc loco velut excessus hic subjungetur, *suis ita heredibus institutis si voluerint heredes esse, non permitendum amplius abstinere se hereditate, quum ea conditione instituti jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes extiterunt ; sed et ceteris conditionibus, quæ in ipsorum sunt potestate si sui pareant, jus abstinendi assequi non debent.* »

La deuxième conséquence réelle est donc celle-ci : par la réalisation de la condition de volonté ils perdent le droit prétorien de l'abstention, droit qui appartient aux *sui*. En tout cas ils ont donc cessé d'être des *sui*. S'ils ne remplissent pas la condition, ils ne sont pas héritiers ni par conséquent *sui* ; s'ils la remplissent, ils perdent le droit d'abstention et cessent également d'être des *sui*. Mæcianus lui-même a bien compris que l'unité conceptuelle de cette antithèse rationnelle venait de ce que, par l'affranchissement de leur volonté, ces héritiers avaient été posés comme distincts du testateur, comme héritiers *sua sponte*, c'est-à-dire, *heredes extranei*.

Une troisième conséquence réelle, très importante dans la pratique, sera donc forcément la suivante : Quand les héritiers institués, chacun pour moitié, sont l'un un *suus sub conditione* et l'autre un *extraneus*, et que le *suus* ne remplisse pas la condition de volonté, le testament ne devient pas caduc et il n'y a pas succession *ab intestat* ; au contraire, le testament reste valable, tout comme si l'héritier répudiant était l'un quelconque de deux *extranei*, et l'autre *extraneus* reste seul héritier. Ulpien et Julien sont du reste d'accord pour nous dire à propos du *filius*, (l. 4, de *hered. inst.* (28, 3) : « et quidem sub ea conditione quæ est in potestate ipsius potest (institut) de hoc enim inter omnes constat. Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni, an et si non paruerit et decessit ? Julianus putat, filium sub ejusmodi conditione ins-



titutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse ; et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare donec conditioni pareat filius, quum etsi patrem *intestatum* faceret non parendo conditioni, procul dubio expectare deberet ; *quæ sententia probabilis* mihi videtur, ut sub *ea* conditione institutus quæ *in arbitrio* ejus sit, *patrem intestatum non faciat* ».

Mais ceci n'est possible sans exhérédation ni réalisation de la condition testamentaire que si le *suus* a totalement perdu sa qualité de *suus* ; et il a perdu cette qualité sans négation préalable, sans exhérédation, par ce simple fait que le testateur l'a posé positivement comme une personne à volonté libre, comme un sujet de volonté distinct du *de cuius* (1).

Pour ce qui est de l'*extraneus*, les considérations ci-dessus nous ont suffisamment indiqué en quoi il diffère du *suus* et des *necessarius*. Il constitue une volonté subjective primitivement distincte qui s'identifie avec celle du testateur par l'acte d'adition. Il a besoin de l'acte libre de l'identification de volonté pour établir cette unité qui chez le *suus* est naturelle, et chez le *necessarius* dérive de la seule position d'identité faite par le testateur.

Il représente donc, ainsi que nous l'avons vu plus haut, l'unité du *suus* et du *necessarius* : il est l'héritier pur et simple.

XXX. — La capacité d'hériter et ses conditions. — Le moment de la capacité. — La « *lex Papia* » et l'« *apertura tabularum* ».

Si nous passons maintenant à la *capacité d'hériter*, l'incapacité d'hériter devra forcément nous apparaître comme une émanation rigoureuse du concept même d'héritage. Gans nous dit bien (II, 175) : « Les raisons qui empêchent

(1) Voir L. 3 de *institut.* (6, 23) ; dans ce rescrit de l'empereur Alexandre nous lisons même, touchant le *suus* : « et ideo adire hereditatem non prohiberis. »

certaines personnes déterminées d'être instituées ne rentrent pas dans un travail relatif au système de l'arbitraire ; on les suppose plutôt et nous pouvons nous borner à en faire ici l'énumération » ; mais si Gans renonce ainsi à comprendre, dans leur sens réel, les incapacités, c'est uniquement parce qu'il n'a jamais compris le concept véritable de l'héritage. Si l'institution de l'héritier était en réalité, comme Gans nous le dit au même endroit, une simple « institution d'un individu pour succéder à la fortune », il serait absolument impossible, la fortune étant « un objet mort et incapable de résistance (1) », de déduire du concept même du testament, comment la volonté testatrice pourrait rencontrer des obstacles dans les personnes à instituer. Il faudrait donc, avec Gans, introduire dans le testament, pour en faire de semblables empêchements, « les formes concrètes de la volonté, la Société civile et l'Etat » ; et malgré cela, il serait encore impossible de comprendre réellement pour quelle raison l'Etat et la Société, alors que la famille, comme cela se pratiquait à Rome, ne mettait nul empêchement à la liberté de tester, pourraient défendre au testateur de léguer, en mourant, sa fortune à des personnes auxquelles il était libre d'aliéner durant la vie (2).

(1) GANS : « Quand il s'agit de la fortune, la réflexion s'applique à un objet mort et incapable de résistance ; ici, au contraire (dans l'institution d'héritier), la volonté se trouve aux prises avec une volonté vivante et ses formes concrètes, c'est-à-dire la société civile et l'Etat. L'institution de l'héritier n'est donc (pourquoi ?) pas déterminée par la volonté vide, ou du moins cette détermination ne se fait qu'à l'intérieur du cercle, où la volonté pouvait se mouvoir jusque-là (mais ce n'est pas du tout le cas ; celui qui a *commercium*, n'est pas pour cela capable d'être institué) ; en d'autres termes : les exigences de la sphère substantielle excluent des personnes déterminées, que l'arbitraire n'est pas libre de désigner comme héritiers (pourquoi donc ?). »

(2) Mais une fois le testament compris et admis pour ce qu'il est en réalité : non pas un simple droit particulier des personnes, mais un droit où le citoyen romain voit l'expression intime de toute son essence historique, où l'esprit national a résumé et déposé tout ce qui fait son contenu spécifique, il est tout à fait compréhensible



Mais comme le principe actif, dans le concept d'hérédité, n'est nullement « une institution pour succéder à la fortune », les incapacités seront uniquement des émanations de ce principe actif, les conséquences logiques du concept spéculatif de l'hérédité. C'est rigoureusement le cas pour ce qui est des incapacités établies par l'ancien droit civil; et même les lois, promulguées à des dates plus récentes, telles que la *lex Julia*, la *lex Papia*, ne sont, dans toutes leurs dispositions relatives à cette question, que l'élargissement et la continuation analogues de ce principe fondamental.

Une autre conception, plus philosophique assurément que celle que nous venons de réfuter, est celle mise en avant par Ulpien dans sa définition. Ulpien semble y présenter déjà que la capacité d'être institué n'est qu'une simple émanation du concept d'héritage et de son contenu immanent. Ulpien : *Fragm. XXII*, § 1 : « Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent. » Il est évident qu'Ulpien ne prend ce principe que dans le sens purement extérieur : l'héritier à instituer doit avoir la capacité d'accomplir avec le testateur l'acte formel du testament de mancipation. Mais en somme cette capacité n'est rien autre que la *testamentifactio* dont le testateur, lui aussi, ne peut se dispenser, pour être capable de tester; ce principe reflète donc cet autre concept plus profond et seul vrai : la capacité d'être institué suppose, chez l'héritier, la propriété indispensable d'être la même chose que le testateur. Comme l'hérédité n'est en effet que l'identification des deux volontés subjectives et par suite la perpétuation de la volonté testatrice, il faut que l'héritier, pour pouvoir effectuer cette perpétuation, soit une volonté subjective, semblable à celle du testateur. Il lui faut donc absolument la même

sible, et nos considérations antérieures viennent corroborer notre thèse présente, que toute personne, incapable de la volonté romaine, soit exclue de toute participation à cet acte, à ce culte spécifique de l'esprit romain : le *peregrinus* ne peut même recevoir de legs; et la loi *Junia* étend cette prohibition au *Latinus Junianus*.



capacité de volonté dont nous avons démontré la nécessité chez le testateur, capacité dérivée du concept même de la chose. Il serait impossible d'établir l'identité entre deux éléments dissemblables, impossible, par conséquent, de produire le lien de l'hérédité. C'est pourquoi nous avons pris les devants, et en même temps que la capacité de tester, nous avons établi précédemment la capacité d'hériter comme fondée et donnée nécessairement dans le concept même de l'hérédité : nous renvoyons donc nos lecteurs à ce qui précède, et nous nous bornerons ici à l'étude particulière de quelques points importants.

Nous comprenons actuellement pourquoi, d'après la théorie romaine, la capacité de l'institué devait exister, non pas seulement au moment de la mort du testateur, mais au moment même de la confection du testament. Savigny a tenté d'expliquer ce *phénomène étrange*, comme il l'appelle à bon droit, en disant que la mancipation, cette forme primordiale du testament romain, imprimait à l'ensemble la forme d'un contrat fictif d'héritage, c'est-à-dire d'un contrat juridique entre vifs. Nous découvrons maintenant la raison profonde sur laquelle se fonde cette motivation purement formelle encore. Le testament est l'acte par lequel deux volontés subjectives indépendantes s'identifient (1). Il faut, par conséquent, que la capacité de volonté requise pour cet acte de volonté existe, non pas simplement à l'époque où cette identification doit produire ses effets, c'est-à-dire au moment de la mort du testateur, mais à l'époque déjà où s'est effectuée cette identification ; dans ce cas seul elle peut être efficace dans l'avenir.

(1) Le testament de mancipation n'en est donc que la forme la plus adéquate ; en d'autres termes : le testament n'est pas une convention fictive entre vifs, et cela pour cette simple raison formelle que, par une bizarrerie inexpliquée, on lui donna la forme d'un acte de mancipation ; tout au contraire, dans sa substance la plus intime, le testament est une convention entre vifs, et c'est pour cette raison qu'on lui a donné la forme de la mancipation.



Tant que le testament de droit civil conserve sa forme rigoureusement adéquate, dans toute sa pureté conceptuelle, c'est-à-dire à l'époque où le *familiæ emptor* était encore lui-même l'héritier, cette nécessité interne se traduit naturellement dans la forme extérieure. La confection de ce testament est en effet impossible, si l'héritier ne se pose pas lui-même en continuateur de la volonté testatrice : il lui faut donc la capacité d'agir requise pour cet acte de volonté (1). Or, cette exigence n'est pas fondée sur une simple forme comme telle ; ainsi que cette forme, elle a sa racine dans l'idée même du testament ; elle survit donc à cette forme ; elle peut et doit même se maintenir, quand déjà l'héritier n'est plus le *familiæ emptor*, le co-agissant, et que par conséquent la forme purement extérieure et matérielle ne semble plus exiger, avec la même évidence, que l'héritier, au moment de la confection du testament, soit capable de vouloir et d'agir. Elle peut et doit survivre à cette forme de la mancipation pour la raison que voici : en perdant cette forme, le testament de droit civil perd uniquement l'expression rigoureuse de son concept dans la forme extérieure, mais il ne perd pas son contenu conceptuel, c'est-à-dire la faculté de représenter l'identification entre deux volontés capables de s'identifier ainsi (2) :

(1) L'héritier (*familiæ emptor*) est héritier dès l'instant même de la confection du testament ; on le considère comme tel, bien que l'acte n'acquière d'efficacité qu'après la mort du testateur (voir THÉOPHILE, *l. c.*).

(2) Constatons ici l'erreur de Savigny, quand il nous dit (VIII, 451) : « Il eût été logique de renoncer complètement à cette doctrine (celle des trois temps), même dans le droit Justinien, puisque, dans ce droit, il n'existe plus de vestige de cette mancipation considérée comme la base du testament. »

L'idée de mancipation avait donc complètement disparu ; mais par contre l'idée d'hérédité, source de la mancipation et de toute la doctrine, n'avait pas entièrement disparu ; elle avait bien pâli, il est vrai, la fortune matérielle l'avait [de plus en plus refoulée, mais elle se rattachait toujours et quand même, quant à son essence intime, à sa racine primitive, le droit civil ; nous avons du reste



Ces considérations nous permettent de comprendre également la conséquence que la *lex Papia* tire de ce même point, dans un sens absolument opposé.

Le testament de droit civil, disions-nous plus haut, le testament dans sa forme primitive, adéquate et absolue, ne peut être constitué, à moins que l'héritier ne se pose en continuateur de la volonté, précisément par la formule solennelle de l'acte testamentaire. Mais une fois admis l'usage d'instituer dans les *tabulæ* un héritier autre que le *familiæ emptor*, l'héritier n'avait plus besoin de concourir à la confection du testament : aussi l'acte testamentaire ne fait plus mention de ce facteur. En conséquence, le testament n'existe pas encore pour l'héritier, et tout en étant achevé, il présente en apparence un caractère incomplet. C'est de cette pensée que s'empare la *lex Papia* : elle ne regarde le testament comme complet qu'au moment même où il existe solennellement pour l'héritier, c'est-à-dire au moment de l'*apertura tabularum*. Telle est évidemment l'idée de cette loi dans ses diverses dispositions : tout en sachant qu'il est héritier, l'héritier ne peut faire acte valable d'adition qu'après l'*apertura tabularum* ; bien plus, quand il s'agit de legs, l'époque du *dies cedit* n'arrive et par suite les diverses dispositions de la volonté n'ont d'efficacité qu'à partir de cette *apertura tabularum*, et non pas à partir de la mort du testateur. Justinien rapporte ces dispositions : L. un., § 1, C. de cad. toll. (6,51), et nous dit même à ce sujet (1) :

essayé, à propos des institutions concrètes de Justinien, d'expliquer, aussi bien que possible, ce rapport du législateur et du droit civil d'héritage. Mais tant qu'il existait une cohésion conceptuelle de ce genre, il ne pouvait être question de supprimer la doctrine des *tria tempora*. Elle ne serait illogique et sans racines réelles que dans le seul droit testamentaire, tel qu'il s'est constitué sous l'influence des idées germaniques, après sa séparation totale d'avec la substance même de l'esprit romain.

(1) Mais si l'*apertura tabularum* qui formait, ainsi que nous l'avons montré, le dernier complément de l'acte testamentaire, était nécessaire pour l'adition de l'héritier, elle ne l'était nullement pour l'agnition de la *bonorum possessio secundum tabulas*. ULPIEN.

« Quum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab additionibus, quæ circa defunctorum hereditates procedebant, sumsit, et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatusconsulta quæ circa legem Papiam introducta sunt concesserunt, ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere. »

Quand Justinien affirme vouloir tout simplement remettre en vigueur l'ancien droit civil, il a raison dans le sens littéral du mot ; mais c'est tout (1). Dans l'ancien droit,

I. 1, § 2, de bon. poss. sec. tab. (37, 41). Voici la raison de cette différence ; cette agnition est une simple disposition relative aux biens, et elle n'a pas pour but de produire l'identification de deux volontés ; pour être complète en elle-même, elle n'a donc pas besoin d'opérer, après coup, l'opposition et la mise en présence des deux volontés nécessaires dans le testament *per æs et libram*. — Le caractère spiritualiste du droit d'héritage — nous prenons la liberté de nous servir encore une fois de cette expression — ressort de la façon la plus évidente et la plus distinctive quand nous le comparons avec la *bonorum possessio* ; mais il n'en va pas de même, si nous le comparons avec le droit concernant les legs. La *bonorum possessio* n'est en effet qu'une simple disposition relative aux biens ; le legs, au contraire, sans parler même de l'opposition dans laquelle il se trouve avec l'hérédité, a ceci de commun avec l'héritage, qu'il figure, lui aussi, un effet distinct de la volonté testatrice continué dans l'héritier après la mort du testateur ; il se trouve donc avec l'héritage dans une unité intérieure, grâce à laquelle les dispositions du droit légataire sont soumises à maint point de vue, par exemple quant à la capacité du légataire, aux exigences du concept d'héritage, leur source et leur principe fondamental.

(1) Voir ce que nous avons dit plus haut sur cette tendance organique du droit romain, même au moment où sous Justinien il a complètement perdu son essence première, de se rapprocher toujours, du moins extérieurement, de sa forme primitive, le contenu conceptuel étant tout à fait modifié ; on pourrait comparer cette tendance à ce que nous voyons parfois dans la mort humaine : il se produit en effet des cas où les traits d'un cadavre nous rappellent

tant que le *familiæ emptor* agissant dans l'acte testamentaire était encore lui-même l'héritier, il n'était même pas possible de ne rendre le testament complet et efficace qu'avec l'*apertura tabularum*. Mais une fois que l'usage s'est généralisé d'instituer dans les *tabulæ* un héritier autre que le *familiæ emptor*, la *lex Papia* (1), ainsi que nous l'avons vu, comble cette lacune, en décrétant que le testament n'aura son efficacité formelle qu'après l'*apertura tabularum* (2). En rapportant cette dernière disposition, sans toutefois revenir à l'usage primitif qui consiste à faire du *familiæ emptor* l'héritier, Justinien s'est plutôt écarté que rapproché de l'ancien droit.

Mais chez Justinien le testament de mancipation a totalement disparu et s'est perdu dans le testament prétorien. Par là, l'hérédité s'est tellement et d'une façon si décisive rapprochée de la simple transmission de biens, que nulle raison ne s'oppose plus à ce que l'adition se fasse, ainsi

les traits du défunt tel qu'il était autrefois et non pas tel qu'il fut dans ses dernières années de lutte et de maladie ; cependant il manque toujours *la vie* qui avait été la cause de cette altération.

(1) Il est historiquement prouvé qu'à cette époque déjà cet usage s'était généralisé. Auguste teste *per æs et libram*. Son *familiæ emptor* est *Domitius*, l'aïeul de Néron, mais ses héritiers sont *Tibère et Livie* ; voir Suétone : *Vita Aug.*, c. 101 ; *Vita Neron.* c. 4. — Il serait difficile d'établir, croyons-nous, jusqu'à quelle époque, antérieurement à la *loi Papia*, remonte au juste cette scission entre l'héritier et le *familiæ emptor*.

(2) L'adition de l'héritier, bien qu'elle ne puisse se faire qu'après l'*apertura tabularum*, doit cependant, puisque l'hérédité est la continuation ininterrompue de la volonté subjective, se rattacher immédiatement au moment de la mort et continuer, à partir de cette date, l'être de cette volonté subjective. Quant aux legs, ils ne représentent pas l'être général de la volonté subjective, mais seulement des manifestations isolées de cette volonté ; il est donc admissible qu'ils n'aient d'efficacité qu'à partir du moment où ces manifestations de la volonté perpétuée dans l'héritier acquièrent une existence réelle pour l'héritier et revêtent par conséquent une réalité conforme au concept d'hérédité, une efficacité et une force obligatoires.



que cela s'est de tout temps pratiqué dans la *bonorum possessio*, dès avant l'*apertura tabularum*. Il suffit de rappeler tout simplement que la *lex Papia* fut en vigueur aussi longtemps que le testament de mancipation pour se convaincre que cette loi, que trop souvent on a le tort de considérer comme une simple loi fiscale, due au bon plaisir du législateur, comble une lacune réelle, survenue dans le droit successoral pour la raison que nous connaissons, et qu'elle a par suite un fondement objectif.

XXXI. — La capacité d'hériter ; ses conditions ; l'« *incerta persona* ». L'individualité morale.

Mais revenons à notre sujet actuel, la capacité d'hériter. Nous avons vu plus haut pourquoi le testateur ne saurait tester sans être *certus de statu quo*. Par un phénomène absolument analogue et d'ailleurs pour les raisons développées ci-dessus, il est naturel que la personne à instituer soit, en regard du testateur, une individualité morale nettement délimitée. Ce principe renferme deux propositions distinctes : tout d'abord il faut que l'héritier soit par lui-même une volonté autonome, sans quoi il ne serait pas une volonté subjective ni par conséquent capable de s'identifier avec une autre et de la perpétuer. Mais il ne suffit pas qu'il soit une telle individualité morale *en lui-même*, il faut encore qu'il le soit aux yeux du testateur. S'il était *en lui-même* une telle individualité, sans l'être cependant pour le testateur, celui-ci ne pourrait pas s'identifier avec lui : en voulant s'identifier avec une volonté inconnue d'elle-même et par conséquent indéterminée, la volonté subjective abolirait précisément l'être à perpétuer, c'est-à-dire son caractère déterminé ; elle ne pourrait ni se conserver ni se perpétuer, elle se remettrait au seul hasard et consentirait donc, en principe, à sa propre cessation. En aucune façon l'héritier ne doit donc être une *persona incerta* pour le testateur : il n'est donc pas admis de faire une institution



d'héritier en ces termes (1) : *Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto*, parce que, d'après l'expression d'Ulpien : *certum consilium debet esse testantis*, ou encore parce que, au dire de Gaius, est *incerta* toute personne que *per incertam opinionem animo suo testator subji-*
cit (2). Est encore prohibée l'institution suivante (3) : « Celui qui donnera sa fille en mariage à mon fils » ou « Celui qui sera nommé consul après ce testament » (4). Dans tous ces cas, le bénéficiaire serait en effet une *incerta persona*, c'est-à-dire le testateur, à cause de ce caractère incertain des institués, aurait renoncé à sa volonté, au lieu de l'affirmer : on aurait un résultat analogue à celui de l'institution *quos Titius voluerit* (voir n° 13).

Mais d'où vient que le testateur, en contradiction apparente avec ce qui précède, puisse faire une institution de ce genre : *Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit*. (Gaius, *loco citato*). Le testateur n'a-t-il pas, dans ce cas aussi, renoncé à sa propre volonté ? Mais nous avons ici tout simplement la preuve que les formules ne peuvent jamais suppléer au concept. L'institué de ce

(1) ULP IEN, *Frag.*, XXII, § 4.

(2) GAIUS, *Comm.*, II, 238.

(3) On comprend aisément qu'on ne puisse rien léguer à la *persona incerta*, pas plus qu'on ne peut l'instituer. Le legs n'est pas simplement, ainsi que nous l'avons fait remarquer à diverses reprises, une disposition relative aux biens ; c'est la continuation de la volonté se manifestant dans cette disposition relative aux biens. La volonté montre qu'elle est parvenue, grâce à l'héritier, à se perpétuer ; elle le montre en produisant des effets isolés, des actes de volonté, destinés à devenir efficaces après la mort du testateur. Par le legs, la volonté ne fait donc toujours que se réaliser elle-même et se perpétuer — c'est en cela que le legs fait un avec le testament —, mais elle s'exerce sur son contraire, la chose. Voilà pourquoi l'*incerta persona* ne saurait bénéficier d'un legs ; dans un pareil legs, en effet, la volonté ne se poserait pas comme perpétuée, mais, à cause même de l'incertitude de la personne que le hasard seul viendrait déterminer, la volonté renierait et abolirait sa propre essence.

(4) GAIUS, *l. c.* ; ULP IEN, *Frag.*, XXIV, 18.

genre n'est pas *incerta persona* : la désignation se limite en effet à un cercle de personnes connues du testateur et, par conséquent, personnes certaines pour lui. Le testateur pourrait instituer chacun d'eux en particulier ; et de même qu'il peut s'identifier avec chacun d'eux sans renoncer à son propre caractère subjectif déterminé, puisque tous ces cognats sont autant de subjectivités déterminées, de même il peut leur laisser à tous la faculté d'hériter de lui, en instituant chacun d'eux sous la condition qu'il paraîtra le premier aux funérailles. Peu importe au testateur que celui-ci ou celui-là soit l'héritier, pourvu que la condition posée se trouve remplie ; et quel que puisse être, en définitive, l'héritier réel, le testateur s'est toujours continué dans une volonté subjective connue et certaine pour lui. L'addition *ex cognatis meis* fait donc de la *persona incerta* (1) une *persona certa*, en limitant l'institution à un cercle d'individualités qui toutes sont des personnes déterminées aux yeux du testateur.

Il est un point précis qui vient donner une confirmation éclatante à cette explication et qu'il faudrait bien se garder de laisser de côté : après l'addition *ex cognatis meis*, Gaius et Ulpien ajoutent *qui nunc sunt*. Il faut naturellement que les cognats soient nés au moment de la confection du testament, pour qu'ils puissent être, aux yeux du testateur, des personnes déterminées ; l'enfant à naître serait pour le

(1) Gaius et Ulpien donnent tous les deux une explication erronée, en nous disant : « *Sub certa tamen demonstratio incertæ personæ recte legatur.* » Cette personne n'est plus en effet, ainsi que nous venons de le voir, *persona incerta*. Et du reste cette *demonstratio* reste toujours, même après l'addition « *ex cognatis meis* » une désignation incertaine, puisqu'elle permet encore, après comme avant, de faire un choix entre plusieurs. D'autre part, la désignation certaine, faite par l'accomplissement de la condition, serait tout aussi grande s'il n'y avait pas l'addition « *ex cognatis meis* ». Ce qui nous occupe ici est donc plutôt l'*incerta demonstratio* d'une *certa persona*, bien que les juriconsultes romains, beaucoup plus habiles, comme tout le monde sait, dans l'application pratique du droit que dans l'élément théorique, renversent les termes.

testateur une personne absolument incertaine : c'est ce qui nous explique que le *postumus alienus* soit frappé d'incapacité et que, parmi la descendance propre du testateur, puissent seuls hériter ceux qui étaient déjà conçus au moment où est mort le chef de famille. Des cognats, existant au moment de la mort, mais n'existant pas encore lors de la confection du testament, compteraient donc toujours parmi les personnes qui, lors de la confection du testament, étaient *incertæ personæ* pour le testateur, dont l'institution reste par conséquent inutile (1).

Si donc l'héritier à instituer doit être, même *pour le testateur*, une individualité morale déterminée, une volonté douée d'une existence propre, il doit *a fortiori* posséder cette qualité par lui-même, pour avoir la capacité d'être institué. Seule une individualité morale, une volonté douée d'une existence propre peut être à même de s'identifier avec une autre et de la perpétuer. Voilà pourquoi les Dieux ne peuvent être institués héritiers (*deos heredes instituere non possumus*, etc.) (2), car ce sont de pures abstractions, des entités générales, et non pas des volontés subjectives arrivées à l'existence personnelle et autonome. Comme on leur attribue cependant, dans la religion, la forme individuelle, ce principe du droit civil nous laisse entrevoir que ce ne sont là que des individualités figurées, non réelles, des généralités individualisées, des puissances substantielles générales, et non pas des êtres à existence distincte. Ils sont donc incapables d'hériter, jusqu'à ce que les constitutions impériales et les sénatus-consultes se mettent à battre en brèche le principe et à concéder à certains dieux, sous forme de privilèges, la capacité d'hériter (3).

(1) Mais la simple attribution de biens à un *incerta persona* — et par suite le fidéicommiss —, est admise dans l'ancien droit, et même s'étend au *postumus alienus*, GAIUS, II, 287 : « Eadem aut simili ex causa autem olim incertæ personæ vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit ». Adrien changea tout cela.

(2) ULPEN, XXII, § 6.

(3) ULPEN, *ibid.* Voir, à propos du droit sur les biens attribué à



Si la capacité d'être institué suppose nécessairement l'existence spirituelle autonome, parce que l'hérédité n'a d'autre idée ni d'autre but que la perpétuation d'une telle existence ; si d'autre part la subjectivité spirituelle ne peut être continuée que par une subjectivité du même ordre, il en découle naturellement que les collèges, les associations, les *municipia*, les *municipes*, en un mot, toutes les personnes dites civiles sont incapables d'hériter. Quoi qu'on fasse et quelques droits qu'on leur accorde autrement, ces personnes resteront toujours des entités abstraites collectives ; il leur manquera toujours l'unité spirituelle, l'existence intensive, en soi et pour soi, qui fait la personne ; il leur manquera donc le concept de la subjectivité. C'est donc à juste droit qu'on les regarde comme *incertæ personæ*, non seulement vis-à-vis du testateur, mais en eux-mêmes : « Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant (1). » L'insuffisance de cette dernière raison, purement extérieure — la difficulté de faire l'acte extérieur de l'adition — est manifeste. Rien ne serait plus facile, en effet, que de remédier à cette difficulté qui du reste, ainsi que nous allons le voir sous peu, n'est pas le motif décisif (2).

certaines corps de prêtres placés sous un supérieur spécial : DIRKSEN, *Civilist. Abhandl.*, II, 50 et 116.

(1) Voir L. 8, *C. de her. inst.* (6. 24) : « Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est. »

(2) La *bonorum possessio*, n'étant pas une continuation de la volonté, mais une simple attribution de biens, le bénéficiaire n'ayant donc pas besoin d'être une volonté subjective, peut être accordée aux municipes et aux corporations ; et Ulpien lui-même trouve tout naturel que les corporations puissent faire l'agnition de la *bonorum possessio*, bien que l'argument qu'il donne contre l'adition s'applique tout aussi bien à l'agnition. ULPYEN, L. 3, § 4, *de bon. poss.* (37, s.) « A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest ; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet bonorum possessio. Sed

L'idée vraie qui se reflète encore dans cette motivation, malgré toute la maladresse des termes, est celle-ci : ce qui manque à ces corporations, c'est précisément le facteur intérieur de l'unité personnelle ; elles ne peuvent donc elles-mêmes déterminer véritablement leurs actes de volonté ; elles n'ont pas cette détermination ni cette unité qualitatives qui pénètrent les personnes réelles comme des coups de foudre ; il leur manque le concept de la subjectivité, le caractère individuel. Mais par contre il fut de tout temps (1) permis d'instituer le peuple romain ; l'esprit historique du peuple romain est en effet une individualité spirituelle de ce genre, une unité spécifique et exclusive, une unité spirituelle distincte de l'esprit des autres nations, et il sait avec une conscience absolue qu'il possède cette individualité spirituelle. Une fois de plus nous rencontrons dans le droit la justification de ce principe de la logique spéculative qui nous dit qu'il n'y a pas de différence entre l'universel absolu et l'individuel absolu. Le peuple tout entier, pris comme tel, possède également dans l'universalité absolue de l'esprit national le lien qui le réunit en une unité, fait de lui le support d'une individualité spirituelle, déterminée, douée d'une existence autonome, pénétrant les divers éléments constitutifs. Seule la corporation, placée entre l'universel et le particulier, ayant son caractère particulier et ses intérêts particuliers, manque de l'universalité de l'esprit qui englobe tout le peuple, comme aussi de l'unité de l'individualité, du caractère individuel.

D'un seul point de vue les corporations peuvent être assimilées à des volontés subjectives, c'est dans le rapport qui les unit à la chose dont elles sont propriétaires. La pro-

etsi nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Prætoris Edicto. » Les corporations peuvent de même se voir attribuer des fidéicommiss. Voir ULPEN, *Frag.*, *ibid.*

(1) A en croire AULU-GELLE, VI, ch. VII, et MACROBE, *Saturn.*, I, ch. I, cette possibilité existait déjà du temps d'Ancus Martius et même de Romulus.



priété est en effet la souveraineté volontaire. Vis-à-vis de sa propriété propre, la corporation prend donc l'apparence de la volonté subjective. Le fait même d'avoir des intérêts particuliers l'empêche d'avoir l'universalité absolue de l'esprit, et ne peut lui conférer ni l'unité de l'esprit ni par conséquent l'essence de l'individualité ; mais à cause du rapport de propriété, en vertu duquel la chose, sa propriété, est soumise à la volonté de la collectivité comme à une volonté propre, la collectivité acquiert, vis-à-vis de cette chose, cette unité de volonté, cette individualité, cette existence pour soi. En d'autres termes : tout être capable de posséder de la propriété devient de ce fait même, quel que soit d'ailleurs le rapport dans lequel il se trouve avec l'extérieur ou les autres êtres, nécessairement *sujet* vis-à-vis de la *chose* lui appartenant. Si donc la *chose* acquiert la capacité de tester, si par exemple un esclave appartenant à un *municipium* est affranchi, cet affranchi se souviendra toujours que cette corporation était un sujet et a même prouvé cette existence en elle d'une volonté subjective par la liberté qu'elle lui a conférée ; pour cet affranchi, la corporation, étant un sujet, doit donc jouir de la capacité d'hériter. Ulpien, *ibid* : « Senatusconsulto tamen concessum est, ut (municipia) a libertis suis heredes institui possint. »

XXXII. — Division et Indivision de l'hérédité.

Ainsi donc la capacité d'hériter suppose l'individualité propre, à l'exclusion de la pluralité de personnes, du collège, par exemple ; faisons cependant remarquer immédiatement qu'il serait faux de conclure de là, pour le testateur, à l'impossibilité d'instituer plusieurs héritiers, à condition toutefois que chacun d'eux ait cette individualité propre. De même qu'en effet la personnalité, dans sa continuation naturelle, la génération, ne se borne pas à une reproduction pure et simple, mais peut se diversifier, de même l'essence purement spirituelle de la volonté implique

la possibilité, pour celle-ci, de déterminer un nombre illimité de volontés et d'en faire autant de copies d'elle-même. Le testateur peut donc instituer des héritiers en nombre illimité (Inst., § 3, de her. inst. 2, 14. PAUL, R. S., III, 4). Mais chacun d'eux représente toute la personnalité volontaire du testateur, chacun figure la volonté testatrice dans son intégralité. Par conséquent, comme l'héritage ne consiste pas, en principe, en une attribution de fortune, les héritiers ne peuvent recevoir des portions de fortune; mais, comme chaque héritier a droit à la totalité de la fortune et que le droit de chacun pénètre toutes les diverses portions, ils se partagent la totalité de la fortune, tout d'abord suivant leur nombre. Ils sont donc héritiers d'une quote-part, et cette circonstance montre clairement que leur droit n'est pas un droit patrimonial sur les choses prises isolément et comme telles, qui leur échoient lors du partage, mais que, dépassant cette individualité matérielle, ils sont tous et chacun la volonté testatrice en sa totalité. En effet la quote-part, comme d'ailleurs Gans le fait très judicieusement remarquer (II, 209), est précisément la partie posée dans son rapport à la totalité; c'est donc une partie dans laquelle se reflète la totalité, la *pars quanta* seule étant une entité matérielle sans aucun rapport avec le reste. Mais, si l'on admet ceci, on aurait également dû reconnaître que l'obligation, pour le testateur, de ne jamais instituer d'héritier pour certaines parties déterminées (*certarum rerum heredem*), mais d'assigner toujours une quote-part, constitue une nouvelle négation de la théorie, d'après laquelle, dans l'héritage, la fortune serait attribuée comme telle; ou cette obligation indique du moins que la fortune et sa transmission dans l'hérédité doivent être envisagées comme une simple conséquence secondaire du principe transcendant de la continuation de la volonté; en d'autres termes, il aurait fallu comprendre, par une critique judicieuse, combien est erronée la base sur laquelle on a bâti, jusqu'à nos jours, l'explication du droit successoral romain. C'est ce qui ressort encore plus clairement quand il n'est

institué qu'un seul héritier. La fortune n'est, en effet, qu'une foule de choses, décomposée en ses éléments matériels : voilà justement le point de vue sous lequel il ne faut pas l'envisager dans l'héritage, car dans le droit successoral il ne s'agit pas de transmettre une pluralité de choses, des objets meubles ou immeubles ; au contraire, l'ensemble de ces choses, en tant qu'elles sont à la libre disposition du testateur, ne représentent que l'être immédiat et matériel de la personnalité volontaire, c'est-à-dire, son *corps matériel*. C'est uniquement parce qu'elles ont cette unité abstraite et matérialisent la volonté du testateur, qu'elles appartiennent à la nouvelle volonté subjective qui, par un acte de sa propre volonté et par la volonté du testateur, s'identifie avec cette dernière et la continue. Voilà ce qui explique pourquoi, en présence d'un héritier unique et par suite sans motif nécessaire, le droit successoral romain ne conserve pas aux biens du testateur leur forme éparsée et inerte ; il les en débarrasse, au contraire, et les réunit dans l'unité artificielle de l'*as*. L'*as* exprime cette totalité de la fortune constituée en unité abstraite. Tout héritier unique est immédiatement héritier *ex asse* ; ce qui revient à dire qu'il n'héritera pas des objets en leur pluralité naturelle, mais des objets considérés comme unité, c'est-à-dire comme la représentation immédiate, dans la sphère de la réalité tangible, de la volonté dont il accepte la transmission. S'il y a plusieurs héritiers, la fortune matérielle se divise en les quotes-parts abstraites de l'*as*, les *onces* ; à défaut d'autre disposition, cette division se fait suivant le nombre des héritiers. Mais comme il est loisible au testateur, par l'institution d'un nombre arbitraire d'héritiers, de limiter librement la quote-part de chacun ; comme d'autre part chaque héritier, quelque minime que soit d'ailleurs sa part, n'en représente pas moins toute la personnalité volontaire du testateur ; comme, par conséquent, le montant de la quote-part ne figure, dans l'idée d'héritage, qu'un élément purement indifférent et extérieur ; il s'ensuit, pour le testateur, la faculté de

fixer absolument à sa guise la quote-part de chaque héritier. Car la fortune est secondaire et extérieure à l'hérédité, et sa division ne saurait en rien produire une division de l'idée d'héritage, c'est-à-dire de l'identité de volonté, qui ne doit jamais subir la moindre division. L'héritier ne doit faire aucun acte qui, en apparence, équivaldrait au partage fait par le testateur ; il ne peut, quand il est appelé à recueillir la succession totale, n'en accepter qu'une partie. PAUL, L. 1, *de acqu. vel. om. her.* (29, 2) : « Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. » Ici ne s'applique donc pas ce principe admis en mathématiques : Qui peut le plus, peut le moins ; cette application est impossible, parce que, dans le droit d'héritage, il ne s'agit de rien d'objectif ni de rapports de grandeur, mais de facteurs purement abstraits. En fait, l'héritier appelé à titre universel, en faisant l'addition d'une partie seulement, agirait tout autrement que le testateur n'agit dans le partage. Celui-ci, en effet, ne répartit entre les héritiers que la fortune, c'est-à-dire l'accessoire purement extérieur et secondaire de la volonté, tout en imprimant à chacun toute sa personnalité volontaire ; l'héritier, au contraire, morcellerait, scinderait (PAUL : *scindendo*) la volonté du testateur. Or, l'idée de volonté, étant spirituelle, est une et indivisible et n'admet ni degrés ni déterminations quantitatives. Quiconque n'accepte pas intégralement la volonté du testateur ne lui est pas identique et ne saurait donc hériter. C'est pourquoi l'héritier doit faire l'addition, non pas d'une partie, mais de la totalité de la succession. Mais ce principe serait un pur non-sens, si l'héritage était essentiellement une disposition relative à la fortune, une transmission d'objets matériels. En effet, dans ce cas, l'acceptation du plus emporterait l'acceptation du moins ; c'est ainsi que, par exemple, dans une vente, de deux quantités en litige, la plus faible est toujours maintenue : on suppose que les deux volontés se sont mises d'accord sur celle-là (Cf. SAVIGNY, *System*, III, 274). Cette parole de Paul, à cause même de sa justesse, va



plus loin dans ce sens : l'héritier, institué par le testateur pour plusieurs parts, doit les accepter toutes sans exclusion aucune. ULPEN, l. 2, *de acqu. her.* (29, 2) : « Sed etsi quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non postest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. » Quelle que soit la façon dont le testateur ait réparti la fortune, cette chose tout accessoire, sa volonté n'en reste pas moins une entité spirituelle indivisible, que chaque héritier doit accepter et représenter intégralement. La même raison oblige le testateur à assigner à chaque héritier une quote-part, si minime soit-elle, de sa fortune. S'il limitait l'héritier à des choses déterminées et lui enlevait ainsi la quote-part, il le dépouillerait précisément de la capacité d'avoir en lui et de représenter, en totalité, l'essence même de sa volonté ; il le dépouillerait donc de son caractère d'héritier. En conséquence, pour qu'il puisse instituer quelqu'un héritier *certarum rerum*, il faut que ces choses forment une unité et un tout, il faut que le chiffre de la quote-part, c'est-à-dire son rapport à la totalité ne soit pas exprimé ; il peut donc l'instituer pour « tous les biens qu'il laisse dans la province de Mauritanie, ou à sa maison de campagne, ou à la ville ». (Cf. plus haut, page 210, note 2).

XXXIII. — Les incapacités des « Lex Julia » et « Papia Poppæa ».
— Moment précis de la capacité. — L'idée de la caducité.

Dans les chapitres précédents nous avons vu que les incapacités établies par l'ancien droit civil n'étaient que les corollaires nécessaires et logiques de l'idée même de l'héritage. Quant aux incapacités édictées ultérieurement par les *lex Julia* et *Papia Poppæa*, elles ne font que continuer, d'une façon plus libre et plus arbitraire, mais toujours analogue, la même pensée fondamentale.

L'idée véritable de l'hérédité, c'est la perpétuation de la volonté, non pas la simple continuation momentanée de la



volonté par-delà la mort du *de cuius*, ni même durant la seule existence de l'héritier, mais la perpétuation dans le sens propre du mot, la perpétuation à l'infini. L'hérédité réalise vraiment cette immortalité de la volonté ; car l'héritier, de son côté, laisse un nouvel héritier en qui se continue sa personnalité volontaire et par suite celle du premier testateur, puisque les deux s'indentifient en une seule ; et cette succession se continue à l'infini. Mais pour être certain de cette immortalité de la volonté, certain de l'avoir pour soi et de pouvoir par conséquent la transmettre à autrui, il faut avoir procréé un *suus* : dans ce cas, en effet, on laisse après soi un continuateur immédiat et nécessaire de sa volonté. Tout autre est dans le cas de mourir sans testament, ou bien son testament peut devenir caduc, ses héritiers testamentaires ou *ab intestat* peuvent répudier la succession ; seule l'existence d'un *suus* met à l'abri de tous ces inconvénients. Que le défunt ait laissé un testament ou n'en ait pas laissé, le *suus* sera toujours le continuateur immédiat et même, bon gré mal gré, le continuateur forcé, légalement nécessaire de sa volonté. Et ainsi le testateur n'est plus un simple *point* de volonté, momentané et évanescent aussitôt qu'apparu, mais il constitue déjà le point de départ immédiat auquel se rattache la série infinie que nous apercevons après lui.

C'est en s'inspirant de cette idée, de son développement intrinsèque que la loi *Julia* déclare les célibataires inhabiles à succéder (1). Ce ne fut nullement par une disposition arbitraire que le législateur introduisit dans la *lex Julia* cette alliance d'idées ; c'est ce qui ressort clairement de la *lex Papia* et de ses prescriptions relatives aux *orbi*, c'est-à-dire, aux gens mariés n'ayant pas d'enfants. Si le célibat, en tant que fait volontaire, peut être regardé comme une honte et peut même tomber sous le coup de certaines pénalités, il n'en va pas de même quand il est

(1) ULPYEN, XXII, 3 : « Idem juris est in persona cœlibis propter legem Juliam. » GAIUS, II, § 111.



question des *orbi*. Et cependant, comme l'*orbis* constitue un simple moment de la volonté et non plus le point de départ de la succession indéfinie, que par suite il ne remplit qu'à moitié l'idée d'hérédité, son *orbitas* lui fait enlever la moitié de la succession (Ulpien, xv, xvi ; Gaius, II, 286 (1) : « Item orbi qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. » L'esprit de cette disposition se précise encore davantage par le fait suivant : lorsque le *Senatusconsultum Pegasianum* l'étendit même aux fidéicommissis, ces moitiés disponibles furent attribuées aux personnes qui *testamento liberos habent, aut si nullus liberos habeat, ad populum, etc.*

Il faut encore faire remarquer que pour ces incapacités nouvelles instituées par les *lex Julia* et *Papia*, ainsi que pour l'incapacité décrétée, quant au *Latinus Junianus*, par

(1) GAIUS, II, 286... « Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditates capere posse prohibiti sunt. » De prime abord il peut sembler étrange de voir ces principes plus sévères s'établir, quant aux fidéicommissis, à des époques relativement récentes ; mais, en nous référant à ce que nous avons avancé ci-dessus dans la discussion du *S. C. Pegasianum*, on verra bientôt que ce fut là une conséquence logique et nécessaire du nouvel état de choses. En effet, plus l'idée d'héritage s'identifie et se confond avec l'attribution de la fortune, et plus le droit d'héritage doit certainement perdre de sa rigueur juridique et légale ; mais, par contre, ce qui subsiste de ces principes sévères doit de plus en plus s'appliquer au fidéicommissaire, précisément parce que celui-ci tend de plus en plus à s'identifier avec le véritable héritier. Cette observation explique non seulement la transmission instituée par le *S. C. Pegasianum*, mais encore toutes les phases ultérieures par lesquelles passa, sous ce rapport, la législation relative au fidéicommissis. Ainsi dans les premiers temps, alors que, par opposition à la simple attribution de fortune résultant du fidéicommissis, la perpétuation de la volonté constituait la véritable idée de l'héritage, les fidéicommissis étaient autorisés même en faveur des *incertæ personæ*, par exemple du *postumus alienus*. « Sed, continue GAIUS (II, 287), senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est. »

la *lex Junia*, il ne s'agissait pas, comme dans les incapacités de l'ancien droit civil, de savoir si la capacité existait à l'époque de la *testamentifactio*, ni même si elle existait lors de la mort du testateur, mais simplement de savoir si elle existait au moment où devait se faire la prise de possession, c'est-à-dire l'adition de l'héritage. Voici comment Savigny (viii, 359) explique cette anomalie en apparence si étrange : « Cette dernière prescription, dit-il, avait un but pratique : la succession ainsi offerte devait précisément inciter le célibataire à contracter immédiatement mariage et pousser le *Latinus Junianus* à se rendre le plus tôt possible digne d'acquérir le *Jus Quiritium*. »

Quant à ce but pratique, qui du reste ne s'appliquerait pas aux dispositions de la *lex Papia* relatives aux *orbi*, il faudrait tout d'abord montrer à quel titre il peut, par son essence même, s'accorder avec la jurisprudence en général ; nous ne ferons qu'esquisser cette justification. Toutes les incapacités édictées par les lois *Junia*, *Julia* et *Papia*, s'accordent en ce qu'elles créent des caducités. C'est ce qu'Ulpien explique comme suit : « *Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo ; verbi gratia, si cœlibi vel Latino Juliano legatum fuerit, nec intra dies centum vel cœlebs legi paruerit vel Latinus jus Quiritium consecutus sit, aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel pereger factus sit.* » Il ressort clairement des termes mêmes de cette citation que l'idée de caducité n'implique pas d'incapacité substantielle. Au contraire, elle présuppose expressément que la personne instituée est par elle-même habile à succéder ; il faut que d'après le droit civil elle puisse être héritière (*ita ut jure civili capere possit*), que par conséquent elle ait qualité de libre citoyen romain. Parfaitement capable, en elle-même, de continuer une personnalité volontaire et par suite d'hériter, selon le droit civil, elle se heurte maintenant à un obstacle positif, tiré de la réalité extérieure et contingente ; cet obstacle l'empêche d'exercer une ca-



pacité naturellement inhérente à son être ; mais, d'un autre côté, l'héritier possède toujours en lui-même la faculté d'écarter cet obstacle (1). C'est ce qui ressort avec évidence de l'exemple cité par Ulpien, où il s'agit d'un *heres ex parte* parti en voyage avant l'ouverture des *tabulæ* ; par son absence, ce droit qui était attaché à sa personne s'en est pour ainsi dire détaché (*veluti ceciderit ab eo*). Le cas ne saurait donc être assimilé à celui qui se présente quand l'institué est une personne naturellement frappée d'incapacité, un *peregrinus*, une *incerta persona* et qu'il y a, *ipso facto*, nullité de testament ; au contraire, comme, de par son entité substantielle, cet héritier est parfaitement apte à succéder, il s'agit simplement de savoir s'il pourra exercer son droit et par suite réaliser sa capacité, ou bien si des obstacles provenant de la réalité extérieure pourront l'empêcher de réaliser ce dont il est en lui-même capable. Quand donc il s'agit d'incapacités de cet ordre, du moment que ce sont uniquement des obstacles mis par la réalité à l'exercice d'une capacité existante par elle-même, la capacité ou l'incapacité ne peuvent entrer en ligne de compte qu'à l'époque de l'exercice de ce droit d'héritage, c'est-à-dire, au moment de l'adition. En d'autres termes : Comme la capacité existe en elle-même, l'obstacle qui, tiré des circonstances extérieures, empêche cette capacité de s'exercer en réalité, se change naturellement en la condition de faire disparaître ces circonstances réelles avant le moment de l'adition : par conséquent nous retombons dans le cas de l'institution conditionnelle et l'on n'envisage la capacité qu'au moment

(1) C'est ainsi qu'il dépend du *Latinus Junianus* d'obtenir, par un acte de sa propre volonté, la qualité de citoyen romain (ULPIEN, *Fragm.*, III, §§ 1-6) ; par suite, du moment que cela ne dépend que d'un acte de sa volonté, il est antérieurement, par son essence même, capable d'acquérir la qualité de citoyen et l'hérédité. Ceci s'applique naturellement au célibataire, et même l'orbus, en tant qu'homme, est parfaitement capable de procréer des enfants, et s'il n'y réussit pas, cette incapacité ne découle nullement de son essence humaine.



où se réalise la condition ci-dessus mentionnée. Cette discussion nous a fourni en même temps la raison théorique pour laquelle, dans les institutions conditionnelles, cet ordre d'idées s'impose de toute nécessité.

XXXIV. — Action d'identification de l'héritier. — L'adition et ses conditions. — La connaissance spéculative et son étendue.

Cependant, quelle que soit d'ailleurs la capacité de l'institué, elle ne suffit pas à le faire héritier. Il faut en outre qu'il réalise cette capacité, qu'il se pose ainsi, par un acte de sa volonté, comme le continuateur identique de la volonté du testateur et s'érige lui-même en héritier. C'est ce qu'il fait, comme nous l'avons vu plus haut, par l'acte de l'adition. Mais l'adition n'est pourtant que l'acte extérieur dans lequel cette volonté devra se manifester; son effet ne résulte donc pas de la simple formalité extérieure comme telle, mais de la volonté que cette formalité exprime, la volonté de remplir l'idée de l'hérédité, de vouloir être héritier. Or, d'après les développements donnés plus haut, la volonté d'être héritier ne signifie pas vouloir acquérir tous les biens successoraux du défunt, bien que, dans toute adition, elle se manifeste clairement sous cette forme; au contraire, comme cette acquisition de biens n'est en somme qu'un élément accidentel et secondaire, qu'au surplus elle ne se présente presque jamais dans l'ancien droit à cause de l'absorption intégrale de la succession par les nombreux legs, vouloir être héritier signifie plutôt vouloir identifier sa volonté abstraite avec celle du testateur et continuer ainsi directement la personnalité volontaire de ce dernier. Si par hasard il y avait donc disjonction et que l'institué voulût, par l'adition, recueillir les biens successoraux, sans avoir la volonté de continuer la personne morale du testateur, l'adition ne remplirait plus l'idée transcendante de l'hérédité et par conséquent elle serait absolument nulle et non avenue; conclusion qui fournit un nouvel

et très puissant argument en faveur de notre doctrine. Nous allons voir immédiatement les importantes conséquences pratiques et théoriques qui découlent forcément du principe précédemment développé. Constatons tout d'abord que le véritable sens du principe romain est celui-ci : l'héritage ne s'acquiert ni ne se répudie par un acte quelconque extérieur, mais par une *détermination de l'esprit, animi destinatione*. Or, nous avons déjà vu plus haut que même chez le *suus* ou le *necessarius* cette *destinatio animi*, qui consiste à vouloir s'identifier avec la volonté du testateur, existe non pas à l'état latent, dans le domaine du possible à réaliser, mais qu'elle est nécessaire et immédiatement existante de par les rapports établis entre ces héritiers et le testateur. Mais dans cette *destinatio animi* nous découvrirons de nouveau que la volonté, puisque en somme elle est uniquement la mise en pratique de l'instinct de développement personnel de l'esprit, doit nécessairement avoir sa source dans l'esprit, c'est-à-dire dans la connaissance (Cf. t. 1^{er}) ; et ceci démontre la justesse du terme employé par Papinien : « In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. » En effet, si l'idée de l'héritage implique la volonté de continuer la personnalité volontaire du testateur sous la forme d'une volonté complètement identique avec elle, il faut, en tout cas, pour préparer et rendre possible l'éclosion de cette volonté chez l'héritier, que celui-ci sache que la volonté du testateur a voulu faire de lui le conservateur et le continuateur de sa personnalité. Que le testateur n'ait pas eu ce désir ou que simplement l'institué n'en ait pas connaissance, ce dernier voudrait donc continuer le testateur par un acte de sa seule volonté particulière ; mais, en agissant ainsi, il serait, de son propre aveu, une personne différente, par l'essence intime de sa volonté, de la volonté du testateur ; cette volonté, du reste, il l'aurait déjà comprise comme différente de lui-même. Il apparaîtrait comme une seconde volonté, douée d'une existence propre et séparée, alors qu'elle devrait s'identifier avec

celle du testateur. Il ne maintiendrait donc pas la volonté du testateur, mais il la relèguerait au second plan ; il ne serait plus la continuation harmonieuse de la personnalité volontaire du testateur, mais au contraire une négation complètement distincte et abstraite. Il heurterait donc de front l'idée transcendante de l'hérédité et par son adition, bien loin de devenir réellement héritier, il en deviendrait le contraire absolu. Que l'on compare ce passage d'Ulpien, l. 21, *pr. de. acqu. her.* (292) : « Si quis extraneus rem hereditariam quasi surripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit, nam admissum contrariam voluntatem declarat. » Ainsi donc, en l'absence de cette connaissance, c'est-à-dire quand l'héritier ne sait pas que le testateur a voulu l'instituer comme héritier, le résultat ne saurait être différent ; par conséquent l'adition sera tout aussi inefficace que si réellement le testateur n'avait nullement institué cet héritier.

C'est dans l'idée spéculative transcendante de l'héritage que repose donc, en dernière analyse, la nécessité de ce savoir ; seule, cette transcendance peut nous faire comprendre cette nécessité. D'après nous, il suffit à l'héritier, et il lui est indispensable de savoir si et à quel titre le testateur a voulu l'instituer comme héritier, ou en d'autres termes à la fois plus justes et plus abstraits : le rapport spirituel existant entre la personnalité volontaire du testateur et la sienne propre doit lui être connu, sans quoi ce rapport cesserait d'exister puisque ce ne serait plus un rapport spirituel ; par conséquent, il n'y aurait plus de rapport intentionnel d'identité entre l'héritier et la volonté du testateur, et tout héritage deviendrait par le fait même impossible. De cette seule connaissance, comme nous le verrons plus tard, découlent toutes les connaissances nécessaires à l'héritier. En effet, tout ce qui n'est pas immanent à cette idée spéculative de l'héritage, l'identité de volonté, l'héritier, quelque étroits que puissent être d'ailleurs les rapports entre ces éléments accidentels et le droit d'héritage, peut l'ignorer, comme nous le verrons plus loin, sans qu'il résulte



de là le moindre préjudice pour lui. En conséquence, les paroles de Papinien, précédemment citées avec éloge, sont encore de nature trop vague et trop indéterminée, comme du reste toutes les sentences générales des jurisconsultes romains ; à les prendre au pied de la lettre, cette *vera et certa scientia*, requise chez l'héritier, semblerait devoir impliquer toutes les circonstances objectives de l'institution ; or, ce n'est nullement le cas. Nous sommes donc plutôt en présence de la plus fine dialectique abstraite : dans ses méandres les plus compliqués elle nous fait savoir tout ce que l'héritier doit connaître ou peut ignorer. C'est une dialectique où foisonnent les distinctions les plus subtiles ; d'une part elle fait honneur à la merveilleuse sûreté pratique des jurisconsultes romains : dans leurs décisions concrètes ils arrivent toujours aux conséquences imposées par l'idée spéculative qui, à leur insu, travaille dans leur esprit ; d'autre part, elle ne fait pas moins ressortir la toute-puissance de l'idée spéculative qui, une de fois de plus, nous apparaît ici comme le seul et unique déterminant en jurisprudence et comme la seule clef qui soit capable de nous en ouvrir la compréhension ; car jusqu'ici on a vainement essayé de trouver le sens de ces décisions juridiques, et même on ne pouvait guère espérer trouver une solution satisfaisante.

Mais avant de passer à la discussion abstraite des différences qui peuvent exister dans la connaissance, faisons d'abord remarquer que naturellement le *suus* (1) n'a besoin de connaissance d'aucune sorte. Cela va de soi. La connaissance, comme nous venons de le voir, est nécessaire comme moyen-terme existant naturellement dans l'esprit de l'héritier, comme expression de l'activité intellectuelle par laquelle il se détermine à l'identification de sa volonté avec

(1) Inst., § 3, de *hered. quæ ab intest.* (3-1) ; cf. L. 9, § 1, de *reb. dub.* (34-5) ; L. 1, § 7, *si quis om. eaus.* (29-4). Le *suus* n'a même pas besoin de connaître la mort du testateur ; L. 8, C., de *suïs et legitimis*, etc. (6, 55).

celle du testateur. Or, l'essence du *suus* consiste précisément à n'avoir plus besoin de moyen-terme intellectuel ni d'aucune détermination de soi pour être héritier ; sa qualité d'héritier est immédiate et exclut tout intermédiaire. Le *suus* est héritier par la force même du rapport dans lequel il se trouve vis-à-vis du testateur ; rapport qui peut même, contre sa volonté, le transformer en héritier nécessaire. Mais du moment que sa personnalité subjective, son existence pour soi, n'entre plus en ligne de compte, — car cette personnalité, étant immédiatement déterminée, nous apparaît comme une entité déterminée par la nature et non plus comme une existence pour soi — la connaissance ne saurait plus être exigée, puisque la connaissance constitue précisément l'existence pour soi de l'esprit. C'est pourquoi nous trouvons à propos du *suus* : *sui autem heredes fiunt etiam ignorantes*. Dès lors, comme l'existence pour soi ne joue plus en somme aucun rôle, il importe nullement que le *suus* soit sain d'esprit ou fou : ce détail est absolument indifférent. L'insensé continue, en effet, à rester en lui-même un esprit subjectif ; mais cet esprit est hors de lui, il a perdu son existence pour soi. Or, le *suus*, et de même l'héritier nécessaire qui participe de la même définition de caractère immédiat, est justement l'héritier chez qui toute détermination de soi-même et par suite toute existence pour soi sont exclues et considérées comme entièrement indifférentes. Le *suus* et le *necessarius*, quoique fous, restent donc aptes à succéder et sont héritiers immédiats (Javolenus, l. 63, *de acqu. her vel om. her.* 29, 2 (1)).

En conséquence, l'*extraneus* seul, parce que seul il est *volontaire*, et qu'il lui faut tout d'abord vouloir s'identifier avec le testateur, a besoin de l'intermédiaire de la connais-

(1) « ... Nisi si necessarius patri aut domino heres existat. L. 7, § 2, *C. de curat. furiosi* (5-70) : Si vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quæ quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus. »

sance. Et même la connaissance devient chez lui condition de principe, sans laquelle son adition ne saurait être efficace ; peu importe du reste que l'adition se fasse solennellement ou qu'elle résulte ultérieurement d'un acte quelconque qui dénote la volonté d'être héritier « (dummodo sciat eum in cuius bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse (Inst., § 7 de hered. qual. (2, 19) En effet, s'il ignorait ce dernier détail, il pourrait bien avoir la volonté d'entrer en possession de la fortune, mais nullement la volonté d'accomplir l'idée transcendante de l'héritage, c'est-à-dire de réaliser l'identification de sa volonté avec celle du testateur.

Cette idée spéculative est donc la seule et unique raison qui explique la nécessité de la connaissance ; bien plus, c'est elle seule qui, dans la concordance la plus absolue et la plus rigoureuse, puisse nous renseigner sur l'étendue de la connaissance nécessaire. Le point important à faire remarquer n'est pas que l'héritier doive avoir connaissance de la mort du testateur, bien que cette connaissance découle naturellement de l'idée d'héritage. En effet, le testateur ne voulait être continué par une autre volonté subjective qu'au moment précis où la sienne propre n'aurait plus d'existence naturelle, et la volonté de celui qui voudrait le représenter soit plus tôt, soit sans tenir compte de ce moment indiqué, ne serait plus une volonté s'identifiant complètement avec celle du testateur (1).

(1) En conséquence, bien que le testateur soit réellement mort, mais que l'institué n'en sache rien, celui-ci ne saurait faire d'adition valable. ULPEN, l. 32. de acqu. hered. (29-2) : « Heres institutus si putet testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest. » Il en est de même lorsque l'héritier doute ; connaissance est en effet synonyme de certitude, c'est-à-dire, conviction subjective la plus intime. ULPEN, L. 13, § 1, eod. tit. ; « Si quis dubitet vivat testator nec ne repudiando nihil agit. » De l'ensemble de notre discussion on comprendra très facilement dans quelle erreur sont tombés Heise et Cropp (II, 124) quand ils prétendent qu'il s'agit avant tout de savoir s'il y a certitude juridique, dans



Or, ce n'est pas en cela que réside le caractère spécifique de la connaissance dans l'hérédité. En effet, la volonté de posséder les biens d'une personne encore en vie serait par elle-même inefficace, et cette connaissance (celle de la mort) serait donc également indispensable pour la simple acquisition de la fortune de la *bonorum possessio* (1). La connaissance spécifique exigée dans le cas présent consiste plutôt en ce que l'héritier, comme nous l'avons dit plus haut, doit connaître le rapport spirituel existant entre sa volonté subjective et celle du testateur. La connaissance de ce rapport abstrait implique tout ce qu'il doit savoir, tout ce qu'il peut ignorer. Il doit donc savoir avant tout que le testateur a voulu l'instituer son héritier (*et se ei heredem esse*, d'après l'expression de Justinien). Mais cette connaissance ne lui est nécessaire que parce qu'il est forcé de connaître le rapport spirituel

le sens objectif du mot, relativement à la mort du testateur.

Quant à la répudiation, elle est, comme l'on sait, régie complètement par les mêmes dispositions que l'adition. PAUL, L. 48, *de acqu. her.* : « Is potest repudiare qui et acquirere potest. » Il ne saurait en être autrement. La répudiation n'équivaut pas à *ne pas vouloir hériter*, cette dernière expression étant prise dans le sens indifférent avec lequel elle s'applique à n'importe qui, à n'importe quel moment, quand, en somme, nous ne pouvons faire d'héritage et que nous ne pouvons avoir l'intention d'en faire un ; mais la répudiation équivaut à *repousser*, à refuser l'identité de volonté offerte par l'institution. Ainsi donc, pour que cette identité puisse être niée, il faut d'abord qu'elle ait été posée, c'est-à-dire offerte par le testateur. Auparavant l'héritier ne saurait ni la refuser, ni l'accepter, puisque, à lui seul, il est incapable de la produire. Il s'ensuit que la *délation* de l'héritage, faite en observation de toutes les dispositions qui, pour l'adition, découlent de l'idée d'héritage, doit valablement se faire à une date antérieure, tout aussi bien pour le refus que pour l'acceptation de l'identité de volonté, c'est-à-dire, qu'on n'est apte à la répudiation qu'autant qu'on l'est à l'adition et *vice versa*.

(1) PAULUS, L. 19, *de acqu. her.* : « Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. »



qualificatif existant entre le testateur et lui-même, c'est-à-dire le rapport abstrait ; il faut donc nécessairement qu'il connaisse ce rapport de volonté dans sa certitude qualitative, il faut qu'il sache si le rapport d'identité entre lui-même et le testateur provient d'une résolution volontaire, expresse du testateur, ou se fonde tout simplement sur l'essence supposée de la volonté subjective (1) (*testatum intestatumve obiisse*). Dans le même ordre d'idées, s'il doit avant tout savoir que la volonté du testateur s'applique directement à lui, ne devra-t-il pas savoir également que le testateur était capable de vouloir ? Car, si le testateur était incapable d'avoir même cette volonté, il est clair — et notre expression forme tautologie —, qu'il ne l'a pas voulu, qu'il n'a même pu le vouloir (2). L'héritier doit donc savoir que le testateur était *paterfamilias* ; il ne saurait faire une adition valable, s'il le tient faussement pour un *filiusfamilias* ; par le fait même qu'il range le testateur parmi les personnes privées du libre exercice de leur volonté, il sape le fondement sur lequel doit forcément s'appuyer l'identité entre leurs deux volontés ; et ce fondement, il le détruit tout aussi radicalement que si réellement le testateur n'avait pas eu ce libre exercice de la volonté. Ulpien, (l. 32, § 2, *eod. tit.*) : *Sed et si de conditione testatoris incertur sit, pater familias an filius familias sit, non poterit adire hereditatem, etsi ejus conditionis sit in veritati, ut testari poterit*. Cependant — pour souligner tout de suite l'antithèse de ce cas avec le précédent — si l'héritier a des doutes relatifs à sa propre condition de *pater familias* ou de *filius familias*, ces doutes ne l'empêchent pas de faire l'adition. Ulpien (l. 34, *pr. eod. tit.*) : *Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filius familias sit, posse eam acquirere hereditatem jam dictum est*. — Et cette circonstance ne saurait l'en empêcher, car sa dépendance ou son

(1) Pour un exposé plus détaillé nous renvoyons à la dernière considération sur l'hérédité *ab intestat*. N° 40.

(2) Cf. tome I, page 499.



indépendance personnelles n'ont rien à voir au rapport spirituel existant entre sa volonté propre et celle du testateur et ne peuvent donc pas modifier ce rapport. Dans les deux cas, l'héritier serait donc à la fois apte à la succession et à l'addition ; dans la première hypothèse il acquiert la succession pour sa personnalité volontaire placée encore sous la dépendance de son ascendant ou de son tuteur, dans la seconde pour cette même volonté ayant acquis la libre disposition d'elle-même. C'est pourquoi, dans un autre passage, Ulpien soulève la question de savoir pourquoi l'ignorance relative à la condition du testateur constitue un empêchement, par opposition à l'ignorance relative à sa condition propre ; sa réponse, absolument juste, est la suivante : « Cur autem si ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest ? Illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat, qui de sua, de testamento certus est ». — *Ce dernier est sûr du testament.* Or, le testament est le rapport de volonté établi par le testateur entre lui et l'héritier.

Mais nous avons déjà montré plus haut que par son essence le testament n'est pas une simple volonté informe, ni l'hérédité un simple accord entre deux volontés privées. En effet, cette volonté ne reçoit que postérieurement à la mort le *vinculum juris* ; cette volonté qui veut encore par-delà la mort, n'est pas une faculté naturelle de l'homme, mais un produit d'un esprit populaire nettement défini, c'est-à-dire de l'*esprit public* (voir plus haut, nos 8, 10 et 15), elle ne saurait donc être produite que par les formes et les dispositions du *droit public* (*secundum hanc legem publicam*). Lorsque ces formes et ces dispositions ont été négligées, cette volonté qui a son ultime fondement dans l'esprit public n'a été ni voulue ni produite par son auteur. Tout testament qui ne s'appuierait pas sur la force de ces dispositions serait donc tout d'abord, puisque la *testamentifactio est juris publici*, inefficace dans cette acception purement extérieure, que la volonté se heurte à l'empêchement provenant d'une loi positive ; mais bien plus, il n'y

aurait ici ni manifestation extérieure ni même simple production intérieure d'une véritable volonté en général, de cette volonté qui découle de la faculté inhérente à tout individu, — je veux dire la substance de l'esprit populaire — grâce à laquelle l'individu devient apte à produire le continuateur de sa volonté. Cela, et cela seul, explique pourquoi l'héritier qui, pour pouvoir être tel, doit savoir avec certitude que le testateur avait réellement cette volonté productrice de son hérédité, doit avoir la même certitude relativement à l'observation, par le testateur, de toutes ces dispositions de pure forme ; pourquoi l'héritier doit être également certain de deux points : que le testament n'est ni *irritum* ni *injustum*, et que l'élément effectif de la volonté testamentaire s'applique réellement à lui : ainsi, par exemple, il lui faut la certitude de l'authenticité de ce testament. C'est dans ce sens qu'Ulpien dit (l. 30, § 8; *eod. tit.*) : « Si certus sum, non esse falsum testamentum vel irritum, vel ruptum, licet dicatur esse, possum adire hereditatem. » Mais ces théories impliquent déjà que l'héritier, puisqu'il doit avoir connaissance du rapport de volonté existant entre la volonté subjective du testateur et la sienne propre, doit forcément savoir si cette volonté du testateur n'existe déjà pas, immédiatement continuée, dans une autre volonté subjective, celle du *suus*, par exemple, qu'il n'aurait pas préalablement détruite (par l'exhérédation). Dans ce cas, en effet, le testateur, en ne supprimant pas cette identité de volonté naturellement existante, se continuerait immédiatement en elle, sans aucune distinction ; il ne saurait donc nullement avoir transféré cette identité à un étranger. Tant que le testateur n'a pas rendu la place libre en en chassant le *suus* qui l'occupait déjà, il lui sera toujours impossible d'y mettre un nouvel ayant-droit. Tant qu'en effet il n'a pas expulsé le *suus*, c'est celui-ci qui représente sa volonté, c'est en lui que le testateur se continue immédiatement.

Si donc le testateur avait omis d'exhérer un *postumus*, l'héritier serait obligé d'avoir une connaissance plus éten-



due que celle du testateur; il lui faut savoir s'il existe ou non, en germe, un tel *suus postumus*. Il ne s'agit pas ici d'équité ni de considérations pratiques, mais tout bonnement et uniquement de la conséquence inébranlable de l'idée spéculative; rien ne servirait donc à l'héritier de biaiser: il est obligé de savoir ce qu'en fin de compte il lui est absolument impossible de savoir; que la femme du défunt se dise ou se croie simplement enceinte, l'héritier doit savoir si oui ou non elle est enceinte; et même, pour que son adition se fasse valablement, il est forcé de savoir qu'elle n'est pas enceinte: « Quod dicitur: « Proximus a filio postumo heres, dum mulier prægnans est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit non esse prægnantem potest » accipe: proximus a ventre qui suum heredem pariturus est » (1).

Que si la femme elle-même ne se croie pas enceinte alors que des sages-femmes prétendent le contraire, l'héritier doit être mieux renseigné même que ces dernières (2). Mais connaissance est ici synonyme de certitude de la vérité, de la réalité objective (3). Rien ne sert donc à l'héritier de croire la veuve non enceinte, si par la suite il s'établit la preuve qu'elle l'était réellement. Bien plus, les résultats extérieurs, ceux qui appartiennent à la réalité des faits purs, ne profitent pas davantage à l'héritier. Si la femme fait une fausse couche et que, par conséquent, il ne naisse

(1) ULPEN; L. 30, § 1 *cod. tit.*: cf. § 2, *ibid.*: « Sive igitur putem sive sit re vera prægnans... adire hereditatem non possum, quoniam in eo est ut rumpatur testamentum, nisi si propanas ventrem institutum vel exheredatum. » — Ceci s'applique également, d'après Ulpén, aux héritiers *ab intestat*. Cela ressort de ce que nous avons dit plus haut (n° 22); la loi *ab intestat* ne fait en somme que compléter subsidiairement la volonté du testateur, en l'absence de toute expression déterminée.

(2) ULPEN, 1, 1, § 3: « ... Quid ergo, si ipsa non dicat nec neget, alii dicant, prægnantem esse? Adhuc, adiri hereditas non potest, finge obstetrices dicere. »

(3) ULPEN, 1, 1, § 4: « Toties igitur ei sua præsumtio proficit, quoties concurrat cum veritate. »



pas d'héritier *suus*, l'adition, bien qu'il n'existe plus d'empêchement extérieur, dans une autre personne, serait cependant inefficace, car au moment où il voulait s'identifier avec la personnalité volontaire du testateur, l'héritier ne le pouvait pas. La place était occupée totalement, à ce moment, par cette personnalité embryonnaire. L'identification de l'*extraneus*, qui constitue toute la signification de l'acte de l'adition, n'a donc pu avoir lieu et l'adition est comme si elle n'avait jamais existé : (1) « *Quid ergo, si prægnans fuit, quum putaret heres, non esse prægnantem, et adiit, mox abortum factum est? Procul dubio nihil egerit* (2). » Cependant il existe un héritier unique, qui, quelque étrange que cela puisse sembler à première vue, l'emporte sur le *suus postumus*. Quand la femme elle-même a été instituée héritière, elle est apte, bien qu'elle soit enceinte et qu'elle le sache, à l'adition et à l'acquisition de la succession. Ulpien, 1, 1. § 3. : *Sed et si ipsa mulier heres instituta sit, quæ se prægnantem fingit, aderundo acquirat hereditatem*. Ainsi la règle juridique d'après laquelle le *suus postumus* passé sous silence l'emporte sur l'*extraneus heres* et rend le testament caduc n'a pas d'application universelle ; elle aussi admet une exception. Toutefois, ce n'est précisément qu'une exception à la règle juridique, mais nullement au principe qui, lui, n'admet aucune exception ; tout au contraire, ce principe nous apparaît immédiatement comme la force qui a produit cette exception à la règle. Dans ce cas comme toujours et dans toutes les circonstances, l'héritier *suus postumus* s'identifie, sans intermédiaire aucun, avec le père défunt. Mais tant qu'il reste enfermé dans le corps de la mère, on ne saurait guère le considérer, vis-à-

(1) ULPYEN, 1, 1, § 4.

(2) Maintenant nous comprenons ce que Savigny ne pouvait élucider (VIII, 453), et que nous-même nous ne pouvions expliquer tome 1^{er}, page 418? note 1 : c'est-à-dire la raison pour laquelle le testament, quand le *suus* ou le *postumus* étaient morts avant le testateur, doit cependant, d'après le droit civil, être frappé de nullité.



vis de la mère, comme une personnalité distincte; il se trouve plutôt, avec elle aussi, en une seule et même identité physique et spirituelle. Comme il ne fait avec elle qu'une seule et même personne morale, il ne l'empêche pas de faire l'adition : il ne peut même vicier ni le testament du testateur ni sa volonté. Il est vrai que le testateur, par le fait même qu'il n'exhédait personne, ne pouvait instituer d'héritier autre que le *suus*. Mais tant que ce *suus* reste dans le corps de la mère, il n'y a pas eu d'autre héritier que lui institué par l'institution de la mère; à cause de l'identité physique et morale indissoluble, grâce à laquelle la mère mange, boit et veut encore pour l'enfant qu'elle porte dans son sein, l'institution de la mère équivaut absolument à celle du *suus*. S'il était impossible au testateur, par suite de l'identité immédiate qui existe entre sa volonté et le *suus*, de vouloir, à moins d'exhédation, s'identifier avec une personnalité volontaire autre que celle du *suus*, il lui était cependant loisible de s'identifier avec une personne qui se trouve unie au *suus* par la même identité immédiate unissant déjà le *suus* et le testateur; il lui était toujours loisible d'instituer la propre personnalité volontaire du *suus*; or, la mère n'est précisément rien d'autre. Ou, en d'autres termes : Tant que la mère porte dans son sein l'héritier *suus*, elle possède à son égard, de par la force de la nature, la même puissance paternelle et se trouve dans le même rapport que le père romain (1).

Mais pour quelle raison Ulpien ajoute-t-il ensuite : *per contrarium non acquirit, si se putet prægnantem, quum non sit*? Donc, si la femme, instituée héritière, se croit enceinte et fait l'adition, mais que dans la suite sa grossesse se révèle comme une simple illusion, son adition ne serait pas efficace! Qui nous expliquera cela? Comment se peut-il que son adition devienne caduque, précisément par suite

(1) Mais elle devra se hâter de faire l'adition; car si elle ne voulait la faire qu'après son accouchement, elle ne le pourrait plus, puisque le *suus* aurait alors une personnalité distincte de celle de sa mère.



de la non-existence du *suus*, qui, plutôt, constituait un empêchement relatif à ses droits d'héritage ? Comment peut-il y avoir un obstacle dans un fait qui semblerait plutôt apte à rendre son hérédité simple et certaine ? Comment le fait de ne pas être enceinte peut-il rendre son adition inefficace, alors que cette adition eût été réellement efficace en présence d'une grossesse réelle et qu'en tout état de cause l'absence de grossesse eût tout simplement renforcé son droit d'héritière instituée ? Comment la constatation qu'un empêchement relatif, auquel on s'attendait, n'existe pas, peut-elle précisément constituer un nouvel empêchement ? Ce serait certainement une tentative absolument illusoire de vouloir, pour cette difficulté comme pour tant d'autres, chercher une apparence d'explication d'après l'idée admise jusqu'à nos jours, suivant laquelle l'héritage n'est qu'une institution consistant, en principe, en une succession à la fortune. Cependant, une fois donnée l'idée spéculative de l'héritage, cette décision d'apparence si paradoxale s'explique comme une conséquence tout aussi naturelle et nécessaire de son essence transcendante. La femme est instituée héritière. C'est donc à elle qu'est transmise par le testateur l'identité avec sa personnalité volontaire. Mais il lui est impossible de se l'approprier directement, parce que la place est déjà occupée par l'identité immédiate du testateur avec le *suus* omis. Or, ce *suus* se trouve encore dans le sein de la mère, par conséquent en identité immédiate avec elle-même. La femme se place donc dans l'identité de volonté qui lui est offerte par le testateur, non pas directement, comme dans l'adition ordinaire, mais par le fait d'être immédiatement identique avec le *suus* qui, de son côté, forme l'identité immédiate avec le testateur. La femme se relie donc, à la manière d'un syllogisme, à l'identité personnelle du testateur ; ce syllogisme passe par le *suus*, et ce dernier sert de moyen-terme. Si donc, après coup, il se trouve que le syllogisme est faux, si le moyen-terme n'a jamais existé, le syllogisme lui-même n'a jamais pu se construire, le testateur et l'héritière ne sont donc pas

réunis en une seule entité, l'identification morale entre les deux volontés, qui devait s'opérer intérieurement par le moyen de leur identité à tous deux avec l'héritier (inexistant, dans ce cas) n'a pu s'établir. L'adition est donc inefficace, et une nouvelle adition s'impose, dans laquelle la femme, certaine qu'elle n'est pas enceinte, sait parfaitement qu'elle s'identifie directement avec le testateur. Le cas de cette femme instituée héritière et qui, par un effort de son imagination, arrive à se croire enceinte, confirme, jusqu'à l'évidence, la justesse absolue de ce que, plus haut, nous avons déduit de l'idée même de l'hérédité, sous le nom d'étendue abstraite de la connaissance nécessaire et dont nous avons fait la loi intime de la chose : c'est-à-dire que l'héritier doit connaître le rapport intentionnel existant entre la personnalité volontaire du testateur et la sienne propre.

De la discussion des nombreux points précédents il résulte donc que l'héritier, par le fait même qu'il doit connaître le rapport intentionnel que le testateur entretient avec lui, afin de pouvoir faire de la volonté du testateur la sienne propre, doit également connaître tout ce qui touche à la certitude qualitative de cette volonté du testateur ; il doit même savoir que le testateur, dans son testament, a observé toutes les prescriptions de pure forme (*testamentum non irritum*), parce que ces formes ont une influence qualitative sur l'existence de la volonté testatrice ; il doit encore connaître des circonstances du monde extérieur et objectif qui lui sont absolument étrangères et presque impossibles à connaître, quand ces circonstances influent sur ce rapport, comme par exemple que la femme qui se croit enceinte ne l'est pas réellement ; mais par contre il n'a nullement besoin de rien connaître, quelque facile que puisse être cette connaissance, d'ailleurs, de ce qui est indifférent vis-à-vis de l'idée spéculative de l'hérédité, c'est-à-dire l'identité de volonté, malgré les rapports extérieurs étroits qui peuvent les unir. Il peut donc ignorer tout ce qui n'a pas d'influence qualitative sur la volonté du testateur,



et n'a qu'une importance quantitative. Il n'a donc pas besoin de savoir, pour quelle quote-part le testateur l'a institué : Ulpien, l. 21, § 2, *eod. tit.* : « Si quis partem ex qua institutus est ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede generet, quod et Cassius probat, etc. » — C'est absolument nécessaire. En effet, cette détermination quantitative de la fortune qui se fait par la fixation de quotes-parts est, d'après les indications données plus haut (N° 32) et confirmées actuellement, entièrement indifférente et extérieure à l'idée spéculative de l'hérédité. Comme chaque héritier, quelque minime que puisse être, la part pour laquelle il est institué, n'en représente pas moins l'identité avec toute la personnalité volontaire du testateur, la relation de volonté, où il se trouve vis-à-vis du testateur, n'est nullement atteinte par la grandeur de cette quote-part ; par conséquent l'héritier est autorisé à l'ignorer totalement. Cet état d'indifférence de la quote-part de fortune pour la connaissance nous montre de nouveau que la fortune elle-même est distincte et extérieure à l'idée d'héritage.

De ces quelques observations nous pouvons dès maintenant tirer une conclusion très intéressante quant au cas, exposé plus haut, de la femme enceinte. La conclusion qui s'impose d'abord est celle-ci : le *suus postumus*, comme du reste le *suus* en général, a besoin d'être institué pour une quote-part quelconque, si faible soit-elle ; car la grandeur de la quote-part, du moment qu'elle est, dans l'idée d'héritage, un facteur indifférent et extérieur, est forcément indifférente vis-à-vis de l'idée d'hérédité du *suus*. Quelque faible que soit la quote-part, l'institution a suffi pour faire reconnaître le *suus* comme identité de volonté immédiate, et il n'avait donc pas besoin d'être exhérédé. En conséquence, après avoir institué le *suus* pour une quote-part, si minime soit-elle (1), le testateur sera parfaitement libre d'ins-

(1) Ce qui est défendu, c'est de l'omettre, et ce détail montre de



tituer en outre un *extraneus* (1), comme il est libre, en somme, d'appeler plusieurs héritiers. Lorsque le testateur a institué concurremment un *postumus* et un *extraneus* et qu'après sa mort on acquiert la certitude qu'il n'y a pas de grossesse, la part attribuée au *postumus* présumé vient augmenter la part de l'*extraneus*, en opposition formelle avec tout ce que nous avons exposé jusqu'ici, même sans qu'il sache que la femme n'est pas enceinte. Nous espérons que tous nos développements précédents ont rendu évidente la nécessité de ce mode d'agir. Quand en effet l'*extraneus* se trouve institué concurremment avec un *suus*, l'existence ou la non-existence d'un *suus* ne modifie en rien son rapport avec la personnalité volontaire du testateur. Dans l'un comme dans l'autre cas il reste héritier, c'est-à-dire identité de volonté avec le testateur. Mais du moment que, dans ce cas, l'existence ou la non-existence d'un *postumus* n'influe en rien sur son rapport abstrait, il va de soi que sa connaissance n'implique pas dans son étendue indispensable la nécessité de savoir que la femme n'est pas enceinte, et même en l'absence de cette connaissance il doit pouvoir acquérir la quote-part du *suus*. Telle est la raison de ces paroles : « Heredi cum postumo instituto reliquæ partes accrescunt, quæ postumo datæ sunt, si certum sit, non esse prægnantem, licet heres ignoret. » — Mais en accordant ainsi que l'héritier peut, même sans connaissance, acquérir la quote-part du *suus*, le jurisconsulte fait comprendre, de la façon la plus positive, que dans l'hérédité la connaissance n'est nullement requise pour l'acquisition de la fortune testamentaire; il avoue par là même qu'en somme elle ne serait jamais requise si, comme on l'a toujours prétendu jusqu'ici, l'héritage n'était que la

nouveau que l'hérédité du *suus* ne résulte nullement d'un droit au patrimoine, mais d'un rapport abstrait.

(1) Si le droit d'héritage n'était en principe qu'une succession patrimoniale, nous serions une fois de plus en face de cette inconséquence inexplicable: le droit du *suus* omis, puisqu'alors celui-ci prend le tout, serait plus grand que le droit du *suus* institué.



simple succession dans les droits à la fortune; enfin il avoue qu'elle n'est requise que par l'idée spéculative de l'héritage, par cette idée transcendante de l'identité de volonté que jusqu'à nos jours on a négligée dans ce point, comme du reste dans tous les points du droit successoral, mais qui n'en forme pas moins l'unique fondement réel, l'unique âme vivante (1).

(1) Bien plus, l'héritier, c'est-à-dire la personne qui est réellement héritière, pour qui, par conséquent, l'adition est un fait accompli, acquiert simplement des parties de fortune qui jusque-là ne lui appartenaient pas; et cette acquisition se fait non seulement sans connaissance de sa part, mais encore après sa mort, alors qu'il n'a plus de personnalité propre ni de volonté. En effet, lorsque quelqu'un est institué *pro parte* sans condition, *pro parte* sous une condition objective et qu'il vienne à mourir après avoir fait l'adition en vertu de l'institution non conditionnelle, et que d'autre part la condition posée se réalise, la quote-part conditionnelle est considérée comme lui appartenant et passe à son héritier. C'est Gaius qui nous donne ce cas très intéressant, l. 53, *eod. tit.*: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, posteaque conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet. — Il s'agit d'examiner de près le sens de ces quelques lignes. Ce n'est pas l'héritier de l'héritier qui acquiert la quote part; car, d'après le droit romain, l'héritier est incapable de transmettre; des droits qu'il n'a pas acquis ne peuvent donc être transmis par lui à son héritier; en d'autres termes: l'héritier de l'héritier n'hérite pas. Mais le premier héritier n'est plus capable, puisqu'il est mort, de faire une acquisition de fortune quelconque, pas plus qu'il ne serait actuellement capable d'acquérir n'importe quelle succession. Mais il est cependant et malgré tout héritier à la suite de la *pura institutio*. En sa qualité d'héritier, il est d'une manière générale et tout simplement le représentant de la personnalité volontaire du testateur; il est donc aussi pour la quote-part relativement à laquelle il ne doit être qu'héritier conditionnel, et cela par le fait même que cette condition se réalise. Mais alors il faudrait qu'il vécût encore. Comment en effet, une fois qu'il est mort, peut-on le donner comme la continuation toujours existante de la volonté testatrice? C'est précisément ici que ressort très nettement ce que nous avons déjà fait remarquer à plusieurs reprises, à savoir que l'hérédité n'est pas une simple prolongation, pour un temps déterminé, ni même pour une génération, de la volonté subjective du testateur, mais une perpé-

Mais si l'héritier n'a besoin de rien savoir, quant à la grandeur de sa quote-part, parce que ce n'est là qu'un accident quantitatif, sans aucune influence sur le rapport abstrait, il lui faut d'autre part savoir très exactement s'il a été institué sous une condition, et, le cas échéant, quelle est cette condition. Car cette condition représente de son côté une forme qualitative, une modalité de la volonté du testateur ; il faut donc de toute nécessité que l'héritier en ait connaissance. L'héritier institué à titre pur et simple ne pourra donc faire d'addition valable, tant qu'il ne sait pas avec certitude s'il a été institué avec ou sans condition. L'héritier institué sous condition ne pourra pas faire l'addition, bien qu'il soit certain de son institution conditionnelle, à moins qu'il ne connaisse la nature précise de la condition sous laquelle il est institué ; bien plus, si cette condition est une condition dépendant de sa volonté (*conditio in arbitrium collocata*) et que sans la connaître il l'ait remplie, son addition n'en restera pas moins inefficace. En effet, cet accomplissement inconscient ne peut lui être d'aucun avantage ; de cette façon il ne l'aurait pas remplie en tant qu'elle représente la volonté testatrice, mais par un pur hasard et, par suite, d'après une volonté totalement étrangère à celle du testateur ; cet accomplissement, simplement extérieur, n'impliquait donc ni l'idée ni la force de

tuation pour toute l'éternité, une véritable immortalité. Si l'héritier n'avait été institué que sous condition, il ne peut pas acquérir l'héritage, au cas où il mourrait avant la réalisation de cette condition. Mais comme au surplus il a été institué purement et simplement, il devient, aussitôt l'addition faite, l'existence de la volonté testatrice, et bien qu'il soit mort comme personne, il ne l'est pas en tant qu'existence continuée de la volonté testatrice. Car, de son côté, il a un héritier, et, une fois que par une addition efficace, il est devenu le représentant de la volonté subjective du testateur, il a maintenant continué cette volonté par sa propre personne jusqu'en son héritier, si bien que lui-même, le premier héritier, existe toujours dans le second héritier, comme la continuation du premier testateur, que c'est lui qui acquiert en son héritier, et ainsi de suite pendant toute l'éternité.



produire l'identité de volonté attachée par le testateur à cette tâche. C'est dans ce sens que nous pouvions lire chez Ulpien (L. 32, § 1, *cod. tit.*) : « Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit (1) conditioni. »

D'autre part, quand le testateur a institué l'héritier sous une condition indépendante de la volonté de l'institué, et prise dans le monde extérieur (2), il est certain, d'après ce qui précède, que l'héritier ne pourra faire l'addition, à moins de connaître la teneur de la condition ; et même, connaissant cette teneur, il ne pourra faire l'addition, tant que la condition ne se sera pas objectivement réalisée. Mais, du moment qu'il connaît la condition et sa teneur, et que cette condition s'est réalisée, son addition sera valable quand même il ignorerait la réalisation objective de la condition ; cette conclusion s'impose, si l'on veut que l'idée spéculative fasse loi dans cette matière, jusqu'en ses conséquences les moindres et les plus rigoureuses. Car la réalisation de la condition ne rentre pas, comme partie intégrante, dans la volonté du testateur. Le testateur n'a pas voulu le *fait* de la réalisation de la condition. S'il avait eu cette volonté, il lui aurait fallu choisir une condition dépendante de la libre volonté de l'héritier. Il a simplement voulu que, si la condition indiquée se réalisait, telle ou telle personne fût héritière, et qu'elle ne le fût pas au cas contraire. Mais le *fait* de la réalisation ou de la non-réalisation de la condition, le testateur les a placées dans le monde objectif extérieur auquel il les abandonne comme une situation soustraite à l'influence directe de sa libre volonté. Seul le contenu de la condition, à l'exclusion de la réalisation, fait partie intégrante de la volonté du testateur. Mais du moment que la réalisation ou la non-réalisation de la condi-

(1) Cette expression indique clairement qu'ici il s'agit d'une condition dépendant de la volonté de l'héritier.

(2) La condition : *ut quid obligat*, l. 60 pr. de *conditione* (35—4).

tion ne rentre pas dans l'étendue de la volonté du testateur, elle ne saurait davantage, d'après les idées que nous venons de développer, rentrer dans l'étendue de la connaissance de l'héritier. Celui-ci est obligé simplement de connaître l'existence et le contenu de la condition, parce qu'ils sont parties intégrantes de la volonté du testateur. Mais il n'est pas obligé de connaître la réalisation de la condition, car c'est là un fait ne relevant que de la simple réalité extérieure, échappant, par conséquent, à la volonté du testateur ; la simple réalisation objective doit donc nécessairement suffire. Aussi Ulpien, dans un passage déjà rapporté plus haut, doit forcément continuer comme suit : (L. 21, § 2, *eod. tit.*) : quod et Cassius probat (c'est-à-dire la probabilité, pour l'héritier, de faire l'adition), si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua institutus est. Quid tamen si ignorat conditionem extitisse ? Puto, posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit (1). La comparaison contenue dans ces derniers mots s'applique avec une justesse absolue. En effet l'acceptation ou la répudiation du cohéritier ne dépendent ni de la volonté du testateur ni de celle de l'*heres substitutus* ; vis-à-vis de ce dernier elles ne font donc pas davantage parties intégrantes de la volonté du testateur, elles ne sont qu'un fait du monde extérieur objectif, fait qui ne rentre pas nécessairement dans l'étendue de volonté requise pour rendre l'adition efficace.

(1) La répudiation du *coheres*, auquel est substitué un autre héritier de quote-part, représente également une condition pour celui-ci ; mais ce n'est plus une condition relative à l'acquisition du caractère d'héritier qu'il possède déjà en sa qualité d'*heres ex parte*, mais une simple condition relative à l'acquisition de la quote-part transmise à ce cohéritier. Il acquiert donc la fortune, sans connaître la condition mise à cette acquisition. Il en est de même dans la l. 53 ; du moment que l'héritier acquiert, même après sa mort, la part conditionnelle, il faut bien qu'il puisse l'acquérir, quand même il n'aurait nullement connu le contenu de cette condition, ni même son institution conditionnelle pour cette part.



Il s'ensuit cette conséquence spéculative très intéressante : dans certaines circonstances, malgré l'apparence quelque peu paradoxale de la chose, deux erreurs pourront se compenser, la seconde pourra rendre la première inoffensive.

Quand l'héritier, institué à titre pur et simple, se croit faussement institué sous condition, et, par-dessus le marché, il s'imagine, également à tort, que cette condition attachée à un événement quelconque objectif, mais nullement ajoutée par le testateur, s'est réalisée, cette seconde erreur est détruite par la première, et l'héritier pourra faire une adition valable. La nécessité en ressort des observations suivantes.

La condition, que l'héritier se figure exister, n'a d'abord pas été établie par le testateur, elle n'avait pas davantage de certitude qualificative dans sa volonté. Mais, puisque l'héritier se l'imagine, elle acquiert pour lui cette précision qualitative de la volonté du testateur, et cette inégalité qui s'établit dès lors entre la volonté du testateur telle qu'elle existe chez ce dernier et telle qu'elle existe chez l'héritier, empêche l'identification morale et par suite l'adition. Pour l'héritier lui-même la condition supposée ne précisait qualitativement la volonté du testateur que pour le temps où il la présume non encore réalisée. C'est uniquement tant qu'elle ne s'est pas réalisée que la condition tient la volonté en suspens et fait de son contenu, du moins pour l'héritier, l'énonciation précise, décisive et qualitative de la volonté du testateur. Mais dès que l'héritier la suppose réalisée, elle a cessé d'être, pour lui aussi, une qualité déterminée de la volonté testatrice. C'est en effet justement cette réalisation de la condition imposée qui fait que la volonté du testateur, après avoir été jusqu'alors pour l'héritier une volonté conditionnelle, devient maintenant une volonté absolue. A ce moment l'héritier, en admettant que la condition s'est réalisée, admet également que la volonté du testateur de l'avoir pour héritier était une volonté absolue et définitive. En d'autres termes : Par le fait que la condition



s'est réalisée après la substitution de l'héritier, elle a cessé, par là même, d'être une qualité précise, suspensive et conditionnelle de la volonté testatrice ; elle n'existe plus qu'à l'état d'élément situé derrière cette volonté, qui a permis à cette volonté de se manifester ; c'est-à-dire, qu'elle est tombée au rang d'un motif indifférent, car c'est précisément le motif qui sert d'intermédiaire à la volonté dans ses manifestations. Or l'héritier n'a nullement besoin de connaître les motifs de la volonté testatrice, car ces motifs se trouvent précisément placés derrière la volonté et sa décision ; ce qu'il lui faut connaître, c'est la nature décisive de cette volonté (1). Grâce à la seconde erreur, il arrive donc que l'héritier ne se trompe plus quant à la nature qualitative de la volonté testatrice, mais que simplement il y introduise des motifs par lesquels, soi-disant, cette volonté se serait manifestée. Ainsi donc, par l'intermédiaire de cette seconde erreur, l'héritier a maintenant la certitude et l'intime conviction que le testateur a voulu l'instituer avec une certitude péremptoire, absolument certaine, libre de toute condition : alors se trouve rétablie l'égalité entre les deux formes, sous lesquelles la volonté du testateur vit chez lui-même et chez l'héritier, et l'identification de volonté peut donc s'opérer entre eux.

(1) La raison pour laquelle le testateur veut avoir tel héritier pour héritier, et l'identifier avec lui-même, est naturellement indifférente ; cependant il ne faudrait pas franchir la limite abstraite, que nous avons indiquée au n° 36. — L'opinion que les motifs par l'intermédiaire desquels se manifeste la volonté sont absolument sans influence sur l'existence même de la volonté, se retrouve également dans un passage de Paul relatif à la connaissance que l'héritier doit avoir de la capacité du testateur de vouloir : L. 33 *eod tit.* : « Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam utroque casu est jus adeundi et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire. » — Comme le testateur, dans ce cas, est capable de vouloir, d'une part d'après le droit civil, d'autre part d'après la *lex Cornelia*, on n'a pas à s'occuper de la situation réelle — de la mort au pouvoir de l'ennemi ou du retour à Rome —, par laquelle l'existence d'une volonté testatrice chez le testateur peut arriver à la connaissance de l'héritier.



Mais s'il en est ainsi, il ne saurait évidemment en être autrement, lorsque la condition faussement supposée par l'héritier dépend uniquement d'un acte de sa volonté ; dans ce dernier cas, en effet, l'héritier, par l'accomplissement de cette prétendue condition, en est, pour ainsi dire, arrivé à se persuader que dès lors la volonté du testateur s'applique, d'une façon absolue et entière, à produire l'identité entre leurs deux volontés. C'est pourquoi, pour la confirmation exacte de tout ce qui précède, il faut que nous trouvions justement ceci (1) : « Sed et si, quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et impleta conditione quam injectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem? Consequens est dicere, posse eam adire, maxime quum hæc suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit. Facilius quis admittet, si quis pure institutus putavit, se sub conditione institutum, conditionemque impletam quam in eventum putabat ; nam in nullo hæc suspicio obfuit. » Ces expressions incertaines et flottantes du jurisconsulte « maxime quum hæc suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit », dans lesquelles semble déjà tressaillir légèrement l'idée spéculative, doivent paraître claires après tout ce que nous avons dit jusqu'ici. Quelle peut bien être cette suspicion dont Ulpien nous parle ici, suspicion qui ne doit avoir nulle influence préjudiciable ? Quel est ce danger qui ne devra pas en résulter pour lui ? C'est la suspicion de ne plus être absolument identique avec le testateur, par suite de la condition ainsi ajoutée ; c'est le danger, pour l'héritier que cette adjonction lui fasse manquer, dans sa conscience, le véritable sens du rapport existant entre sa volonté et celle du testateur, l'identité morale qui doit s'établir entre leurs deux personnalités. Mais, ce danger n'est pas à craindre ici, et ce doute relatif à la propre identité intime disparaît par le fait même que l'héritier suppose cette condition accomplie ou que réellement elle le soit ; car alors

(1) ULPYEN, I, 34, § 1 *cod. tit.*

l'identité devient également pour l'héritier une certitude intime et absolue.

Dans ce qui précède nous avons, par la discussion des différents points de vue, déterminé la loi conceptuelle et inviolable qui régit l'héritage. D'après ce que nous avons dit, l'héritier ne pourra opérer l'identification de volonté inhérente à l'adition, s'il ne connaît préalablement le rapport moral existant entre la volonté du testateur et la sienne propre ; nous ajoutons maintenant que, pour établir la réalisation absolue de l'idée d'hérédité, il lui faut connaître non seulement tout ce qui fait partie de la volonté du testateur, mais encore tout ce qui se rapporte à sa propre volonté subjective, en tant que, du moins, ces accidents peuvent influer sur le rapport de volonté existant entre le testateur et lui-même. Nous avons démontré plus haut que l'héritier n'a pas besoin de certitude quant à sa propre condition : il n'a pas besoin de savoir s'il est *filius familias* ou *sui juris*. Mais c'est là une qualité qui ne le touche que tout à fait personnellement et qui n'influe en rien sur le rapport de volonté existant entre le testateur et lui.

Ce qu'il lui faut connaître, pour pouvoir faire une adition valable, c'est s'il est le propre fils du testateur, encore sous la puissance immédiate du père, ou s'il est le *servus proprius*, en d'autres termes, s'il est héritier nécessaire ou volontaire, car ces états différents servent à qualifier le rapport de volonté existant entre le testateur et lui. Et Ulpien nous apporte pas à pas la preuve de toutes les conséquences qui découlent de l'idée spéculative et il nous dit : (L. 15, *cod. tit.*) : « Is qui se putat necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare ; nam plus est in opinione, quam in veritate. » Et immédiatement après, l. 16 *cod. tit.* : « Et e contrario qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest. »

Mais pourquoi l'adition faite par un héritier volontaire, qui se croit héritier nécessaire, ne peut-elle être efficace ?

Parce que celui-ci, par le fait même que dans son for intérieur il s'est cru héritier nécessaire et par conséquent



en identité de volonté avec le testateur, n'a pu faire l'acte interne et décisif, grâce auquel, par sa libre volonté, il aurait rendu sa volonté subjective identique avec celle du testateur ! Cet acte de s'identifier avec le testateur a chez l'*extraneus* son dernier fondement dans le libre arbitre ; ce n'est que le produit de sa propre spontanéité, et il ne saurait donc être produit sans que l'individu ait parfaitement conscience de la liberté entière de son acte. Dès qu'il se croit contraint, il y a déjà contrainte réelle. Elle a beau être purement imaginaire, c'est-à-dire, morale ; mais c'est justement pour cela qu'elle rend impossible toute identité morale comme résultat d'un acte libre de la volonté. S'il se croit déjà immédiatement identique avec le testateur, il ne peut avoir la volonté d'opérer lui-même cette identification. L'identité n'est donc nullement effectuée en tant qu'immédiate, car de cette façon elle n'existe pas objectivement ; ni en tant que produite librement par la volonté, puisqu'il manque précisément l'effort que fait la volonté pour, librement et par une résolution libre, s'identifier avec une volonté subjective étrangère. L'acte d'énergie morale, qui consiste à faire disparaître, entre deux volontés indépendantes, cette distance qui les sépare, ne tressaille pas dans cette adition et ne saurait donc opérer la disparition effective de cette distance, non plus qu'elle ne saurait établir l'état qu'il s'agit d'établir : après comme avant, le testateur et l'héritier existent comme personnalités séparées et distinctes. L'adition n'est donc ici qu'apparence, simulation, elle ne manifeste pas au dehors que réellement l'identification s'est opérée à l'intérieur. Le résultat est tout aussi naturellement le même, lorsque l'héritier volontaire se croit héritier nécessaire et fait cependant la répudiation. Si l'héritage était un droit patrimonial et une succession au patrimoine, cet héritier, puisqu'il a pu répudier, qu'il l'a fait effectivement et a montré indubitablement, de cette façon, qu'il voulait répudier, aurait donc certainement et sans le moindre doute fait une répudiation valable ; on a réellement trop simplifié, trop facilité la question quand, dans l'opi-



nion qui jusqu'ici avait cours dans l'interprétation de l'héritage, on a négligé ce côté comme une chose allant de soi. La simple erreur de droit quant au *jus suum* ne vicierait pas l'acte (1). Mais il ne s'agit pas ici de l'acceptation ni de la répudiation en face d'une acquisition de fortune, mais de l'identité morale entre l'héritier et le testateur. Et comme l'héritier, dans son esprit, considère cette identité comme une identité existant déjà nécessairement et immédiatement, lui-même et son esprit ne sauraient reconnaître à l'acte extérieur de la répudiation la force nécessaire pour annuler cette identité morale. De même que, dans le cas précédent, l'adition n'avait pas la force d'établir l'identité morale, la répudiation, dans ce deuxième cas, n'a pas la force de détruire cette identité. Car l'héritier n'en sait pas moins qu'elle existe dans l'acte extérieur de la négation. Bien plus, elle ne peut et ne doit même pas avoir cette puissance. En effet, si l'on y regarde de près, on verra que la répudiation du *voluntarius* ne nie pas l'identité elle-même, mais l'établissement de l'identité qui n'existe pas encore chez le *voluntarius*. Or, l'établissement de l'identité peut être nié sans que l'identité le soit elle-même ; car une identité déjà existante n'a pas besoin d'être préalablement établie, et l'héritier refuse donc tout simplement *l'acta agere*. Sa répudiation n'a donc pas la puissance de refuser l'identité.

Mais comment se fait-il que Ulpien puisse ici nous établir la même maxime générale : *nam plus est in opinione, quam in veritate* — alors que d'autre part Paul, parlant également de la connaissance et de l'erreur dans le même ordre d'idées, nous a donné le principe directement contraire : *plus est in re, quam in existimatione mentis* ? — Mais il nous semble que cette contradiction apparente a déjà dû faire place à l'accord absolu. En effet, l'hérédité, comme nous l'avons constaté de toutes parts, est unique-

(1) Cf. tome I^{er} ? et tout spécialement le rescrit de Gordien, l. 2, C. de ignor. jur. et facti (1-18).



ment le rapport purement moral de l'identité de volonté, par conséquence un rapport qui a son origine et sa fin dans l'esprit ; c'est donc justement l'*existimatio mentis* qui nous apparaît comme la chose objective, la chose elle-même, et la réalité de ce rapport ne saurait exister sans l'*existimatio mentis* correspondante. C'est pourquoi, dans le droit d'héritage, il convient de retourner le principe de Paul, et le principe d'Ulpien est tout aussi juste pour l'héritage que celui de Paul pour la connaissance et l'erreur en d'autres domaines.

Nous avons donc vu que l'étendue de la connaissance requise pour que l'adition par l'héritier soit efficace est tout simplement celle qui découle nécessairement de l'idée spéculative ; l'héritier doit connaître le rapport de volonté qu'il y a entre lui et le testateur. Nous avons vu également que c'est d'après ce principe abstrait que les jurisconsultes romains, à travers la micrologie la plus subtile des cas et des distinctions, arrivent à déterminer ce que l'héritier doit connaître et ce qu'il peut ignorer (1).

(1) Comme les jurisconsultes n'avaient pas saisi l'idée spéculative de l'héritage, il leur était forcément impossible de donner une définition exacte de ce qu'il était nécessaire de savoir pour l'adition. C'est ainsi que la définition donnée par Justinien quant à l'étendue requise de ce savoir : « dummodo sciat eum... testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse » (*Inst.*, § 7 de her. qual., 2, 19), ne tarde pas à se trouver en défaut ; comme par exemple dans le dernier cas où il est question de l'héritier volontaire qui se croit héritier nécessaire. L'héritier sait parfaitement que le testateur est mort *testatus* et que c'est lui l'héritier, et cependant cette connaissance n'est pas suffisante. Mais si l'on ne pouvait exiger des Romains eux-mêmes une conscience théorique du contenu de leur esprit, les auteurs suivants ne pouvaient guère être plus heureux, toujours pour la même raison. Rappelons seulement la définition de Donellus ; cet auteur est certainement celui qui a montré le plus de pénétration dans la discussion du droit successoral, celui qui, pour le point en question ici, donne les aperçus les plus détaillés ; il s'efforce visiblement de donner une définition nette et bien complète et voici ce qu'il dit : Lib. VIII, c. v, p. 293 : « Quapropter ita definiemus : quibus rebus efficitur, ut nobis delata sit hereditas, et si omnes



XXXV. — La « *doli exceptio* » dans le droit successoral.

Toutes les observations faites jusqu'ici sur la nécessité de l'identité interne et morale entre les deux volontés pour conférer à l'adition un caractère d'efficacité, doivent jeter

concurrent, si tamen de his aut de una aliqua incertus sit aut dubitet heres, pariter eum hereditatem nec adire posse, nec repudiare. » Il serait donc requis de connaître tous les faits qui concourent à la délation de l'héritage. Mais cette définition paraît inexacte de ce fait même que l'héritier *substitutus* n'a pas besoin de savoir si *Pheres* a répudié; et cependant c'est uniquement cette répudiation qui opère la délation, et toute adition éventuelle faite antérieurement par le *substitutus* serait inefficace. Ce reproche d'inexactitude se confirme encore par ce détail que la femme instituée doit savoir, au moment de son adition, qu'elle n'est pas enceinte; et cependant ce n'est pas l'absence de grossesse qui opère la délation, puisque la femme pourrait faire l'adition, même si elle était enceinte.

SAVIGNY (*System*, III, 382) donne de son côté la définition suivante: « Si l'héritier institué est dans l'erreur relativement au mode de délation (c'est-à-dire s'il ignore si sa vocation vient de la dernière volonté du défunt, ou de la loi etc., son adition explicite ou tacite aussi bien que sa répudiation de la succession est sans effet. » Cette définition — et ceci vaut également contre Donellus — est infirmée par la circonstance que l'héritage déferé sans condition peut être tenue par l'héritier pour un héritage sous condition, toutes les fois qu'il suppose la condition réalisée ou la réalise lui-même, et cependant l'accomplissement de la condition ignorée ne lui fait pas acquérir l'héritage conditionnel. (Quand même on voudrait soutenir, ce qui du reste n'est guère admissible en faveur de la définition de Savigny, que l'institution pure et simple ou sous condition, du moins une fois la condition réalisée, ne modifie en rien le mode de délation, cette définition viendrait encore se briser contre cette circonstance que dans l'institution conditionnelle, malgré la réalisation objective ou l'accomplissement fortuit de la condition, l'héritier n'acquiert pas s'il n'en a pas connaissance; car alors il lui faudrait, pour acquérir, connaître quelque chose de tout à fait étranger au mode de délation). Cette définition est encore infirmée par le fait que, chez la femme instituée comme héritière, la grossesse ou l'absence de grossesse ne modifie en rien le mode de la délation extérieure, au point de vue juridique.



le jour le plus clair et le plus lumineux sur une foule de questions et d'institutions importantes ressortissant du domaine du droit successoral et que jusqu'à nos jours on avait mal comprises, par une erreur inévitable. Il n'est ni possible ni nécessaire de nous étendre maintenant sur les diverses parties du droit successoral qui s'expliquent par les remarques précédentes ; quiconque veut se donner la peine de réfléchir verra facilement comment ces questions s'éclairent à la lumière de toutes les discussions ci-dessus exposées. Qu'on nous permette cependant de faire quelques incursions dans les questions qui pourraient encore sembler présenter des difficultés.

C'est ainsi qu'à cette heure seulement nous pouvons comprendre la place et l'importance de la *doli exceptio* dans le droit successoral. Ulpien dit (1) : « Præterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, et ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur. » — Savigny dit à ce sujet (2) : « Si l'on explique cette dernière phrase dans le sens d'une exclusion de l'*hereditatis petitio*, notre affirmation se trouve réfutée ; mais on ne peut admettre cette explication, parce que la *doli exceptio* serait absolument dénuée de raison pour un tiers, qui pourrait être héritier complètement illégal. Il faut plutôt interpréter ce passage dans le sens d'une prétention isolée émise par le véritable héritier, par exemple vis-à-vis d'un débiteur à la succession. » Dans les mots soulignés nous voyons de la façon la plus claire la grande méprise qui a cours dans l'hérédité à propos de la *doli exceptio*. Ainsi, d'après Savigny, quand et parce que le tiers possesseur a encore moins de droit que celui qui fait l'*hereditatis petitio*, la *doli exceptio*, soulevée contre cette plainte par un tel propriétaire, serait absolument mal fondée ; en d'autres termes, il prend *dolus* et *doli exceptio*, en droit successoral, pour ce que ces institu-

(1) L. 4, § 10, de *doli except.* (41, 4).

(2) *System.*, III, 378, note c.



tions signifient généralement ; c'est-à-dire qu'il les fait reposer sur un rapport existant entre le plaignant et l'accusé. Mais ce n'est nullement le cas. Dans le droit successoral, le *dolus* repose uniquement sur le rapport de l'héritier à son testateur. Celui qui engage une *hereditatis petitio* ou fait autrement acte d'héritier, prétend par là-même qu'il représente la volonté du testateur et qu'il y a identité de volonté entre ce dernier et lui. Et quiconque, en élevant cette prétention (1), veut faire exécuter une volonté autre que la volonté testatrice, se rend coupable du mensonge et de la tromperie qui constitue le *dol* ; en effet, tout en faisant miroiter à tous les yeux qu'il représente l'identité et la continuation de cette personnalité volontaire, il nie cette identité dans son for intérieur, il montre qu'il n'y a pas identité de volonté entre lui et le testateur, et traite en somme cette volonté comme si elle avait cessé d'exister. Sa volonté n'est donc pas même d'être le continuateur identique de cette personnalité volontaire — peu importe d'ailleurs qu'il le soit ou ne le soit pas d'un autre côté — ; mais, au lieu de vouloir cela, il abuse plutôt de sa prétention pour acquérir de la fortune, il change cette volonté subjective, il la nie simplement. C'est donc cette non-identité dont l'individu fait preuve tout en prétendant, à l'encontre d'héritiers mieux informés, que lui seul représente l'identité de volonté avec le testateur, c'est cette tromperie intérieure qui, en droit successoral, constitue ce que nous appelons *dol*. Le point important de ce passage est donc renfermé dans les mots : *heres qui non habet voluntatem*. Comment Savigny entend-il ces paroles ? Il les complète évidemment comme suit : *heres qui non habet voluntatem testatoris*, c'est-à-dire, l'héritier qui n'a pas pour lui la volonté du testateur, consistant à lui accorder tel ou tel droit particulier. (Au contraire, quiconque a une fois pour lui la vo-

(1) Ou encore, sans se poser lui-même comme identique avec le testateur, s'il revendique la volonté de ce testateur comme agissant après la mort et toujours existante, c'est-à-dire, s'il réclame un legs (cf. n° 14).



lonté du testateur, en vertu de laquelle il sera l'héritier, le représentant de la volonté testatrice, n'en a plus besoin pour justifier ses prétentions sur telle ou telle partie prise à part ; cette part lui appartient en effet en raison de sa qualité générale de représenter la volonté du défunt, comme le montre l'accroissement entre autres). Les paroles : *heres qui non habet voluntatem* sont plutôt à prendre tout d'abord au point de vue spéculatif par quiconque veut en trouver le véritable sens ; il faut interpréter l'héritier qui n'a nullement la volonté de perpétuer la volonté du défunt ni d'être héritier véritable, puisqu'il fait l'addition en opposition à la volonté du testateur. Pour la même raison il ne saurait avoir pour lui la volonté du testateur, celle-ci doit plutôt se dresser en face de lui ; mais il s'agit de bien remarquer le sens de cette expression : elle signifie, non pas que cette volonté ne peut rien donner ni accorder, mais que cette volonté n'existe même pas dans l'héritier en question. On pourrait, pour plus de clarté, donner la traduction suivante : L'héritier, en tant qu'il n'a pas en lui la volonté du testateur, est repoussé par l'*exceptio doli mali*. Le passage d'Ulpien s'applique donc également à l'action de la *petitio hereditatis* par une personne, qui, sans avoir été autorisée par la volonté du testateur, s'érige en héritière, et à la revendication isolée faite par l'héritier véritable en contradiction avec la volonté testatrice. Il embrasse les deux hypothèses et dans aucun cas il n'est question du droit d'un tiers possesseur ni du rapport existant entre les deux héritiers. Il faut que le demandeur puisse être évincé par le tiers possesseur au moyen de la *doli exceptio*, quand bien même ce dernier posséderait, pour ainsi dire, *ut latro*. En effet, ce tiers possesseur ne commet pas encore de *dol* en fait d'héritage ; il n'a pas besoin de prétendre qu'il est héritier ; il rejette tout simplement la demande du plaignant, en faisant la preuve que celui-ci a commis un *dol* en matière d'héritage. Par ce moyen il reste, en attendant, possesseur réel, sans que même il ait été question de la nature de son droit. Et si quelqu'un voulait encore contredire à cette opinion,

nous n'avons qu'à invoquer le témoignage de Papinien, ce maître à l'esprit pénétrant. Il expose que les légataires évincés par la *doli exceptio* déjà dans le cas d'une révocation des legs sans observation des formes requises sont également évincés quand l'héritier lui-même a été révoqué, sans observation des formes voulues et par conséquent sans résultat effectif (1) ; et cependant, dans ce cas, il n'a plus en

(1) En nous rapportant aux discussions précédentes, il suffira de quelques brèves indications pour expliquer pourquoi la révocation, sans les formes voulues, frappe de caducité les legs, mais non l'institution d'héritier. Le legs est la disposition libre et volontaire d'une chose, c'est une manifestation spéciale et déterminée de la volonté ; l'institution d'héritier, au contraire, est la perpétuation de la volonté subjective elle-même, en sa totalité. De même que cette perpétuation ne peut être produite que par la force du droit public et de ses formes prescrites, parce que l'individu n'est apte à la produire qu'en vertu de sa participation à l'esprit public, de même elle ne peut, une fois produite, céder la place qu'à une révocation expresse appuyée sur la même force. Si donc il existe un testament, l'institution ne saurait être frappée de caducité que par l'existence d'un second testament faite en observation de ce même droit public et de ses formes. Nous avons ici une nouvelle application du principe d'après lequel le *suus*, étant naturellement héritier, ne peut cesser de l'être qu'en vertu d'une exhérédation expresse. Ou bien nous retrouvons ici ce que nous avons déjà fait remarquer tant de fois : l'hérédité n'est pas simplement le produit de la volonté de fait et de son consentement, car elle n'est pas, dans sa constitution, affaire de simple volonté privée, mais elle est *juris publici*. Le legs, au contraire, n'est que la manifestation particulière de la volonté, appliquée à une chose particulière ; mais en même temps il est l'expression de la volonté qui doit exister par delà la mort et qui, par conséquent, doit participer de cette immortalité de la volonté dont l'unique source et le dernier fondement se trouvent dans l'esprit public ; il a donc besoin, pour sa production, de la force du droit public et de la solennité du testament, mais il n'en a pas besoin pour sa disparition. Dans cette dernière, il s'agit uniquement de ne pas voir attribuer à cette manifestation de la volonté l'existence métaphysique perpétuée par-delà la mort, — l'attribution de legs tombe simplement, sans être remplacée par une autre — ; il n'existe donc pas de raison d'invoquer la force de ce droit public et de ses formes ; pour empêcher la volonté de continuer son action au delà de la mort, il n'est nullement besoin de

lui la volonté réelle du testateur, volonté dont il doit justement exciper contre les légataires.

Et Papinien continue expressément comme suit (1) : *Cujus exceptionis vires ex persona petentis æstimantur et alioquin potior est in re pari causa possessoris.* — Vu la concision de Papinien, ces paroles contiennent, en résumé, tout ce que nous venons d'exposer. La force de la *doli exc.* est jugée *ex persona petentis*, c'est-à-dire le droit du défendeur lui-même ne fera l'objet d'aucun examen ; et cependant, dans le cas donné par Papinien, il s'agit d'un héritier révoqué, en dehors des formes voulues, c'est vrai, mais qui se trouve également en opposition formelle avec la volonté du testateur, contre laquelle, par la *doli exc.*, il reproche précisément au légataire d'agir. *Potior est in re pari causa possessoris*, c'est-à-dire quand ni l'un ni l'autre ne peuvent valablement se réclamer de la volonté du testateur, le fait seul de la possession l'emporte. Et si malgré tout il existait encore des doutes à ce sujet, nous pourrions citer la décision de Julien et d'Ulpien dans un cas aussi délicat que compliqué, décision qui prouve précisément que seule l'idée développée plus haut représente le

l'esprit populaire public, de son droit ni de ses formalités. C'est ici que nous touchons du doigt cette différence profonde, passée presque inaperçue jusque maintenant, en vertu de laquelle la volonté, sans les formes légales, doit suffire à la révocation des legs, mais ne saurait suffire à leur constitution. L'opposition qui existe à cet égard entre le legs et l'héritage pourrait donc s'exprimer également de cette façon : Lorsque la révocation d'un legs se fait en dehors des formes voulues, cette disposition de la volonté ne se transforme pas en une autre, mais tombe radicalement, comme nous venons de le faire remarquer. Quand, au contraire, il y a révocation d'héritier, la volonté du testateur ne cesse en aucun cas d'être perpétuée ; c'est simplement un autre héritier, l'héritier *ab intestat*, qui prend la place du premier. Révoquer un héritier équivaut donc toujours à constituer et instituer un héritier ; cette révocation ne peut en conséquence se faire par une volonté réelle en dehors des formes légales. Telle est l'explication que nous opposons à Savigny (III, 378).

(1) L. 36, § 3, de test. mil. (29, 1).



dol en matière d'héritage. Une personne est instituée héritière *ex uncia* ; en vertu de cette institution elle se verrait attribuer 200 onces. Mais en même temps le testateur lui a fait un legs de 100. Pour s'éviter les ennuis de la succession, l'institué préfère le legs et répudie l'institution. Pourrait-il dès lors exiger la délivrance du legs, ou bien pourrait-on invoquer contre lui l'*exceptio doli* ? (1) : « Et ait Julianus, non esse eum summovendum » ; mais, continue-t-il : « Quodsi a substituto pretium accepit, vel quod pretii loco haberi potest, ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur ac per hoc doli exceptione repellatur. » — Mais le fait seul que dans le premier cas Julien et Ulpien peuvent soulever la question de savoir si l'*exceptio doli* serait fondée ici, prouve d'une façon irréfutable que le *dolus*, en matière d'héritage, consiste uniquement dans le rapport que nous avons montré entre l'héritier et le testateur. Comment, en effet, vis-à-vis de l'héritier substitué, l'héritier répudiant pourrait-il, au moment où il réclame la délivrance d'un legs, être soupçonné de *dol* ? De toute évidence, cela est impossible. Vis-à-vis de cet héritier substitué, il a tout simplement usé, dans son acte de répudiation, d'un droit absolument certain, et maintenant il fait usage d'un droit tout aussi indéniable en réclamant le legs qui lui revient à titre de non-héritier. La simple question si, dans ces circonstances, il y a *dol* ou non, serait donc en elle-même incompréhensible. Mais si le *dol*, en matière d'héritage, est constitué par le rapport déjà discuté existant entre l'héritier et le testateur, la question peut être soulevée. Par le refus de l'héritage à lui offert, l'héritier a, selon ses moyens, répudié et nié la perpétuation de la volonté testatrice. Mais comment peut-il, après avoir ainsi nié la continuation de cette volonté en général, s'en réclamer comme si elle existait pour lui en certains détails ; en d'autres termes, comment peut-il revendiquer un legs ?

(1) ULP IEN, l. 4, § 11, *de dol. exc.* (44, 41).... an si legatum « petat exceptione doli ali summoveatur ? »



C'est à ce moment qu'il est exposé à tomber dans cette contradiction interne, dans ce mensonge moral que nous avons exposés plus haut comme l'essence du *dol* en matière d'héritage. Faisons cependant remarquer que malgré tout l'héritier, après cette répudiation, pourra réclamer le legs. Le testateur, il est vrai, lui a transmis la succession, mais en même temps il lui a donné un héritier substitué et lui a fait un legs; il lui a donc conféré deux qualités, celle d'héritier et celle de légataire, qui non seulement ne s'impliquent pas mutuellement, mais qui même se contredisent. Pour le cas où il répudierait l'héritage, le testateur lui a donc lui-même conféré le legs; il lui a permis lui-même la libre volonté de se décider, à son choix, pour l'un ou pour l'autre; par conséquent l'héritier, du moment qu'il se décide chaque fois d'après sa propre volonté, agit chaque fois en conformité de la volonté du testateur et ne la nie jamais. Il peut donc revendiquer le legs; mais on comprendra dès maintenant pourquoi il ne le peut pas dans le deuxième cas, c'est-à-dire quand il s'est laissé acheter par l'héritier substitué sa renonciation à la succession. D'où vient le *dol* dans cette hypothèse? Il ne saurait en être question vis-à-vis de l'héritier substitué. Ce serait en effet commettre une grossière méprise que d'attribuer à Ulpien et à Julien la supposition que dans le cas en question il y ait eu, entre l'héritier substitué et l'héritier répudiant, un accord même tacite d'après lequel ce dernier n'entrerait pas non plus en possession du legs; de cette façon il y aurait *dol* ordinaire du dernier vis-à-vis du premier. Aucun mot du texte n'autorise une telle hypothèse; si malgré tout on voulait la faire, la manière dont Ulpien, fort de l'opinion de Julien, discute ce cas d'une vulgarité si grande, serait totalement impossible. Il faut au contraire comprendre strictement que l'héritier substitué n'avait qu'un but: obtenir de l'héritier la renonciation à l'héritage. Par cela même il a voulu conférer à cette personne, à la place de la qualité d'héritier, la qualité de légataire; il veut en effet acquérir cette succession en vertu du testament en question; il doit donc l'accepter malgré

tous les legs dont ce testament est grevé ; par suite, le premier héritier, du moment qu'il a renoncé à la qualité d'héritier, devient forcément légataire. Vis-à-vis de l'héritier substitué, dont il peut même invoquer la volonté en sa faveur, il ne saurait donc être question de *dol* de la part de l'héritier qui renonce à la succession. Et cependant, dans le cas présent, le *dol* existe effectivement entre l'héritier répudiant et le testateur. Cette fois-ci, en effet, l'héritier n'a pas usé de cette liberté personnelle de volonté dont le testateur l'avait lui-même gratifié et par l'exercice de laquelle, dans chacun des deux cas discutés, il agissait en conformité de la volonté du testateur. Mais en se laissant acheter par une tierce volonté, — la volonté du substitué qui n'avait rien à voir dans le rapport bien distinct existant entre lui et le testateur et n'est qu'un étranger à cet égard, — et en se refusant, gagné par l'argent de ce substitué, à perpétuer la volonté du testateur, il a, du moins autant que cela dépendait de lui, nié la perpétuation de cette volonté en général. Ce n'est pas en conformité avec le testateur, ni d'après la libre volonté à lui-même concédée par celui-ci qu'il s'est décidé dans son choix ; il a fait intervenir, comme motif déterminant, une volonté étrangère qui avait à décider si et comment cette volonté devait en somme continuer à exister. Dans la mesure de ses moyens, il a donc délibérément dénié à cette volonté la perpétuation de son existence. C'est à cause de cette trahison abstraite que le *dol* existe, cette contradiction intérieure vis-à-vis de la perpétuation de la volonté testatrice dont on ne veut retirer qu'un avantage purement extérieur. Et puisqu'il a, dans la mesure de ses forces, nié la perpétuation de cette volonté, il est mal fondé à la revendiquer maintenant comme existant partiellement en sa faveur, c'est-à-dire comme lui constituant un legs.

C'est uniquement en donnant cette interprétation du *dol* en matière d'héritage, toujours mal compris jusqu'à nos jours, que nous arriverons à trouver la signification exacte du rescrit de l'empereur Antonin dont nous devons



la connaissance à Gaius, II, § 120 ; d'après ce rescrit, le *bonorum possessor secundum tabulas* pouvait toujours invoquer l'*exceptio doli* contre l'héritier *ab intestat*. En effet, comme nous l'avons démontré à plusieurs reprises, dans toute l'évolution historique il faut absolument, pour l'intelligence de chaque pas fait dans la suite des temps, considérer simultanément comment, à chacun de ces pas, l'idée spéculative de l'ancien droit civil était abandonnée et maintenue dans cet abandon même. Le *bonorum possessor secundum tabulas*, dont la possession ne s'appuie que sur un testament défectueux, n'est pas, comme nous l'avons vu plus haut, héritier de la volonté du testateur ; en effet, le vice de forme a enlevé à la volonté la force de cette continuation surnaturelle qui ne peut découler que du droit public ; mais il est simplement acquéreur de la fortune ; dans le droit ancien il doit donc céder le pas à toute personne qui légalement hérite de la volonté ; il ne peut donc se maintenir qu'en l'absence de tout héritier *ab intestat* (Gaius, II, 119 ; Ulpien, *Fr.* XXIII,-6). Mais plus cette évolution est fréquente, évolution qui consiste à extérioriser l'idée spéculative de l'héritage pour l'identifier avec la simple acquisition de biens, et plus facilement le *bonorum possessor* doit-il l'emporter sur l'héritier légal. Cependant cette évolution se rattache constamment à l'idée spéculative et légale de l'hérédité, et même la conserve toujours. Car le *bonorum possessor secundum tabulas*, qui lui-même n'est pas héritier légal de la volonté et n'a pas besoin de l'être, l'emporte maintenant sur l'héritier *ab intestat*, à qui il reproche de vouloir faire l'adition contrairement à la volonté du testateur dont il se prétendrait le continuateur ; en d'autres termes, il l'accuse de *dol* en matière d'héritage. Or, ce reproche n'est fondé et possible que si on le rapporte à l'idée spéculative de l'héritage ; celle-ci — et c'est là précisément le caractère spéculatif de cette évolution historique — se perd donc progressivement dans cette évolution tout en étant toujours maintenue d'un autre côté. En même temps, cette *exc. doli* valable contre l'héritier *ab intestat* est

une preuve décisive en faveur de notre interprétation du *dol* en matière d'héritage, et, en général, de la nature spéculative de l'idée d'héritage. Sans elle, en effet, on ne pourrait jamais comprendre, — et de fait on n'a jamais compris, — pourquoi un héritier légal commet justement un *dol*, quand en l'absence d'un testament légalement valable il revendique la fortune du mort dont la loi lui assure la possession ; ni pourquoi il commet maintenant tout à coup un *dol*, alors que son acte avait été, pendant si longtemps, sanctionné par la loi elle-même. Il est donc absolument impossible, sans le secours des explications ci-dessus, de comprendre ce moyen précis concédé au *bonorum possessor*. Par la même occasion on peut constater combien nous avons raison contre Savigny dans notre explication du passage d'Ulpien. Car cet héritier *ab intestat* est un héritier *qui non habet voluntatem* et dont la *petitio hereditatis* échoue donc devant l'*exc. doli*.

XXXVI. — Quelques conséquences. — « *Hereditatis petitio* » —
Les droits personnels. — Place de l'erreur dans le domaine du droit successoral en général.

Nous avons mentionné la *petitio hereditatis* ; faisons seulement remarquer ici qu'auparavant il était impossible de dissiper toutes les difficultés présentées par cette action. On l'a considérée d'abord comme une action réelle, puis, à cause du *jus succedendi*, comme une action personnelle, et enfin comme une action mixte. Nous pouvons, à l'heure actuelle, dire avec une certitude absolue qu'elle n'est ni l'un ni l'autre : c'est une action purement surnaturelle, une action *sui generis*. Le juge a mission d'établir que la volonté subjective du plaignant continue celle du testateur, que la volonté de *A* est la volonté de *B*. Dans ce sens la *petitio hereditatis* est donc une *vindicatio* par laquelle l'héritier, en raison de l'identification de volonté préalablement effectuée, revendique comme sienné cette persona-



lité volontaire qui cependant n'est rien de réel; mais cela ne veut pas dire, comme précisément on le croit généralement (1), que par la *petitio hereditatis* il revendique la matérialité de la succession; car la *petitio hereditatis* n'a pour but que de faire reconnaître ce rapport moral d'identité. Mais une fois qu'il se trouve revêtu de cette identité, une fois qu'il est reconnu comme héritier, les objets matériels lui appartiennent non plus à titre d'héritier, c'est-à-dire en vertu d'un titre particulier d'acquisition, mais — et il est de toute nécessité de faire cette distinction — comme possesseur primitif (2). Cette distinction ressort clairement de ce fait surtout que la *res judicata* au sujet de la *petitio hereditatis* concède au plaignant non seulement un droit sur tous les objets indiqués dans la plainte, mais encore sur tous les autres biens du testateur et le rend apte à les revendiquer.

L'héritage représente si peu une acquisition de fortune matérielle que même les parts de fortune non attribuées par le testateur reviennent à l'héritier, par accroissement et même contre sa volonté, alors que l'acquisition mentionnée plus haut ne peut, d'après le droit romain, jamais se faire

(1) C'est ainsi, par exemple, que Vangerow dit, *Pandectes*, I, 190 : « Parmi les droits réels il faut compter : 1° la propriété ; 2° la liberté ; 3° le droit d'héritage ; mais il faut bien se garder d'entendre par là le *jus succedendi* ; il s'agit simplement du droit qui, après l'acquisition effective de la succession, est attribué à chacun dans le *jus universum defuncti* et auquel se rattache une action réelle très particulière, la *petitio hereditatis*. » Tout au contraire ce serait précisément le droit de pouvoir être l'héritier de quelqu'un, par conséquent le *jus succedendi* et le droit de voir cette identité reconnue de tous, qui constituerait la *vindicatio* particulière à la *petitio hereditatis*. Cependant après l'acquisition effective de la succession on ne se trouve plus en présence d'un droit d'héritage qui serait un troisième droit réel bien à part, comme dans l'énumération de Vangerow, mais d'un ordinaire droit de propriété ; c'est donc en cette qualité de propriétaire primitif que l'héritier revendique maintenant tout ce qui fait partie du *jus defuncti*.

(2) *Inst.*, § 7, de *her. qual.* (2, 19) : « *Veteres enim heredes pro dominis appellabant* ». Cf. page 237, note 1.



sans la volonté de l'acquéreur. Gaius, l. 53, § 1, *cod. tit.* (29 2) : *Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invito excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt.* Comme il est le propriétaire primitif, il ne peut même pas, par un acte de sa volonté, faire en sorte que sa propriété ne lui appartienne pas ; mais comme tout propriétaire, il est à même d'aliéner son bien.

Nous disons donc que, si cette identité de la personnalité volontaire est bien établie, il en résulte, mais à simple titre de conséquence, la prétendue *successio in universum jus defuncti* ; il en résulte également l'étendue bien définie des droits qui peuvent être transmis par héritage, puisque malgré l'expression courante *successio in omne* ou *in universum jus defuncti*, il y a des droits qui ne peuvent se transmettre par héritage ; je veux parler des droits personnels, ceux *quibus personæ conditio locum facit*. Le lecteur doit maintenant en comprendre la raison. En effet, ce n'est pas la personnalité naturelle, mais bien la personnalité volontaire que l'immortalité héréditaire doit perpétuer et perpétue effectivement ; peuvent donc être transmis à l'héritier les seuls droits qui forment l'objet de sa souveraineté volontaire et lui ont été réellement soumis, mais non pas les droits qui ont leur source dans certaines qualités du testateur, c'est-à-dire les droits et les capacités purement personnels ; ces derniers il ne peut même pas les transmettre de son vivant et, bien qu'ils soient inhérents à sa personne, ils ne forment jamais l'objet de sa volonté subjective. D'autre part, comme l'hérédité elle-même représente un rapport personnel entre l'héritier et le testateur, il s'ensuit subsidiairement que dans l'héritier il y a des droits qui sont uniquement inhérents à la personne de l'héritier sans pouvoir être soumis à l'empire de sa volonté. Parmi ces droits nous pourrions citer le droit de l'héritier d'être enseveli dans le *sepulcrum hereditarium* du testateur, droit qu'il ne lui est pas loisible de transmettre à d'autres personnes.

Il résulte de là, également, ou plutôt, il en est résulté depuis longtemps déjà le véritable sens de l'essence de l'*here-*



ditas jacens ; ce n'est pas, en effet, la fortune qui forme le contenu de l'hérédité, c'est au contraire la personnalité volontaire du mort qui doit être conservée par elle et protégée contre toute destruction. C'est pourquoi, après la mort, elle continue immédiatement à exister dans l'héritier qui ne se fera connaître que plus tard ; bien qu'elle ne se manifeste que plus tard sous les traits de cet héritier, elle lui est, dès cet instant, inhérente ; elle plane, dans une invisibilité idéale, au-dessus de la fortune, c'est-à-dire, cette partie du monde extérieur, immédiatement soumise à la souveraineté volontaire, et, en conséquence de cette perpétuation, encore invisible, il est vrai, elle peut acquérir des biens et faire des actes de volonté.

Mais le but de ces digressions n'est nullement d'exposer plus amplement des questions dont la solution va de soi et n'offre pas la moindre difficulté ; nous avons plutôt en vue de démontrer combien l'idée est maîtresse absolue sur les points où l'on pourrait encore ou faire valoir des doutes apparents ou parler d'exceptions.

Nous allons donc maintenant, en nous appuyant sur les développements donnés plus haut, à l'occasion de l'adition, sur la connaissance spirituelle, essayer d'indiquer la place occupée par l'erreur dans le droit d'héritage.

Savigny, dans sa dissertation sur l' « Erreur et l'ignorance », parle comme suit : « Si nous résumons toutes ces dispositions, nous devons forcément, dans les actes relatifs à l'héritage, attribuer à l'erreur une influence plus grande que dans les affaires de la vie ordinaire. Cependant, à y regarder de près, ce n'est en somme qu'un nombre légèrement supérieur de cas, dans lesquels l'erreur agit exceptionnellement. Il nous semble donc que même dans ces cas se trouve appliqué et confirmé le principe général que l'erreur par elle-même n'exclut pas l'existence de la volonté et ne gêne donc pas, en règle générale, les effets de cette volonté. »

Nous remarquerons immédiatement combien il est fâcheux d'admettre un nombre plus ou moins grand de cas



particuliers et exceptionnels, où l'erreur aura de l'influence en matière de droit d'héritage, au lieu d'essayer du moins d'établir un principe général quelconque, dont découleraient harmonieusement toutes ces exceptions dans l'hérédité. Malheureusement ce principe ne pouvait être établi tant qu'on n'avait pas donné une définition exacte de l'idée d'hérédité ; d'un autre côté, on pourrait dire que Savigny est puni ici pour toutes les idées, déjà combattues par nous, qu'il a émises sur l'erreur en général. En concordance parfaite avec les preuves apportées précédemment nous nous voyons obligés de combattre ici les théories de Savigny dans deux directions différentes. Nous nous élevons tout d'abord contre l'affirmation que l'erreur n'exclut pas l'existence de la libre volonté ; car l'erreur, si elle fait partie du contenu de la volonté, l'exclut réellement. Nous nous élevons également contre l'hypothèse d'après laquelle il semble que les jurisconsultes romains aient, dans le droit d'héritage, assigné à l'erreur un rôle tout à fait différent de son rôle dans les autres branches du droit. Nous verrons plutôt que, dans la règle adoptée ici, nous n'avons que la suite exacte et logique de l'application à l'idée d'héritage du principe relatif à la volonté et à l'erreur, sur lequel nous nous sommes longuement étendu dans le premier volume, paragraphe 2, B ; nous avons fait la preuve que dans les autres branches du droit ce principe était également le plus généralement adopté ; nous verrons qu'on ne saurait non plus dans le droit successoral attribuer à l'erreur un caractère exceptionnel.

Or, nous avons déjà, à trois reprises différentes, réfuté la théorie de Savigny relative à l'erreur en droit successoral et indiqué la place véritable occupée dans ce domaine par l'erreur et l'ignorance.

L'une des preuves se trouve dans l'ensemble de nos développements relatifs à la *doli exceptio* (n° 35), tout spécialement dans la discussion de la dernière phrase de l. 4, § 10, h. t. «... et ideo heres, qui non habet voluntatem, per



exceptionem doli repellitur. » Savigny lui-même avoue (1) : « Si l'on explique cette dernière phrase dans le sens d'une exclusion de l'*hereditatis petitio*, notre affirmation se trouve réfutée — l'affirmation que l'institution d'héritier n'est nullement viciée, en règle générale, par une simple erreur dans le motif déterminant; — mais on ne peut admettre cette explication parce que la *doli exceptio* serait absolument sans raison pour un tiers qui pourrait être un possesseur complètement illégal. »

Dans les développements que nous avons donnés à propos de la nature de l'*exceptio doli*, nous avons déjà réfuté cette objection et montré que ce passage peut s'appliquer à l'exclusion de l'*hereditatis petitio* tout aussi bien et peut-être mieux qu'à une seule revendication de l'héritier; nous pouvons donc prendre acte de l'aveu de Savigny.

Une seconde réfutation fondamentale était celle-ci : Savigny soutient, en un autre passage, qu'en règle générale « l'institution ne souffre pas d'une erreur dans les motifs déterminants », et il appuie son affirmation uniquement sur ce fait que, contrairement aux legs, l'institution ne peut être rendue caduque par une révocation faite en dehors des formes légales : c'est de ce principe que, d'après Savigny, découle clairement l'indifférence de l'erreur dans les motifs déterminants en matière d'institution.

Mais ni dans le legs, ni dans l'institution, la révocation ne constitue une erreur dans les motifs déterminants de la volonté, mais une simple modification ultérieure de la volonté.

Dans aucun des deux cas nous n'entendons nécessairement, ni par la révocation seule, que dans le legs ou l'institution l'acte de volonté ait été primitivement provoqué par un motif erroné; au contraire, la volonté qui, à ce moment-là, était pleinement d'accord avec elle, a fait place à une autre volonté.

Nous venons de montrer, d'une manière méthodique,

(1) *System.*, III, 378, note c.



pourquoi, les conséquences nécessaires de l'idée spéculative une fois admises, la révocation faite en dehors des formes voulues ne peut pas infirmer l'institution et doit au contraire infirmer le legs. La révocation d'un héritier institué implique toujours l'institution d'un autre héritier, ne fût-ce que l'héritier *ab intestat*, conséquence nécessaire de la révocation. Mais l'institution de ce continuateur de la volonté, la constitution de la perpétuation de la volonté est un acte surnaturel et, comme tel, la force qui le produit ne saurait nullement résider dans la volonté privée, totalement incapable d'un tel résultat ; cette force ne peut résider que dans l'esprit populaire public déjà mentionné, et par suite exclusivement dans les formes du droit public. Le droit romain, qui ne cesse jamais entièrement de se rattacher à l'idée spéculative de son *jus civile* primitif, ne peut donc pas même au moment de son extrême affaiblissement vers la fin de l'époque justinienne, en arriver à laisser faire une institution d'héritier par une simple volonté privée, en dehors des formes prescrites. Dans le cours de l'évolution historique nous voyons, il est vrai, pâlir et s'atténuer les formes requises dans l'institution d'héritier, nous voyons peu à peu l'idée perdre de sa vivacité ; son caractère, réduit à une simple apparence, se manifeste en formes où ne persiste que l'ombre de leur ancienne matérialité ; comme dans toutes les évolutions matérielles dont nous avons partout fourni la preuve, — malgré tout, la forme est toujours requise ; on dirait une certaine réminiscence de l'idée primitive, depuis longtemps disparue, et c'est toujours elle l'élément en vertu duquel la volonté privée peut fournir cet étonnant résultat métaphysique. Pour la même raison, la révocation d'un héritier, faite sans les formes prescrites, ne saurait donc avoir d'efficacité, puisqu'elle implique elle-même institution d'héritier.

Dans le legs, au contraire, la révocation ne produit pas un autre legs, c'est-à-dire une nouvelle manifestation de la volonté agissant après la mort. Il y a simplement renonciation à cette action au delà de la mort. Mais pour un fait



qui consiste à ne pas prendre de dispositions volontaires après la mort, à ne pas laisser s'accomplir, après la mort; un acte de volonté, point n'est besoin, pour la volonté privée, de puiser sa force productrice dans l'essence de l'esprit public; c'est là, en effet, plutôt la condition naturelle et normale, et la volonté privée, même exprimée sans les formes légales, est largement suffisante par elle-même.

Dans le legs nous aurons donc, en contradiction flagrante avec la raison, mais en harmonie parfaite avec l'idée, cette constatation : pour attribuer un legs, il faut une volonté accompagnée des formes voulues; pour le révoquer, les formes ne sont plus nécessaires.

En réalité, cette démonstration était impossible tant que l'on n'avait pas compris la force productrice de la forme et un autre élément, indispensable au premier, c'est-à-dire l'idée spéculative de l'hérédité en général. Mais une fois cette intelligence acquise, il ne saurait plus être question de ce qui, d'après l'aveu même de Savigny, est le fondement complet et unique de sa façon de voir relativement au caractère inoffensif, dans l'institution d'héritage, de l'erreur dans les motifs déterminants.

Une troisième preuve également méthodique du rôle de l'erreur dans le domaine successoral est fournie par tout ce que nous avons dit antérieurement sur la connaissance requise pour l'adition valable (n° 34).

Il ne peut nous venir à l'idée de répéter ici nos arguments. Mais quand on s'y rapporte pour les envisager au point de vue particulier de savoir jusqu'à quel point l'erreur dans le motif déterminant annule ou n'annule pas l'adition, on trouvera le résultat que voici : toute erreur dans le motif déterminant infirme l'acte de l'adition, quand le motif erroné comprend et épuise toute la matière de volonté; si bien que nous retrouvons ici la confirmation exacte de la théorie que nous avons démontrée, tome 1^{er}, pages 113-123, sur l'influence du motif erroné; déjà, dans les développements relatifs à la matière de l'adition, nous



avons à plusieurs reprises, et avec une clarté suffisante, laissé entrevoir cette concordance.

Si je fais l'addition de la succession, parce que je me la figure faussement plus grande qu'elle n'est en réalité, il y a simple erreur dans le motif déterminant (1). J'aurais en effet pu faire l'addition malgré cela et d'après bien d'autres motifs. Ce n'est là qu'une *cause éloignée* de la volonté, par laquelle je me suis déterminé à *vouloir* l'identité de ma volonté avec celle du testateur ; mais je me suis déjà déterminé à cette identité ; ce motif situé au delà de la volonté est donc sans la moindre influence.

Mais si je fais l'addition de la succession parce que je crois qu'elle m'est déférée par testament, alors qu'elle m'est déférée *ab intestato*, ou parce que je me considère comme *necessarius heres* alors que je suis *voluntarius heres*, etc., cette erreur, ainsi que l'on peut le conclure de la seule forme de ces phrases, peut être tout aussi bien donnée comme erreur dans le motif déterminant ; car il s'agit de *faits* sur lesquels je me trouvais dans l'erreur et qui ont influé ou pouvaient du moins influencer sur mon addition de la succession. Mais ici l'erreur dans le motif doit infirmer l'action parce que, à la différence des motifs particuliers ou empruntés à la raison, elle est le motif total ou tiré de l'idée et que par conséquent le motif déterminant et la matière de la volonté se couvrent entièrement. La matière abstraite de l'acte d'addition est celle-ci : établir l'identité de volonté avec le testateur. Mais c'est en même temps le motif abstrait et déterminant de l'addition. Je fais cette addition parce que, dans mon for intérieur, je me crois en identité de volonté avec le testateur. Si je me trompe en

(1) En d'autres termes, cette erreur est complètement extérieure à la substance, à l'idée du rapport existant. Savigny (*System. III*, 383) s'exprime ainsi : « En particulier l'héritier ne saurait profiter de l'erreur, importante entre toutes, sur la valeur nette de la succession. » Cette erreur, particulièrement importante pour la raison, est absolument indifférente et insignifiante pour l'idée de l'héritage romain et par suite pour le droit romain lui-même.



cela, c'est-à-dire si je me crois continuateur nécessaire de la volonté, alors que je suis continuateur volontaire ; si je crois que cette continuation de la volonté me vient d'une volonté expresse et exclusive du testateur, en d'autres termes, que je suis héritier testamentaire, tandis que je suis simplement héritier subsidiaire, c'est-à-dire, *ab intestat* (1), cette erreur, relative à l'existence et à la nature du rapport de volonté existant entre le testateur et moi, rend mon adition caduque, bien qu'il y ait dans ce cas encore erreur dans le motif déterminant dont découle mon acte.

Si donc je me trompe quant au rapport de volonté existant entre le testateur et moi, rapport qui m'a poussé à faire l'adition, mon acte, bien que la raison puisse facilement assigner à cette erreur le rôle d'un motif, n'est pas valable, parce que ce motif abstrait épuise totalement la matière de l'acte ; en d'autres termes, parce que le motif et la matière de la volonté coïncident ici et se couvrent exactement.

En ce qui concerne l'héritier, la théorie que nous avons développée dans le premier volume, sur le rapport quantitatif entre le motif déterminant et la matière de la volonté, ainsi que sur l'influence destructive de la volonté et de l'acte, dérivée du motif déterminant erroné, toutes les fois que ce motif épuise la totalité de la volonté, est absolument prouvée par la matière traitée dans la discussion relative « à la connaissance spéculative ».

Tout ce qui reste donc à faire, c'est d'apporter la preuve que ce principe s'applique également en ce qui concerne le testateur.

Nous avons démontré plus haut que la raison pour laquelle le testateur veut avoir un tel pour héritier et lui confère l'identité de volonté avec lui-même est une raison située par delà la volonté et sa détermination, donc une raison indifférente. Comme le motif est indifférent, l'erreur

(1) Cf. n° 40 sur la L. 17, *de acqu. vel. om. her.* (29, 2).



dans le motif l'est tout aussi naturellement. Mais, s'il importe peu que le testateur se trompe dans le motif pour lequel il considère l'héritier comme une personnalité volontaire identique à la sienne propre, son erreur, par contre, ne sera nullement indifférente quand elle lui fait croire faussement à une personnalité volontaire identique entre lui et l'héritier, c'est-à-dire quand, par erreur, il croit cet héritier un héritier *suus*.

En effet, le testateur qui institue le *suus*, ne lui a pas d'abord transmis cette identité de volonté, il n'a pas rendu ce *suus* identique à lui-même, mais il l'a simplement reconnu comme identité de volonté préalablement existante. Il le déclare seulement identique à lui-même, parce qu'il le considère déjà comme une volonté identique à la sienne propre. Le motif et l'acte se confondent ici dans une identité absolue, une identité telle que ni l'un ni l'autre ne peuvent rien produire de nouveau vis-à-vis de l'autre. L'acte de l'institution ne produit rien qui n'eût existé indépendamment de lui, d'après le motif seul, c'est-à-dire d'après la qualité supposée d'héritier *suus*. L'acte ne renferme donc absolument rien qui n'eût déjà existé dans le motif déterminant. Si donc le testateur se trompe ici quant au motif déterminant, s'il se trompe dans le point de savoir si l'héritier, par lui déclaré personnalité volontaire identique avec la sienne propre l'est réellement, s'il se trompe — je tiens à employer ici la même forme que précédemment à propos de l'erreur chez l'héritier — s'il se trompe quant au rapport existant entre sa personnalité volontaire et celle de l'héritier en prenant cet héritier pour une identité de volonté déjà établie, cette erreur totale dans le motif de l'institution, erreur qui concerne les relations conceptuelles, doit annuler l'institution. C'est dans ce sens que les Pandectes déclarent l'institution caduque dans le cas où quelqu'un, institué à titre de fils, se révèle ensuite comme enfant substitué (1) : « *Aufertur ei quasi indigno successio, qui, quum heres institutus*

(1) HERMOG., l. 46 de jur. fisc. (49, 14).



esset ut filius, post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est. » (1)

Mais nous voyons immédiatement l'application contraire : l'exhérédation du *suus* sera forcément caduque, si elle n'a eu lieu que parce que le testateur le croyait, à tort, un enfant substitué, ou encore, quand elle a lieu par la formule *inter ceteros*, parce que le testateur le croyait décédé. La raison est absolument la même. Le testateur n'a exclu l'identité de volonté avec le *suus* que parce que, à son avis, elle avait effectivement cessé d'exister. Le motif déterminant et la matière de la volonté coïncident donc de nouveau complètement. Le motif n'est pas simplement ici un intermédiaire, situé par delà la volonté et n'agissant qu'avant la résolution ; c'est la matière contenue dans la volonté même qu'elle remplit en totalité. La formule d'exhérédation employée par le testateur qui s'est ainsi trompé quant au rapport existant entre sa personnalité volontaire et celle de son héritier déjà existant et a exhéredé le *suus* manifestement à cause de cela, doit donc être inefficace. Par suite de la dialectique établie entre l'erreur dans le motif déterminant et l'erreur dans l'objet (*error substantialis*, manque de volonté), dialectique sur laquelle nous avons déjà insisté au tome 1^{er}, pages 113-125, cette erreur dans le motif déterminant peut être tout aussi bien énoncée comme une erreur dans l'objet, dans la personne (manque de volonté). Le testateur voulait exclure l'étranger et c'est le *suus* qu'il a exclu. Il ne voulait pas permettre l'identité à quelqu'un qui ne lui était pas identique à lui-même, et il a posé l'héritier identique comme non identique. Il en va naturellement de même lorsque, persuadé que le *suus* est mort, il l'a exhéredé par la formule *inter ceteros*. Il ne voulait pas l'exhéredé et il l'a exhéredé quand même.

(1) Cf. L. 4, C. de her. inst. (6, 24) : « Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebatur, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditius esse ostensus est, auferendam ei successionem Divi Severi et Antonini placitis continetur. »



Les deux cas vont de front. Dans les deux cas, en effet, l'exclusion de l'identité avec le *suus* n'a lieu que parce que le testateur la considère comme ayant cessé d'exister, dans le premier cas par la substitution supposée, dans le deuxième par la mort.

Dans les deux cas, les jurisconsultes des Pandectes doivent donc nous fournir la preuve de la caducité de l'exhérédation ; et ce sera non pas en vertu d'un principe quelconque d'équité, mais d'un principe de droit rigoureux. Citons d'abord Africanus qui, du reste, traite le cas absolument comme un cas d'erreur dans le motif déterminant (1) : « Si quis ita scripserit : ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus ; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset, propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse. » Ulpien (2) et Paulus (3) s'expriment dans le même sens.

L'influence de l'erreur dans le motif déterminant devra se limiter à ces cas, en matière d'institution d'héritier, conformément à l'idée spéculative. L'influence, disons-nous, *devra* se limiter à ces cas. Partout, en effet, où il s'agit de l'institution d'un *extraneus*, l'identité de volonté n'existe pas et ne peut même exister avant l'institution qui a précisément pour but de la produire. La matière abstraite de l'institution ou le motif abstrait de l'institution, c'est-à-dire l'identité de volonté avec ce sujet, d'une part, et, d'autre part, la raison pour laquelle je me détermine à poser ce sujet comme ayant avec moi l'identité de volonté, seront donc, au point de vue abstrait, absolument différents et séparés. Ou bien nous trouvons ici la raison de l'intervention située par delà la résolution par

(1) L. 14, § 2, *de lib. et post.* (28, 2).

(2) L. 15, *eod. tit.*

(3) L. 23, *eod. tit.* Cf. MAXIMUS, lib. VIII, c. 7, p. 87, ed. Argent., l'histoire du fils tenu pour mort.



laquelle l'héritier se détermine à l'identité de volonté avec ce sujet, et dans ce cas l'influence est absolument indifférente, comme nous l'avons déjà montré plus haut. Chez le *suus* seul, l'erreur peut exercer une action quelconque ; en effet quand, dans ce cas, il y a erreur relativement au rapport de volonté existant entre l'héritier et le testateur, cette erreur s'applique au rapport abstrait de l'hérédité, c'est-à-dire à un point qui, aux yeux de la raison, peut bien constituer un motif déterminant de l'institution ou de l'exhérédation, mais qui, pour l'idée, est tout bonnement identique avec la matière abstraite de la volonté ; et cette erreur n'atteint pas le pourquoi (*causa remota*) de l'identité de volonté, ce motif abstrait et seul complet de l'institution, mais l'existence ou la non-existence de la volonté subjective. Quand donc il est question du *suus*, n'importe quelle autre raison pour laquelle le père exhérède son fils (par exemple : désobéissance supposée, etc.) participera de la même indifférence, tout autant que le motif de l'institution d'un *extraneus* ; seule l'erreur relative à la qualité, fausement supposée ou non, de *suus*, relative par conséquent à l'existence même du rapport de volonté à intervenir, constitue ce motif absolu, identique, à cause de son caractère conceptuel, avec la matière de la volonté ; seule cette erreur peut donc exercer une action effective.

Les Pandectes confirment ainsi notre théorie relative à l'erreur dans le motif déterminant tout aussi bien que notre théorie de l'hérédité ; et cela non seulement par l'énumération des cas où s'exerce une influence, mais encore et surtout, parce que dans aucun autre cas elles ne parlent d'une influence quelconque exercée sur l'institution d'héritier par l'erreur dans le motif déterminant.

Or, il doit se présenter un cas cependant où dans la dialectique de l'idée nous rencontrerons des contradictions formelles dont la solution présentera les plus grandes difficultés.

Que fera-t-on, quand l'institution d'un *extraneus* aura



été manifestement provoquée par la croyance erronée qu'un *extraneus* précédemment institué, ou encore un héritier ordinaire *ab intestat*, c'est-à-dire un non *suus*, était mort ?

La discussion qui ne manquera pas de s'élever est la suivante : quant à moi, dira le dernier institué, j'ai été institué comme continuateur identique de la volonté testatrice. La raison qui a poussé le testateur à vouloir réaliser cette identité de volonté précisément avec moi est parfaitement indifférente. Cette raison n'est en effet que l'intermédiaire qui a servi pour amener cette résolution et ce contenu de son vouloir ; elle est donc un motif situé par delà la volonté et son contenu, un motif disparu qui ne forme pas, comme dans l'exhérédation du *suus* considéré à tort comme héritier illégitime, la matière présente de l'acte même. Le motif conceptuel et absolu de l'acte du testateur et la matière de cet acte sont en concordance parfaite. Il m'a institué comme continuateur de sa volonté — telle est la volonté contenue dans son acte, — parce qu'il voyait en moi une volonté identiquement adéquate à la sienne — et tel est le motif conceptuel et absolu de cet acte — ; sa croyance erronée à la prétendue mort du premier héritier constitue simplement le motif isolé pour lequel il s'est résolu à voir cette identité précisément en moi. J'admets même qu'en réalité ce fut là le seul motif de sa nouvelle volonté, mais j'ajoute que ce ne fut le cas que tout à fait accidentellement ; ce ne fut pas là le motif absolu d'un acte volontaire de cette catégorie (institution d'héritier), car mille autres motifs possibles peuvent y servir d'intermédiaires, tout aussi bien que l'erreur en question. Or, la volonté est précisément l'acte par lequel tous les intermédiaires accidentels, qui ont réellement contribué à sa formation, sont réunis dans le contenu de sa détermination et n'existent donc plus qu'à l'état de poussière et de souvenir du temps passé.

Non, réplique l'héritier primitivement institué, on voit ici tout simplement (v. ci-dessus n° 13) que, d'après la nature même, la volonté subjective doit toujours dé-



pendre d'une réalité, en qui elle est supposée, quand même la condition ne se trouve pas expressément posée. Ma mort n'a pas été un motif accidentel, c'a été au contraire la seule hypothèse et la seule condition dans lesquelles le testateur pût se résoudre à s'identifier avec toi, alors qu'il savait avant tout rencontrer cette identité en moi-même. Par conséquent, et bien que le testament ne t'attribue pas cette désignation, tu n'en restes pas moins un héritier conditionnel, dont la vocation dépend de la condition de l'hypothèse de ma mort. En outre, du moment que précédemment j'ai été héritier institué, il faut, pour que je cesse de l'être, que mon institution ait été révoquée, sans quoi je continuerai à être héritier; comme le *suus* j'ai besoin d'être exhéredé. Mais dans cet acte de révocation — le nouveau testament auquel, il est vrai, le testateur s'est résolu — la matière de la volonté et le motif déterminant coïncident et se couvrent aussi identiquement que lorsqu'il s'agit de l'exhéredation du *suus*, faussement tenu pour illégitime ou décédé. Car le testament n'a annulé le premier testament et n'a annulé mon institution comme héritier que parce qu'il me croyait déjà disparu. Dans cet acte, le motif de la volonté a donc complètement couvert et épuisé toute la matière de l'acte de volonté; et par conséquent l'erreur dans ce motif absolu a empêché l'efficacité de la révocation, tout comme dans l'exhéredation du *suus*; je n'ai donc pas été révoqué efficacement et je conserve mon caractère d'héritier.

Aux Dieux ne plaise ! réplique le dernier institué. Le motif et la condition ont certainement beaucoup de points communs, mais ils se distinguent en ce que le motif est la condition déjà réalisée, tandis que la condition est le motif placé dans l'avenir. Par sa réalisation, la condition perd son caractère suspensif et dilatoire et se noie dans le passé indifférent du motif; pour plus amples renseignements à ce sujet, tu n'as qu'à te reporter aux institutions captatoires, ou encore à l'étude des conditions (n° 13) (1). Quand

(1) Cf. L. 17, § 2, 3 *de condit.* (35, 4); § 31, *Inst.*, *de legat.* (2, 20).



bien même le testateur aurait, dans son testament, fait de toi-même et de ta mort la raison expresse de mon institution, ce n'est pas à titre de motif futur et suspensif, mais précisément à titre de motif devenu indifférent, comme retombé dans le passé, et c'est donc en vain que tu voudrais invoquer tes droits. — De même ton parallèle avec l'exhérédation du *suius* tombe à faux. Au moment de l'exhérédation du *suius*, le testateur était dans l'erreur relativement au rapport existant entre lui-même et l'héritier *suius* quant à la personnalité volontaire. Cette erreur dans le rapport conceptuel, cette erreur dans le motif déterminant, identique avec la volonté contenue dans l'acte d'exhérédation, suffisant et absolu, a rendu l'exhérédation inefficace. Mais du moment que le *suius* n'était plus exhéredé, il s'ensuivait simplement que l'héritier institué n'était plus valablement institué. Pour nous le cas est absolument différent. Lorsque le testateur m'a institué son héritier, ce n'est pas sur mon compte qu'il s'est trompé, ni relativement au rapport de volonté existant entre lui et moi, mais uniquement sur un fait totalement extérieur et étranger à ce rapport, c'est-à-dire sur ta mort. Comme l'erreur n'avait pas trait au rapport spéculatif entre sa volonté et la mienne, — du reste, pour le testateur, ces deux volontés subjectives étaient encore formellement distinctes et il s'agissait d'abord de les identifier l'une avec l'autre, — l'erreur dans le motif est ici une simple erreur dans le motif accidentel et indifférent, et non pas une erreur dans le motif abstrait de l'acte, qui, étant conceptuel, couvrirait la matière de la volonté. Ou encore : comme l'erreur ne concernait qu'un motif étranger au rapport de volonté existant entre lui et moi, je puis dire que ce motif était, somme toute, situé hors de ce rapport ; il peut donc d'autant moins avoir la prétention d'être même le motif absolu du contenu de la volonté, motif qui réside plutôt dans le seul rapport des deux volontés subjectives. Mon institution en elle-même ne saurait donc être infirmée par une erreur de ce genre. Tu ne pourrais faire valoir tes droits que si mon

institution était illégitime ou avait été révoquée, tandis qu'au contraire l'héritier institué contre l'héritier *suius* exhérédé ne peut être réellement héritier que si le *suius* est valablement exhérédé. La différence entre toi et le *suius* consiste justement en ce que tu n'es pas en droit de réclamer une exhéredation spéciale ; par conséquent ma seule institution, valable en elle-même, suffit à ta révocation valable.

Il est hors de doute que devant le tribunal de l'ancien droit civil cette plaidoirie entre l'héritier primitivement institué et l'héritier dernier institué aurait été tranchée en faveur du dernier institué.

Mais tout autre est déjà l'opinion des empereurs ; il ne pouvait en être autrement, puisqu'ils attachaient une importance beaucoup plus grande à l'idée d'équité qui réagissait contre la sévérité du principe spéculatif. Ainsi un testateur auquel de faux bruits avaient fait croire à la mort des héritiers primitivement institués, rédige son testament dans ces termes : « Quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, Novius Rufus heres esto » : l'héritière qui à tort passait pour morte implore le secours de l'empereur et celui-ci la met à la place de Novius Rufus. C'est Paul qui nous rapporte le fait (1). Mais pour distinguer ce cas de ceux que nous avons examinés précédemment et dans lesquels il s'agissait de l'héritier *suius* pris à tort pour légitime ou illégitime ou même tenu pour mort, les jurisconsultes romains savent parfaitement qu'ici il ne saurait être question d'une règle de droit strict, mais d'une simple règle d'équité ; et même Paul nous laisse entendre clairement, par la forme même de son récit, que sa conscience de jurisconsulte imbu du droit civil lui aurait dicté une autre solution : ... « et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei (à l'héritière première instituée) *subveniendum*, » etc. (2).

(1) L. 92, *de her instit.* (28, 5).

(2) Les raisons invoquées par l'héritier testamentaire primitive-

Non moins évidente est la confirmation de notre théorie de l'erreur dans le motif, quand il s'agit de legs. Entre les

ment institué peuvent également être mises en avant par l'héritier ordinaire *ab intestato* (*non suus*) dont de faux bruits avaient accrédité la mort. Cette assertion ne se comprend cependant que par le sens qu'au chapitre XXII nous avons donné de l'héritage *ab intestat* ; d'après notre définition l'héritier *ab intestat* a la signification d'être le continuateur présumé de la volonté du défunt, c'est-à-dire le continuateur présumé de cette volonté d'après la propre volonté du défunt qui meurt sans avoir donné de cette volonté une expression bien définie. Si donc, pourra dire l'héritier *ab intestat*, je suis, d'après la propre volonté du testateur, le continuateur de sa volonté, il va de soi qu'on m'acceptera pour tel ; et de même qu'en ces circonstances je dois m'effacer devant un héritier testamentaire, c'est-à-dire un continuateur expressément institué de cette volonté, de même je ne m'effacerai pas, quand cette institution provient simplement de ce fait que dans l'idée du testateur, en raison de mon prétendu décès, cette identité présumée entre sa volonté et la mienne avait cessé d'exister. Si donc vous voulez me traiter d'après mon sens bien précis, il vous faudra plutôt, du moment que le testateur, dans la constitution testamentaire de son identité de volonté, s'est laissé guider par cette supposition erronée, admettre qu'en l'absence de cette erreur il y aurait eu comme unique résultat celui qui forme précisément l'identité présumée avec la volonté testatrice. Dans l'hypothèse contraire vous nieriez l'esprit de votre droit *ab intestat*. Vous êtes donc obligés d'admettre, puisque, d'une part, le testateur m'a posé comme son héritier présumé et que, d'autre part, à cause même de mon omission résultant d'une erreur, je suis cet héritier présumé, vous êtes obligés d'admettre, dis-je, que je suis l'héritier institué par lui, en d'autres termes que je suis maintenant devenu héritier testamentaire.

La situation de cet héritier *ab intestat* est donc absolument équivalente à celle de l'héritier testamentaire précédemment institué. C'est une fois de plus le sentiment d'équité des empereurs qui intervient et prête assistance à l'héritier *ab intestat*, comme nous le trouvons dans Paul, L. 28, *de inoff. test.* (28, 5). En tout cas ce résultat est très intéressant et on ne peut le comprendre qu'en recourant au développement donné plus haut relativement à l'idée spéculative : il ne faudrait pas croire, en effet, que le testament tombe, comme dans la *querela inoffeiosi* faite par l'héritier *ab intestat*, et que l'héritier *ab intestat* hérite précisément *ab intestato* ; au contraire, et ceci se trouve dans le récit de Paul et découle nécessairement de

motifs déterminants et la volonté il n'y a qu'un rapport quantitatif. Si donc le motif ajouté pour la constitution d'un legs est erroné, le legs n'en continuera pas moins de subsister ; il se peut en effet fort bien que lors de la confection d'un testament le testateur ait eu d'autres motifs encore que le motif énoncé ; aussi c'est à bon droit que Papinien continue (1) : « Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohæret (2). »

Mais comme le motif n'entretient qu'un rapport quantitatif avec la volonté, chaque motif particulier peut donc suffire à l'épuiser comme nous l'avons montré plus haut, tome I^{er}, page 84. La question de savoir si tel ou tel motif déterminé a été le motif absolu est du ressort des faits et seules les circonstances peuvent nous renseigner là-dessus. Une fois prouvé que le motif erroné était le motif unique, celui qui a épuisé la volonté totale, l'erreur dans ce motif suffit pour entraîner la non-existence de la volonté elle-même et la rendre inefficace. C'est pourquoi Papinien continue : « Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisse. »

Comme l'on voit, l'influence différente exercée par l'erreur dans l'institution d'héritier et dans le legs ne repose pas sur une interprétation différente de l'erreur ; mais au

l'idée spéculative, c'est justement à cause de la non-révocation de son droit supposé *ab intestat* que l'héritier *ab intestat* devient héritier testamentaire en vertu d'un testament qui n'est pas fait en sa faveur ; il est regardé comme héritier *scriptus* et il est obligé de délivrer les legs. Dans le cas traité plus haut dans le texte, c'est ce qui arrive et l'on en comprend facilement la raison : l'héritier primitivement institué était certainement déjà *heres scriptus* et c'est à ce titre seul qu'il peut prétendre à la succession. Dans le cas de l'héritier *ab intestat*, au contraire, c'est uniquement la dialectique de l'idée d'après laquelle, en l'absence de volonté formelle du testateur, il est l'héritier présumé par la volonté de celui-ci, qui nous fait comprendre comment, grâce à un testament en faveur d'un autre, il peut se transformer lui-même en héritier testamentaire.

(1) L. 72, § 6, *de cond.* (33, 1).

(2) Cf. L. 17, § 2, 3, *cod. tit.* ; § 31, *Inst. deleg.* (2, 20).

contraire, son idée et son influence sur la volonté restant absolument identiques, sur la différence de sens attribuée à l'idée d'*hérédité* et de *legs*.

Le legs n'est pas la perpétuation de la volonté subjective en son intégralité formelle ; ce n'est qu'un acte isolé de la volonté dont l'existence se continue après la mort, c'est l'attribution d'un objet. Le motif absolu et conceptuel nécessaire à cette manifestation de la volonté peut être l'objet le plus accidentel, le plus insignifiant, qui a poussé la volonté à cette manifestation, à condition qu'il soit prouvé que seul ce motif influait sur la volonté. Cette preuve fournie, n'importe quel motif, s'il a été seul déterminant, abstraction faite de son caractère plus ou moins accidentel, et n'eût-il d'autre point de départ que le nez rouge du légataire, représente en totalité la volonté du testateur, et, par son erreur, absorbe la totalité de cette volonté.

L'institution d'héritier, par contre, n'est pas une transmission de fortune, ni un acte isolé de la volonté, destiné à une prochaine disparition ; elle ne manifeste pas un point précis et isolé de la matière soumise à la volonté. Elle est bien plus et tout à fait différente au point de vue abstrait. Elle est l'identification métaphysique de toute la personnalité volontaire, de toute l'essence de ma volonté avec une autre personnalité volontaire. Telle est la véritable matière de cet acte de volonté. Comme motif déterminant absolu elle a donc uniquement l'élément abstrait : le rapport nettement défini entre l'essence de ma volonté subjective et de celle d'un autre. Je pose une autre personnalité volontaire en relation d'identité avec moi, parce que, à mon avis, il existe entre elle et moi complète égalité de volonté. Tous les autres motifs, isolés et contingents, ne forment plus le pourquoi de l'institution, mais simplement le pourquoi du pourquoi ; ils ne sont plus causes, mais causes éloignées, et par conséquent ils ne peuvent jamais passer pour le motif absolu de cette équation morale. La seule erreur dans le motif qui puisse être de quelque influence ne peut donc se présenter ici que dans le cas des *sui*, c'est-à-dire



quand je considère comme identique avec moi-même une personne qui ne l'est pas, ou *vice versa*.

Quand donc, dans les deux cas rapportés ci-dessus, les empereurs attribuèrent à l'erreur dans le motif une certaine influence, ils commencèrent tout simplement à assimiler, à ce point de vue, l'institution à un acte particulier de la volonté, tel que le legs ou une attribution pure et simple de la fortune ; du reste, comme nous l'avons fait ressortir en bon nombre de passages, ce fut là l'évolution constante de l'histoire du droit romain.

Si donc il y a concordance intime et abstraite entre la discussion de l'erreur dans l'institution et de l'erreur dans les legs, la même concordance s'est montrée entre la discussion de l'erreur dans le motif aussi bien pour le système des droits en général, telle que nous l'avons établie dans le premier volume, que pour l'héritage. On ne peut admettre avec Savigny qu'il y a là des exceptions particulières de cette influence de l'erreur, ni même, comme il le dit encore, qu'il y a là une influence élargie du motif erroné. Cette influence n'est ni élargie, ni rétrécie, mais elle est absolument la même ; par rapport à l'institution d'héritier elle pourrait, à la rigueur, sembler plus faible ici ; mais ce n'est là qu'une apparence que nous avons déjà dissipée précédemment.

Naturellement notre théorie de l'erreur et celle de l'héritage trouvent une confirmation très sérieuse dans cette concordance réciproque.

**XXXVII. — L'identification de la part de l'héritier (Suite).
Les déments et les enfants.**

Après ces digressions nous allons revenir à l'adition. Nous avons montré comment et pourquoi elle ne pouvait pas se faire, du moins efficacement, si elle n'était précédée de la connaissance discutée plus haut. Récapitulons encore une fois brièvement les raisons de cet état de choses ; il



résulte à proprement parler de ce que l'adition a pour but unique d'identifier la volonté subjective de l'héritier avec celle du testateur et que cette transformation ne peut naturellement pas s'accomplir, si préalablement la volonté du testateur et le rapport entre cette volonté du testateur et celle de l'héritier n'existent pas dans l'esprit de ce dernier, ne lui sont pas connus. Si la volonté du testateur n'existait pas pour l'héritier, l'héritier et le testateur, quand même ils se trouveraient accidentellement d'accord quant à la matière de leur volonté, n'en seraient pas moins chacun une volonté douée d'une existence pour soi et personnelle. L'héritier n'aurait pas déterminé sa personnalité particulière à s'identifier avec la personnalité particulière du testateur, il ne se serait donc pas posé en représentant identique et en continuateur de la personnalité volontaire du testateur.

Toute notre argumentation revient donc à dire que, pour être héritier, il faut d'abord, par ce processus de l'identification de la volonté, se constituer intérieurement héritier.

Mais s'il en est ainsi, il s'ensuit nécessairement que le dément, qui ne forme plus une existence intellectuelle pour soi et ne saurait en conséquence effectuer lui-même cette opération, ne peut pas devenir héritier ; et il n'est aucune tutelle qui puisse le rendre habile à cette institution. Marcellus écrit (1) : « *Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest.* » Tout naturellement ces paroles ne trouvent leur application qu'à propos du dément, qui n'est pas *suus* ou *necessarius*, mais fils ou esclave du testateur (2). Nous savons en effet que le *suus* et le *necessarius* n'ont pas besoin de volonté ni de connaissance. C'est de toute évidence et personne n'en a jamais douté. Cependant, — et ceci est le point capital, — il ne faudrait pas,

(1) L. 63, *de acqu. vel om. her.* (29, 2) ; cf. L. 7, § 3, *C. de curat. fur* (5, 70).

(2) C'est pourquoi le passage du *Digeste* continue en ces termes : « *nisi si necessarius patri aut domino heres existat* ».



comme on le fait toujours, croire que le *suus* ou *necessarius* est exclu, dispensé de la volonté et de la connaissance. Ce serait complètement impossible. Ces expressions signifient plutôt que chez le *suus* et le *necessarius* la volonté, comme aussi la connaissance, existent immédiatement sans intervention de l'héritier lui-même. Du reste, il ne saurait en être autrement. Car le *suus* ou *necessarius* n'est pas lui-même le sujet et le support de sa volonté subjective ; celle-ci lui est extérieure et existe pour lui dans son père ou son maître qui est en même temps l'héritier. C'est donc dans ce dernier qu'il a sa personnalité, c'est en lui que résident sa volonté comme sa connaissance ; l'idée nous apparaît donc comme un fait accompli, et c'est uniquement pour cette raison qu'elle n'a pas besoin d'être à nouveau constituée par un intermédiaire ; cette constitution reviendrait à un *acta agere* (1) (voir plus haut n° 24).

On pourrait donc dire à peu près que le dément (abstrac-

(1) Si Justinien dit (L. 7, § 2, C. 41) : « Sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quæ quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus », il est absolument naturel qu'il s'explique cette règle, d'une façon conforme aux idées de son temps, comme une *hereditas quasi debita*, c'est-à-dire par des motifs d'affection familiale. Mais la fausseté de cette explication ressort de la manière la plus simple de ce fait que, d'après la L. 63, l'esclave institué jouit du même privilège, bien que dans ce cas il ne puisse nullement être question d'une *hereditas quasi debita*. Nous trouvons donc ici une nouvelle preuve irréfutable de notre théorie d'après laquelle toutes les questions dont le fondement se trouve dans le droit civil relatif à l'héritage découlent uniquement de l'idée spéculative rigoureuse, telle qu'elle s'établit ici par suite de sa complication avec l'idée de l'identité de volonté exprimée dans le rapport qui existe entre la capacité des personnes ; seule cette idée spéculative nous permet de les expliquer ; et il n'est jamais question d'un droit des membres de la famille qui (voyez, par exemple, BOECKING, *Pandekten*, I, 133, note 8) serait la véritable substance de l'héritage chez les Romains ; c'est ce que nous avons déjà démontré à plusieurs reprises.

tion faite maintenant du *suus* et du *necessarius*) est inhabile à succéder. Mais il est de toute évidence que cette expression pèche par l'inexactitude et qu'elle ne peut que jeter la confusion dans notre esprit. En effet, ce qui le rend inhabile à succéder, ce n'est pas tant une qualité juridique, que simplement le manque effectif de cette activité intérieure, manque qui peut tout aussi bien se présenter et former empêchement chez l'héritier sain d'esprit, lorsque par hasard la connaissance lui fait défaut ; remarquons cependant que chez l'héritier sain d'esprit le manque provient de raisons accidentelles, chez le dément, de raisons naturelles et pour cela même, aux yeux du droit, purement accidentelles ; ajoutons enfin que ce manque peut toujours, chez le dément, disparaître d'une façon tout aussi accidentelle et purement matérielle, par le recouvrement de la raison (1). — Il importe de faire toutes ces constatations ; elles nous permettent en effet de voir comment l'ordonnance de Justinien, §§ 7 et 8 de la l. 7, C., *de cur. fur.*, se rattache à tout cela. D'après cette ordonnance, le curateur du dément doit provisoirement faire l'adition et administrer les biens, sous cette clause que, si le dément recouvre la raison, si, par conséquent, il se trouve placé dans la situation réelle d'exercer l'activité ci-dessus mentionnée, et qu'il accepte, la succession lui reste acquise ; et que, s'il meurt dans la folie ou refuse la succession après avoir recouvré la raison, la succession soit considérée comme ne lui ayant jamais été acquise et fasse retour à l'héritier auquel elle serait échue, si le dément n'avait fait obstacle (*si non in medio erat*).

Une fois de plus nous voyons par là jusqu'à quel point la conception de l'hérédité comme acquisition de fortune a rejeté à l'arrière-plan la conception civile de l'hérédité et

(1) Il ne saurait donc jamais être question de nullité de testament, par suite de l'institution d'un *furiosus*. Et même d'après les principes rigoureux du droit civil, ce testament sera valable, à condition que le *furiosus* soit guéri au moment de l'adition.



que cette évolution seule rendit possible la voie prise par Justinien. En effet, par une application rigoureuse de l'idée d'héritage, le curateur ne pourrait même pas provisoirement faire l'adition, puisque, tant que la connaissance fait défaut à l'héritier, la succession — et nous en verrons plus tard la raison — ne lui est même pas déférée (1).

Mais si l'adition est impossible à toute personne *qui ne sait pas*, et par conséquent au dément, la logique semblerait exiger, comme conséquence naturelle, l'incapacité du mineur devant l'adition. En effet, qu'il soit encore *infans* ou déjà *impubes*, c'est-à-dire âgé de plus de sept ans, il lui manque, tout comme au dément, d'être un esprit existant pour lui-même. Cette personnalité raisonnable distincte lui manque pour raison d'âge : or, c'est là une raison naturelle, comme chez le dément. Il semble donc que le traitement doive être le même pour tous les deux, l'enfant et le dément. Et pourtant le mineur peut faire l'adition avec l'assistance du tuteur. Et l'on pourrait peut-être croire que c'est ici le seul point où, pour des raisons d'équité, le droit civil se soit permis une dérogation aux conséquences inflexibles de l'idée spéculative. Paul, du moins, conserve encore suffisamment cette sévère rigueur de l'esprit du droit civil, pour que cette application lui paraisse une dérogation formelle. En parlant lui-même de cette comparaison entre le mineur et le dément, il écrit (2) : « Pupillus, si fari possit, licet hujus ætatis sit, ut causam acquirendæ hereditatis non intelligat, quamvis non videtur scire hujusmodi ætatis puer — neque enim scire, neque decernere talis ætas potest, non magis quam furiosus — tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest ; *hoc enim favorabiliter iis præstatur.* » Les mots soulignés marquent assez clairement que, pour Paulus, c'est là une aide extrin-

(1) Cf. provisoirement ULPIN, L. 1, § 3, *de succ. ed.* (38, 10) : « Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est » ; et PAULUS, L. 90, *pr. eod. tit.*

(2) L. 9 *de acqu. vel om. her.* (29, 2).

sèque, un *beneficium* qui ne rentre pas dans l'esprit du droit civil.

Mais il n'en est pas tout à fait ainsi. Il y a une différence entre l'enfant et le dément (1). L'enfant aura quelque jour de la raison ; on ne peut en dire autant du dément. L'enfant est donc en réalité une personnalité morale distincte, mais simplement en germe. Il est *en soi* (virtuellement) un esprit qui sera *pour lui-même* un jour. Le dément, au contraire, précisément parce qu'il a déjà été une existence pour soi et qu'il l'a perdue, l'a perdue absolument parlant et ne saurait la recouvrer par une évolution normale et nécessaire. Il n'est donc plus qu'un esprit existant en soi, un esprit en soi, mais il n'est plus l'existence en soi d'un esprit qui existera pour lui-même. Alciatus indique très judicieusement cette différence (2) : « Quapropter et infanti proprie dicitur delata (hereditas) qui, quamvis ignoret, tamen præsimitur, quod factus adultior sciet, at furiosus nec scit nec sciturus præsimitur, unde illi non pleno jure, sed miserationis causa ratione fructuum providetur. » C'est pourquoi le mineur peut faire l'adition, mais pour la même raison le tuteur ne peut pas faire l'adition pour le mineur, celui-ci doit la faire lui-même avec l'assistance du tuteur (3), qui ne fait que compléter (4) sa personnalité existant déjà pour elle-même. Puisqu'en résumé la signification du tuteur est de représenter au dehors la raison qui est immanente au mineur sous forme de disposition, mais n'est pas encore parvenue à son existence pour soi, le mineur et son tuteur forment

(1) Cf. PAULUS, L. 32, § 2, *de acqu. poss.* (41, 2) : « Infans possidere recte potest, si tutore auctore cœpit ; nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris ; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem. »

(2) *Comm. in ff. tit. de verb. sign.*, II, 4023 (ed. Francof. 1617).

(3) Jusqu'à ce que Théodose modifie cela, L. 18 C. *de jur. del.* (6, 30).

(4) « Judicium infantis suppletur auctoritate (il vaudrait mieux dire *judicio*) tutoris ; » voir la note 1, page précédente.



ensemble une véritable personnalité morale existante pour elle-même.

XXXVIII. — Délation et Connaissance.

Toutes les considérations faites jusqu'ici sur la connaissance requise pour l'adition nous fournissent enfin la solution intime d'un cercle vicieux presque comique dans lequel les jurisconsultes se meuvent à leur insu relativement à la délation et à l'adition de la succession.

A la question de savoir quand l'adition de la succession peut se faire, les jurisconsultes répondent : Quand la succession est déférée. Il est en effet impossible de faire une réponse juridique différente. La mort réelle du testateur ne suffit nullement pour rendre l'adition possible. L'institution peut être conditionnelle ou subsidiaire, la femme peut croire qu'elle est enceinte. Bref, toute une série de circonstances objectives peuvent se trouver, par suite desquelles, malgré la mort du testateur, il n'y a pas délation de succession ; par conséquent il y a de solides raisons pour répondre comme suit à la question relative au moment où l'adition peut se faire : Seulement quand il y a eu délation de succession. Ulpien nous dit (1) : « Sed ita demum pro herede gerendo acquirat hereditatem, si jam sit ei delata. » Mais si vous demandez ensuite à quel moment la délation a eu lieu, les jurisconsultes vous répondent : Quand l'adition peut se faire (2) : « Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. »

C'est évidemment un cercle vicieux ; mais on s'en contente sans y voir de mal ; et il n'y aurait guère moyen d'en trouver un plus manifeste dans n'importe quelle science.

Cependant nos discussions antérieures doivent suffire

(1) L. 21, § 2, *de acqu. her.* (29, 2).

(2) L. 151, *de verb. sign.* (50, 16).



pour nous faire toucher du doigt l'origine et la solution de ce cercle vicieux (1).

Pour mieux faire ressortir ce que nous affirmons, soulevons d'abord cette question : Comme nous l'avons vu plus haut, l'adition ne peut avoir lieu tant qu'il n'y a pas connaissance de la part de l'héritier. Mais peut-on aller jusqu'à prétendre qu'en l'absence de cette connaissance il n'y a même pas délation de la succession et que par conséquent la succession n'est même pas déférée à l'héritier tant que celui-ci n'en a pas connaissance ? C'est ce que dit Alciatus (l. c., note 2, page 390). Cependant on soutient généralement que si l'héritier ne saurait faire l'adition sans avoir cette connaissance, il n'en a pas besoin pour que la succession lui soit déférée. Et l'on est bien forcé d'admettre que cette opinion est irréfutablement appuyée par des arguments de raison. La délation a justement pour objet de caractériser, vis-à-vis de l'héritier, le côté objectif de la succession en question, c'est-à-dire l'offre, extérieure à l'héritier, que le testateur ou encore les règles de droit objectives lui font de cette succession ; elle ne saurait donc comprendre, comme élément nécessaire, l'activité subjective et personnelle de l'héritier, sa connaissance et ses actes. Cette connaissance même de l'héritier doit précisément consister dans la connaissance de la délation de la succession ; c'est ainsi que Donellus écrit (2) : « Generales conditiones tres sunt, quibus voluntate acquiri hereditas potest ; prima... secunda, si heres sibi delatam sciat » ; Savigny (3),

(1) Voir HEISE et CROPP, *Questions juridiques*, II, 123 et suiv.

(2) *Comm. lib. VII*, c. iv, p. 293 et c. v, p. 295 : « Non est satis ita delatam hereditatem esse, ut acquiri potest ; altera conditio est, ut sciat heres extraneus sibi delatam. » Dans cette question les jurisconsultes, comme Donellus lui aussi, s'appuient sur les *Inst.*, § 7 de *her. qual.* (2, 19). Mais dans les *Institutes*, le sens n'est pas du tout le même, car on n'y parle pas de délation de succession, mais on se contente de dire : « dummodo sciat... se ei heredem esse. »

(3) Voir plus haut la note de la page 355.



de son côté, déclare que la connaissance requise chez l'héritier est une connaissance relative au mode de délation. D'après cela, la connaissance suppose donc déjà la délation comme sa propre hypothèse, comme son objet, et la délation ne saurait de son côté supposer cette connaissance, sans que l'on tombe dans le cercle vicieux le plus lamentable.

Au point de vue de la raison, cette théorie serait donc absolument inattaquable ; et cependant elle est fautive, puisque, dans l'héritage, c'est l'idée spéculative qui l'emporte partout et que, devant cette idée, la séparation abstraite de ces deux éléments, la délation de la succession et la connaissance ne sauraient se maintenir. C'est ce que nos développements précédents ont dû démontrer jusqu'à l'évidence. En effet, nous avons déjà prouvé plus haut que la connaissance requise dans l'adition donnait comme résultat général ceci : il faut que l'institué, avant de pouvoir faire l'adition *realiter*, s'érige d'abord intérieurement en héritier, c'est-à-dire en identité de volonté avec le testateur. C'est donc l'héritier lui-même qui, par sa personnalité distincte et intime, doit amener les choses au point où il puisse faire l'adition ; c'est lui-même qui se rend possible l'acquisition de la succession ; c'est donc lui, en dernière et décisive instance, qui se défère la succession.

De même que l'interpellé n'est réellement interpellé que s'il a entendu, cet acte d'entendre constituant, de la part de celui qui entend, un acte d'activité physiologique interne, la succession n'existe pour l'héritier et ne lui est déférée que lorsqu'elle est entrée dans son existence personnelle distincte. Dans l'héritage, en effet, il ne s'agit pas d'une chose matérielle qui peut même être acquise sans connaissance préalable — par exemple *ex lege* ou par un legs *per vindicationem* (1) — ; il ne s'agit de rien de moins que

(1) Les Proculéins admettent eux-mêmes que la chose léguée *per vindicationem*, même à l'insu du légataire, lui est en tout cas offerte déjà ; une fois de plus nous voyons donc nettement indiquée la

d'établir l'identité morale entre deux existences pour soi distinctes ; mais comme l'offre consiste ici à échanger et à identifier la personnalité, cette identité ne peut être offerte à l'héritier que lorsque la volonté du testateur s'est fixée sur la personnalité de l'héritier et a substitué son existence propre à cette dernière. De même que dans l'ancienne forme du *testamentum per æs et libram*, — qui, d'après ce que nous avons vu plus haut (n° 7), ne représente rien autre chose que le développement, dans l'action formelle de l'*acte* testamentaire, de tous les motifs de l'*idée* testamentaire, — il ne serait pas même possible de tester, sans la connaissance de l'héritier véritable du *familiæ emptor* ; de même que cet héritier doit donc apporter sa collaboration pour permettre au testateur la *testamentifæctio* ; de même, dans la forme postérieure du testament, cette simultanéité absolue de l'action est déchirée dans sa forme, mais on conserve tous les motifs de l'*idée*, qui se trouvaient exprimés dans cette forme ; ils sont au contraire devenus des motifs essentiels et il faut absolument une réalisation de ces motifs éventuellement espacés dans le temps, pour qu'il y ait délation de succession. C'est pour cette raison que la connaissance chez l'héritier, ou autrement dit, la manifestation présente de la volonté testatrice est requise pour lui, si l'on veut qu'il y ait délation de succession.

C'est donc l'héritier même qui, par sa connaissance, provoque la délation de la succession et amène les choses au point où il peut faire acte d'adition ou de répudiation. Alciatus a parfaitement raison quand il dit que la connaissance chez l'héritier est absolument nécessaire pour qu'il y ait délation de succession. Et ceci ne découle pas seulement de la façon la plus évidente de l'*idée* spéculative ; mais au surplus les passages positifs cités à l'appui, et tout particulièrement les paroles si significatives d'Ulpien déjà rapportées plus haut, nous montrent que non seulement il

différence entre l'héritage de la volonté et la transmission de la fortune.



était impossible de faire l'adition de la succession revenant à un dément, mais que même cette succession ne lui avait pas été déférée (*quia necdum delata est*) ; c'est également pour cette raison qu'elle ne peut pas être répudiée. La même preuve est fournie par la L. 151 déjà mentionnée, d'après laquelle il n'y a réellement délation de succession que si l'acte extérieur d'adition qui, comme nous l'avons montré, doit toujours être moralement précédé de la connaissance, peut déjà se produire.

Le fait que la délation de la succession ne peut être anéantie que par l'héritier lui-même est un résultat des plus importants qui, du reste, cadre absolument avec l'esprit de toute notre étude. Nous y voyons en effet que l'acquisition d'héritage a son ultime fondement dans un acte de volonté accompli par l'héritier lui-même ; ce n'est pas seulement la réalité de l'acquisition (l'adition), mais encore la possibilité de cette acquisition, — bien que cette dernière lui paraisse fournie par un agent extérieur, c'est-à-dire le testateur — qu'il se procure lui-même, ne les devant qu'à sa propre personnalité. Puisque, dans cette acquisition, il s'agit uniquement d'établir l'identité entre la volonté subjective du testateur et celle de l'héritier, il n'est pas du tout bizarre que la volonté de l'héritier nous apparaisse comme le sujet unique du processus (1).

En disant que seule la connaissance chez l'héritier produit la délation de la succession, nous semblons toujours condamnés à retomber, sans recours possible, dans le cercle vicieux mentionné ci-dessus. Cette connaissance semble, en effet, être uniquement la connaissance du fait que la

(1) A ne regarder que le testateur seul, indépendamment de l'héritier, son action se borne à rendre la délation de la succession possible pour l'héritier. En effet, cette volonté morte, qui veut être continuée après la mort, c'est-à-dire en un temps où elle n'existe plus et ne saurait donc plus vouloir, ne peut guère avoir d'autre importance que d'amener une volonté encore vivante à se demander si oui ou non elle veut continuer la volonté du défunt. Elle peut donc appeler l'héritier, mais non lui déferer la succession.

succession lui est déferée ; elle suppose donc constamment la délation et, d'autre part, c'est elle qui doit amener cette délation. Mais cet apparent cercle vicieux tient uniquement au terme de *succession* employé en jurisprudence ; il disparaît dès qu'à ce terme on substitue l'idée qu'il enveloppe. Alors en effet la phrase s'énoncerait comme suit : Par le fait même que l'héritier sait que le testateur a voulu établir l'identité entre la volonté de l'institué et la sienne propre, il produit, à son bénéfice, la délation de la succession avec toutes ses conséquences annexes ; c'est uniquement parce qu'il sait que le testateur veut s'identifier moralement avec lui qu'il crée, pour sa propre volonté, la possibilité d'arriver à réaliser avec le testateur une identité morale consciente. Dans cette rédaction, notre principe devient absolument clair, sans le moindre cercle vicieux.

Les considérations ci-dessus nous ont donc expliqué l'origine de la pétition de principe dont il a été question à propos de l'ouverture et de l'adition de la succession ; elle nous ont également fourni la solution de cette difficulté.

L'origine de ce cercle vicieux se trouve tout simplement dans l'interprétation erronée qu'on donne aux termes employés : par la simple expression : *adition*, on a l'habitude de désigner, en sa totalité, l'acte de volonté accompli par l'héritier, et cependant l'on ne pense qu'à sa manifestation purement extérieure, la déclaration solennelle ; or, cette adition, pour que son acte extérieur puisse se faire efficacement, est précédée et doit être précédée, comme nous l'avons montré plus haut, d'une opération intérieure et d'une activité intérieure de la part de l'héritier ; cette dernière opération renferme en effet la connaissance et par conséquent la production de la délation. La réalité de délation et la réalité d'adition sont donc des aspects absolument identiques de l'idée ; elles ne peuvent être distinguées en *avant* et *après* que si on les examine juridiquement aux seules lumières de l'entendement. Aux questions de savoir à quel moment il y a délation, à quel moment il peut y avoir adition de succession, il ne saurait donc exister que



cette seule réponse intelligible : Quand l'héritier connaît, dans sa précision qualitative, le rapport de volonté existant entre le testateur et lui-même, en tant que ce rapport le rend habile à perpétuer, en une identité continue, la personnalité volontaire du testateur (1). Tout naturellement, on ne saurait juridiquement déterminer le moment où se produit la première sans fixer l'époque où l'autre devient possible ; cependant cette coïncidence, ou plutôt cette identité, ne cessera d'être un cercle vicieux incompréhensible pour devenir une identité intelligible que lorsqu'on aura vu que la délation de la succession est produite par la propre personnalité de l'héritier.

XXXIX. — Le « *jus adeundi* ». — La transmission. — Le « *Senatusconsultum Silanianum* ». — L'édit de Carbon. — La « *Transmissio Theodosiana* » et « *Justiniana* ».

Tout ce que nous venons de dire sur l'adition nous montre, en même temps, la nécessité interne qui empêchait le droit romain d'autoriser — et il ne pouvait autoriser — un héritier quelconque à transmettre le simple *jus adeundi*, c'est-à-dire la succession dont il n'avait pas encore fait l'adition (2). Car il n'est pas encore héritier tant que, par l'opération intérieure dont nous avons parlé plus haut et qui s'effectue dans l'adition, il ne s'est pas lui-même conféré la qualité d'héritier ; on emploie donc des expressions impropres et dangereuses lorsque par anticipation, c'est-à-dire avant cette résolution par laquelle il devient héritier, continuateur identique de la volonté du testateur, on le dé-

(1) On comprend dès lors l'inadmissibilité absolue de la définition donnée par Savigny et d'autres de la connaissance requise dans l'hérédité ; cette connaissance se rapporte au mode de délation ; en effet la délation elle-même n'est que le résultat de la connaissance.

(2) L. un., C. § 3, *de cad. toll.* (6, 51) : « ... hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur. »



signe sous le nom d'héritier. Ce qui manque tant que l'adition n'a pas eu lieu, ce n'est pas un acte extérieur, une déclaration que pourrait faire à la rigueur celui qui lui succède dans ses droits ; ce qui manque, c'est l'élément substantiel même, qui sert de fondement à ce droit de l'adition extérieure ; ce qui manque, c'est l'acte par lequel il établit, d'après sa propre détermination, l'identité intérieure entre sa volonté subjective et celle du testateur ; il manque donc ce qui serait indispensable à l'héritier, s'il vivait encore, pour pouvoir faire l'adition. Si l'hérédité consistait essentiellement en une acquisition de fortune, les héritiers de l'héritier pourraient peut-être faire l'adition, puisque les droits des biens se transmettent aux héritiers. Mais cette institution surnaturelle ne consiste nullement en une acquisition de biens, mais plutôt en une perpétuation de la volonté du testateur par ce fait que l'héritier s'identifie avec cette volonté et la pose ensuite comme la sienne propre ; l'acquisition de biens n'est que la conséquence nécessaire et secondaire ; il ne saurait donc être question de l'hypothèse émise dans la phrase précédente. Le cas serait en effet celui-ci : l'héritier institué par le testateur pour réaliser entre eux deux l'identification de volonté ne l'a pas réalisée et n'a même pas voulu la réaliser ; quant aux héritiers de l'héritier, ils ne peuvent faire cette identification, parce que le testateur ne les a pas institués pour s'identifier avec sa volonté. Pour les héritiers de l'héritier, la situation est donc absolument la même que pour n'importe quel autre non-héritier. Le premier héritier était certainement appelé ; il aurait pu effectuer l'identité de sa volonté avec celle du testateur, s'il avait voulu ; il pourrait encore l'effectuer, s'il vivait. Mais n'importe qui jouirait de la même capacité, à condition toutefois que le testateur ait voulu s'identifier avec ces personnes quelconques. Pour l'idée, et par conséquent pour le droit, il y a équivalence absolue entre ces deux simples possibilités ; du moment que l'une quelconque de ces deux volontés nécessaires pour l'identification des volontés fait défaut, l'hérédité ne peut



s'établir sous aucun prétexte ; vis-à-vis des héritiers de l'héritier, le testateur se trouve placé dans les mêmes conditions que vis-à-vis de tous les hommes en général.

Remarquons en passant que nous venons d'indiquer la raison très claire pour laquelle, dans la législation successorale du droit romain, il ne peut pas être question d'un droit acquis avant l'adition (1), et comment toute modification juridique devait forcément avoir le même effet que la modification réelle résultant de la mort.

Le principe que d'après le droit romain les héritiers ne transmettent pas leur droit revient donc tout simplement à ceci : sans adition il n'y a pas d'hérédité. Ce principe, comme nous venons de le voir, est à tel point le fondement intime de toute la législation successorale romaine qu'on ne saurait le supprimer sans faire de cette législation un assemblage d'impossibilités, une institution complètement dépouillée de sa signification première. Il pénètre tout le droit successoral romain ; et comme l'hérédité ne saurait exister sans lui, il pèse également sur l'hérédité testamentaire et *ab intestat* ; il trouve son application même quand il s'agit du *suus*. Dans le *suus*, en effet, il ne faut pas dire que l'adition ou son résultat, l'identification de volonté, ne soient pas indispensables en soi ; si elles ne le sont *plus*, c'est qu'elles existent déjà chez lui et qu'elles ont déjà été accomplies par l'entrée du *suus* dans la famille à laquelle il est indissolublement lié par sa naissance.

Cependant la transmission est introduite peu à peu : dans certains cas isolés, par l'autorité des jurisconsultes ; pour certaines personnes, par les constitutions des empereurs ; enfin pour tous les héritiers en quelque sorte, par une ordonnance de Justinien. Cette affirmation semble contredire ce qui précède. On pourrait en effet conclure de là que, dans la longue évolution historique, le principe de l'adition avait fini par ne plus être le fondement de l'héritage. S'il en était ainsi, la législation successorale romaine

(1) Sur le droit *ab intestat* à cet égard, v. n° 40.



eût été, dès lors, un contresens continuel, une confusion et une contradiction permanentes. Même au temps de Justinien, une telle transformation devait être impossible. Durant toute la période d'évolution historique, l'héritage s'est dépouillé graduellement de l'idée spéculative primitivement reconnue par le droit civil ; et cependant au milieu de cette transformation, au milieu même de la modification que cette législation subit sous Justinien, il existe toujours un rapport, aussi minime soit-il, qui rattache la nouvelle conception à l'idée spéculative première du droit civil ; nous avons vu et démontré partout que dans l'évolution historique ce rapport, tout en étant supprimé pas à pas, n'en était pas moins maintenu. Renoncer au principe de l'adition, dans le sens de l'entendement, eût signifié tout simplement renoncer à toute la législation successorale romaine. Cette renonciation était impraticable pour le droit romain, tant que le monde romain se rattachait d'une façon même très éloignée à ses traditions morales, tant que ce droit successoral ne versa pas radicalement dans un esprit national tout autre.

Notre dernière tâche consistera donc à faire concorder les considérations qui vont suivre avec tout ce que nous avons dit jusqu'ici du développement historique constaté pour les différentes institutions et les principes du droit successoral ; nous allons donc exposer ici, par quel concours de circonstances l'idée de l'adition et par conséquent son corrélatif, le principe de la non-transmission, ont toujours été maintenus, avec une vitalité graduellement décroissante, il est vrai, jusque dans l'Ordonnance de Justinien, bien que çà et là la transmission fût admise.

Dans les passages du *Digeste* où la transmission se trouve admise, il est très facile à constater, jusqu'à l'évidence, que le principe abstrait reste toujours et pleinement en vigueur.

Le premier cas est celui du *Senatusconsultum Silanianum*. Quand le testateur est mort assassiné, l'identité intérieure et véritable qui existe entre sa volonté subjective et



celle de l'héritier ressort précisément de ce fait que l'héritier s'empresse avant tout de venger l'assassinat (1).

Le *S. C. Silanianum* prescrit donc que l'ouverture des tablettes et l'adition de la succession ne pourront avoir lieu qu'après que tous les esclaves qui se trouvaient sous un seul et même toit avec l'assassiné n'eussent été mis à la torture et que les coupables n'eussent été châtiés (2). L'édit déclare même que l'héritier se rend coupable d'un *dolus malus* s'il fait l'ouverture des tablettes avant ce moment. Dans ce cas nous penserions tout d'abord à une *culpa* ; il est cependant question d'un *dolus malus* ; cette désignation nous serait totalement incompréhensible, si nous n'en trouvions l'explication dans notre discussion sur le *dolus malus* dans l'hérédité, en même temps que dans nos dernières observations. En effet, l'héritier qui s'occuperait de ses propres intérêts et de son adition, avant d'avoir fait cette enquête obligatoire et châtié les esclaves coupables, prouverait par là même qu'il ne se sent pas identique avec le testateur. Il montrerait, par conséquent, qu'il veut simplement acquérir les biens du défunt, mais n'est nullement, malgré ses prétentions, une volonté identique avec celle du testateur dont le sang crie vengeance ; il commettrait donc précisément l'acte qui, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, forme l'essence du *dolus malus*. Le véritable caractère de l'héritier exige donc qu'en attendant l'adition ne se fasse pas. Mais qu'arrive-t-il si l'héritier lui-même vient à mourir dans cet intervalle ? S'il est prouvé qu'il n'a pas fait l'adition, uniquement pour observer fidèlement le *S. C. Silanianum*, le fait même d'avoir momentanément renoncé à l'adition et à l'acquisition personnelle qui en résultait pour lui prouve dans ce cas, comme l'adition dans les autres cas, qu'il est héritier véritable, qu'il y avait véri-

(1) MARCIANUS, L. 43, § 1 et 2, de *S. C. Silan.* (29, 5) : « Heredibus autem qui in ulciscenda morte defuncti cessaverunt, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona, forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo jure admittuntur. »

(2) ULPIEN, l. 3, § 48, de *S. C. Silan.* (29, 5).



table identité de volonté entre lui et le testateur. C'est pourquoi il peut, dans ce cas, transmettre ses droits. Et cependant, du moment qu'il n'a pas réalisé l'identification formelle, empêché qu'il était précisément par l'idée intérieure de l'hérédité, il ne disposera, même dans ce cas, que des *actions utiles*, et non des *actions directes* (1) : « Eleganter Scævola ait, ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere idcirco eum non adire, quod Senatusconsulto Edictoque terreatur. » Mais il ne faudrait pas interpréter ce passage dans le sens d'une simple considération d'équité; on le comprendra facilement si l'on considère que l'héritier ne transmet aucun droit, dès qu'un autre obstacle momentanément s'opposait en même temps à l'adition, par exemple si l'on croyait à tort que la veuve de l'assassiné était enceinte (2).

En effet, si la transmission, comme la plupart des auteurs l'ont prétendu, était uniquement autorisée dans ce cas parce que l'héritier est empêché par le droit positif même de faire l'adition et qu'il ne doit cependant pas souffrir de cet état de choses, le même principe d'équité devrait encore s'appliquer quand, en outre du premier obstacle, il en existe un autre également passager. Qu'importerait à ce principe d'équité que l'héritier, à une époque où malgré la connaissance la plus certaine il n'aurait pu faire l'adition (3), ignorât si la femme était enceinte ou non ?

(1) ULPEN, l. 3, § 30, *h. tit* (20, 5).

(2) § 32, l. 1, 1 : « Si et aliud impedimentum sit de non adeunda hereditate, vel aperiendarum tabularum, sit et senatus-consulti, nihil prodesse impedimentum senatus-consulti, si et aliud fuit, veluti si pragnans uxor occisi fuit, vel etiam putabatur, et propterea adire hereditatem institutus non potuerit. » Cf. PAPIEN; l. 4, *eod. tit.*

(3) Il importerait tout aussi peu que dans le cas d'un héritier institué dépendamment d'une condition objective il importe que l'héritier ait connaissance du testament et de la condition avant la réalisation de cette condition.



Mais s'il y avait concurremment un empêchement de ce genre, l'héritier n'a même pu avoir la conviction intime qu'il était héritier ; la non-adition ne peut donc, dans ce cas, être interprétée comme la preuve de sa résolution expresse, comme la manifestation de cette identité substantielle interne devant laquelle doit s'effacer l'acte extérieur de l'adition : or, c'est à ce seul point de vue que la non-adition est envisagée chez l'héritier simplement empêché par le *Senatusconsultum*.

Suivant l'édit de Carbon, l'héritier testamentaire qui accuse le *filius* mineur omis d'être un héritier substitué, ne peut cependant pas réclamer la *bonorum possessio secundum tabulas* ; tout au contraire cette possession est accordée au fils *contra tabulas*, et la solution du litige est renvoyée au jour de la majorité (1). Si l'héritier institué vient à mourir pendant ce temps, ses héritiers, dit Papinien (2), jouiront du bénéfice de la transmission. C'est un simple principe d'équité dont nous semblons avoir ici l'application : on ne veut pas que l'empêchement juridique soit préjudiciable à quelqu'un. Et cependant Papinien ne manque pas, dans le motif final qu'il nous en donne, de faire ressortir le rapport plus profond : « Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constitui ? » Il réduit donc ce cas à l'autre, où l'adition ne peut se faire par suite d'un procès en cours. En réalité, ce n'est pas un cas différent, mais il s'agit de nouveau du même cas. Le procès avec le fils mineur prétendu a déjà réellement commencé, avec cette restriction que ce fils profite d'un ordre dilatoire. Au contraire, celui qui engage un procès au sujet de l'adition, montre très clairement par là qu'intérieurement il se considère et se pose comme héritier. Nous avons donc simplement un mode différent de manifester extérieurement l'identification de volonté interne qui, comme nous l'avons montré plus haut, est le seul élément efficace et vi-

(1) L. 1 ; l. 3, de *Carb. Ed.* (37, 40) ; l. 2, de *b. p. sec. tab.* (37, 11).

(2) L. 12, de *Carb. Ed.* (37, 10).



vant, le seul qui dans l'acte d'adition produise l'hérédité. Pour que l'héritier puisse transmettre, il sera donc naturellement requis qu'il sache réellement que le fils est substitué : c'est ce que Papinien sous-entend. Sans cette connaissance certaine, l'héritier n'aurait pas conscience de sa qualité d'héritier ; il ne pourrait donc pas par un acte intérieur de sa volonté se poser en héritier et se perpétuer comme tel.

Telle est certainement la supposition tacite de Papinien ; nous en avons la preuve dans ce fait que, si la veuve prétend être enceinte, l'*extraneus* institué ne peut faire l'adition à moins qu'il ne sache que la femme n'est pas enceinte ; s'il le sait, il peut faire l'adition (1). Qu'arrivera-t-il donc si cet *extraneus* institué meurt pendant la prétendue grossesse de la femme et qu'ensuite on reconnaisse que la veuve n'était pas enceinte ? L'héritier pourra-t-il, dans ce cas, faire la transmission ? Non pas ! (2) et ceci nous prouve une fois de plus que le simple principe d'équité ne suffit pas pour expliquer la transmission. On ne saurait guère admettre comme équitable que l'héritier perde son droit justement pour avoir équitablement tenu compte d'un *postumus* éventuel, omis par le testateur, c'est-à-dire pour avoir tenu compte des droits possibles dévolus à la famille du testateur. Mais l'idée spéculative est parfaitement respectée, puisque ce doute empêche l'héritier de vouloir totalement identifier sa volonté avec la volonté subjective du testateur. Il y a cependant un cas, d'après Papinien, dans lequel l'héritier transmet, bien qu'il meure dans l'incertitude relativement à la grossesse de la femme. Ce cas se présente quand l'héritier institué aurait été, concurremment avec le *postumus* peut-être omis, l'héritier *ab intestat* du défunt (3) : « Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, in-

(1) Voir l. 30, § 1, *de acq. her.* (29, 2) et Papinien lui-même, l. 84, *eod. tit.*, dont il sera bientôt question.

(2) L. 3, § 32 (29, 5),

(3) L. 84, *de acq. vel om. her.* (29, 2) ; cf. l. 4, § 3 ; l. 5, *de bon. poss. contra tabulas* (37, 4).



terea defunctum filium heredi suo relinquere nihil ? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est (1). Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est. » Sur quoi repose donc cette préférence, en apparence attribuée à la qualité simultanée d'héritier *ab intestat* ? D'après tout ce qui précède, il est de toute évidence, croyons-nous, qu'il n'y a pas là une préférence attribuée au droit *ab intestat* ; en parfaite concordance avec toutes nos observations antérieures, nous pourrions plutôt y découvrir le sens suivant : l'individu qui hériterait forcément, s'il ne naissait pas de *postumus*, et concurremment avec celui-ci, si la naissance du *postumus* venait rompre le testament et faire de la succession une succession *ab intestat*, qui, par conséquent, hé-

(1) Jusqu'ici Papinien parle d'un fils qui est le *suus* du testateur ; cette circonstance peut même sembler bizarre puisque le *suus*, par le fait qu'il acquiert l'adition *eo ipso*, transmet toujours, ou, pour mieux dire, ne transmet jamais ; car il transmet toujours à son héritier la succession en tant que déjà acquise. Mais cette difficulté apparente s'évanouit, si l'on veut bien considérer qu'il s'agit ici du cas d'un *postumus* omis ; comme par la naissance de ce *postumus* le testament serait forcément nul, la succession ne serait même pas déférée jusqu'au moment où le litige serait tranché. Papinien, *loco citato*, dit : « quamdiu rumpi testamentum potest, non deferetur ex testamento hereditas » ; or, sans délation d'héritage, le *suus* lui-même ne peut pas acquérir. Si le *suus* meurt entre temps et qu'il ne naisse pas de *postumus*, il sera devenu clair que le *suus* était héritier. Mais s'il naît un *postumus*, on pourra faire valoir contre le *suus* que, ne vivant plus au moment où l'on avait acquis la certitude que le testateur était mort *intestatus*, il ne peut hériter par suite de la délation *ab intestato* de la succession. Cette objection tombe justement devant une observation faite par Papinien : l'héritier est héritier pour tous les cas, son hérédité doit être maintenue pour chacun de ces cas ; c'est pour cette raison que dans le dernier cas on lui concède la transmission. Il importe de bien remarquer et de retenir que ce cas — mort du *suus* avec la naissance ultérieure du *postumus* omis — est le seul cas dans lequel le *suus* ne transmette pas la succession comme antérieurement acquise, mais ne fait que transmettre le droit qui lui est dévolu sur cette succession.

riterait dans tous les cas (*alterutro casu*), est absolument certain de son caractère d'héritier; rien ne l'empêche donc de se maintenir en identité de volonté avec le testateur. Ce dont il doute, c'est d'un simple fait, la naissance éventuelle d'un *postumus*, et non la question de l'identité de volonté entre lui et le testateur. L'objet de son incertitude n'est pas son droit d'héritage lui-même, mais uniquement sa part dans la succession; or, nous avons vu plus haut que vis-à-vis de l'idée spéculative, cette part constituait l'élément extérieur et accessoire. Comme en tout cas il maintient donc, dans son for intérieur, l'identité qui existe entre sa volonté et celle du testateur, qu'il exerce par conséquent l'activité spirituelle de l'acte d'adition avec toute sa signification, qu'enfin il attend non pas une décision relative à son héritage, mais simplement la fixation quantitative de sa quote-part dans la succession, il peut transmettre. Le fils émancipé peut donc également transmettre, depuis qu'il se partage avec le *suus* le droit *ab intestat*. Ainsi, dans cette décision de Papinien, la connaissance que l'héritier doit avoir de son hérédité nous apparaît comme l'activité qui seule confère et acquiert à l'héritier le droit d'héritage à titre de possession personnelle, la seule qui puisse donc transmettre; il est vrai qu'il s'agit d'un cas où le droit objectif empêche la connaissance de produire au dehors une résolution; mais on peut supposer à bon droit que dans ce cas l'héritier, qui est sûr de sa qualité d'héritier, a en même temps la volonté de se poser comme tel.

Tels sont donc les cas particuliers pour lesquels le Digeste autorise la transmission. Entre tous ces cas il y a, comme nous venons de le montrer, un trait commun: l'acte moral par lequel s'opère l'identification de la volonté et qui constitue l'essence de l'adition, a été fait, mais, par suite des empêchements institués par le droit successif lui-même, l'acte extérieur de l'adition ne s'est pas accompli, ne pouvait même s'accomplir. Avec les constitutions impériales nous arrivons à des classes particulières d'héritiers en faveur desquels la transmission est autorisée. C'est ainsi



qu'en l'année 426 Théodose ordonne pour la première foi (1) qu'en cas de succession laissée à un enfant (*infans*), l'ascendant direct de cet enfant pouvait faire l'adition même après la mort de l'institué.

Cette transmission, comme il est facile à comprendre, n'est pas, en principe, une transmission véritable ; l'idée fondamentale en est plutôt celle-ci : Le sujet volontaire à qui fut proposée l'identification de volonté, c'est-à-dire le père sous la dépendance duquel est l'enfant, vit encore ; par suite, cette identification de volonté n'est pas opérée par une volonté subjective autre que celle à laquelle, en dernière analyse, elle a été offerte jusqu'ici, et sur laquelle elle rétroagissait même du vivant de l'enfant. En faisant cette modification, Théodose est resté conséquent avec lui-même ; autrefois en effet l'enfant devait lui-même faire l'adition avec le consentement du père ou l'autorité d'un tuteur (voir plus haut, n° 37) ; or, Théodose, dans l'ordonnance indiquée, change cette manière de procéder et décrète qu'à partir de ce moment le père et même le tuteur pourra faire l'adition au nom de l'enfant, en son absence (2).

Vingt-cinq ans plus tard, Théodose publie une nouvelle ordonnance (3), d'après laquelle tous les descendants directs, fils (4) ou filles, petits-fils et arrière-petits-fils, etc., une fois institués par leurs ascendants, transmettent à leur tour l'héritage à leurs descendants en ligne directe, quand même ils mourraient avant l'*apertura tabularum*, c'est-à-dire avant l'adition.

(1) L. 18, C. de jur. del. (6, 30).

(2) Pour les pupilles au-dessus de 7 ans, il laisse, au contraire, subsister l'ancien droit d'après lequel cet héritier doit personnellement faire l'adition ; toujours conséquent avec lui-même il n'accorde pas la transmission à ces pupilles.

(3) L. un. C. de his qui ante, etc. (6, 52) ; cf. l. un., § 5 C., de cad. toll, (6, 51).

(4) Il s'agit donc ici, pour le père, de fils émancipés, pour la mère, de fils en général.



D'une part, cette ordonnance semble découler de cette considération que la famille possède des droits naturels sur la fortune des parents ; de plus, telle qu'elle est, elle n'a pu se publier qu'à une époque où, depuis longtemps, on s'accordait à n'envisager l'héritage que comme une simple succession au patrimoine, où par conséquent la famille s'était conquis, depuis bon nombre d'années, la place d'héritière légitimaire ; d'autre part, cette considération est pourtant incapable de fournir par elle-même l'explication fondamentale de la transmission décrétée par Théodose. En principe, cette transmission se rattache, comme à sa condition, à l'institution testamentaire absolument libre ; elle ne nous apparaît donc pas ici sous la forme d'un droit *ab intestat*, dévolu à la famille à titre personnel, ni comme un droit légitimaire dirigé contre le testament. Si donc on comprend aisément qu'il y a quelques rapports entre cette ordonnance et l'idée des droits naturels de la famille, on devra s'apercevoir également qu'elle est indissolublement unie à l'idée de la liberté absolue de l'institution testamentaire. Il faut bien admettre en effet que cette ordonnance ne reconnaît l'idée du droit de la famille qu'en supposant en même temps le juste contraire, c'est-à-dire la faculté, pour le testateur, d'instituer librement sa famille par un testament, résultat de sa volonté subjective. La contradiction existant entre ces deux idées semble donc rendre cette ordonnance inintelligible ; remarquons qu'en fait ni l'une ni l'autre ne peuvent nous l'expliquer que d'une façon très abstraite, c'est-à-dire d'une façon erronée, à côté du véritable sens. L'explication concrète du sens serait plutôt celle-ci :

Nous avons vu précédemment comment et pourquoi, dans les temps les plus anciens et d'après le droit civil le plus rigoureux, le *suus* était héritier immédiat ; nous avons dit qu'il doit ce caractère au rapport de famille qui le rattache au testateur. La raison en est, non pas un droit d'héritage qui lui appartient en propre — dans cette hypothèse en effet la simple volonté illimitée du testateur ne pourrait



jamais le lui enlever — mais en vertu de l'identité immédiate existant entre sa volonté et celle du testateur ; par conséquent, à moins d'être révoqué, il possède déjà un caractère qu'un autre héritier n'acquiert qu'à la suite de l'identification de la volonté. Cette identité de volonté immédiate, qui a son fondement dans l'unité de volonté créée par la puissance paternelle, est naturellement supprimée par l'émancipation du fils. Le fils sort de cette unité de volonté, il sort même de la famille : la famille romaine n'était en effet dans sa conception que l'identité de volonté entre les personnes d'un même cercle et n'avait d'individualité que par le support autorisé de cette identité de volonté (1).

Après avoir mûrement réfléchi à ce que nous avons dit au n° 21, ainsi qu'à notre discussion sur l'extension de l'idée d'héritage en général, on nous comprendra facilement quand nous disons : par l'institution du fils émancipé, le lien qui avait été rompu se trouve pour ainsi dire renoué entre les divers membres de la famille. C'est absolument naturel (2). L'émancipation avait eu pour résultat de faire cesser l'identité de volonté entre le père et le fils et de faire de ce dernier une volonté étrangère et distincte. Or, l'ins-

(1) Il n'y a pas d'autre rapport, quant au sens, entre la famille et l'ancien droit successoral civil. La famille est une identité de volontés coexistantes, tandis que l'héritage est une identité de volontés successives. C'est justement pour cela que la famille ne l'emporte en rien sur l'hérédité et qu'elle n'a aucun droit conceptuel à l'héritage. L'hérédité, en effet, crée elle-même la famille et produit ce qui, à Rome, était précisément l'idée de famille. Comme la famille existe déjà en tant qu'identité, elle n'est héritière immédiate que lorsque la volonté du testateur ne s'est pas manifestée ; mais comme on se préoccupe avant tout de la volonté subjective et de la perpétuation, la famille ne saurait être la substance du droit successoral ni même s'insurger contre la volonté ; cette volonté qu'il s'agit uniquement de perpétuer consiste essentiellement dans la liberté illimitée, dans l'acte d'instituer ou de révoquer un héritier ; elle implique naturellement ce qui, à Rome, formait la substance de la volonté elle-même.

(2) Par analogie on peut dire que par l'exhérédation le *suus* est, pour ainsi dire, expulsé de la famille, émancipé.



titution a justement un résultat contraire ; elle rétablit l'identité de volonté entre le fils et celui qui antérieurement avait autorité sur lui. Par l'hérédité, l'émancipé est donc pour ainsi dire restitué dans son caractère de *suus* (1). L'extrême rigueur, mais en même temps le caractère absolument logique de l'ancien droit civil, ressort également de ce fait que le rapport entre l'*emancipatus* et le testateur est identiquement le même après comme avant l'émancipation, du moins à ce point de vue spécial. Une fois devenu étranger et indépendant vis-à-vis du testateur, il est et reste toujours envers lui dans la situation de n'importe quel héritier *extraneus*. Mais le développement progressif et l'affermissement de l'idée de famille ont cependant ce résultat qu'à l'époque de Théodose, dès qu'un émancipé se trouvait institué comme héritier, son ancien rapport vis-à-vis du testateur reprenait le dessus et qu'en quelque sorte il se trouvait rétabli dans sa situation primordiale. Mais cette métamorphose des idées est aussi naturelle que nécessaire. Cette époque connaît en effet un droit *ab intestat* naturellement dévolu à la famille ; ce droit, le testateur ne peut que l'amoindrir jusqu'à un certain point et le ramener à la portion légitimaire ; aux idées de cette époque, l'institution volontaire du fils émancipé semble indiquer seulement que le père reconnaît ce droit existant en soi ; — ce droit apparaît dès lors comme existant toujours, comme un droit à l'encontre duquel le père peut cependant agir ; — l'abolition du rapport primitif semble être abolie à son tour, rétablissant ainsi l'ancien droit et le caractère premier. Ce qui dans l'institution de l'émancipé importe surtout à cette époque, c'est l'institution du fils, et son institution comme tel ; par cette institution, la qualité dont le *suus* est naturellement revêtu, puisque rien n'est venu détruire le rapport existant entre lui et le testateur, semble réattri-

(1) Il ne saurait être question du véritable *suus* ; par définition il est héritier par lui-même et sans intermédiaire aucun, tandis que l'émancipé ne le redevient que par l'intermédiaire de l'institution.



buée, avec son caractère immédiat et substantiel, au fils émancipé, et cela grâce à l'identité de volonté transmise. Cette métamorphose de l'idée est d'autant plus naturelle qu'à cette époque le *suus* ne semble guère jouir de ce droit que parce qu'il est un descendant naturel de la famille ; c'est ce qui a donné naissance aux fausses définitions de la *quasi debita hereditas* dévolue au *suus*, définitions données en partie déjà par Gaïus longtemps avant Théodose, et par Justinien peu de temps après cet empereur. Cette époque n'a plus le sens de la nuance délicate qui, dans l'ancien droit civil, existe entre le *suus* et l'émancipé institué, malgré cette institution elle-même ; dans l'ancien droit, en effet, ce n'est pas l'institution, mais seulement l'adition qui confère à l'émancipé l'identité de volonté, tandis que le *suus* la possède nécessairement ; pour que le rapport primitif soit rétabli, il faut donc d'abord que chez l'émancipé l'acte de l'identification s'accomplisse ; mais après cette identification, la situation est la même entre le testateur et n'importe quel *extraneus*. L'émancipé institué héritier est simultanément fils et héritier ; l'institution semble donc lui conférer un caractère naturel au *suus* et lui donner même une apparence de *suité*.

En sa qualité de *suus* rétabli, il jouit donc maintenant du caractère immédiat de ce *suus* et de son droit personnel naturellement existant ; par conséquent la succession, interprétée dans le sens d'un droit naturel à l'héritier, existant en lui-même, élevé par l'institution au rang d'une réalité valable, paraît devoir lui revenir dès avant l'adition : d'après cela, il transmet comme le *suus* et doit transmettre, une fois cette hypothèse admise. Etablissons cependant des restrictions : Comme son caractère immédiat découle uniquement de ce fait qu'il est descendant naturel direct, ce caractère n'existe en lui que dans les limites mêmes de ces liens naturels ; en d'autres termes, nous trouvons cette conséquence facile à comprendre : l'émancipé rétabli ne transmet qu'à ses descendants, et non pas, comme le *suus*, à ses héritiers étrangers. En second lieu, il ne fait que

transmettre, tandis que le *suus* transmet la succession comme déjà acquise.

On pourrait nous objecter qu'en envisageant ainsi l'émancipé institué comme un *suus* rétabli dans ses droits, nous introduisons dans l'ordonnance de Théodose une idée qui ne s'y trouve pas, même sous une forme inconsciente ; mais, cette objection tombe à faux, d'autant plus que les termes mêmes de cette constitution laissent entrevoir, de la façon la plus claire, notre interprétation. C'est ainsi que Théodose s'y exprime comme suit, à propos du fils émancipé, du petit-fils, etc. : « ... licet non sint invicem substitui seu cum extraneis seu soli sint institui. » En opposant les fils émancipés, les petits-fils, etc., qui sont pourtant des *extranei*, aux *extranei* proprement dits, il nous fait comprendre clairement qu'à son avis ils ne sont pas des *extranei* ; pour lui, les *extranei* sont simplement tous les héritiers qui ne font pas partie de la descendance directe de la famille. Une deuxième raison, plus décisive encore, résulte de ce fait que Théodose leur accorde la transmission de l'hérédité, « sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint ». Ainsi donc la connaissance ne serait même pas requise : or, c'est là tout simplement une circonstance qu'avant comme après Théodose nous ne rencontrons qu'à propos du *suus* et qui est le caractère distinctif de la suite. Même dans la transmission régie par le droit justinien, la connaissance est requise pour tout héritier non sien. Enfin Théodose désigne cette hérédité des descendants par l'expression *tantumquam debitam*, c'est-à-dire par l'expression qui ne s'emploie généralement qu'à propos du *suus*.

Enfin par la l. 19, C. *de jure del.* (6-30), Justinien confère à tous les héritiers, qui viendraient à mourir dans l'année de délibération, le droit de transmettre leur droit d'héritage à tous leurs héritiers, si bien que ceux-ci pourront faire l'adition dans le temps qui reste à s'écouler de l'année de délibération. Il semblerait donc que nous avons ici la réalisation de ce que nous déclarions impossible quelques pages plus haut ; on semble avoir renoncé au principe



d'après lequel l'adition, c'est-à-dire l'activité intérieure de la volonté, était nécessaire pour changer en droit acquis et individuel ce qui jusque-là n'avait été qu'une simple possibilité chez l'héritier. Ce n'est pourtant pas le cas, et même sous cette forme la plus dégénérée, l'idée spéculative de l'ancien *jus civile* se trouve conservée dans le droit successoral romain : dans toutes les divergences, dans toutes les modifications, c'est toujours dans le principe propre du droit civil qu'on va chercher le principe de ces divergences et de ces modifications. En effet, la condition *sine qua non*, sous laquelle Justinien concède à l'héritier la faculté de transmettre ses droits à ses successeurs est celle-ci : il faut que cet héritier ait eu la connaissance dont nous avons longuement parlé plus haut (N° 34) (1). Mais on n'a qu'à se rappeler ce que nous avons dit précédemment sur la connaissance et la délation de la succession, pour percevoir à l'instant l'idée fondamentale de cette ordonnance et son accord parfait avec toutes nos observations. La connaissance est elle-même, antérieurement à la détermination de la volonté, une activité tout à fait idéale et intérieure de l'existence pour soi subjective, de cette personnalité interne, dont le souci principal fut l'héritage romain. Par le fait seul de sa connaissance et l'acte de se déferer l'héritage à soi-même que cette connaissance implique, l'héritier a déjà fait de la volonté du testateur le contenu de sa propre personnalité, il se l'est appropriée en première instance, il l'a identifiée avec sa propre personnalité. C'est précisément pour cela que la connaissance seule, comme nous l'avons vu plus haut, amène réellement l'ouverture de la succession et permet à l'héritier de se déferer cette succession. Cette offre que par l'effet de sa connaissance l'héritier se fait à lui-même ; cette activité que pour la première fois la

(1) « ... Is, qui sciens, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, etc. » Et un peu plus loin : « Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatam vel ab intestato vel aliter et cognitum sit, etc. ».



personnalité de l'héritier exerce sur celle du testateur afin de se l'approprier moralement; voilà ce que, en cas de mort de l'héritier, Justinien regarde comme une appropriation subjective, capable, par conséquent, de légitimer un droit acquis; il se contente d'en limiter l'action par l'établissement d'un délai positif purement extérieur, mais avant l'expiration de ce délai, il lui concède la force de transmission. C'est donc la délation de la succession, réalisée par la connaissance et considérée comme une offre faite à l'héritier par lui-même, qui constitue pour Justinien l'acte volontaire par lequel la volonté reste libre de se déterminer dans un sens ou dans un autre, d'accepter ou de répudier, d'acquiescer ou de refuser; forcément il rapproche ce droit du *tempus deliberandi*, et il semble ainsi le fonder sur un *jus deliberandi* particulier.

Mais la délibération n'est pas un facteur juridique particulier ni le produit d'un facteur de ce genre. La délibération n'est rien autre chose que la situation morale de l'héritier telle qu'elle résulte de la connaissance et de l'offre que l'héritier se fait à lui-même de l'héritage; et c'est bien ce qu'a été pour nous la délation. Ce que Justinien nous dit de la délibération ne se rapporte nullement à quelque autre motif abstrait ou juridique, mais simplement à cette connaissance expliquée comme nous venons de le faire; c'est donc là qu'il faut chercher le motif réel de la transmission. Il est vrai que Donellus explique spirituellement cette transmission du droit justinien (1); d'après lui, les héritiers auraient l'air de « *deliberare de hereditate et id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, si expediat, sibi sumere, quod sumptum et VELUT SUUM FACTUM, non mirum, si ad heredes suos transferunt* »; les mots soulignés font ressortir admirablement le véritable sens de la question; un seul point est erroné: la transmission n'est pas fondée sur un acte particulier de délibération en même temps que sur un droit particulier de délibération. Mais,

(1) *Comm.*, lib. VII, c. iv, p. 294.



ainsi que nous venons de le montrer, c'est uniquement la connaissance qui provoque la délation et que Justinien regarde comme l'action capable d'acquérir et par suite de transmettre le *jus adeundi*.

Et il faudrait bien se garder de considérer la faculté de délibérer comme un droit ou un facteur particuliers dans l'hérédité ; c'est ce qui ressort très clairement de ce fait que l'héritier qui a obtenu *tempus deliberandi* (*si deliberationem meruerit*) n'a souvent réussi qu'à amoindrir son droit de transmission. En effet, s'il vient à mourir, les héritiers n'auront pour faire l'adition que le laps de temps restant à courir (1) ; au contraire, s'il n'avait pas obtenu *tempus deliberandi*, s'il n'avait même pas manifesté le désir de délibérer (*deliberatione minime petita*), il resterait, pour faire l'adition, tout le temps requis pour parfaire l'année depuis le moment de l'ouverture de la succession ; ces deux points ressortent clairement de l'ordonnance et personne n'a fait de difficulté pour le reconnaître (2).

(1) Il ne peut être accordé de délai dépassant neuf mois ou un an au maximum ; cf. l. 22, § 3, C. *cod. tit.* Tel est le maximum légal !

(2) Cf. DONELLUS, *loco citato*. — Justinien n'a pas davantage l'intention, comme on l'a faussement admis, d'introduire, par cette ordonnance, un temps pour la délibération et de faire disparaître le principe en vertu duquel il n'est imparti à l'héritier de droit civil aucun délai légal pour l'adition ou la répudiation (GAIUS, II, 167) ; il introduit ce délai comme simple délai pour la transmission, non pas comme délai pour la délibération (il ne s'applique donc pas à l'héritier encore en vie). Vangerow, *Archives civiles*, XXII, 7, a déjà démontré que Justinien n'a pas institué, ni même voulu instituer de délai pour la délibération ; cf. PUCHTA et ARNDTS, dans *Richter's krit. Jahrb.*, 1840, pages 7 et 17 ; MÜHLENBRUCH, continuateur de GLÜCK, 41, 295 ; MAYER, *Droit successoral*, § 118, notes 22 et 23.



XL. — L'idée concrète du droit civil « ab intestat » et les Douze Tables. — L'ancienne « usucapio pro herede ». — Transition à la « bonorum possessio » prétorienne.

Nous avons déjà plusieurs fois (Nos 22 et 26) insisté dans des considérations progressives sur la position réciproque du droit d'héritage *ab intestat* et du droit testamentaire, ou, ce qui revient au même, le rapport spécial du droit *ab intestat* vis-à-vis de l'hérédité en général, ou, ce qui revient encore au même, l'idée propre du droit *ab intestat*.

Mais tous ces développements ne se présentaient qu'occasionnellement, amenés par nos recherches sur l'héritage en général ; ils ne pouvaient donc pas nous donner l'idée concrète, mais simplement l'idée formelle et abstraite du droit civil romain en matière de successions *ab intestat*.

Il ne peut entrer dans le plan de notre ouvrage de traiter la dogmatique et l'histoire du droit d'héritage *ab intestat* avec tout le détail qui nous a paru indispensable dans l'étude générale de l'héritage chez les Romains — par conséquent aussi dans l'étude de l'hérédité testamentaire, qui en est la représentation la plus adéquate — ; cependant nous n'aurions nullement résolu notre tâche, si nous laissons l'idée concrète de l'héritage *ab intestat* sans la soumettre à une discussion approfondie, sans en déterminer la signification précise et en apporter des preuves positives.

Une fois que nous aurons élucidé, en sa véritable nature concrète, l'idée de l'hérédité *ab intestat*, il nous suffira d'ajouter un nombre relativement restreint d'observations à tout ce que nous avons exposé jusqu'ici sur la marche générale suivie par l'évolution historique du droit successoral romain, sur l'hérédité civile *ab intestat* ainsi que sur la plainte d'inofficiosité, pour que les différences dogmatiques et l'évolution historique de l'hérédité *ab intestat* chez les Romains apparaissent en pleine lumière.

L'ancien droit successoral *ab intestat*, dans le droit civil



romain, ne connaît, comme l'on sait, ni droit d'héritier légitimaire ni portion légitimaire. Ce fait juridique, exprimé en termes intelligibles, signifie tout simplement que le droit d'héritage *ab intestat* ne forme pas une entité indépendante vis-à-vis du testateur (1) ; en d'autres termes qu'il ne peut entrer en ligne de compte que lorsque la volonté individuelle du testateur ne s'est pas exprimée. Mais chacune de ces propositions, réduite à son idée fondamentale, signifie tout simplement que le droit successoral *ab intestat* ne doit jamais prétendre passer pour un principe essentiellement distinct et contraire de la volonté individuelle.

La loi relative à la succession *ab intestat* ne se présente donc pas comme loi, comme une règle indépendante et même contradictoire de la volonté individuelle, mais simplement comme une règle identique à cette volonté : elle n'est que la volonté individuelle supposée ; elle ne s'applique qu'en tant qu'elle est le complément de la volonté personnelle, mais non exprimée, de l'individu (*voluntas tacita*).

Nous retrouvons donc l'idée que nous avons déjà rencontrée précédemment à propos de la succession *ab intestat* ; seulement nous en avons donné un développement différent. Tout d'abord nous étions partis du principe fondamental romain, énoncé par Ulpien (L. 39, *de acq. her.* 29, 2), et disant que la succession *ab intestat* n'était déferée que subsidiairement ; nous en avons déduit que la succession *ab intestat* n'était pas l'élément principal et substantiel du droit successoral romain, ni même un élément placé sur un pied d'égalité, mais en antagonisme per-

(1) Ainsi, dès qu'on veut se donner la peine d'étudier la question d'un peu plus près, on reconnaît la grande erreur des auteurs qui, jusqu'ici, considéraient le testament comme une dispense de la succession *ab intestat* qui aurait été légalement existante en premier lieu ; cette dernière eût été l'élément essentiel du droit d'héritage, et le testament en serait sorti surrogatoirement ; ou encore le testament et l'héritage *ab intestat* auraient les mêmes droits et seraient en antagonisme perpétuel.

pétuel avec la succession testamentaire ; ici nous avons procédé de manière inverse ; dans les développements donnés ici, ainsi que dans les N^{os} 22 et 26 où il a été question de la succession *ab intestat*, nous avons indiqué que cette proposition d'Ulpien découlait, comme conséquence nécessaire, du concept immanent à la chose. Dans les développements contenus aux chapitres mentionnés, nous étions partis de l'idée spéculative de l'hérédité en général, considérée comme la perpétuation de l'existence de la volonté et nous étions arrivés à cette conséquence nécessaire : si toute l'hérédité se résume en la perpétuation d'une volonté subjective par une autre qui lui est identique, la succession *ab intestat*, si toutefois elle doit être et puisqu'en somme elle doit toujours être de l'hérédité, ne saurait être autre chose que cette perpétuation dans la personne de l'individu que l'on présume que la volonté du testateur aurait elle-même désigné ; maintenant nous sommes arrivés au même résultat, mais au lieu de prendre comme point de départ l'idée spéculative, nous nous sommes de préférence appuyés sur l'élément positif du droit romain. Et nous y sommes parvenus en partant du simple fait positif et matériel pris dans le droit civil romain en matière d'héritage : il ne reconnaît ni héritier légitimaire ni portion légitimaire ; or, c'est là un fait qui sous une forme concrète exprime ce que la situation subsidiaire de la succession *ab intestat* exprimait déjà au point de vue formel. Les deux voies devaient nécessairement aboutir au même résultat, car ce fait positif n'est que l'existence d'un concept qui se manifeste dans la succession *ab intestat*.

Mais cette déduction différente ne nous a pas menés plus loin que notre procédé primitif. Le concept de la succession *ab intestat*, tel que nous venons de le développer, reste absolument le même que précédemment ; il est aussi abstrait qu'il l'était dans nos développements antérieurs, auxquels il nous faut ici renvoyer pour tous les points.

Ce qui revient à dire : A cette heure comme auparavant,



ce concept ne paraît être abstrait et purement formel que parce que l'élément concret qu'il renferme déjà n'a pas encore été dégagé.

Pour le dégager, pour faire ressortir, dans la totalité de son caractère concret, l'idée renfermée dans la succession *ab intestat*, en droit civil romain, nous n'avons qu'à nous poser cette seule question : Si toute hérédité *ab intestat*, ainsi que nous l'avons vu plus haut, ne trouve son application qu'en tant qu'elle est la volonté présumée de l'individu ; si le concept formel consiste à n'être que la volonté tacite de l'individu et le complément de cette volonté, quelle est donc la volonté tacite de l'individu ?

Condensée en une courte proposition, la seule réponse à cette question nous apportera, tant est grande la force du concept concret, tous les autres renseignements sur la dogmatique et l'évolution historique de la succession *ab intestat*, avec beaucoup plus d'abondance et de précision que nous n'aurions pu le faire ici : fidèles au but proposé, nous n'avons à nous occuper, à proprement parler, que d'élucider la constatation ferme de cette idée et nous n'avons pas à traiter *ex professo*, et d'une façon tout à fait détaillée, toute la matière ayant trait à la succession *ab intestat*.

Quelle est donc la volonté tacite de l'individu ?

Lorsque l'individu n'a pas exprimé de volonté subjective particulière, quand il ne s'est pas posé en volonté particulière, sa volonté ne peut avoir d'autre nature que la nature générale de la volonté. En termes plus précis : la volonté qui ne se particularise pas est la volonté générale.

En effet, la volonté particulière n'est que cet acte par lequel la volonté générale veut se particulariser. Avant donc qu'elle se soit déterminée à se particulariser ainsi, la volonté, d'après son propre concept logique, ne possède qu'une nature d'une substantialité universelle.

C'est précisément *ce principe profond de la logique spéculative* (1), dont le droit civil romain s'empare pour

(1) C'est en effet, une conséquence de la loi fondamentale de la



l'appliquer, avec une conséquence absolue, dans son droit successoral *ab intestat*. La volonté individuelle qui ne se pose pas en volonté particulière reste donc identique à l'être général de la volonté individuelle, c'est-à-dire à l'esprit national, dont l'individu fait partie.

Cette volonté n'a donc pas d'autre substance que la volonté générale du peuple, ou l'Etat, dans l'organisation duquel elle se trouve réalisée. La communauté de personnes (1) créée par les liens de la force, c'est-à-dire les *agnati*, d'une part, et, d'autre part, l'unité de race, c'est-à-dire les *gentiles*, sont donc les bases de la société romaine en général, par conséquent, aussi, du droit successoral *ab intestat*. Ou encore la succession *ab intestat*, dans le droit civil, est dans le sens le plus rigoureux du mot, comme nous allons bientôt le montrer plus clairement encore, une hérédité de l'*ordo* ; c'est l'entrée en ligne de toute une série de principes qui sont la structure organique de l'Universel, de l'Etat (2).

logique, que le particulier n'est, en somme, que l'action de l'universel, en vue de se particulariser, de se différencier. Voir la logique de Hegel.

(1) Nous croyons préférable de nous servir de ce terme qui nous paraît plus exact que celui de *famille* ; ce dernier implique toujours, du moins à l'époque germanique, l'idée de parenté naturelle ; par suite, il n'avait plus du tout l'ancien sens romain.

(2) Nous pouvons dès maintenant très bien nous rendre compte, non seulement du droit de succession ultérieurement accordé au fisc, du droit de main-mise sur les caducités, mais encore nous comprenons le droit d'héritage accordé à la Curie (par Théodose, l. 4, C. de her. dec., 6, 22), au *collegium naviculariorum*, au *cohortalis* (par Constantin ; cf. l. 1 et 3, C. de her. dec., 6, 62), accordé au *collegium fabricensium* (par Théodose, l. 5, C. eod. tit.), aux légions (par Adrien) et à la cavalerie, (par Constantin, l. 17, D. de just. rupt. et irr. test., 28, 3 ; l. 4, 17, D. de fideic., 40, 5 ; l. 2, C. de her. dec., 6, 62), accordé à l'Eglise (par Théodose, l. 10, C. de episc. et cler., 1, 3). — Et ce droit d'héritage leur était conféré, parce qu'ils formaient une association de personnes du même rang. Bien longtemps après la disparition du *jus gentilitium* qui datait du jour où la classification par races et par familles avait cessé de former les bases de la vie nationale, chez les Romains, bien longtemps après, le droit

Résumons d'abord, en quelques termes précis, l'idée concrète de la succession *ab intestat* chez les Romains, telle qu'elle nous apparaît maintenant clairement déterminée.

Au juste, cette idée concrète de la succession *ab intestat* chez les Romains peut s'énoncer ainsi : la volonté générale du peuple comprise, présumée et valable en tant que volonté de cet individu déterminé (1).

d'héritage *ab intestat* conféré à ces diverses associations peut et doit prendre la place de l'ancien droit des *gentiles*. En effet, malgré toutes les modifications de forme subies entre temps par la Société romaine, ces *ordines*, ces rangs et ces classes, ces états et ces cercles qui résultent des occupations diverses et continuent, à ce moment, les assises et les divisions de la société, sont précisément ce qui a pris la place des anciennes *gentes*. Il nous importe donc extrêmement de bien comprendre que ce droit d'héritage, fondé sur la similitude des occupations et du travail, est toujours la manifestation, toujours et invariablement la même, du même principe de l'héritage *ab intestat*, qui primitivement transfère aux *gentiles* la succession *ab intestat*, avec cette différence cependant qu'au lieu de s'appuyer sur ces derniers, ce droit s'appuie sur les premiers. La composition réelle de la société romaine s'est modifiée, mais le même principe est conservé dans l'idée de l'hérédité *ab intestat* et c'est ainsi que cette hérédité des associations prend la place de l'hérédité des *gentes* disparues.

(1) Il ne serait peut-être pas sans intérêt de voir comment, malgré toutes les modifications survenues dans les idées et les conditions extérieures, l'esprit *latin* des papes continue toujours, d'une certaine façon, cet esprit primitif du vieux *jus civile* romain. C'est, en effet, des seules idées ci-dessus développées que peut se réclamer le pape Innocent IV, quand il soutient, contre la couronne de France, que les biens de tous les ecclésiastiques morts *intestat*, qu'ils aient ou non laissé des héritiers proches parents, doivent revenir à l'Eglise (Cf. MATHIEU, *Paris. Hist.*, p. 774, an. 1246, règne de Henri III). Les lois impériales rapportées dans la note précédente et relatives au droit d'héritage de l'Eglise et des Professions ne sauraient offrir d'analogie suffisante pour expliquer ces prétentions ; elles s'appliquent, en effet, toutes aux successions dans lesquelles il n'y aurait pas de parents à un degré successible. Pour s'expliquer cette prétention il faut se rappeler qu'au Moyen Age les ecclésiastiques relevaient partout du droit romain, et non pas de

Il est d'une importance capitale, pour le concept de l'héritage *ab intestat* dans l'ancien droit romain, de ne négliger ni l'une ni l'autre de ces deux faces que nous venons de signaler. Que nous en négligions une, n'importe laquelle, nous ne saurons échapper à un malentendu total, par rapport à l'esprit de l'héritage *ab intestat* chez les Romains ; bien que découlant de raisons contraires, ce malentendu sera toujours le même pour le résultat, comme nous le verrons plus loin.

Ce n'est qu'en envisageant le droit d'héritage *ab intestat* chez les Romains comme l'union de ces raisons opposées que nous saisissons l'union qui le rattache à l'héritage testamentaire ; tout comme celui-ci, il perpétue la volonté individuelle et réalise l'idée générale de l'hérédité ; nous comprendrons enfin qu'il se trouve forcément en contradiction précise et absolue avec la volonté manifestée par testament ; cette dernière n'a-t-elle pas son expression nécessaire dans la proposition : « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest ?* »

Une fois de plus nous arrivons à bien comprendre le principe qui domine tout le droit successoral romain. La volonté individuelle n'est supposée s'identifier avec la volonté générale que parce qu'elle ne se pose pas en volonté individuelle ; mais du moment qu'on fait cette supposition, on exclut forcément tout caractère particulier dans le contenu de la volonté, on préconise l'identification absolue

leur droit national. Après cette observation, il ne peut plus y avoir de doute quant à l'analogie entre cette prétention et ce qui précède. Le clergé se trouve en communion spirituelle et juridique avec l'Eglise ; et l'ecclésiastique qui ne prend pas de dispositions volontaires spéciales se trouve tomber d'accord avec ce que l'Eglise renferme de volonté générale. A la place des *agnati* et des *gentiles* du droit civil, nous avons la substance purement générale de l'Eglise qui n'admet pas, dans son sein, de division de ce genre.

La simple cupidité ne suffit pas pour expliquer la possibilité d'une prétention tellement exorbitante, d'autant plus qu'elle aurait dû s'attaquer tout aussi bien et même avant tout au droit de tester, reconnu aux ecclésiastiques.

entre la volonté individuelle et la volonté générale; il semble donc que la loi intervienne comme telle. Et *vice versa* : Une fois admis que par un acte propre la volonté s'affirme comme individuelle, il ne saurait plus être question de l'identifier avec la volonté générale immobile, ni, par conséquent, de faire intervenir ainsi la succession *ab intestat*. Tout partage, qui serait possible et logique si l'idée du droit successoral romain était une transmission de biens, devient absolument impossible, puisque dans l'héritage romain il ne s'agit que de perpétuer la personnalité volontaire : du moment que cette volonté se pose expressément, il ne peut plus logiquement être admissible de la supposer existante au préalable. Tant que cette proposition : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* nous sera donnée comme une proposition quelque peu étrange, ou comme nécessitant une explication extrinsèque et historique, tant qu'avec Gans, dont cependant l'opinion représente déjà un progrès, on y voit l'expression d'un antagonisme entre le droit *ab intestat* et le droit testamentaire considérés comme deux principes opposés ; tant qu'on y voit l'*arbitraire de l'individu* opposé à la *moralité de la famille* ; ou encore tant qu'on y voit autre chose qu'une loi logique nécessitée par la conception historique de l'esprit romain ; on prouvera toujours de la façon la plus évidente qu'on n'a rien du tout compris à l'esprit du droit successoral romain en général (1).

Pomponius dit très justement qu'il y a lutte naturelle (*earumque rerum naturaliter pugna*) entre ces deux faits : quelqu'un est-il mort *testato* ou *intestato* ; c'est du reste cet antagonisme que nous avons étudié plus haut ; mais il ne dit nullement qu'il y a lutte entre le *droit* testamentaire et le *droit ab intestat*, comme Gans, par une interprétation complètement erronée, voudrait nous le faire accroire (II, page 451). Au contraire, c'est plutôt l'unité paisible

(1) Voir plus loin, à la fin de ce chapitre, la critique du travail de Huschke.

formée par le droit testamentaire et le droit *ab intestat*, c'est l'idée de l'hérédité comprise comme perpétuation de la volonté qui produit cet antagonisme absolu entre les deux formes sous lesquelles peut se perpétuer la volonté d'un mort déterminé. C'est précisément parce que Gans se fait du droit testamentaire et du droit *ab intestat* une conception fautive et n'y voit qu'un dualisme aux deux éléments incompatibles, que toute sa conception de l'évolution historique est nécessairement erronée ; ou plus exactement, d'un côté comme de l'autre il méconnaît la nature du droit successoral, et ses deux erreurs s'impliquent l'une l'autre. C'est ainsi que Gans et même d'autres auteurs ne voient, par exemple, dans la plainte d'inofficiosité, que l'intrusion de l'idée du droit *ab intestat* dans le système de l'arbitraire testamentaire.

Mais en quoi cette plainte d'inofficiosité peut-elle toucher à la pensée même du droit *ab intestat* ?

Est-ce un droit appartenant à l'ordre des *agnati* et des *gentiles* ? Au contraire, de prime abord cette plainte a une base prétorienne : la famille naturelle (*cognatio*), puisqu'elle est permise à tous les *cognati* (parents). C'est elle et non pas, comme on l'a très longtemps prétendu, la succession *ab intestat* du *jus civile* qui représente réellement la première intrusion de l'hérédité naturelle dévolue aux parents, c'est-à-dire, le droit familial : elle est pour cela même à égale distance du système *ab intestat* de l'*ordo* et du système testamentaire. Nous avons montré en quoi consistait la véritable lutte et quel était le véritable principe d'évolution du droit successoral romain. C'est la volonté du testateur qui lutte et vient s'user contre la volonté de l'institué ; par une transition progressive, la conception de l'héritage perpétuation de volonté fait place à la conception de l'héritage transmission de fortune (1). Au fur et à me-

(1) C'est-à-dire que nous montrons ici, en récapitulant ce que nous avons dit au numéro 7, comment le droit civil pur renfermait déjà cette tendance qui allait faire de l'héritage une transmission de fortune. A l'intérieur du droit civil pur, cette évolution ne peut, à

sure que la fortune devient l'élément essentiel de l'héritage, le droit naturel des membres de la famille doit naturellement commencer à se faire valoir, d'autant plus qu'à l'heure actuelle l'héritier s'occupe nécessairement de fortune, tandis qu'autrefois les membres de la famille pouvaient, au moyen de legs, être beaucoup mieux partagés que le continuateur de la volonté. Au fur et à mesure que dans le droit successoral civil en général, la personnalité volontaire du testateur, au lieu d'absorber celle de l'institué et de ne la laisser subsister que comme la continuation de la sienne propre, commence à être niée et à se confondre dans celle de l'héritier dont l'essence et l'intérêt, dans ce dualisme naissant, sont constitués par la fortune, nous devons nécessairement rencontrer la même lutte, non seulement contre le principe général du droit successoral civil, mais encore contre l'hérédité *ab intestat* en particulier.

Il est donc de nouveau d'un intérêt spéculatif considé-

cause même de la fixité de l'idée, parvenir à son but naturel ; à l'intérieur du droit civil pur, la *lex Falcidia* reste donc le pas extrême fait dans ce sens. Mais nous allons voir, vers la fin de ce chapitre, que le droit civil renfermait en outre cette seconde tendance de faire de l'héritage, considéré comme acquisition de fortune, un autre droit, absolument différent et dissemblable ; ce sera le droit successoral prétorien de la *bonorum possessio*. L'évolution du droit romain est donc une évolution double : la première s'effectue à l'intérieur même du droit civil pur ; elle a pour but d'aller au-devant du principe admis dans le système prétorien et d'après lequel l'héritage se résout en une acquisition de biens ; cette évolution ne va pas bien loin dans ses résultats pratiques. La seconde évolution est celle du principe d'héritage prétorien que le droit civil contenait déjà en germe et que pour cela même il a posé, dans la réalité extérieure, comme un droit totalement différent ; ce principe, par un développement autonome, va tenter de s'introduire dans le droit civil et d'en occuper la place ; cette dernière évolution entraîne la désagrégation finale du *jus civile*. Mais les deux évolutions se réclament d'un seul et même principe. Seule l'intelligence de cette double évolution nous permettra de comprendre l'histoire du droit romain. Mais l'intelligence concrète ne sera possible qu'à la fin de ce chapitre.

nable de constater cette simultanéité chronologique : en même temps que l'évolution des *lex Furia* —, *Voconia* —, *Falcidia* qui, d'après ce que nous venons de voir, figure la première attaque, la plainte d'inofficiosité commence à se développer ; par le fait même que de prime abord elle est accordée même aux *cognati*, elle représente cette réaction intrinsèque contre le principe du droit successoral civil, réaction qu'elle accomplit ouvertement vis-à-vis du testament. Au numéro X nous avons déjà exposé le cours ultérieur de cette lutte et nous en avons noté les premières formes timides, presque honteuses d'elles-mêmes ; et pourtant ce fut évidemment là le premier pas fait par le droit prétorien, en vue de pénétrer dans le droit civil pour en occuper finalement la place.

Rappelons ce que nous avons dit plus haut : que nous négligions l'une quelconque des deux faces qui s'unissent dans l'idée spéculative de la succession *ab intestat*, nous ne saurons échapper à un malentendu total par rapport à la succession *ab intestat* ; bien que découlant de raisons contraires, ce malentendu sera toujours le même pour le résultat ; c'est ce qu'il faut démontrer tout d'abord.

Tous les auteurs qui nous ont précédé s'accordent à considérer le droit civil d'héritage *ab intestat* comme un véritable droit familial. La conclusion que Gans tire de cet accord revient à dire que le droit *ab intestat* et le droit testamentaire se trouvent vis-à-vis l'un de l'autre dans un dualisme simplement dépourvu d'unité. Il méconnaît donc tout d'abord l'unité abstraite qui se manifeste dans ce fait purement extérieur : ils sont tous deux des droits d'héritage. A son avis, ces deux institutions seraient des pensées en antagonisme perpétuel, sans le moindre élément commun ; leur juxtaposition serait incompréhensible. Pour l'expliquer il cherche à la ramener à la différence historique entre la caste des patriciens et celle des plébéiens ; mais d'une part cette explication est totalement insoutenable au point de vue historique, d'autre part elle impliquerait la renonciation pure et simple à l'obligation né-



cessaire de voir dans l'esprit romain l'unité de ces deux principes opposés. Mais si ces contradictions, précisément parce qu'elles sont des contradictions abstraites et logiques, doivent être nettes et tranchées, on ne saurait nulle part moins qu'à Rome et dans le droit civil romain révoquer en doute l'unité morale formelle qui les pénètre.

Gans, l'adversaire déclaré de l'école historique, ne déduit donc pas ces contradictions de l'unité de l'idée spéculative; il se contente de les expliquer comme des différences de races, différences historiques, purement extérieures, sans aucun lien moral. De cette façon il tombe lui-même dans le travers qu'il a tant de fois reproché à l'école historique: il suppose comme un fait extérieur et historique ce qu'il s'agit de faire découler de la pensée. Cette conception provient nécessairement de ce que Gans ne disposait pas de la véritable idée spéculative de l'héritage, mais d'une simple idée empirique; il va donc de soi qu'il s'est trompé tout aussi bien quand il a voulu nous donner l'esprit précis du droit de succession *ab intestat* que lorsqu'il s'agit du droit testamentaire.

Comme cette conception disparate devait fatalement échouer, Böcking et d'autres, partant de cette même erreur fondamentale que le droit de succession *ab intestat* chez les Romains n'était en principe qu'un véritable droit familial, ont tiré cette autre conclusion que le droit familial était la substance essentielle du droit successoral romain en général, que par conséquent il représentait la succession légale, mais qu'on avait permis à l'individu d'y déroger par un acte juridique arbitraire.

Dans cette interprétation, peut-être plus encore que dans la précédente, on méconnaît la situation réciproque des deux systèmes ainsi que leur esprit particulier. C'est ce qui ressort le plus clairement de la modification qui s'est effectuée ici dans la situation formelle des deux systèmes vis-à-vis l'un de l'autre. Ces auteurs oublient que dans leur interprétation le droit testamentaire n'est plus qu'un droit subsidiaire en face du droit *ab intestat*; ils ne re-

marquent pas qu'ils se trouvent ainsi en contradiction directe et absolue avec les textes, d'après lesquels le droit *ab intestat* est plutôt ce qu'il est du reste en réalité : un droit subsidiaire du droit testamentaire (Ulpian, L. 39, *de acqu. her.* 29, 2).

Ces deux erreurs proviennent donc uniquement de ce qu'on a considéré le droit de succession *ab intestat* comme un droit familial fondé sur la parenté ; mais cette erreur fondamentale, comme nous le comprenons maintenant, découle nécessairement de ce qu'on a négligé soit l'une, soit l'autre des deux faces dont l'union constitue l'idée du droit successoral romain. Quel que soit en effet l'élément qu'on néglige, on aboutira forcément à considérer le droit *ab intestat* comme un droit familial. Que si l'on néglige l'élément formé par la volonté individuelle présumée, le droit *ab intestat* ne sera plus que le véritable droit familial, reconnu par la loi comme tel. Si au contraire on néglige l'autre élément, c'est-à-dire la volonté générale avec laquelle se confond la volonté individuelle qui ne s'affirme pas en tant que particulière, le droit *ab intestat* ne sera plus que la simple volonté présumée de l'individu ; ou, en d'autres termes, ce droit *ab intestat* aura comme principe dernier les sentiments de l'individu vis-à-vis de sa famille, c'est-à-dire l'amour familial. Or, le droit de succession *ab intestat* n'est nullement un droit familial dans le sens ordinairement attaché à cette expression ; c'est ce qui ressort d'une façon particulièrement probante de ce fait que, par la répudiation ou la mort de l'*agnatus* appelé en premier lieu, toute la base des *agnati* perd son droit d'héritage. Nous voyons donc une fois de plus que ce ne sont pas les personnes parentes qui ont, comme telles, un droit personnel quelconque, ou qui reçoivent ce droit de la loi, ou qui sont les héritières présumées parce qu'elles sont l'objet de l'amour familial ; au contraire, c'est l'idée rigoureuse de l'*ordo* qui forme la base de l'antique droit *ab intestat* ; nous aurons du reste l'occasion d'y revenir (1).

(1) Toutes ces différentes erreurs ne sont naturellement que la



La conception du droit *ab intestat* chez les Romains, telle que nous venons de la développer, c'est-à-dire la volonté générale présumée et s'affirmant comme la volonté individuelle de cet individu déterminé, concorde absolument, jusque dans les moindres détails, avec la théorie et la réalité du droit d'héritage *ab intestat* romain.

Elle s'accorde tout d'abord de la manière la plus frappante avec ce fait certain (1), dans la loi des Douze Tables : l'hérédité testamentaire se trouve placée avant les dispositions relatives à la succession *ab intestat* (2).

conséquence inévitable de la première erreur fondamentale qui nous fait envisager le droit successoral romain en général comme un droit relatif aux biens, une acquisition de fortune, au lieu de ne le considérer que dans sa vérité spéculative comme une perpétuation de la volonté. Il n'y avait qu'un pas à faire pour ne voir dans le droit *ab intestat* des *agnati* qu'un droit à la fortune de la personne décédée.

(1) Voir à ce propos les savantes recherches de Dirksen, relatives aux fragments des Douze Tables (Leipzig, 1824), p. 290.

(2) De même nous comprenons maintenant pourquoi la loi des Douze Tables « a rattaché l'héritage à la tutelle ; dans le droit civil romain, cette dernière semble, en effet, reposer principalement sur l'hypothèse de la succession » (DIRKSEN, *loco cit.*, p. 289). La raison en est maintenant évidente. Du moment que l'héritage ne fait que perpétuer la volonté subjective du testateur, il va de soi qu'il faut le rattacher à la tutelle ; aussi nous n'avons même pas jugé à propos de soumettre cette question à une discussion spéciale qui ne pouvait venir que comme le point de départ d'une étude particulière consacrée à la tutelle. Remarquons cependant en passant que l'opinion de Gothofredus, qui veut que les dispositions relatives à la tutelle n'aient formé, dans la loi des Douze Tables, qu'un appendice dans l'exposé du droit d'héritage, se confirme de plus en plus contre l'opinion de Dirksen (*loco cit.*), que cette théorie eût servi beaucoup plus naturellement de transition entre le droit familial et le droit d'héritage ; conformément à son opinion, celui-ci place donc les fragments en question au commencement de la cinquième table. Il ne pourra naturellement plus être question aujourd'hui de la tutelle comme d'une transition entre le droit familial et le droit d'héritage ; tout au contraire, il faudra désormais considérer le droit d'héritage comme le point de départ de la tutelle.

Les passages visés de la loi des Douze Tables disent, placés dans leur ordre logique :

« Uti legassit supra pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.

« Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto.

« Si adgnatus nec escit, gentiles familiam nancitor (1). »

Dans le plus puissant des styles lapidaires, par ce qu'elles disent et ne disent pas, par leurs dispositions expresses ou leurs hypothèses, par les places diverses assignées à ces dispositions, ces phrases contiennent en résumé toutes les solutions que nous venons d'exposer.

Nous remarquons tout d'abord — mais cette remarque, au lieu de nous surprendre, nous paraîtra très significative — que les Douze Tables ne contiennent des dispositions que relativement à l'hérédité testamentaire elle-même ; elles ne font même pas mention de la liberté de l'institution d'héritage. La liberté des legs est réglementée sans qu'il soit jamais question de l'institution testamentaire des héritiers. Mettre en question cette circonstance qui peut, à première vue, paraître étrange, c'est y répondre en même temps.

Jamais, si ce n'est à une époque de recueillement profond, un peuple ne déposera dans ses lois, sous forme de dispositions et de décrets immédiats, ce qui forme la substance totale de son esprit, le pourquoi de toute son existence morale, qui est identique à cette existence. L'institution testamentaire et sa liberté, qui chez les autres peuples n'existent pas ou ne se sont développées que fort tard, lentement et gênées par mille restrictions, ne sont pas, pour l'esprit romain, des capacités qu'il puisse à sa guise accorder ou reconnaître ; elles constituent au contraire toute la base religieuse et métaphysique de cet esprit ; elles existent nécessairement et fatalement en lui, elles sont identiques

(1) Voir la cinquième table, *Fr.*, 3, 5, chez DIRKSEN, *Loco cit.*, p. 729.



avec cet esprit national historique bien défini ; elles se confondent pour lui avec son existence morale elle-même.

Tout cet ensemble de conditions préalables de son existence morale ne pourra pas, chez un peuple quelconque de l'antiquité, être sanctionné par des documents ou des décrets, pas plus que ce peuple ne pourra décréter sa propre existence. Pour le Romain, l'institution testamentaire et la liberté de cette institution forment cet élément nécessaire de son existence morale qui plane au-dessus et en dehors de la sphère où peut s'exercer l'action des lois et des décrets. Elles ne doivent pas tomber dans la sphère d'influence des lois, puisque même, pour cet esprit national, elles ne tombent pas dans la sphère des événements historiques, ne peuvent être soumises à nul changement dans le temps et vivent d'une existence qui équivaut à l'existence même de l'esprit romain. C'est ce que nous prouve l'histoire elle-même. Dans le cours de l'histoire, la liberté des legs subit des fluctuations, mais l'institution testamentaire demeura toujours intacte ainsi que sa liberté, tant qu'existèrent Rome et le droit romain (1). C'est maintenant seulement que nous compre-

(1) C'est uniquement le contenu de l'héritage qui est devenu autre dans le cours de l'histoire romaine et finalement avec Justinien. La liberté de l'institution a survécu, et d'après les premières ordonnances de Justinien, les enfants eux-mêmes peuvent se voir simplement attribuer des legs au lieu de la légitime. Et Justinien ne change cet état de choses que par la nouvelle 115 : à partir de ce moment, les descendants, à moins qu'il n'existe contre eux les motifs d'exhérédation spécifiés par Justinien, doivent être institués pour leur légitime. Ainsi donc, en ce stade ultime du droit romain, ce droit lui-même aurait affirmé la disparition de son concept premier ; remarquons cependant que, dans cette disparition même, la liberté de l'institution testamentaire se trouve conservée. Cette part légitime, pour laquelle les descendants doivent être institués, est identiquement la part primitive ; et, malgré l'admission de ces héritiers légitimaires, l'institution testamentaire peut toujours s'exercer librement. Du reste, si, comme l'ont fait Donellus (*Comm.*, VI, 13) et beaucoup d'autres jurisconsultes, on ne regarde pas les prescriptions de la nouvelle comme causes de nullité, on n'y trouvera

nons jusqu'à quel point est superficielle l'opinion généralement répandue, pour qui le caractère légal de la succession *ab intestat* constitue un élément essentiel, important et primordial entre tous, en face duquel le testament ne pourrait prendre place qu'à titre de dérogation. On pourrait peut-être répondre à cela qu'en vertu de l'*uti legassit* l'héritier testamentaire lui-même repose sur la loi des Douze Tables, comme Ulpien l'affirme du légataire, Fr. XIX, § 17 : « *LEGE nobis adquiritur... item legatum ex lege duodecim tabularum* ». Mais en réalité cette réponse ne vaudrait pas mieux que l'erreur qu'elle aurait pour mission de réfuter. En effet, comme nous l'avons montré plus haut, tout ce qui tombe pour un peuple hors des limites du temps, ce qui remplit le cours de son histoire d'un bout à l'autre ne peut plus tomber dans le domaine des lois, domaine essentiellement variable dans la suite des temps ; il dépasse de beaucoup ce cadre étroit et se confond avec le type original du droit chez ce peuple ; c'est le type qui existe naturellement avec cette forme de l'esprit, qui naît avec elle et disparaît avec elle ; toutes les autres lois particulières peuvent n'en être que des émanations, mais jamais l'esprit ne le concrétisera librement en dehors de lui-même ; pourtant ce type le pénétrera secrètement, comme étant le principe général, immuable et immédiatement nécessaire de son existence.

Le fait même que les Douze Tables ne disent rien et n'avaient besoin de rien dire sur l'institution testamentaire et sa liberté ; le fait encore que le concept dogmatique du *suus* est supposé de notoriété publique, nous prouvent clairement la très haute antiquité de l'hérédité testamentaire ; elle a certainement précédé de longtemps la loi des Douze Tables ; celles-ci l'ont trouvée existante, elles ne l'ont donc pas créée ; elles n'y ont vu que la substance im-

même pas cette disparition ; en cas de non-observation de la nouvelle, on peut toujours avoir recours à la plainte d'*inofficiositas* qui est écartée par le *legis* de la légitime.



mobile et immuable sur laquelle elles pouvaient fonder leurs ordonnances; mais elles se sont bien gardées d'en faire une partie intégrante de ces mêmes ordonnances. La chose est certaine et la preuve s'en trouve dans la loi des Douze Tables d'abord, et puis dans les traditions des vieux auteurs. Nous ne pouvons donc pas indiquer le moment où l'hérédité testamentaire aurait pris fin dans l'histoire romaine; nous ne pouvons davantage préciser le moment où elle aurait pris naissance. Aussi loin que les souvenirs de ce peuple puissent remonter en arrière, dans toutes ses traditions historiques et mythiques relatives à la fondation de Rome ou même antérieures à cette époque, l'hérédité testamentaire nous apparaît comme une chose qui est naïvement présumée entremêlée à tous ses souvenirs. Ce peuple ne se rappelle en rien quand et comment lui serait venue cette hérédité testamentaire. L'hérédité testamentaire nous apparaît déjà indissolublement unie à la personne de la mythique Acca Laurentia, cette nourrice de Romulus, à laquelle les fastes de Rome ont consacré un jour du calendrier, à laquelle le *flamen quirinalis* offre un sacrifice solennel, cette femme que Sabinus Massurius nous vante comme la fondatrice de la confrérie des Arvales et qui, par une signification mystique, nous est donnée comme l'amante d'un dieu. Les plus anciens écrivains nous rapportent en effet que les fastes de Rome lui ont consacré un jour du calendrier parce que, d'après les uns, Romulus, ou d'après les autres, le peuple romain avait été par elle institué héritier de la fortune que lui avait valu son mariage avec l'Etrusque, fortune qu'elle avait donc indirectement gagnée pour avoir été la maîtresse d'un dieu (1). Déjà du temps de Proca, grand-père de Rhéa Sylvia, Tite-Live (2) fait mention du testament comme d'une institu-

(1) Voir, sur Acca Laurentia, AULU-GELLE, *Noct. att.*, VI, c. vii; MACROBE, *Saturn.*, I, c. x, p. 241 seq., éd. Bip.; PLUTARQUE, *Quæst. Rom.*, 35, p. 416, éd. Wytt.; PLUTARQUE, *Romul.*, p. 49 F.; SAINT AUGUSTIN, *De civ., Dei*, VI, 7; LACTANCE, *Instit. div.*, I, c. xx.

(2) Lib. I, c. III.



tion qui va de soi. — Et il ne faudrait pas croire que ces mythes surgissent ou soient créés intentionnellement pour la glorification intéressée de l'hérédité testamentaire. Il en va tout autrement et l'on y voit tout simplement, en quelques lueurs fugitives, que tous ces mythes ont un fond commun et unique : l'existence morale de ce peuple. Les témoignages positifs tout aussi bien que la discussion de l'idée spéculative nous démontrent donc que le testament, tout en commençant avec Rome, ne prend pas naissance dans Rome. Le véritable élément positif dans ces témoignages est celui-ci : l'esprit romain ne se rappelle pas, même dans ses traditions les plus anciennes et les plus vagues, une époque où il n'aurait pas joui de l'hérédité testamentaire. Cette hérédité est indissolublement unie à son existence et son hypothèse ne saurait se concevoir sans l'existence de ce peuple. Si l'hérédité testamentaire était née dans le sein même de l'histoire romaine, si cette histoire avait connu un temps sans testament, il serait impossible et totalement inadmissible qu'en présence de l'importance capitale que devait avoir l'introduction du testament, et vu la transformation extraordinaire nécessitée par cette introduction, tout souvenir se soit perdu jusqu'au dernier vestige. Ce serait non seulement impossible, mais l'histoire ne nous offrirait ni exemple de ce genre, ni analogie même. Au lieu de cela, nous n'avons qu'à nous rapporter aux premières réminiscences religieuses et mythiques, pour y rencontrer à chaque pas le testament comme une institution nettement définie. Bien que d'un côté la raison ne puisse concevoir cette circonstance, de l'autre nous avons vu que pour l'idée spéculative, c'est quelque chose de nécessaire *a priori*. Une institution qui ne se perd pas dans le cours de l'histoire d'un peuple n'a pu prendre naissance dans le cours de cette même histoire ; n'ayant pas sa fin dans le temps, elle ne saurait y avoir son commencement. L'histoire universelle peut y voir quelque chose de passager et d'historique ; mais ce peuple déterminé ne peut partager cette manière de voir. Pour ce peuple, cette



institution représente le type primitif de la loi ; elle s'identifie avec cette physionomie de l'esprit que ce peuple représente ; bien plus, elle est simplement cette physionomie. Elle naît avec lui pour disparaître avec lui, bien qu'elle laisse dans le monde certains résidus que l'on a trop souvent mal interprétés (1).

Nous espérons pouvoir, dans le chapitre suivant, élucider avec une clarté suffisante de quelle source est issue l'hérédité testamentaire des Romains. Mais nous y verrons également que cette source ne se trouve pas dans la vie réellement historique des Romains, mais dans leur existence primitive, préhistorique ; or, l'esprit romain s'est manifesté pour la première fois quand il s'est agi de sortir de cet état primitif ; c'est à cette époque qu'il fonde réellement sa patrie spirituelle et commence à faire fructifier, avec usure, le talent qui lui a été confié.

Ainsi donc la transmission, par laquelle la volonté subjective se perpétue elle-même, ou, autrement dit, l'institution, n'est pas aux yeux du Romain une capacité, mais est la condition préalable de toute capacité, en un mot, sa physionomie morale tout entière ; il n'en va pas de même de l'acte volontaire isolé accompli dans le legs ; cet acte repose tout simplement sur l'immortalité de la volonté, mais en principe il lui est opposé comme il s'oppose même au continuateur de la volonté ; c'est un acte de donation tout aussi bien qu'une autre donation entre vifs, malgré l'acte négatif qui en forme le commencement ; pour le Romain, cet acte constitue une simple capacité. Cette liberté dans l'attribution des legs est réellement ce que nous pouvons appeler l'élément soumis aux modifications et aux fluctuations du temps ou encore l'élément historique ; par suite, la loi des Douze Tables pouvait et devait la régler ; si bien que les mots *uti legassit* ne servent qu'à

(1) Nous verrons, du reste, dans l'étude du droit successoral allemand ou moderne en général que, malgré ces résidus, l'hérédité testamentaire a disparu avec Rome.



faire ressortir indirectement l'hérédité testamentaire elle-même, considérée comme la substance présumée, la base immuable de cette capacité juridiquement reconnue (1).

Lorsque, par contre, le testateur n'a pas expressément indiqué le continuateur de sa volonté et qu'il meurt *intestato*, la loi des Douze Tables s'occupe de déterminer, en son lieu et place, le continuateur présumé de sa volonté ; et ce continuateur, la loi le déterminera et l'instituera en conséquence de la volonté individuelle présumée du testateur ; à ses yeux, en effet, cette volonté qui ne s'est pas elle-même particularisée se confond avec la volonté générale.

Au fur et à mesure que nous avançons dans cette étude, tout s'expliquera, tout s'élucidera pleinement, à condition toutefois que nous ne perdions jamais de vue l'idée concrète du droit d'héritage *ab intestat*, c'est-à-dire : la volonté générale présumée logiquement et nécessairement comme la volonté individuelle de l'individu qui ne s'est pas particularisé.

C'est également maintenant que nous comprenons dans toute sa profondeur l'esprit dont s'inspirait la loi des Douze Tables : elle ne confère pas au *suus* le droit d'héritage, et même elle ne mentionne cet héritier que par cette brève formule négative : *cui suus heres nec sit* ; elle reconnaît simplement le droit du *suus* comme un droit antérieur au droit *ab intestat* ; et elle reconnaît ce droit tout aussi formellement que les mots *si intestatus moritur* reconnaissent le droit testamentaire. A cette heure nous comprenons réellement

(1) Après ces considérations se trouve également dissipée la confusion que nous constatons dans la question posée par Huschke : « Comment se fait-il qu'un acte qui, par son contenu matériel, s'appelle *legare*, ne soit pas désigné sous ce nom, mais sous celui de *testari* ? » La confusion à laquelle nous nous heurtons ici a son origine dans la contradiction qui se rencontre dans certaines discussions et qui consiste à prendre l'idée de legs pour la confirmation en même temps que le contraire de l'idée de testament ; elle ne tarde pas à disparaître quand on veut bien s'en tenir formellement à ce que nous avons établi touchant l'idée de legs.



comment et pourquoi le *suus* forme l'unité et le droit d'union entre l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat*; en d'autres termes, nous comprenons qu'il ne faut nullement considérer le *suus* comme un véritable héritier *ab intestat*. Chez le *suus*, en effet, la volonté du testateur mort *ab intestat* n'existe pas en tant que volonté présumée; c'est au contraire une volonté nettement exprimée. Le *suus* se trouve avec la volonté subjective du défunt en une identité voulue; cette identité n'a pas été voulue simplement au moment de la mort, mais au moment où s'est noué le lien de la suite (identité de volonté); peu importe d'ailleurs le mode dont cela s'est fait, peu importe qu'il s'agisse de filiation, d'adrogation, de *in manum conventio*. Comme elle n'a pas été révoquée, cette identité de volonté est nécessairement demeurée ce qu'elle était, c'est-à-dire une identité expressément voulue. Le caractère immédiat n'apparaît dans la situation du *suus* que si l'on s'occupe du moment précis de la mort. Si l'on remonte à son origine, on voit que son premier fondement fut toujours un acte de volonté; la filiation elle-même est un tel acte et son caractère spécifique de consanguinité n'importe que fort peu ou même pas du tout; c'est ce qui nous est démontré par ce fait que de simples actes volontaires, tels que l'adrogation, la *in manum conventio*, produisent identiquement la même suite.

Quand donc il existe un *suus*, on ne peut nullement prétendre que la volonté du testateur ne se soit pas particularisée et que par conséquent il faille la supposer identique avec son essence générale ou la volonté générale; car le *suus* est précisément cette identité de volonté individuelle, instituée par la volonté subjective personnelle du défunt. Dans le *suus* nous retrouvons toujours la volonté du testateur sous une forme particulière, particularisée, expressément affirmée. Le *suus* est donc, en d'autres termes, un testament vivant; et cette dénomination concorde pleinement avec la nécessité juridique qui veut qu'un testament soit révoqué et que, de même, le *suus* soit exhérédié pour

cesser d'être héritier. Malgré son apparence paradoxale, notre proposition est absolument vraie : le *suus* n'est pas du tout héritier *ab intestat*. Il réunit plutôt en lui les deux qualités ; il est à la fois héritier testamentaire et héritier *ab intestat*, ces deux héritiers se confondent en sa personne ; aussi c'est maintenant, en dernière analyse, que nous comprenons pourquoi précisément le *suus* soit au-dessus de la règle : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus deedere potest*. De par sa conception il exclut de prime abord l'application de cette règle. Mais, ce qui précède nous explique encore cette autre erreur : tant qu'on ne s'était pas exactement rendu compte de la situation et de la signification du *suus*, tant qu'on voyait en lui le représentant de la première classe des héritiers *ab intestat*, on avait non seulement mal compris la nature du *suus*, mais encore tout le caractère de l'hérédité *ab intestat* restait inexplicable ; qui plus est, cette hérédité *ab intestat* bénéficiait même d'une apparence spéciale au *suus* et pouvait sembler une hérédité familiale naturelle.

Mais continuons notre travail ; suivons pas à pas la loi des Douze Tables, donnons une interprétation qui s'en tienne strictement aux mots et aux lettres ; si notre interprétation serre le texte d'assez près pour coïncider exactement avec les mots, elle concordera toujours avec l'interprétation de l'idée spéculative.

Le droit *ab intestat* des Douze Tables commence donc à intervenir quand il n'y a ni héritier testamentaire ni *suus*. Elle appelle l'agnat le plus rapproché. Mais comment s'exprime alors la loi ? Dit-elle, ne fût-ce que par un seul mot, que la *famille* doit recueillir la succession, ainsi qu'il plaît à la plupart de nos auteurs d'interpréter ces dispositions ? Nullement ! Elle dit : *agnatus proximus familiam habeto* ! L'agnat doit entrer en possession de la famille, *familia*. La *familia* n'est donc pas le *sujet* appelé à recueillir la succession, mais l'objet de cette succession ; elle n'est pas le principe qui hérite, mais le principe transmis. Mais quel est donc le sens réel et primitif de ce mot aux nuances si



variées, de cette *familia* romaine qui, au lieu d'hériter, est transmise, si nous nous en tenons aux expressions strictes des Douze Tables ? Malheureusement ce terme s'est glissé peu à peu dans toutes les langues modernes : Famille, famille, family ; dès qu'il frappe notre oreille, nous sommes insensiblement amenés à y attacher la signification tout autre qui nous est devenue habituelle et qui vit dans notre esprit ; en outre, si par hasard quelqu'un a tenté d'arriver à une détermination plus précise du sens, on lui a immédiatement opposé les expressions les plus vagues, les plus routinières, des mots composés dont les deux termes s'entre-détruisent, tels que : *liberté patrimoniale* ; ces expressions semblent avoir été inventées exprès pour cacher à leurs auteurs toute l'obscurité de leur pensée ; mais c'est précisément pour cette raison qu'à chaque pas tenté pour arriver à une explication claire, ces obscurités reparaissent de plus belle. Si l'on avait réellement essayé d'expliquer l'idée de *familia*, en partant de ce point de vue que ce terme renferme quelque chose de tout à fait inconnu, de complètement étranger pour nous, on aurait peut-être réussi depuis longtemps à pénétrer le véritable sens du droit successoral romain. En tout cas on n'aurait pas, comme nous le verrons sous peu, regardé l'ancien droit *ab intestat* civil comme un droit successoral familial.

L'idée de *familia* est tout simplement celle-ci : la souveraineté volontaire du sujet et l'ensemble des objets qui lui sont soumis ; une souveraineté qui reste simple souveraineté de volonté en tant qu'elle se trouve en face d'une chose ou même d'une personne considérée comme chose (l'esclave, par exemple), mais qui devient immédiatement et d'elle-même identité de volonté, en tant que l'objet de cette souveraineté n'est pas une chose, mais est représenté par des sujets qui en eux-mêmes sont libres, sujets qui, destinés à la liberté, ne trouvent dans le premier sujet que le support légitime, mais temporaire, de leur propre personnalité volontaire.

Ce sens de *familia* dérive entièrement, pour ses deux



éléments, de la souveraineté de la volonté ; il nous explique toute la suite. Du reste nous n'avons qu'à nous rapporter à l'étymologie du mot pour trouver immédiatement le bien fondé de notre explication. Le mot *familia* est le même radical primitif que *famulus*, *famulor*, serviteur, servir, et signifie par conséquent : ce qui est soumis à la souveraineté d'une volonté ; mais par extension il peut s'appliquer à cette souveraineté même, puisque celle-ci existe déjà dans ce qui lui est soumis. Cette origine étymologique saute aux yeux ; par surcroît nous avons le témoignage de Festus, qui nous rapporte en termes exprès que le mot *famulus* vient du mot osque *famel* ; or, ce mot *famel* aurait désigné un esclave, un serviteur, et c'est de la même racine que viendrait le terme *familia*. *Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata est* (1). Ajoutez à cela que par *familia* les Romains entendent tout ce qui dépend de la volonté (2), comme d'une part les esclaves, l'argent, les biens, et d'autre part la femme et les enfants (3).

(1) FESTUS, v. *Famuli*, éd. Müller.

(2) De là viennent les deux significations : *in res et in personas* de la *familix appellatio*, comme dit ULPYEN, l. 195, § 1, de v. s. (50, 16) ; on ne peut pas demander à Ulprien d'avoir entièrement compris le sens du mot, c'est-à-dire son caractère d'unité.

(3) De même, la loi des Douze Tables prend le mot *familia* déjà dans ce même sens, c'est-à-dire que, pour elle aussi, il y a là surtout un rapport entre la souveraineté volontaire et le cercle des personnes ; c'est ce qui ressort clairement du huitième fragment de la cinquième table (DIRKSEN, *loco cit.*, p. 729) ; en ce passage, en effet, la loi des Douze Tables, en parlant du droit d'héritage du *patronus* à la mort du *libertus*, s'exprime ainsi : *ex ea familia in eam familiam* ; Ulprien lui-même attire notre attention sur ces mots. Le sens est celui-ci : la loi des Douze Tables ne prend pas du tout ces mots dans deux acceptions différentes, d'abord dans le sens de chose, de fortune, et quelques lignes plus loin dans le sens de rapport personnel ; les deux fois elle le prend dans le sens unique de la souveraineté subjective de la volonté, comme nous l'avons exposé plus haut ; souveraineté qui se retrouve également dans ce qui fait son objet, les personnes aussi bien que les choses.

C'est donc cette souveraineté subjective de la volonté qui doit revenir à l'agnat, qui lui est transmise par l'hérédité; et nous trouvons ici une nouvelle confirmation de ce que nous avons dit sur l'idée spéculative de l'hérédité romaine. Mais l'agnat, tout en acquérant cette souveraineté subjective de la volonté, ne peut naturellement pas acquérir en même temps les sujets qui jusque-là dépendaient d'elle, c'est-à-dire la femme et les enfants; il ne peut acquérir, en même temps, cette souveraineté en tant qu'identité de volonté avec le testateur, et les sujets qui, dans le temps, se trouvent en dehors du testateur et de son identité. Ceux-ci sont en effet, de par leur concept même, des sujets destinés naturellement à une libre existence ultérieure; c'est même pour cette raison que les Romains leur donnent, par analogie, le nom de *liberi*, libres. De par leur concept même, ils trouvent essentiellement dans le père le représentant de leur volonté subjective; à sa mort, ils deviennent naturellement des sujets libres, *sui juris*; si bien que le père, de son vivant, a sur eux droit de vie et de mort, mais n'a plus aucun droit sur eux quand il meurt après que les enfants ont atteint leur majorité. Comme il n'est pas en son pouvoir de transmettre ce qui ne dépend plus de sa volonté, il ne lui appartient pas non plus de transmettre, par sa mort, ses enfants en même temps que sa volonté souveraine. Dès le début, ils ne relevaient de sa volonté que pour un temps déterminé et l'agnat ne peut plus les trouver sous la dépendance de cette volonté quand il prend possession de la famille (1). On peut voir maintenant combien nous avons raison de dire plus haut: la famille romaine représente, dans une coexistence temporelle, la même identité de volonté que l'hérédité romaine repré-

(1) Nous remarquons ici, dans l'esprit romain, une liberté subjective plus grande que dans le droit attique, où les filles étaient transmises avec la fortune; dans ce dernier cas se trouvait donc transmise la famille comprise à peu près dans notre sens moderne; de plus, nous voyons, à propos des filles, à quel point la liberté était moindre dans la subjectivité des Grecs.

sente dans l'existence successive de ces personnes ; cette constatation élucide complètement l'identité tout aussi bien que la différence de la *familia* et de l'*hereditas*, les points où ces deux idées se rencontrent ou divergent.

Arrêtons-nous encore quelques instants à la loi des Douze Tables et constatons que ce n'est pas la famille qui hérite, mais la famille qui est héritée par l'agnat. Cet agnat fait-il lui-même partie de la famille ? la représente-t-il en quelque sorte ? hérite-t-il parce qu'il est membre de cette famille ? Autant de questions dont la loi des Douze Tables ne dit mot, à condition toutefois que nous n'ayons déjà puisé quelque part ailleurs cette opinion préconçue, à condition encore que nous soyons bien décidés à nous en tenir d'abord au texte même de cette loi des Douze Tables.

Mais, bien que la loi des Douze Tables soit muette à ce sujet, nous pouvons nous demander si l'idée de famille n'exige pas que l'agnat en fasse partie et si cette qualité de membre de la famille n'est pas précisément la raison tacite de son droit d'héritage. Les juriseonsultes romains ne nous disent-ils pas justement cela ?

La réponse à ces deux questions jettera une lumière plus intense sur l'essence même de l'hérédité *ab intestat*.

Comment, d'après le concept de la *familia* romaine, l'agnat peut-il en faire partie ? Nous venons de déterminer par des arguments étymologiques décisifs le sens du terme *familia* ; nous avons vu que la *familia* embrassait les personnes tout aussi bien que les choses, et que par conséquent l'idée de la famille romaine était tout simplement l'idée d'identité de volonté : deux ou plusieurs personnes réunies en une seule identité par une volonté qui les pénètre toutes ; mais cette volonté n'a son existence pour elle-même que dans une seule de ces personnes, si bien que seule cette personne existe pour elle-même, tandis que toutes les autres n'existent *qu'en elles-mêmes* (virtuellement) ; seule cette personne est le support subjectif de la volonté répartie dans ce cercle de personnes ; c'est ce que nous



avons suffisamment développé à propos de la *suité*. Mais l'agnat ne se trouve pas dans cette identité de volonté vis-à-vis du mourant, et par conséquent il ne fait pas partie de sa famille.

Ce qui nous montre clairement que les *agnats* ne reposent nullement sur l'idée de famille, dans le sens moderne (allemand) du mot, ni sur une idée quelconque de consanguinité physique, c'est tout d'abord cette circonstance que cette interprétation se trouve écartée par tout ce qui a été dit plus haut pour déterminer le sens exact du mot *familia*, puis cet autre fait encore : ne rentrent pas dans la catégorie des agnats les parents qui se rattachent au défunt par des *hommes*, lorsque ces hommes, intermédiaires de leur parenté, ont quitté l'identité de volonté par des actes libres, l'émancipation, par exemple. Nous voyons par là que même le père et son propre fils, si ce dernier est émancipé, ne se trouvent plus vis-à-vis l'un de l'autre en un rapport d'agnation, de même qu'ils ont cessé de former une seule famille ; et cependant leur consanguinité physique n'a pas du tout souffert, et le droit prétorien sait parfaitement tirer parti de ce point de vue.

Mais cette différence spécifique entre le droit prétorien et le droit civil nous montre d'autant plus clairement que, pour le *jus civile*, la consanguinité physique ne rentre nullement dans le concept de la *familia* romaine.

Dans son sens rigoureux, la famille romaine se rapporterait donc uniquement au rapport existant entre le Romain et les *sui* : c'est en effet le seul cas où il y ait identité de volonté. Telle est la première conséquence qui se dégage des considérations ci-dessus.

Jusqu'à quel point et comment les agnats forment-ils cependant une telle identité de volonté, par suite une famille romaine ?

Tout d'abord ils ne forment pas entre eux une famille de ce genre ; ils ne forment donc pas de famille dans le sens romain du mot. Ils ont leur identité de volonté en dehors d'eux-mêmes, dans le sujet commun de la volonté, c'est-à-



dire le *paterfamilias* ; ils ressemblent aux yeux de la vigne, en ce sens qu'ils sont simplement greffés, sériés (adgnati) sur leur sujet commun. Par la mort du *paterfamilias*, l'identité de volonté disparaît entre eux, parce qu'elle n'a jamais existé directement entre eux. Mais il leur reste toujours le souvenir qu'ils ont joui, dans la personne du défunt, de cette identité de volonté ; c'est ce souvenir qui les relie maintenant et forme leur élément commun. Mais dans ce souvenir, l'identité de volonté se trouve transformée en une identité irréelle, ayant existé dans le passé ; l'autonomie et l'indépendance de leurs volontés réciproques se retrouvent vaguement dans cette nouvelle identité : c'est maintenant une *suité* disparue, une disposition primitive surmontée, un arrière-fond vague, une présupposition antérieure, le point d'où s'est développé anciennement leur être.

Tel serait forcément, d'après tout ce que nous avons dit sur le sens véritable du mot *familia*, le rapport entre les agnats ; ils n'y aurait donc pas là de famille romaine au sens strict du mot tel que l'admet le droit civil.

Et cependant nous nous sommes demandé plus haut pourquoi les jurisconsultes romains nous affirment que les agnats forment une telle *familia* ?

Mais ils ne le disent pas du tout ! Comment les jurisconsultes romains pourraient-ils nous dire une chose qui est matériellement fautive ? Seul un examen superficiel et inexact a pu faire découvrir dans leurs écrits une pareille affirmation.

Ce que les jurisconsultes romains nous disent en réalité concorde au contraire avec ce que nous venons de dire ; et même nous pourrions à l'heure actuelle en retrouver les divers éléments dans le passage classique d'Ulpien, relatif à la *familia*. Ulpien dit(1) : « Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut natura aut jure(2)

(1) L. 193, § 2, *de v. s.* (50, 16).

(2) Il est donc absolument indifférent que cette sujétion soit na-



subjectæ... et quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, singulas familias incipiunt habere ». Par conséquent, le concept rigoureux de la famille (*jure proprio*) renferme uniquement l'identité de volonté (le lien de la puissance paternelle) et ne se transmet donc pas aux agnats ; après la mort du *paterfamilias*, ceux-ci ne forment donc plus de famille qu'avec leurs propres *sui*, mais pas entre eux (*singulas familias incipiunt habere*), comme nous venons de le montrer... *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum, nam etsi paterfamilia mortuo singuli singulas familias habent* (une fois de plus on fait ressortir ce qui précède), *tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt* (l'identité passée, mais existant toujours dans le souvenir) *recte ejusdem familiæ appellabuntur* (mais dans ce sens plus généralisé, plus atténué du mot, les agnats ne forment pas encore entre eux de famille particulière, ils continuent d'exister en tant qu'ils sont la famille du défunt ; ils n'ont d'élément commun, c'est-à-dire ils ne forment de famille que parce qu'ils se rappellent qu'anciennement ils ont eu dans ce défunt le sujet de leur volonté) *qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* »

Ulpien nous dit donc en termes très secs : *jure proprio* les agnats ne forment pas de famille. Mais la loi des Douze Tables n'est-elle pas chez les Romains plus que toute autre *jure proprium* dans le sens le plus rigoureux, le plus élevé, le plus exclusif du mot ? Ulpien dit donc également ceci : pour la loi des Douze Tables les agnats ne sont et ne forment pas de famille, et à son point de vue seuls les *sui* du défunt forment une famille (1). Mais à ces *heredes sui* qui

tura aut jure, en d'autres termes, la nature de la sujétion n'est pas impliquée dans le concept du rapport.

(1) Ulpien le dit même en termes plus décisifs. En manière d'introduction, il dit, en effet, dans son étude de la famille et de sa double signification, qu'elle désigne un corps (« ad corporis cujusdam significationem refertur »), lequel « aut jure proprio ipsorum aut communi universæ cognationis continetur ». La deuxième acception du mot *familia*, d'après laquelle les agnats — il nous a dit



seuls, d'après la loi des Douze Tables auraient droit au nom de famille (1), le droit *ab intestat* des Douze Tables ne transfère nullement le droit d'héritage ; il ne fait que les présupposer en cette qualité comme nous l'avons vu plus haut. La première classe d'héritiers auxquels, en l'absence d'héritiers testamentaires ou de *sui*, la loi des Douze Tables confère l'hérédité, sont donc des personnes que la loi des Douze Tables, ainsi qu'Ulpie nous l'a constaté de la façon la plus

pourquoi — forment également une famille, c'est-à-dire la famille du défunt ; cette acception, dont il commence l'étude par ces mots : « *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum, etc.* », est donc celle qui « *communi (jure) universæ cognationis continetur* ». Mais il s'agit de savoir si le point de vue auquel se place la loi des Douze Tables est réellement celui de l'*universa cognatio*, et si d'ailleurs on peut l'expliquer de ce point de vue. Le passage d'Ulpie peut donc s'interpréter comme suit : Si l'on se place au point de vue de la cognation totale, auquel la loi des Douze Tables ne se place précisément pas, c'est-à-dire au point de la consanguinité naturelle ou, en d'autres termes, — puisque chez les Romains, le *cognatus* comprend les parents du côté paternel tout aussi bien que les parents du côté maternel, les agnats comme les cognats, — si l'on se place au point de vue du droit prétorien, du *jus gentium, etc.*, on trouvera qu'à ce point de vue, qui n'est pas le point de vue civil proprement dit, le rapport d'agnation, tel que l'admet proprement le droit civil, apparaît encore comme une communauté particulière, — même antérieurement à la simple consanguinité des cognats, dont Ulpie ne parle que plus tard au paragraphe 4, — comme une famille particulière ; en effet, considérés de ce point de vue, les agnats pourraient, à la rigueur, s'appeler la famille civile du défunt. — Et c'est, en fait, ce principe que le droit successoral prétorien met à exécution quand il se place au point de vue de la famille naturelle, de l'*universa cognatio*, pour reconnaître le droit des simples cognats tout en leur préférant les agnats. — Les agnats considérés en eux-mêmes ou l'agnation, dit Ulpie, ne forment donc pas, au point de vue civil, de famille ni de corps familial, mais ils apparaissent comme tels, quand on les considère du point de vue prétorien de l'*universa cognatio*. Nos auteurs n'ont que trop souvent montré que telle est, en effet, l'impression faite par les agnats.

(1) Mais il ne faudrait pas encore prendre le mot famille dans le sens moderne du mot, puisqu'il peut s'agir indifféremment de *natura aut jure subjectæ*, mais dans le sens romain d'identité de volonté.



catégorique, ne considère pas comme famille du défunt.

Comment pourrait-on encore dire après cela que le droit d'héritage *ab intestat*, tel que nous le donne la loi des Douze Tables, est un droit familial ? Et l'on peut à juste titre s'étonner qu'une pareille conception, grâce à laquelle le droit romain disait absolument le contraire de son véritable sens, ait ainsi pu se transmettre d'auteur à auteur, s'imposer constamment et partout avec la même autorité absolue. Si les jurisconsultes avaient une seule fois, mais sérieusement, pris comme point de départ une rigoureuse interprétation des termes, interprétation dont on parle à tout instant dans les traités de droit romain, s'ils s'étaient tenus strictement aux paroles des Douze Tables et d'Ulpien, ils seraient forcément, nous le croyons, parvenus au même résultat qu'en partant du concept spéculatif.

Mais l'idée abstraite de l'entendement consiste précisément à se tromper tout autant sur l'esprit que sur le mot matériel lui-même ; et les jurisconsultes en ont été réduits à se contenter partout de termes vagues, pâles et équivoques.

Continuons cependant notre interprétation des mots et nous verrons l'esprit du droit de succession *ab intestat* se dérouler devant nous avec une clarté toujours plus vivace, plus concrète, plus probante, tel que nous l'avons déduit du concept lui-même.

Les Douze Tables ne disent donc pas que la succession *ab intestat* doit appartenir à la famille ni que l'agnat fasse partie de la famille du défunt.

Mais quel est donc leur principe d'hérédité ? Plus haut nous avons déterminé ce principe au point de vue conceptuel, essayons maintenant de le déduire avec plus de précision encore des mots mêmes.

Nous en trouvons l'explication la plus évidente dans les paroles même d'Ulpien que nous avons citées plus haut : «...tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt...» : Cependant tous ceux qui se sont

trouvés sous l'autorité volontaire d'un seul et même individu, sont appelés à juste titre la famille de cet individu, en tant qu'ils sont issus d'une même maison, d'une même *gens*. »

De ces paroles on peut conclure immédiatement que l'hérédité des agnats était déjà basée sur le même principe qui servait de fondement à l'hérédité des *gentiles* ; or personne ne s'avisera de faire passer ce dernier droit pour un droit successoral de famille (1).

Ces paroles nous montrent déjà les agnats et les *gentiles* comme deux gradations de la même pensée, comme les conditions préalables dont est sortie la personnalité volontaire.

En d'autres termes : la loi de l'hérédité *ab intestat* est tout simplement une recherche de l'individu.

Lorsque l'individu ne s'est pas perpétué lui-même, quand il n'existe ni comme héritier testamentaire ni comme *suus*, la loi de la succession *ab intestat* intervient pour rechercher et perpétuer l'individu ; elle le cherche d'abord dans ses conditions préalables.

Ce n'est qu'en déterminant exactement ce qu'elle cherche que nous pourrions déterminer où elle trouvera l'individu. Car l'expression : le droit *ab intestat* romain cherche l'individu ne signifie nullement que le droit recherche l'individu en tant qu'homme ; ce serait une expression bien vague, sans le moindre sens, puisque tout dépend de ce que l'on fait rentrer dans le concept : *homme* ; le droit *ab intestat* cherche l'individu en tant qu'homme au sens romain du mot, c'est-à-dire, en tant que personnalité volontaire. Naturellement il ne peut plus trouver l'individu comme identité (héritier testamentaire, *suus*) ; dans ce cas il n'aurait en

(1) C'est ce que nous prouve également l'histoire du droit de succession chez les Romains ; tandis qu'en effet, le *jus gentilitium* disparaît de bonne heure, nous voyons, au contraire, dans l'histoire du droit de succession *ab intestat* civil que, sous l'influence du droit prétorien, ce droit est en marche vers le droit de succession familial.



effet plus besoin de le rechercher ni de prendre des dispositions à ce sujet. Il va donc le rechercher autre part, dans les conditions préalables de cette volonté subjective, dans le point initial qui a pu servir de point de départ, dans l'identité de volonté qui existait précédemment dans la volonté d'un tiers, c'est-à-dire dans l'agnation; et tout ce qu'il manque à cette ancienne identité de volonté pour être une réelle identité, la loi le supplée par la force de ses dispositions légales (1).

Remontant de condition en condition, elle cherche l'individu, à défaut d'agnats, dans la supposition même de ces agnats, dans l'arrière-fond d'où est sortie cette identité pareillement disparue, dans l'arrière-fond constitué par la race et la parenté collatérale. Les *gentiles* et les *agnati* sont en principe identiques, comme nous le voyons déjà dans les paroles d'Ulpien relatives aux agnats *qui ex eadem... gente proditi sunt*; ils ne diffèrent que par le degré de leur parenté, l'agnat étant plus proche parent. C'est ce qui se vérifie du reste dans l'évolution historique. Au moment même où le droit des *gentiles* tombe dans l'oubli, le droit des agnats est déjà miné par le principe de la famille ou de la cognation, dont nous trouvons le développement dans le droit prétorien.

Ainsi donc, comme nous venons de le voir, le droit *ab intestat* cherche l'individu dans ses conditions préalables et remonte pour cela de condition en condition; en fin de compte, il nous apparaît absolument tel que nous l'avons défini plus haut : la volonté présumée de l'individu.

(1) Nous constatons donc ici, dans la réalité même, le caractère subsidiaire du droit de succession *ab intestat*, dont la situation subsidiaire au point de vue formel n'est qu'une conséquence nécessaire. Mais, du moment que l'ancienne identité de volonté, conservée à l'état de souvenir, constituait le caractère propre de l'hérité *ab intestat*, nous comprenons aisément qu'avec son concept de l'héritage, le Romain ne pouvait se contenter d'avoir l'agnat pour héritier de par le droit *ab intestat* et que, par conséquent, il devait lui importer extrêmement de faire de cet héritier *ab intestat* un héritier testamentaire.



Nous avons vu également à quel point de vue la loi *ab intestat* cherche l'individu ; elle ne le cherche pas par rapport à ses autres relations humaines et naturelles, mais en tant qu'il forme une personnalité volontaire.

Il ne nous reste plus qu'à faire ressortir un troisième aspect impliqué déjà dans ce qui précède. Comment le droit *ab intestat* procède-t-il dans cette recherche de l'individu ? Dans la discussion du concept spéculatif nous avons vu plus haut qu'en dernière analyse le droit *ab intestat* se résout en la volonté individuelle présumée ; mais cette volonté ne se particularisant pas, on la considère comme identique avec l'être général de la volonté ou, en d'autres termes, avec la volonté générale. Dans son concept concret, le droit *ab intestat* se précise donc, à nos yeux, comme la volonté générale de la nation, supposé et s'appliquant en tant que volonté de cet individu. Cet aspect de la volonté générale se retrouve au plus haut degré dans le droit *ab intestat*, d'abord, au point de vue formel, dans son caractère légal, ensuite, et tout autant, dans son contenu même ; et de même que la considération que nous venons d'exposer d'une façon plus concrète, il forme justement l'individu tel que le comprend le droit *ab intestat*.

L'essence du peuple est la communauté volontaire ou la volonté générale. Mais cette communauté de volonté, qui forme le concept général du peuple, a une structure organique formée de différents groupes qui composent ce tout et produisent le peuple. Son extrémité la plus subjective est l'identité de volonté entre le *Moi* et les *sui* ; viennent ensuite l'identité *passée* des agnats, puis la présomption de cette ancienne identité, c'est-à-dire les *gentiles*, et enfin, derrière ceux-ci, la totalité de la volonté générale ou le peuple. Mais du moment que le droit *ab intestat* a pour seul contenu le principe de la communauté volontaire, il ne saurait avoir, en réalité, d'autre contenu que le concept du peuple ou de la volonté générale elle-même, ainsi que les groupements organiques qui donnent naissance au peuple ; il ne saurait avoir d'autre contenu que le concept



qui est formellement le concept de toute nation, mais qui, pour le peuple romain, s'applique à la forme tout aussi bien qu'au fond et pose les bases réelles sur lesquelles repose cette association de volonté, comme on pourrait caractériser le peuple romain.

Nous voyons donc ici, de façon plus concrète, combien nous avons raison tout à l'heure, de ne voir, dans le concept du droit de succession *ab intestat*, que la volonté générale, présumée, comprise et acceptée comme la volonté de cet individu. Ce qui forme le fond du droit de succession *ab intestat*, c'est donc la volonté générale ou le principe du peuple; la seule raison qui l'empêche de faire absolument coïncider la volonté individuelle avec la volonté générale, en d'autres mots, d'instituer le peuple comme héritier, c'est qu'il renferme la volonté générale uniquement comme la volonté présumée de l'individu qui ne s'est pas particularisé. Mais parce que, dans l'individu, la volonté générale se trouve exprimée par ces groupements organiques d'individualisation, sans que même il y ait besoin d'acte spécial, créateur de ce caractère personnel et particulier; il s'ensuit que la loi doit forcément appeler ces groupements aux bénéfices de la succession. Ou encore : comme le principe du droit d'héritage est le principe de la volonté individuelle présumée comme volonté générale, l'hérédité doit nécessairement être conférée à ces groupes. Ces groupes constituent la réalisation, sous une forme physique, de toutes ces conditions, de toutes ces bases, qui servent de traits d'union entre la volonté individuelle et la volonté générale; ils sont la condition du rapport qui existe, dans l'individu, entre la volonté individuelle et la volonté générale. Cette volonté générale n'existe pas dans l'individu à l'état de volonté clairement exprimée par testament, mais à l'état de volonté simplement présumée; et ces groupements eux-mêmes sont en réalité la présomption vivante d'après laquelle la volonté générale existe dans l'individu, en d'autres termes, d'après laquelle l'individu fait partie de ce peuple. Ces cercles sont donc maté-



riellement absolument la même chose que le principe du droit de succession *ab intestat* ; ils sont la volonté générale existant comme présomption dans l'individu.

Il résulte de cette discussion que c'est bien au concept du peuple ou de la volonté générale que la loi de succession *ab intestat* transmet l'hérédité lorsqu'il la transmet aux groupements organisés et aux associations qui réalisent ce concept. Nous avons vu précédemment que la loi de la succession *ab intestat* n'était que la recherche de l'individu ; nous voyons maintenant que, bien que cette explication s'applique tout aussi bien, à cause de leur identité spéculative, au fond qu'à la forme, nous devons cependant la maintenir, d'une façon plus approfondie et plus concrète encore, par rapport à la matière : la loi de la succession *ab intestat* est la recherche du général dans ses groupements organiques et a pour contenu le principe du peuple. Mais puisque la loi de succession *ab intestat* s'applique surtout à rechercher la volonté générale, le principe du peuple, dans ses diverses gradations, elle doit forcément trouver le principe de l'individu (romain) ; elle doit en effet voir dans ces groupements de la volonté générale précisément les cercles de volonté desquels la volonté générale naît organiquement ; pour cette même raison elle doit les instituer comme héritiers ; elle le doit parce que le fond de cet esprit national est le concept même de la volonté. En cherchant ce concept dans ses groupements divers, il doit nécessairement trouver le principe de l'individu, mais de l'individu romain, puisque ce dernier ne se conçoit pas autrement si ce n'est comme *personnalité volontaire*. On voit au premier coup d'œil que cette coïncidence n'est pas purement fortuite. Si le fond de cet esprit populaire n'était pas le concept de volonté, l'individu ne pourrait voir exclusivement son être dans le fait d'être une volonté subjective. Et *vice versa* : Si l'individu ne mettait pas son être spirituel, l'être humain en général, dans le fait d'être une volonté subjective, le concept de volonté ne pourrait être le concept fondamental de l'esprit national romain, et, par

conséquent, sa réalisation et son application intégrale par la création du système juridique, ne pourraient pas davantage être son fait.

Mais il ne suffit pas non plus de considérer l'identité conceptuelle des deux facteurs, le général et l'individuel, comme une identité purement existante et de l'expliquer en disant que la loi de succession *ab intestat* cherche le général et trouve le particulier ; il faut avant tout comprendre et retenir que cette identité se trouve posée, de prime abord, dans le principe de la loi de succession *ab intestat*. La loi de succession *ab intestat* cherche en effet la volonté générale, telle qu'elle est supposée exister dans l'individu ; par conséquent, l'identité naturelle des deux facteurs se trouve également posée tout naturellement dans la loi de succession *ab intestat*.

Nous avons très longuement insisté sur la discussion des éléments conceptuels du droit *ab intestat*, parce que seule la compréhension très claire de ces éléments nous met à même de comprendre la nécessité logique du droit *ab intestat* romain et d'en élucider les contradictions apparentes ; en outre, si nous n'avions solidement établi ces bases, il serait impossible de comprendre les développements ultérieurs que nous allons donner, et même d'écrire la dogmatique détaillée et l'histoire dont nous ne pouvons nous occuper ici. Résumons toute la discussion en ces deux courtes propositions : le concept formel du droit de succession *ab intestat* est la volonté présumée de l'individu qui ne s'est pas particularisé. Si l'on s'arrête donc au concept formel du droit de succession *ab intestat*, on voit que primitivement il est avant tout déterminé par l'élément individuel ; c'est donc cet élément auquel il faudra s'attacher, surtout quand il s'agit de la position formelle du droit de succession *ab intestat*, de son rapport formel avec le droit testamentaire.

Mais quel est le concept fondamental du droit de succession *ab intestat* ? en d'autres termes, quel est le contenu de la volonté individuelle présumée ?



Nous avons vu plus haut que la volonté qui ne s'est pas particularisée s'identifie avec son être général, avec la volonté générale ; mais de ce concept formel découle, comme conséquence logique et nécessaire, que le concept fondamental du droit de succession *ab intestat* ne peut être que la volonté générale. On dirait donc que l'individuel s'est changé en son juste contraire, le général, et qu'il n'a fait que changer et même se perdre dans ce deuxième élément. Mais ce ne serait là qu'une apparence à laquelle on ne pourrait nullement s'en tenir. En effet, la volonté générale ne se trouve posée comme le principe fondamental du droit de succession *ab intestat* qu'à cause de son identité avec la volonté individuelle non-particularisée. L'identité de la volonté générale et de la volonté particulière se trouve donc également posée dans le concept fondamental du droit de succession *ab intestat*. En d'autres termes, c'est la volonté générale, en tant que présumée existante dans l'individu, individualisée d'elle-même, telle qu'elle existe par conséquent dans ces groupements organiques, individualisés et les associations de volontés, par où la volonté générale se communique à l'individu et s'établit en lui.

Le concept total du droit de succession *ab intestat* est donc celui d'une identité expressément voulue de ses deux éléments, la volonté générale et la volonté individuelle ; c'est une unité. Par rapport au concept *formel* du droit de succession *ab intestat*, cette unité relève principalement de la définition de l'individuel, mais par rapport au concept fondamental elle relève surtout de la définition du général ; mais comme dans les deux cas elle est affirmée comme unité, il peut sembler qu'on intervertisse parfois ces deux définitions qui à cause de leur identité se confondent réellement l'une dans l'autre. Si, par exemple, on s'en tient à un examen purement extérieur et formel, admettant que la loi de succession *ab intestat* représente, en tant que loi, la volonté générale, on pourrait peut-être dire également que le concept formel du droit de succession *ab intestat* est la volonté générale et que le concept *matériel* consiste dans la



recherche de l'individu et de sa volonté présumée. De même si l'on s'en tient à l'examen du concept *matériel* du droit de succession *ab intestat*, admettant que l'élément conservé et mis en évidence est toujours le concept individuel de volonté, on pourrait dire que ce concept constitue le contenu du concept de l'hérédité *ab intestat*, tandis que l'élément général, provenant de ces groupements et de ces associations, n'est que la forme dans laquelle se trouve réalisé ce contenu individuel. Ce qui importe c'est de ne pas se laisser illusionner par le jeu de ces abstractions, mais de comprendre et de maintenir leur unité conceptuelle qui tout de suite mêle les différences et a dû par conséquent avoir été posée comme unité.

Déjà dans nos premiers développements relatifs au concept du droit *ab intestat* considéré comme la volonté générale, cette unité était affirmée complètement, mais présumée, comprise et s'appliquant en tant que volonté de cet individu déterminé ; ce que nous venons de voir plus en détail, c'est tout simplement la forme en laquelle ses deux éléments peuvent nous apparaître respectivement ; et c'est justement parce qu'ils se confondent l'un avec l'autre et ne forment qu'une seule unité, qu'ils peuvent se dissocier en apparence et nous induire en erreur, tant que nous n'avons pas acquis la claire notion de leur unité conceptuelle.

Le concept, venons-nous de dire, du droit de succession *ab intestat* a pour contenu l'unité de la volonté générale et de la volonté individuelle, affirmée sous l'influence dominante de la définition du général. C'est ce qui nous apparaît comme la vérité concrète de la matière, tout d'abord dans ce fait que la loi de succession *ab intestat* peut bien, dans ses recherches, finir par découvrir le principe de l'individu, comme nous l'avons dit plus haut ; mais elle ne trouve plus l'individu, la volonté subjective particulière et son identité (*suus*, héritier testamentaire). Si cette identité existait encore, le droit de succession *ab intestat* n'aurait nullement besoin de faire des recherches. Dans ces recherches il s'éloigne de plus en plus de l'individu comme tel et



il se rapproche de plus en plus de ce qui est purement général dans le peuple ; et ainsi il nous décele immédiatement le comment et le pourquoi, la voie et la direction de ses recherches. C'est ce que du reste nous avons précédemment annoncé, en disant que dans ses recherches le droit de succession *ab intestat* ne trouve pas l'individu lui-même, mais simplement le principe de l'individu. Ce principe de l'individu constitue précisément ce qu'il renferme d'absolument général, d'éléments empruntés à l'esprit national du peuple.

La cause nécessaire de ces considérations rétrospectives était en dernière analyse de montrer sous quelle forme le droit de succession *ab intestat* cherche et trouve l'individu, et nous croyons avoir réussi à donner le comment et le pourquoi, la voie et la direction de ces recherches. C'est le principe de ces recherches qui détermine ces recherches concrètes et leur résultat final. Or, ces recherches ont pour but de rechercher l'individu dans une certaine direction, dans le rapport qui le rattache à la volonté générale.

Il reste donc acquis que le concept fondamental du droit de succession *ab intestat* est l'unité de la volonté générale et de la volonté individuelle, affirmée sous l'influence dominante de la définition de la volonté générale. Ou il reste acquis que c'est le concept du peuple ou de la volonté générale qui, sous la forme de groupements organiques et d'associations, sous laquelle il se réalise dans le peuple, est appelé par la loi de succession *ab intestat* à recueillir la succession (1).

(1) Le seul qui ait vaguement entrevu cette explication, sans toutefois arriver à la pure vérité, est Niebuhr (*Histoire romaine*, 2^e édition, II, 381). Huschke l'attaque très violemment (*Rhein. Mus.*, VI, 289, note 51) : « Niebuhr, dit-il, a cette idée absolument fautive juridiquement que, dans les testaments aux comices, le peuple devait confirmer les dispositions dernières, parce que, si un seul individu était mort, la fortune eût, par la *familia, gens, curia*, médiatement appartenu au peuple » (Niebuhr dit : « Comme la fortune d'une famille éteinte revenait à la curie, celle d'une curie éteinte au publi-



Mais s'il en est ainsi, nous pouvons immédiatement tirer une conclusion nécessaire. Si le droit d'héritage est trans-

cum, c'est-à-dire à l'ensemble des citoyens, il fallait le consentement du peuple tout entier : c'est ce qui fut l'origine des testaments devant le pontife et les curies ».) « Mais on sait, continue Huschke, que les *bona vacantia* tombèrent autrefois en déshérence, et ne furent attribués au trésor public que par les lois *Junia* et *Papia*. Si l'on voulait appliquer logiquement cette pensée, du reste complètement étrangère au droit romain, ce seraient les agnats ou, du moins, les *gentiles* éventuellement laissés par le défunt qui devraient donner cette approbation, mais non pas le peuple qui se trouve exclu du fait même de leur existence. Niebuhr connaissait le droit au point de vue *historique*, mais non au point de vue *juridique*. » C'est ainsi que Huschke termine en soulignant les mots. — Tout d'abord il est absolument faux que le peuple ait jamais confirmé le testament dans les comices ; Huschke a parfaitement raison de dire que, même en admettant l'hypothèse de Niebuhr, les *gentiles* seuls et les agnats auraient pu donner cette approbation. Huschke a encore raison quand il objecte à Niebuhr, que dans l'ancien droit, les *bona vacantia* tombaient en déshérence, c'est ce qui découle nécessairement de tout ce que nous avons dit jusqu'ici pour expliquer le concept même de l'héritage ; du reste, nous aurons occasion d'y revenir encore plus loin. Il a parfaitement raison de dire que Niebuhr commet une erreur contraire au sens juridique en prétendant que, s'il était mort un simple individu, sa fortune aurait médiatement appartenu au peuple. La fortune n'appartient qu'à l'individu. Quand l'individu meurt, cette fortune ne peut appartenir qu'à celui qui continue individuellement la volonté du défunt. Et lorsque l'individu présumé que le défunt, de par la nature générale de sa volonté, a désigné, en dernier ressort, comme le continuateur individualisé de sa volonté, refuse, à son tour, cette identité à lui offerte, que, par conséquent, la perpétuation de la volonté testatrice se trouve niée, la fortune, devenue une fortune sans maître spécifié, doit forcément devenir la proie du premier occupant. Et cependant, malgré toutes ces erreurs, il n'en existe pas moins, comme cela découle d'ailleurs de tout ce qui précède, une certaine part de vérité dans le pressentiment de Niebuhr ; celui-ci a, en effet, entrevu que, dans le droit de succession *ab intestat* du Romain, le sujet qui succédait était réellement le concept du peuple. L'erreur de Niebuhr, si forte soit-elle, renferme plus de vérité morale que cent affirmations juridiquement exactes. Et, pour une erreur de ce genre, on ne mérite réellement pas d'être traité avec le dédain dont Huschke fait preuve, en opposant, chez Niebuhr,

mis à la volonté générale organisée et considérée comme telle, il est évident que l'hérédité n'est pas transmise aux personnes particulières, considérées comme telles, qui font partie de cette association ; ces personnes ne reçoivent l'hérédité qu'en tant qu'elles représentent momentanément ces groupements et ces associations, qu'elles sont les porteurs momentanés de cette situation organique de la volonté générale. En d'autres termes, nous avons ici une nouvelle confirmation, plus concrète et plus précise encore de ce que nous avons montré plus haut ; on voit pourquoi et comment le droit de succession *ab intestat* est un héritier de l'*ordo*, un droit de la *communauté de classe* ; et nous pouvons hardiment employer cette dernière expression, en nous rappelant que ce qui constitue cette *classe* n'est en somme que cette communauté volontaire, considérée dans un de ses organismes. Ce ne sont pas les individus qui héritent, c'est l'idée même de cet organisme de volontés ; l'individu n'hérite qu'en tant qu'il est le représentant momentané de cette communauté aux yeux du défunt ; c'est pour cette raison que les Douze Tables doivent dire simplement : *agnatus proximus habeto*.

De cette façon nous avons, par avance, démontré dans

la connaissance historique à la science juridique. Si Huschke avait eu l'intention de se vanter que la science juridique atteint en lui son point culminant, il en aurait eu complètement le droit. Tout le monde est d'accord à ce sujet et personne ne lui disputera cet honneur. Si, au contraire, il voulait vanter la science juridique elle-même, il a bien tort. La science juridique n'est nullement autorisée à se tresser des couronnes de lauriers ; c'est ce qui doit ressortir jusqu'à l'évidence à chaque page de nos deux volumes, bien que nous ayons, autant que possible, évité toute polémique. Mais pour que cette science ne se fasse pas d'illusions, nous nous proposons, dans le cours de ce chapitre et dans l'appendice, d'exposer la nature de cette science juridique précisément dans Huschke lui-même, puisqu'il en est le point culminant. Quant à Niebuhr, ce fut son coup d'œil historique qui le rendit capable d'avoir ce pressentiment ; et il faut bien avouer que ce coup d'œil est bien au-dessus du simple savoir juridique (voir plus loin, l'appendice à ce chapitre).



son intime nécessité un point important qui non seulement, comme du reste presque l'ensemble du droit successoral, n'avait jamais pu être élucidé jusqu'à nos jours, mais que l'on donnait même carrément comme incompréhensible ; et l'on avait, ainsi que cela se pratique toujours dans de pareils cas, rejeté la faute sur le droit romain lui-même et son formalisme rigide et littéral. Nous voulons parler du principe de droit civil d'après lequel, si l'agnat qui, au moment de la mort, était le plus proche refuse ou vient à mourir, toute l'hérédité dévolue à l'ordre des agnats, et *a fortiori* celle dévolue à l'ordre des *gentiles* disparaît, au lieu que les autres agnats ou même, le cas échéant, les *gentiles* soient appelés au bénéfice de la succession ; c'est ce principe que les Romains énonçaient : *in legitimis hereditibus successio non est* (1).

Dans son ouvrage intitulé : « L'esprit du droit romain » (2), un écrivain récent, Ihering, s'exprime à ce sujet commesuit : « Le mot *proximus* (dans les Douze Tables) devait fournir prétexte à l'exclusion de la *successio graduum*, et les paroles suivantes (3) : *si agnatus nec escit* à l'exclusion de la *successio ordinum*. On prenait en effet les deux passages au sens absolu : quand, à la mort du testateur, il existait un *agnatus proximus*, et que celui-ci eût d'ailleurs répudié l'héritage ou qu'il fût mort avant l'adition, on n'en déclarait pas moins l'agnat suivant exclu de toute hérédité ; de même on n'admettait pas les *gentiles* dans ce cas, sous prétexte qu'ils n'étaient appelés que dans le cas *si agnatus nec escit* et que la mort ultérieurement survenue ou la renonciation de l'agnat ne pouvaient empêcher ce dernier d'avoir existé. C'était là un véritable modèle d'interprétation verbale. Pour peu que l'on prit la peine d'y regarder d'un peu près, on ne pouvait en effet se

(1) PAULUS, R. S., IV, 8, § 23 ; ULPIN, XXVI, § 5 ; GAIUS, III, §§ 11, 12.

(2) II, 483 (Leipzig, 1838).

(3) Cf. p. 239, note 1.



cacher que, dans l'ordre de succession *ab intestat*, les parents les plus éloignés ne fussent pas exclus purement et simplement en cette qualité, mais dans l'intérêt de l'*agnatus proximus* ; par conséquent, sitôt le *proximus* disparu, on ne voit pas de raison qui puisse s'opposer à la vocation d'un autre plus éloigné, puisque, dans ce cas, un autre plus éloigné est au moins relativement l'*heres proximus*. Si de telles expressions se trouvaient dans une loi moderne, nous les interpréterions dans un sens relatif et nous dirions : L'*agnatus proximus* est celui qu'un autre plus rapproché ne sépare pas de la succession ; de même il faut admettre les *gentiles* au bénéfice de la succession, du moment que, dans ce sens, il n'existe pas d'agnat, c'est-à-dire du moment que pas un agnat ne peut ou ne veut faire valoir ses droits (1). »

Ihering a complètement raison ! Quand on apporte un esprit allemand dans l'étude du droit romain, quand on considère l'héritage comme une simple transmission de patrimoine, et qu'on voit dans la succession *ab intestat* un droit des membres de la même famille, etc., bref, quand on prend toutes choses pour le contraire de ce qu'elles sont réellement, on doit être bien étonné de trouver dans le droit romain tout le contraire de ce qu'on y supposait contenu. Mais comme, d'autre part, rien ne saurait rester sans explication, il faut bien chercher cette explication dans le formalisme littéral rigoureux ; si par surcroît cette explication constitue réellement un modèle du genre, nous n'avons qu'à ajouter que c'est un modèle d'absurdité. En effet, si les agnats, comme on le suppose dans ce raisonnement, avaient été appelés à recueillir la succession *ab intestat* ; en d'autres termes, si la loi des Douze Tables leur avait conféré un droit éventuel de succession, en tant qu'ils sont des personnes particulières, les juriconsultes romains auraient probablement compris tout aussi bien que les

(1) Ce sentiment est partagé par Gans (II, 381), Savigny et généralement tous les auteurs.



autres que, dans cette hypothèse, l'expression de *proximus agnatus* ne pouvait nullement exclure les agnats éloignés, si les *agnati proximi* venaient à disparaître. Au contraire, ce procédé eût constitué une impossibilité juridique, un contre-sens en droit ; en effet, si la loi de succession *ab intestat* avait conféré un droit éventuel de succession à toutes les personnes particulières, précisément parce qu'elles font partie de l'agnation, la mort de l'agnat précédent constituerait effectivement la condition juridique indispensable pour la réalisation actuelle de ce droit éventuel dévolu aux agnats subséquents ; mais il n'aurait pu y avoir là raison suffisante pour faire tomber leur droit.

Les juristes romains n'auraient pas fait alors une simple interprétation verbale ; mais ils auraient honteusement maltraité les mots, ils auraient fait subir à la loi la plus absurde mutilation ; contre toute équité ils auraient dénié aux agnats le droit que leur conférait la loi.

Il est vrai que l'« examen impartial » admet ces conclusions, puisqu'il ne « peut pas se cacher », qu'il existe un droit appartenant aux agnats éloignés.

Cet aveu ne nous apprend qu'une chose : que le savoir juridique d'aujourd'hui ne ressemble pas du tout au savoir juridique d'autrefois, et que même on a perdu toute intelligence de ce dernier.

Mais d'après toutes nos discussions précédentes l'on doit parfaitement comprendre pourquoi le droit de succession *ab intestat* ne pouvait admettre de *successio graduum*, de vocation consécutive des personnes particulières appartenant à l'agnation.

Cette *successio graduum* était impossible. Le droit de succession *ab intestat*, comme nous l'avons vu plus haut, n'est pas en réalité un droit de succession dévolu aux individus particuliers ; ce n'est pas une hérédité des membres d'une même famille ; c'est tout simplement un droit appartenant à l'*ordo*, l'hérédité de l'idée de la communauté volontaire générale organisée en ces divers groupements. Et cette idée est représentée par l'individu qui, aux yeux du



défunt, était le véritable représentant momentané de ces groupements, le support de l'idée, l'agnat le plus proche et par conséquent le moyen-terme vivant qui sert à relier la volonté du défunt à ces diverses associations de volontés. — C'est un droit des *ordines*, c'est-à-dire des séries, dans lesquelles se distribue la communauté générale des volontés, et cette communauté vit et est représentée par son chef de file, par l'agnat le plus proche ! C'est donc une hérédité de l'ordre, mais non pas de l'ordre en tant qu'il n'est plus ordre, c'est-à-dire en tant qu'il se décompose en individus ; dans ce sens en effet ce ne serait déjà plus un ordre, du moins formellement ; ce qui au fond reviendrait à dire que dans ces atomes (ou individus) il pourrait bien y avoir un rapport purement personnel (parenté) allant de l'un à l'autre, mais que la structure organique de la volonté générale du peuple ne saurait jamais s'y retrouver (1). C'est une hérédité des ordres, une hérédité des colonnes par lesquelles l'individualité romaine repose sur sa base, la volonté générale du peuple, et par lesquelles elle est reliée.

Lorsque donc le chef de file a répudié, cette répudiation vaut pour toute la file. Ou encore, pour parler plus exactement, la *série* n'a rien du tout à répudier, puisque le droit de succession n'a jamais appartenu en propre aux individus isolés qui la composent ; mais ce droit appartenait à la *série* comme telle et par conséquent le chef de file était l'incarnation et la représentation de ce droit.

Nous pourrions même dire en d'autres termes, dont le sens est à l'heure actuelle absolument clair : Ce droit *ab intestat* n'est pas le droit des *agnats* ni des *gentiles*, comme on a l'habitude de le dire généralement, — remarquons en passant que cette expression révèle à elle seule l'altération graduelle du sens — ; c'est le droit de l'*agnation* et de la *gentilité* ; seuls ces concepts sont appelés à recueillir la volonté subjective et à la perpétuer quand elle meurt ;

(1) L'organisation d'une *généralité* en la pluralité d'individus est justement ce que nous appelons *série*.



lorsque donc l'agnat, qui était le plus proche au moment de la mort, c'est-à-dire celui qui, en sa qualité de moyen-terme, est le représentant attitré de cette identité de volonté et sert de trait d'union entre l'individu et le cercle total de l'agnation, refuse ou n'accomplit pas (par la répudiation ou la mort) l'identification avec la volonté subjective du mort (l'adition), il faut en conclure que le concept de l'agnation elle-même a refusé dans la personne de son représentant ; à ce point de vue il ne saurait donc plus être question de *successio graduum*, d'après la pensée même qui y domine.

Qu'y a-t-il donc d'étonnant à ce que, dans l'*ordo succedendi*, dans l'ordre de succession, nous voyions apparaître formellement ce qui fut toujours matériellement le principe du droit de succession.

Comme le droit d'héritage matériel n'est que le droit de *successio ordinis* comme tel ; comme il est le droit, non pas des individus pris à part, mais de la structure organique de la généralité, on ne voit guère comment, dans l'ordre de succession, les personnes pourraient séparément succéder les unes aux autres ? Au contraire, il est de toute nécessité qu'elles ne le puissent pas, et l'unité entre la forme et le fond l'exige impérieusement. Cette succession implique une complète impossibilité ; toute loi réalisera forcément dans l'ordre de succession le principe qui forme déjà le principe matériel de son droit de succession.

La *successio graduum* se trouve donc exclue dans l'ancien droit de succession *ab intestat*, à cause de l'apparition formelle du principe, qui était déjà le principe matériel du droit de succession.

Si donc nos auteurs ne comprennent pas le droit matériel de succession défini par les Douze Tables, mais qu'ils se fassent des illusions à ce sujet, leur étonnement, quand ils voient ce même principe apparaître tout à coup formellement par rapport à l'ordre de succession, ne sert qu'à démontrer très formellement qu'ils ont toujours commis les

plus graves erreurs, lorsqu'ils ont voulu comprendre le principe matériel du droit de succession contenu dans les Douze Tables. Seul le concept de l'hérédité, qui implique déjà cette unité du droit de succession et de l'ordre de succession, peut les amener à cela.

Une autre conséquence de ce qui précède est celle-ci : dans ce droit de succession *ab intestat* il n'importe nullement que l'agnation soit d'un degré déterminé, d'un degré absolu; en d'autres termes, ce droit *ab intestat* ne peut fixer de degré, au delà duquel l'agnation perdrait son action; il ne le pourrait que s'il était un droit familial, un droit afférent à la parenté. Dans notre cas, la parenté plus ou moins rapprochée est totalement indifférente. Tout agnat, même le plus éloigné, est assez proche, pourvu qu'au moment de la mort il soit relativement le plus proche (1), c'est-à-dire qu'il soit le chef momentané de la colonne.

Tout ce qui vient d'être exposé montre clairement — et nous espérons que maintenant on nous comprendra bien — que le droit de succession *ab intestat* est un *ordre de succession sans droit de succession* (2), ou plus exactement

(1) Ces considérations nous prouvent également jusqu'à quel point étonnant Gans, *loco citato*, s'embrouille dans son explication du droit de succession *ab intestat* donné par les Douze Tables; cela vient de ce qu'il n'en comprend pas le concept et veut le donner comme celui de la proximité absolue. Cette proximité absolue serait une proximité déterminée, au delà de laquelle il n'y aurait plus de proximité. Le droit de succession *ab intestat* des Douze Tables est plutôt le droit de la proximité relative. C'est l'agnat relativement le plus proche qui est appelé à recueillir l'héritage.

(2) Quelques mots suffiront pour rendre ceci plus clair encore : Dans les fidéicommiss de famille allemandes il existe un *ordre* de succession qui ne se transmet également qu'à l'agnat le plus proche, et un *droit* de succession qui est transmis à la famille tout entière, si bien que ce droit de succession est absolument distinct de l'ordre de succession, a une existence particulière et n'entre en jouissance de la succession qu'à son rang dans l'*ordo succedendi*. Il en va de même dans le bouleversement général que Justinien accomplit dans le droit de succession *ab intestat*; du reste, nous au-



encore, que l'ordre de succession et le droit de succession coïncident au même point et se produisent mutuellement. C'est un ordre de succession indissolublement uni à un droit de succession, qui ne saurait donc être inhérent aux personnes des agnats. Il se produit ici ce que nous voyons dans une bataille. Le soldat du second rang prend la place du chef de file tombé. Quant au moment où disparaît le chef de file, notre soldat se trouve le premier sur la même file, dans l'ordre, il aura le droit de prendre la place du mort, de le continuer. Si par contre il ne se trouve pas premier, son droit est nul et il ne peut bouger.

Cette considération nous expliquera peut-être plus clairement que tout le reste pourquoi il ne saurait être question d'une *successio graduum*. En effet, l'agnat isolé et pris comme tel n'a pas le moindre droit et n'en a jamais eu ; il n'aura ce droit que si, au moment du décès, il se trouve à la place indiquée. C'est une simple question de rang, d'ordre : c'est ce qui nous explique pourquoi les juriconsultes romains se servent, avec une certaine prédilection, de ce terme d'*ordo succedendi*, dans leurs traités sur le droit de succession *ab intestat*. En même temps nous comprenons qu'en l'absence totale du premier rang, l'autre série, la *gentilité*, doit entrer en ligne.

Mais, demandera-t-on peut-être, pourquoi la *successio ordinum* est-elle exclue en même temps que la *successio graduum* ? Pourquoi les *gentiles* n'entrent-ils pas en ligne de compte, bien que toute la série des agnats se trouve écartée par le fait même que l'agnat le plus proche refuse de continuer la volonté ? Est-ce que ce droit de succession a de telles exigences ?

Cette question prouverait à son tour que l'on a perdu de vue le concept de l'hérédité en général et le concept de l'hérédité *ab intestat* en particulier.

Tons à y revenir plus loin. On ne saurait avoir le concept de l'ancien droit *ab intestat*, que si l'on saisit bien cette différence d'avec ce qui précède ; plus haut, il n'y avait, en effet, aucun droit de succession en dehors de l'ordre de succession.



L'héritier est l'identité de volonté, la continuation de la volonté testatrice subjective ; l'héritier testamentaire représente d'une manière expresse l'héritier *ab intestat* d'une manière hypothétique, la volonté individuelle du défunt. C'est ce qui, d'après toutes nos recherches, apparaît comme le concept général et formel de l'hérédité *ab intestat*.

Bien que dans le droit de succession *ab intestat* la volonté individuelle du défunt soit traitée et perpétuée en tant que volonté présumée, il n'en est pas moins indispensable qu'elle soit traitée comme volonté déterminée ; autrement en effet, elle ne conserverait pas sa qualité de volonté, puisque toute volonté est essentiellement déterminée. Par conséquent, la volonté du défunt, tout en étant présumée, est cependant présumée en tant que volonté déterminée, appliquée à la volonté d'un individu déterminé. En d'autres termes : de par la volonté individuelle présumée du défunt, un individu déterminé, l'agnat le plus proche, se trouve appelé à la perpétuer par sa propre volonté. Si donc l'agnat appelé n'a pas cette volonté, c'est-à-dire s'il meurt ou répudie, la volonté du défunt ne saurait recevoir sa perpétuation d'aucun autre individu, ni de la volonté d'un autre agnat, ni de celle des *gentiles* ou d'un tiers quelconque.

Les conclusions qui s'offrent à nous quand nous partons de la volonté individuelle du défunt se retrouvent encore quand nous prenons comme point de départ le concept fondamental du droit de succession *ab intestat*, le concept de l'hérédité de l'*ordo*. Nous avons vu plus haut que l'agnat ne pouvait avancer d'un rang du moment que son tour n'était pas venu ; de même le *gentilis* ne peut avancer, puisqu'il en est empêché par l'agnat placé devant lui. La série de la gentilité ne vient qu'après celle des agnats, et le dernier des agnats se trouve donc encore placé devant le premier des *gentiles*. Mais laissons cette comparaison et demandons-nous quel est le fond matériel de l'hérédité des agnats et des *gentiles*? C'est la structure organique de la



volonté générale, et cette structure sert de moyen terme entre la volonté générale et la volonté individuelle d'une part, entre la volonté individuelle et la volonté générale d'autre part. Or, ce qui rattache le Romain au groupe volontaire de la gentilité, ce sont uniquement les agnats, et c'est de nouveau la gentilité qui le rattache à la volonté générale du peuple. L'individu est d'abord *suus*, puis il devient agnat, c'est-à-dire identité passée de volonté, et seule cette ancienne identité de volonté peut le rattacher à la commune volonté générale du peuple, c'est-à-dire à ce qui constitue l'arrière-fond du cercle volontaire et forme le cercle volontaire de l'unité de race. Tant qu'existera cette cause efficiente, c'est-à-dire la personne qui représentait au moment de la mort ce groupe volontaire et que directement ou indirectement, par la répudiation ou la mort, cette personne, qui seule rattache l'individu à la communauté de race et à son cercle volontaire, refuse de continuer la personnalité volontaire du défunt, il s'ensuit que l'héritier, ou en d'autres termes la volonté générale, instituée en la personne de ces organismes et appelée à la succession par la volonté présumée de l'individu, a refusé cette perpétuation (1); par conséquent, comme cela ressort du concept même de cette structure organique, tout rapport est rompu, l'identité proposée se trouve refusée. Quand l'héritier testamentaire ou expressément désigné refuse l'identité — par la répudiation ou la mort, — le droit de succession *ab intestat* ou l'héritier présumé se trouve appelé; par analogie nécessaire, quand cet héritier présumé, c'est-à-dire la solidarité volontaire générale dans la personne de son représentant autorisé, refuse à son tour, le défunt doit forcément se trouver sans héritier et sa fortune, du moins dans les temps anciens du *jus civile*, avant les lois *Julia* et *Papia* doit devenir *res nullius*, et par conséquent faire retour au fisc qui représente la volonté dans ce qu'elle a de purement général, sans aucun rapport avec autrui.

(1) Le mort n'est, pour ainsi dire, qu'un refus physique de cette volonté.

Tous les développements que nous venons de donner se trouvent déjà complètement dans la rédaction même des Douze Tables, aux passages rapportés plus haut. C'est dans ce sens que la loi des Douze Tables dit simplement : *agnatus proximus habeto* ; elle ne mentionne en rien la préséance éventuellement accordée aux agnats suivant leur degré de parenté ; c'est encore dans le même sens qu'elle n'appelle les *gentiles* que *si agnatus nec escit* ; pour la même raison la famille y est *objet* d'héritage, mais elle n'est pas du tout désignée comme le principe qui hérite ; le *suus* n'y est désigné qu'à titre d'héritier venant avant toutes dispositions légales *ab intestat*. C'est à tort que nos jurisconsultes ont vu dans tout cela de simples mots, des expressions accidentelles ; ce sont des concepts gravés dans un style lapidaire. C'est donc de la pure interprétation verbale que nous n'avons cessé de faire intérieurement. Il est vrai que la simple interprétation de mots n'amènera personne à ce résultat ni à un résultat analogue ; les jurisconsultes romains eux-mêmes n'y fussent pas arrivés par une simple interprétation de mots. Mais en eux vivait, dans la plénitude immédiate de son caractère religieux, la substance même du droit, comme l'esprit religieux de la communauté. Dans cette religion du droit ou, ce qui revient au même, du concept de volonté, qui représente le fond historique de l'esprit national romain, le Dieu n'était pas l'objet, mais il existait en eux principalement comme le sujet toujours présent, toujours agissant dans sa communauté ; ce ne fut donc pas en faisant de la loi des Douze Tables le simple objet de leur examen et en se livrant à une interprétation verbale qu'ils travaillèrent ; ce fut la présence et l'influence toujours vivace du même esprit en eux-mêmes, de cet esprit dont découlait également la loi des Douze Tables, qui leur permit de trouver leurs principes de droit civil et leur valut à bon droit, et dans le sens le plus profond du terme, le surnom de : sources de droit. C'est d'eux, en effet, qu'a jailli le droit ; ils l'ont créé dans toute l'activité, toute la ferveur religieuse de leur esprit ; c'est ainsi que les Grecs



ont créé l'art, en s'appuyant tout aussi peu sur la conscience libre qu'ils avaient des théories esthétiques. Aussi les jurisconsultes romains resteront-ils toujours des sources de droit comme les Grecs des sources d'art éternelles.

Nous avons perdu à tout jamais et sans recours possible ce qui constituait ce caractère immédiat du droit, et nulle interprétation ne pourra jamais y suppléer. Il nous reste un seul moyen de le remplacer et de pénétrer ainsi, chez les jurisconsultes romains, l'évolution des idées; c'est de nous imprégner de plus en plus du concept spéculatif qui trouverait alors, dans le texte même des Douze Tables, non plus la source productrice de son interprétation, mais un simple correctif: c'est ce qui du reste se faisait chez les Romains eux-mêmes.

Chez les jurisconsultes romains, il ne saurait nullement être question d'interprétation de mots; c'est ce que rien ne démontre mieux que justement le droit de succession *ab intestat*. Réfuter cette manière de voir et développer positivement le droit de succession *ab intestat* est tout un et peut par conséquent se faire en même temps.

Où découvre-t-on dans la loi des Douze Tables un seul mot relatif au *consanguineus*? D'où vient donc, si les jurisconsultes romains ne font simplement que de l'interprétation verbale, la situation particulière qu'ils font au *consanguineus* et à la *consanguinea*? ils les traitent, ainsi que fait le texte même de la loi des Douze Tables, comme de simples agnats et malgré cela les classent dans une série totalement à part. Cette question a déjà plus d'une fois provoqué des étonnements justifiés.

Voyons donc jusqu'à quel point le concept spéculatif, tel que nous l'avons développé, a pesé sur leurs travaux. — Il a été démontré que le concept de l'agnation est celui-ci: deux personnes ont leur identité de volonté dans un tiers sujet disparu; cette identité est donc une identité passée, idéale, n'existant plus que dans le souvenir. Dans ce sens, tous les agnats, quel que soit d'ailleurs leur degré de proximité, sont identiques les uns aux autres. Il y a toutefois

dans l'agnation une catégorie spéciale qui naturellement et nécessairement doit avoir rempli *realiter*, durant un certain laps de temps, dans les personnes qui en font partie, ce qui constitue son concept : avoir leur identité de volonté, sous une forme idéale, dans un tiers disparu ; il s'ensuit que dans ce cas les personnes réelles et vivantes devront avoir réalisé l'identité avec le défunt, pendant la vie de ce dernier. Ces personnes sont les frères et les sœurs, le *consanguineus* et la *consanguinea*. Cette nécessité n'existe pas pour l'oncle et le neveu. En effet, le neveu peut venir au monde après la mort de celui qui fut le sujet commun, son propre grand-père et le père de son oncle. Il n'a donc jamais eu de moment où ils dussent avoir avec lui une réelle identité de volonté. Du reste, cette identité ne leur est pas demandée par le concept de l'agnation. Ce concept se réduit au seul fait d'avoir, en la personne d'une tierce personne, une identité de volonté disparue ; le moment où cette existence s'est produite est donc parfaitement indifférent ; en d'autres termes, comme cette identité de volonté a disparu, qu'elle n'existe plus que comme le souvenir d'une tierce personne, il nous importe peu, pour la définition de ce concept, que cette identité se soit trouvée en eux sous forme d'identité actuelle et immédiate. Par surcroît, l'oncle et le neveu, la fille et le petit-fils peuvent s'être trouvés dans ce rapport, c'est-à-dire, ils peuvent avoir été complètement identiques dans leur père et grand-père, puisque tous peuvent être nés pendant que ce dernier vivait encore. Nous disons simplement que ce n'est pas une condition indispensable. Au contraire, des frères et sœurs, engendrés par le même père, ont eu forcément un moment où ils formaient avec leur père une identité de volonté actuelle. De tout ceci il ressort que le *consanguineus* et la *consanguinea* sont la réalisation la plus adéquate du concept d'agnation, celle qui en contient absolument, dans une existence formelle, tous les éléments, aussi bien l'identité passée, ayant siégé dans une tierce personne, que le fait même d'avoir existé ; ils figurent donc cette catégorie de



l'agnation comme nous l'avons montré plus haut en discutant les paroles d'Ulpien, par laquelle le concept d'agnation commence à se perdre dans les *gentiles*, c'est-à-dire dans la communauté idéale de l'origine. Mais c'est uniquement le concept d'agnation qui passe ; les agnats eux-mêmes, en tant que personnes, ne le suivent pas dans son passage. En effet, quels que soient d'ailleurs leurs degrés de parenté, il se peut que tous aient été sous la puissance du même supérieur en tant que ses *sui* : et dans ce cas ils auraient en réalité passé par les mêmes états que le *consanguineus*. Le *consanguineus* n'est donc que l'énonciation plus formelle du concept d'agnation. Il est l'énonciation simple de ce fait : cet élément passé qui forme le concept de l'agnation a jadis existé en lui, non plus comme simple souvenir, mais à l'état d'actualité, tandis que dans l'agnat ce ne fut jamais qu'un souvenir.

Nous comprenons maintenant de la façon la plus précise pourquoi les jurisconsultes, en contradiction apparente avec la loi des Douze Tables et avec eux-mêmes, devaient nécessairement traiter le *consanguineus* dans un sens quelque peu bizarre et le désigner, tantôt comme un simple agnat, tantôt comme un héritier d'une espèce particulière. Toutes nos considérations antérieures nous fournissent donc une conséquence très pratique par rapport à la *consanguinea*. Ainsi que nous l'avons vu dans l'étude de la *suité*, la fille est par *elle-même*, tout aussi bien que le fils, la personnalité volontaire du père devenue libre et *sui juris*. Cependant et déjà dans l'étude de la *suité* nous avons vu se manifester cette différence dans toute son importance, — puisqu'il ne lui est pas possible d'avoir une autre personne sous sa puissance, elle ne saurait maintenir ni continuer sa personnalité volontaire. Cette circonstance ne peut amener aucune différence dans les rapports réciproques du frère et de la sœur. Tous deux se trouvaient en effet nécessairement soumis à la même puissance, impliqués tous deux *realiter* dans l'identité de la même volonté subjective. Après la disparition de cette identité, la sœur et le frère conservent



donc la réminiscence de ce qui fut auparavant ; la sœur ne maintient rien, mais elle est maintenue par cette même volonté subjective existant en son frère et elle, et par conséquent elle a tout autant de droit au nom d'*agnata* que n'importe quel *agnatus*. A titre de *consanguinea* elle hérite donc de son frère. Mais, après la mort de son frère, dans quelle situation se trouvera-t-elle vis-à-vis du fils de celui-ci ? Elle n'a jamais été soumise avec lui à une seule et même puissance ; ou du moins ce ne fut que l'effet d'un pur hasard, si le grand-père vivait encore à la naissance du petit-fils. D'après son concept elle n'a pas forcément besoin de s'être trouvée avec lui sous la même puissance ; d'après leur concept, c'est-à-dire d'après le concept de leur situation réciproque, on doit considérer comme élément étranger et accidentel la circonstance que le détenteur de la puissance ait encore vécu lors de la naissance du petit-fils. Mais si, au point de vue conceptuel, elle n'a jamais été réunie avec lui dans l'unité d'une seule et même volonté, on ne peut dire qu'elle lui soit rattachée par une ancienne identité de volonté, ni, par conséquent, qu'elle soit agnate par rapport à lui. En sa qualité de femme, elle ne représente la volonté subjective du père que *pour elle seule*, elle est tout simplement saisie par cette volonté, mais elle ne peut pas la maintenir par rapport à d'autres personnes ni la leur transmettre. Inversement, le neveu est agnat par rapport à elle ; car, en sa qualité d'homme et de maître, il peut continuer et conserver par rapport à d'autres la personnalité volontaire qui est en lui. Retenue qu'elle est par la volonté subjective du père et ne la retenant pas par rapport à d'autres personnes, elle n'est pas une ancienne identité avec lui. tandis que le neveu l'est avec elle ; elle n'est pour lui que dans l'état d'agnat passif, et nullement d'agnat actif. Nous trouvons donc ici la doctrine des juristes romains : Au titre d'agnate, la femme n'hérite que comme *consanguinea* ; dans tous les autres degrés, elle n'hérite pas des agnats, tandis que ceux-ci héritent agnatiquement d'elle ; c'est là



une doctrine (1) dont on ne pourrait retrouver aucun indice dans les Douze Tables et dans leurs dispositions relatives à la loi de succession *ab intestat* ; au contraire, cette doctrine semble plutôt contredire la loi des Douze Tables ; et cependant, comme nous l'avons vu, les jurisconsultes romains l'ont mise au jour sous l'influence rigoureuse du concept spéculatif contenu dans la loi des Douze Tables. Aussi Justinien ne se fait pas faute d'accuser à ce propos ces mêmes jurisconsultes ; il leur reproche d'avoir, par leurs subtilités arbitraires et raffinées, corrompu la loi des Douze Tables : « *Media autem jurisprudentia, quæ aut lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, etc.* », par contre, il déclare vouloir rétablir la loi des Douze Tables : « *nos vero legem duodecim tabularum sequentes et ejus vestigia in hac parte conservantes* » ; et ce reproche, bien qu'il tombe absolument à faux et ne s'occupe pas de l'évolution organique des idées, se comprend plus facilement que l'opinion de nos auteurs relative à l'interprétation verbale des jurisconsultes romains.

Ce qui vient de nous être démontré par le *jus civile*, nous est démontré maintenant par sa transformation négative ou l'histoire du droit ; c'est ainsi que tout problème d'arithmétique s'accompagne de sa preuve. C'est Justinien qui, transformant le droit civil de la succession *ab intestat* dans le sens de nos auteurs, y introduit la *successio graduum*. Mais lui-même ne va pas jusqu'à prétendre, comme il le fait assez souvent quand un point quelconque de l'ancien droit civil lui demeure incompréhensible, que le principe *in legitimis hereditatibus successio non est* fut introduit dans la loi des Douze Tables par une *subtilitas quædam* des jurisconsultes (2). Tout au contraire admet-il ce principe comme

(1) § 3, *Inst. de legit. succ.* (3, 2) ; cf. sur le *consanguineus* : PAULUS, *R. S.*, IV, 8, 3 ; GAIUS, III, 10, 14, etc.

(2) Par exemple, *ibid.*, § 3, à propos de la *consanguinea* : « *Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit... Me-*



le principe véritable (1) de l'ancien droit et il place ouvertement sa modification sur le terrain du principe prétorien : « Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure iis recluso. Sed nos, nihil desse perfectissimo jure cupientes, nostra constitutione (2) quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sanximus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse iis denegandum, quum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum (3). »

dia autem jurisprudentia quæ erat lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, etc. »

(1) « Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, etc. »

(2) L. 4, c. vi, 4.

(3) Il nous est possible maintenant de voir le fondement dernier sur lequel repose la doctrine que nous avons exposée plus haut t. I^{er}, note 2 de la page 342), quand il s'est agi de déterminer si la délation de la succession *ab intestat* pouvait être un droit acquis. Antérieurement à Justinien, le droit de succession *ab intestat* n'est même pas un droit familial, l'agnat, en tant qu'individu, n'y joue aucun rôle et n'intervient qu'en tant qu'il représente, au moment de la mort, l'idée du groupe de parenté. Avec Justinien, comme nous l'avons vu plus haut, nous trouvons une délation éventuelle en faveur de chaque agnat individuel, et nous pourrions tout d'abord ne voir dans ce droit qu'un droit acquis grâce à la procréation familiale. Mais quelle est l'acquisition faite par ce droit ? Cette acquisition ne saurait, en aucun cas, excéder ce qui est affirmé par ce droit même. Or, après comme avant Justinien, ce droit éventuel et absolument conditionnel se résume en ceci : c'est le droit de pouvoir s'identifier avec la volonté subjective du défunt, quand celui-ci meurt sans testament, c'est-à-dire quand, de par la volonté présumée du défunt (loi de succession *ab intestat*), l'agnat représente la volonté appelée à l'héritage. Mais si, pendant l'attente, cette vocation a cessé, il est trop tard pour y donner suite. Si la volonté générale, avec laquelle la volonté présumée du défunt se trouve identifiée (en d'autres termes, la loi de succession *ab intestat*), s'est modifiée pour appeler un autre héritier, il est clair que, seule, cette dernière vocation peut être efficace. Il reste donc acquis que, d'après



Il n'y a rien de plus instructif, de plus riche au point de vue conceptuel, de plus probant surtout pour l'ensemble de notre discussion relative à la succession *ab intestat* que ce qui fait le fond même des faits historiques auxquels nous venons de toucher.

Le principe prétorien de la cognation, par le fait même qu'il est réellement le droit d'héritage familial, aspect sous lequel nos auteurs ont constamment vu le droit civil de succession *ab intestat*, se présente donc, dès le prime abord, avec le principe de la *successio graduum*. Nous avons donc ici une preuve positive de ce que nous avons déjà déduit précédemment du concept même : tout droit d'héritage, qui est droit familial, doit forcément conférer un droit éventuel de succession à toutes les personnes de la famille, prises individuellement ; mais la réciproque n'est pas moins vraie : le droit de succession *ab intestat* qui ne produit pas cet effet ne saurait donc être un droit familial

le droit romain, on perd l'hérédité *ab intestat* précédemment déferée, quand il intervient une loi qui, avant l'adition accomplie, modifie la délation de cette succession. Et, comme nous l'avons déjà montré plus haut, on perd le droit à l'adition tout aussi bien par la destruction physique de notre capacité volontaire (la mort) que par la disparition juridique de notre aptitude à succéder (modification survenue dans la législation). Les deux résultats sont toujours corrélatifs ; il ne saurait en être autrement, puisque la destruction, quelle que soit d'ailleurs sa nature, n'en reste pas moins destruction ; il est même étrange qu'on ait pu si longtemps passer à côté de cette interprétation si naturelle. L'héritier, d'après le droit germanique, ne peut subir de perte du fait seul qu'une modification s'est produite dans la loi de succession *ab intestat*, postérieurement à la mort du *de cuius* ; pour la même raison, il ne peut rien perdre par sa propre mort, et il transmet donc la propriété dont il a déjà hérité. Mais la loi de succession *ab intestat* ne l'appelle pas à faire un acte quelconque de volonté, ni à perpétuer le défunt ; elle ne l'appelle à rien du tout, mais elle lui confère simplement des choses, et il est clair que, par le fait même de cette transmission légale, ces objets deviennent la propriété immédiate de l'appelé.

Du reste, les développements que nous donnerons dans la seconde partie préciseront mieux encore cette différence.

et par suite il ne peut connaître de *successio graduum*.

Mais nous pouvons aller plus loin. Ce principe que dans le droit civil de succession *ab intestat* il n'y a pas de succession, ce principe qui, d'après nos jurisconsultes, est issu de l'interprétation rigide des mots, de l'interprétation sans aucun motif intérieur, embrasse pourtant, sans avoir subi ni changement, ni modification, tout l'espace de l'histoire proprement dite de la jurisprudence romaine, depuis le premier début dont l'histoire nous ait conservé le souvenir, c'est-à-dire depuis la loi des Douze Tables, jusqu'à la fin dernière, la disparition complète, c'est-à-dire la législation justinienne : en tout, un millier d'années.

C'est ainsi que cette interprétation verbale se trouve identique avec le concept et l'existence même de l'esprit romain.

Pendant cette longue suite de siècles tout chancelle, s'effondre ; tout se transforme dans le monde soumis à l'esprit romain, et les plus vastes révolutions s'accomplissent de toutes parts : seule cette interprétation verbale se maintient. Et même les modifications les plus profondes s'effectuent dans le domaine du droit de succession *ab intestat* ; n'oublions pas, en effet, que les révolutions romaines étaient avant tout et plus que toutes les autres des révolutions du droit. Le préteur, armé de sa *bonorum possessio*, donne l'assaut de toutes parts, sous les formes les plus variées ; le principe cognatique de la famille bat en brèche le principe existant ; mais tous ces efforts réunis ne parviennent qu'à diminuer la zone d'influence du droit civil de succession *ab intestat* et à le refouler dans un coin de plus en plus restreint ; ce droit se voit obligé d'accorder, en dehors et à côté de lui-même, une place de plus en plus grande, au principe prétorien de la famille et du patrimoine. Mais dans ce coin du moins, dans son essence intérieure, il se maintient absolument intact comme un véritable droit civil de succession *ab intestat*. Mais là ne s'arrêtèrent pas les changements. Même dans son intérieur, le droit de succession *ab intestat* change son con-



cept fondamental. Une fois la forme de la société romaine transformée, le droit des *gentiles* doit disparaître et faire place, sous les empereurs, à l'hérédité des communautés de classe, comprises dans un sens qui préparait déjà les voies au Moyen Age ; à la place de l'hérédité précédemment dévolue, dans l'ancien droit romain, aux *groupes de volontés*, nous allons trouver l'hérédité des associations industrielles et professionnelles.

De cette manière, le droit de succession *ab intestat* n'a cependant changé que son contenu ; il ne pouvait en être autrement en présence de la transformation organique qui s'était opérée dans l'existence même de la Société. Ce qui se trouve changé, c'est uniquement la réponse à cette question : quel est le contenu réel de la volonté générale ou du peuple ? Cette réponse, il ne pouvait faire autrement que de la donner d'après la nouvelle composition de la société. Il n'y a pas le moindre changement dans son concept formel ; c'est toujours la volonté générale présumée de l'individu. Tant que le droit civil de succession *ab intestat* reste tel, il doit s'en tenir à son concept formel et par conséquent exclure toute *successio graduum*. Ce ne fut qu'avec Justinien, lorsque l'esprit romain fut arrivé à sa fin, et réellement fini ; lorsque le principe prétorien se glissa peu à peu dans le droit civil pour bientôt s'y substituer complètement ; quand, ainsi que nous l'avons spécialement démontré dans tous les points de notre sujet, l'hérédité eut perdu son véritable principe pour devenir droit familial, droit à la fortune (ce qui est tout un dans l'hérédité), au-dessus desquels planait encore l'ombre fantômale de son esprit primitif ; quand il fut arrivé au dernier stade de sa longue évolution et que, même dans une forme remplie de contradictions, il se fut approché de plus en plus de ce qui, pour l'esprit germanique, constitue le principe réellement premier, celui qui doit logiquement servir de point de départ à toute hérédité ; ce fut alors seulement que la *successio graduum* put pénétrer dans le droit civil de succession *ab intestat*, qui n'est plus le droit civil de succession *ab intestat*, mais est

devenu le droit individuel de tous les membres de la famille.

Une science qui, dans la personne de ses représentants les plus brillants; sans exception aucune, peut traiter d'interprétation verbale et tout extérieure un fait qui, dans le sens le plus profond du mot, est un fait d'importance universelle, se condamne elle-même; par cette erreur, comme du reste dans tous les autres points, elle montre uniquement que, de tous les filons de son sujet, elle n'en a pas su suivre un seul; elle montre que toute sa méthode a besoin d'un remaniement complet et qu'elle ne peut devenir une science véritable qu'en recommençant à l'origine même.

Et maintenant, de quelque côté que nous portions nos regards, tout est clair et lucide dans le domaine de l'hérédité *ab intestat*. Une fois le concept bien expliqué, il n'existe plus la moindre difficulté. La matière concrète, bien loin de présenter de difficulté, lui permettra, tout simplement, de lisser jusqu'au dernier repli quid'ave nture se trouverait encore caché dans son intérieur.

Occupons-nous d'abord de la connaissance, et comparons-en les deux modes dans l'adition testamentaire et l'adition *ab intestat*.

Ulpien dit : « Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiavit, siquidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerit delata (1). »

Par conséquent : Premièrement : l'héritier testamentaire, qui a répudié en tant qu'héritier testamentaire, ne perd pas pour cela son droit de succession *ab intestat*; deuxièmement : le simple héritier *ab intestat* qui, dans la conviction qu'il est institué testamentaire, répudie, ne perd pas pour cela son droit de succession *ab intestat*. Troisiè-

(1) L. 17, § 1, de acqu. vel om. her. (29, 2).



mement : l'héritier *ab intestat* qui a répudié comme tel, mais sachant en même temps qu'il est également institué testamentaire, perd non seulement le droit de succession *ab intestat*, mais encore le droit de succession testamentaire qu'il n'a pas refusé ; et quatrièmement : l'héritier *ab intestat* qui refuse comme tel, sans savoir qu'il est institué testamentaire, ne perd ni son héritage testamentaire, puisqu'il ne l'a pas refusé, ni son héritage *ab intestat*, puisque celui-ci ne lui était pas encore déféré.

Il semble que les juriconsultes aient besogne facile en ce cas. Ils diront avec Savigny que l'héritier doit connaître le mode de délation pour que son adition ou sa répudiation puissent être efficaces. Mais nous avons déjà démontré précédemment la fausseté absolue et l'inadmissibilité du principe, d'après lequel il faudrait connaître le mode de délation ; si ce principe semble, à première vue, nous satisfaire complètement dans les quatre cas présents, il est d'autres cas où, comme nous l'avons prouvé, il donne une solution incomplète ; par conséquent, il ne peut pas s'appliquer davantage ici ; du reste, une étude plus approfondie ne pourra que justifier, en passant, notre opinion.

Nous avons déjà vu plus haut que le principe de nos juriconsultes est faux ; à l'heure actuelle nous allons plus loin et nous constatons que même le principe énoncé par Ulpien dans le quatrième cas est faux et que, du moins en apparence, il se contredit formellement dans le troisième et le quatrième cas. Dans le quatrième cas il nous dit : l'héritier *ab intestat* qui, ne sachant pas sa qualité d'héritier testamentaire, refuse la succession *ab intestat*, ne perd pas pour cela l'héritage testamentaire. Et pourquoi pas ? *Quoniam hanc non repudiavit*, parce qu'il ne l'a pas répudiée. Très bien : Mais pourquoi Ulpien n'applique-t-il pas le même raisonnement dans le troisième cas où il dit : l'héritier *ab intestat* qui, sachant sa qualité d'héritier testamentaire, refuse la succession *ab intestat*, perd également l'héritage testamentaire. L'héritier ne peut-il pas se prévaloir de ce qui a été montré plus haut pour dire : *hanc non*

repudiavi, comme héritier testamentaire, ou, en d'autres termes, je n'ai pas répudié l'héritage testamentaire ? Mais ce n'est là que le commencement de la contradiction ; Ulpien essaie du moins de la résoudre ; en disant que, dans ce cas, on peut considérer l'héritier qui a refusé l'hérédité *ab intestat* comme ayant répudié simultanément l'hérédité *ab intestat* et l'hérédité testamentaire (*credendus utrumque repudiasse*). Mais Ulpien ne nous dit pas pour quelle raison on peut le considérer à ce point de vue.

Mais la contradiction la plus substantielle, celle qu'Ulpien n'a même pas résolue en paroles, vient plus loin. Dans le quatrième cas, lorsque l'héritier *ab intestat*, sachant sa qualité d'héritier *ab intestat*, et ignorant simplement sa qualité simultanée d'héritier testamentaire, répudie la succession *ab intestat*, cette répudiation sera nulle et non avenue non seulement pour la succession testamentaire, mais encore pour la succession *ab intestat* qu'il a répudiée en parfaite connaissance de cause (1). Et pourquoi donc ? *Quoniam nondum ei fuerit delata*, parce qu'elle ne lui avait pas encore été déférée. Et pourquoi ne lui était-elle pas encore déférée ? Pour une très bonne raison, me diront les jurisconsultes. Parce que la succession *ab intestat* n'est déférée que lorsque la succession testamentaire a été répudiée. C'est exact ! Mais s'il en est ainsi, comment se fait-il que dans le troisième cas l'héritier testamentaire qui répudie la succession *ab intestat* perde en même temps la succession testamentaire et la succession *ab intestat* ? Pour quelle raison la succession *ab intestat* lui était-elle déjà déférée dans ce cas, avant que la succession testamentaire ait été répudiée ? Tournez et retournez le résultat tant que vous voudrez, épilchez les mots, il subsistera toujours le

(1) Une fois de plus, le principe relatif au mode de la connaissance se trouve atteint ; par sa répudiation, l'héritier *ab intestat* ne perd pas, en effet, le mode connu de la délation, la délation *ab intestat*, sans que, cependant, le *quoniam nondum ei fuerit delata* puisse nous fournir une réponse suffisante.



résultat matériel que la délation de la succession *ab intestat* s'est faite avant que la succession testamentaire ait été répudiée ; autrement elle n'aurait pu être répudiée valablement : or, c'est là un résultat qui se moque ouvertement de toutes les règles juridiques admises en matière de délation ; de plus, il se trouve en contradiction flagrante avec le cas précédent ; dans ce cas en effet, l'héritier testamentaire et *ab intestat*, sachant sa qualité d'héritier *ab intestat*, ne pourrait valablement répudier la succession *ab intestat*, ce mode connu de la délation, sous prétexte qu'elle ne lui aurait pas encore été déférée avant sa répudiation de la succession testamentaire : mais de cette façon Ulpien lui-même se trouverait, à cause de son *quoniam nondum ei fuerit delata*, accusé de la plus manifeste contradiction (1).

La contradiction est d'autant plus flagrante que dans un passage antérieur Ulpien dit lui-même : (2) « Is qui heres institutus est, vel is cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset ». Donc : celui qui est institué héritier, ou celui à qui la succession est déférée *ab intestat*, perd la succession par la répudiation. Mais il faut comprendre cela de la façon suivante : il ne perd la succession que si cette succession se trouvait dans une situation telle qu'il pût en faire l'adition. Or, Ulpien nous dit à propos de l'adition : « quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur » (L. 39, *cod. tit.*). L'héritier *ab intestat* ne peut donc faire l'adition de la succession que si la succession testamentaire est exclue. Si l'héritier est à la fois testamentaire et *ab intestat*, il ne peut,

(1) Au lieu de résoudre cette contradiction d'Ulpien, les jurisconsultes évitent de toucher à la question. Savigny, *loco cit.*, III, 382, note *b*, veut prouver que l'héritier doit connaître, d'une façon quelconque, soit par testament, soit par loi, le mode de délation, et il cite tous les passages possibles des pandectes, l. 13, 14, 15, 16, 19, 22, 23, etc. ; cependant il a soin de passer le l. 17 du même titre.

(2) L. 13, *cod. tit.*

Lassalle II.



par la répudiation du testament, que se déférer la succession *ab intestat* ; c'est pour cette raison qu'on nous a dit tout à l'heure que l'héritier double, même s'il répudie la succession *ab intestat* en parfaite connaissance de cause, fait un acte sans valeur aucune, parce que cette succession ne lui était déférée qu'après une répudiation valable du testament faite par ce même héritier. Et de nouveau toutes les règles juridiques en matière de délation sont mises en pièces avec fracas.

Si nous avons montré précédemment que les règles juridiques admises en matière de délation et d'adition forment le cercle vicieux le plus lamentable et le plus vide, nous voyons maintenant qu'elles s'élèvent les unes contre les autres et se démentent réciproquement. Et cependant, pour autant que nous nous en souvenions, on n'a jamais essayé de tirer au clair ce passage d'Ulpien et de le mettre en accord avec les règles relatives à la délation et l'adition, qu'il contredit de la façon la plus formelle.

Mais ce ne sont pas seulement les règles juridiques qui se réfutent, ce n'est pas seulement Ulpien qui est en contradiction avec lui-même ; notre propre principe que nous avons développé au chapitre xxxiv relativement à la connaissance spéculative requise pour l'adition ou la répudiation semble faire naufrage ici.

Nous disions en effet : La connaissance requise pour la validité de l'adition et de la répudiation consiste à savoir le rapport de volonté que la volonté testatrice a voulu établir entre elle-même et l'héritier. Or, l'hérédité *ab intestat* tout aussi bien que l'hérédité testamentaire constituent toujours de l'hérédité, par conséquent une identité de la volonté subjective du défunt et de l'héritier. Toutes les fois que l'héritier a donc connaissance de sa qualité d'héritier, il sait qu'il y a identité de volonté entre lui et la volonté du *de cuius* ; il importe donc, semble-t-il, qu'il se sache héritier testamentaire ou héritier *ab intestat*. Il est vrai que nous disions déjà plus haut que l'héritier devait avant tout connaître le rapport qualitatif déterminé que la vo-

lonté du défunt a voulu établir entre elle-même et l'héritier. Mais ne serions-nous pas, au sujet de la différence entre la succession testamentaire et la succession *ab intestat*, tombés par hasard dans l'erreur que nous avons tant de fois établie chez les jurisconsultes ; n'aurions-nous pas fait une simple différence de mots sans en indiquer une dans la chose ? En effet si, comme nous l'avons exposé, la succession *ab intestat* procède également de la volonté individuelle du *de cuius*, et simplement de cette volonté présumée, en quoi peut-il importer que le défunt ait expressément ou implicitement déterminé l'héritier à réaliser l'identification de leurs deux volontés subjectives ? La volonté présumée est précisément supposée comme étant sa volonté individuelle, et par suite elle est sa volonté tout aussi bien que la volonté testamentaire. En outre, l'identité de volonté ne saurait cesser d'être identité de volonté ; il ne saurait y avoir, entre deux volontés subjectives, plus qu'identité ; et pour le rapport de volonté dans lequel la volonté subjective du *de cuius* s'est placée vis-à-vis de l'héritier, il paraît donc réellement et absolument indifférent que le défunt ait proposé cette identité par sa volonté expresse ou sa volonté présumée ; cette différence qualitative dans le rapport de volonté, c'est-à-dire la question de savoir si c'est par un acte testamentaire ou la simple loi *ab intestat* que cette identité fut proposée à l'héritier, semble donc se résoudre en une simple différence dans les mots.

Plus haut (page 333) les apparences pouvaient en réalité faire naître ces doutes ; c'est même pour cette raison que nous n'avons pas insisté plus longuement sur la nécessité de savoir si l'on est héritier testamentaire ou héritier *ab intestat* ; nous ne pouvions en effet découvrir la raison dernière de cette nécessité que dans notre exposé actuel, après une discussion serrée de ce qui fait le concept fondamental du droit de succession *ab intestat*.

Nous pouvons, à l'heure actuelle, nous rendre compte de cette raison, dans l'entière réalité de son contenu.

La succession *ab intestat* et la succession testamentaire

sont bien l'identité réalisée entre les deux personnalités volontaires et cette identité procède bien, dans les deux cas, de la volonté individuelle du *de cuius* ; dans le premier cas, elle procède de sa volonté présumée, dans le second, de sa volonté expresse. Mais cette différence dans la forme renferme déjà toute la différence dans le fond que nous en avons déduite comme le fond du droit de succession *ab intestat*. La volonté de l'individu qui ne s'est pas particularisé, c'est-à-dire la volonté présumée, est identique avec la volonté générale, et elle ne se rapporte à l'héritier *ab intestat* qu'en vertu de cette identité avec la volonté générale ; cet héritier, de son côté, n'est appelé à réaliser l'identification avec la volonté subjective du *de cuius* que parce que, vis-à-vis du défunt, il est le représentant actuel, le support de cette volonté générale organisée en les divers cercles de volonté. Si donc, à propos de l'adition et de la connaissance y requise, nous avons vu s'établir cette loi conceptuelle : l'héritier doit, pour pouvoir faire adition valable, connaître le rapport qui existe entre la volonté subjective du défunt et la sienne propre, nous voyons maintenant, qu'en conséquence de cela, l'héritier est tout bonnement forcé de savoir s'il est héritier testamentaire ou héritier *ab intestat*. S'il ne savait cela, il ne saurait rien du rapport effectif qui peut exister réellement entre lui et la volonté subjective du *de cuius*, il ne saurait rien de ce rapport de volonté purement spéculatif. Nous avons vu plus haut que l'héritier doit absolument savoir s'il est *suus* ou *extraneus*, *necessarius* ou *voluntarius heres* ; les mêmes raisons exigent impérieusement qu'il sache par quelle cause il est déterminé à réaliser l'identité avec la volonté du défunt, si c'est par une simple disposition indépendante de la volonté subjective du *de cuius*, ou bien par l'identité de cette volonté avec la volonté générale, par la non-particularisation de l'individu défunt. Il ne connaîtrait pas le rapport spéculatif ni l'identité de volonté à laquelle il est appelé, ni même la substance même de cette identité de volonté, tant qu'il ne sait pas qu'elle est manifestée par l'iden-



tité qui existe entre son fond et la volonté générale (1). Dans l'ignorance de ce moyen-terme, il ne connaît donc pas le rapport réellement existant entre leurs volontés subjectives respectives, grâce auquel elles se trouvent réunies en une seule identité. Si la raison voulait encore une fois intervenir et donner à cette médiation substantielle de la volonté l'apparence d'un motif en disant : mais l'héritier *ab intestat* ignore simplement le pourquoi de son institution comme identité de volonté ; or, ce pourquoi est un motif tout aussi indifférent que le motif réel qui a déterminé le défunt, dans la succession testamentaire, à faire choix de cette personne pour réaliser l'identité de volonté ; si la raison faisait cette objection, nous la renfermerions immédiatement dans sa cage par cette réponse : Si pour la volonté qui se manifeste expressément le motif réel dont son choix s'est inspiré est un motif purement accidentel à côté duquel pouvaient et peuvent exister encore d'autres motifs, il n'en est pas de même pour la volonté présumée de *intestatus* : ici l'identité avec la volonté générale, du moment qu'on veut la représenter comme un motif, est le motif nécessaire, celui qui épuise la volonté, le motif qui au point de vue quantitatif en motive entièrement les dispositions déterminées.

Nous avons donc, une fois de plus, une confirmation absolue de la théorie que dans tout le cours de cet ouvrage nous avons établie et démontrée relativement à la volonté, à l'erreur et au motif ; le motif qui embrasse quantitativement toute la volonté de façon à l'épuiser n'est plus un motif indifférent, mais il est identique avec le fond même de l'acte volontaire et coïncide complètement avec lui. Il apparaît tout simplement que, pour cette raison, le motif dont

(1) Que l'héritier se croie héritier testamentaire ou *ab intestat*, il saura, dans tous les cas, qu'il doit acquérir le patrimoine et contenter les créanciers — c'est ce que tous nos jurisconsultes donnent comme la substance de la succession — ou encore, à la rigueur, qu'il doit contenter les créanciers et continuer les *sacra* (voir HUSCHKE, dans les *Richter's krit. Jahrb.*, 1839, p. 11 et ss).

nous parlons ne peut pas continuer à être un motif qui, par définition, s'opposerait en tant que motif isolé au fond même de la volonté ; ce motif est au contraire devenu la substance propre de la volonté. Pour la volonté *ab intestat* du *de ejus*, l'identité qui existe entre elle et la volonté générale, ainsi que l'existence de ce rapport dans la personne déterminée de l'agnat et du *gentilis*, forme le motif conceptuel, c'est-à-dire le motif nécessaire et exclusif de ses dispositions ; elle en forme donc la substance absolue. Prétendre que cette identité qui existe aussi bien chez le défunt que chez l'héritier constitue le motif de la volonté *ab intestat*, serait tomber dans une de ces éternelles illusions où tombe l'entendement au sujet des catégories, objet de ses opérations ; mais cette erreur n'aurait en réalité aucune influence nuisible, d'après tout ce que nous avons dit sur la théorie de l'erreur et le rapport entre la volonté et le motif.

Mais revenons à la L. 17. Il va de soi qu'après toutes ces explications il n'y aura plus l'ombre d'une difficulté ; nous verrons une fois de plus que malgré les erreurs et les contradictions relevées dans les motifs donnés par Ulpien, les décisions proposées par cet auteur n'en sont pas moins absolument justes et concordantes.

Considérons de nouveau les quatre cas que nous avons résolus plus haut dans la L. 17. D'après le premier cas, l'héritier testamentaire, s'il répudie la succession en cette qualité, ne perdra pas pour cela le droit de succession *ab intestat*. C'est bien naturel : l'objet de la répudiation est l'identité avec la volonté expresse, mais non pas l'identité avec la volonté présumée du défunt ; l'identité qu'il refuse est celle qu'il y aurait entre lui et la *simple* volonté individuelle, mais non pas celle qu'il y aurait entre lui et cette volonté individuelle, par l'intermédiaire et l'aide de la volonté générale. Quand bien même il se soucierait fort peu du défunt pris comme simple individu, il peut cependant, en qualité d'agnat, lui sembler bien cruel de laisser disparaître la personnalité volontaire de ce défunt. Dans le testament,



c'est la *simple* volonté individuelle du défunt qui le supplie de la continuer. Dans la succession *ab intestat*, c'est la volonté individuelle du défunt, unie à la volonté générale du peuple avec laquelle elle est identique, qui le supplie d'accorder cette perpétuation, ne fût-ce qu'à cause de la qualité résultant en lui de la volonté totale et commune du peuple. Quand même l'héritier résisterait aux supplications de la simple volonté individuelle, cela ne voudrait pas dire qu'il résisterait également aux supplications réunies de la volonté individuelle et de la volonté générale. Quand donc il refuse en qualité d'héritier testamentaire, il répudie tout simplement la succession testamentaire et acquiert précisément par cet acte la succession *ab intestat*.

Le deuxième cas : l'héritier *ab intestat* répudie la succession testamentaire à laquelle, mais à tort, il se croyait appelé, est naturellement identique au premier ; aussi Ulpien le traite-t-il conjointement avec celui-ci (*heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit*) ; nous l'avons mis à part pour en faciliter l'intelligence.

Passons tout de suite au quatrième cas : l'héritier *ab intestat*, qui est en même temps héritier testamentaire, mais ne le sait pas, répudie la succession *ab intestat*. Comme il ignore totalement sa qualité d'héritier testamentaire, il n'a pu, même implicitement, répudier la succession testamentaire (1). Il est possible que son rapport d'agnat l'inquiète fort peu, tandis que peut-être il aurait été touché et flatté par l'honneur que lui faisait le défunt en le chargeant de perpétuer sa volonté, en lui conférant expressément et à titre exclusif l'identité de volonté. Mais tant qu'il n'a pas valablement répudié, soit explicitement, soit implicitement,

(1) Mais non pas : *quoniam hanc non repudiavit*, comme le dit Ulpien ; car cette expression : *hanc non repudiavit* s'appliquerait pareillement dans le troisième cas ; toute la différence, comme nous le verrons, réside dans la connaissance. Ici encore, la connaissance de l'héritier nous apparaît comme le motif en vertu duquel la succession lui est déferée, ainsi que nous l'avons exposé au chapitre XXXIII.



la succession testamentaire, la succession *ab intestat* ne lui est pas même déléguée ; par conséquent le refus prématuré qu'il oppose à une prière qui ne lui a pas été faite, à une vocation qu'on ne lui a pas adressée, est aussi peu valable que si le *de cuius* vivait encore. Ce n'est que lorsque cette prière et cette vocation lui auront été faites qu'il verra s'il doit ou non répudier.

Revenons maintenant au troisième cas. Qu'arrive-t-il, quand l'héritier répudie en qualité d'héritier *ab intestat*, tout en sachant qu'il est également héritier testamentaire ? C'est ici que nous voyons apparaître, dans toute sa pureté et toute son importance, le concept que nous avons développé plus haut à propos de la succession *ab intestat* : la volonté présumée de l'individu, identique en même temps avec la volonté générale, par le fait même qu'elle est supposée découler d'un individu qui n'a pas posé sa volonté comme volonté particulière. Jamais, si le droit de succession *ab intestat* n'était que simple loi et non pas une volonté découlant de l'individu même, l'héritier ne pourrait, en répudiant la succession *ab intestat* fixée par la loi seule, avoir l'air de répudier simultanément la succession testamentaire ; tout ce qu'on a écrit jusqu'à nos jours, sur la succession *ab intestat*, s'effondre devant cette seule décision d'Ulpian. Or, d'après son concept, le droit de succession *ab intestat* réunit les deux éléments : il est en même temps la volonté individuelle présumée du *de cuius* et la volonté générale avec laquelle elle est identique en qualité de volonté présumée ; par conséquent, comme nous l'avons dit plus haut à propos de l'agnat répudiant en qualité de simple héritier testamentaire, la volonté individuelle et la volonté générale se réunissent dans la volonté *ab intestat* pour supplier l'héritier d'accorder la perpétuation à la volonté du *de cuius* ; et ainsi, du moment que l'héritier se sait en même temps héritier testamentaire, sa répudiation se pose en face de la succession testamentaire, comme un *ne, quidem*, un *pas même*. Appelée par les deux volontés, la volonté individuelle du *de cuius* et la volonté générale du peuple, étroit-



tement unies dans la volonté *ab intestat*, l'héritier n'a quand même pas déclaré vouloir perpétuer la volonté subjective du *de cuius* ; appelé par la volonté présumée du défunt, laquelle, en tant que présumée, est précisément la volonté personnelle du défunt, mais qui, pour cette même raison, doit implorer le secours et l'intermédiaire de la volonté générale prise dans sa substance intégrale, l'héritier a quand même déclaré ne pouvoir accepter l'identité de volonté proposée ; il a donc, *a fortiori*, répudié la simple volonté personnelle du défunt en répudiant la volonté *ab intestat*. Il ne peut pas dire qu'il a simplement décliné la volonté supposée sans avoir en même temps décliné l'identification avec la volonté explicite. Il connaissait en effet sa qualité d'héritier testamentaire ; s'il voulait donc décliner uniquement la volonté présumée, il avait à sa disposition un moyen simple et positif à la fois : il n'avait qu'à faire l'addition de la succession testamentaire ; de cette façon il eût naturellement empêché l'entrée en ligne de compte de la volonté présumée. Par le seul fait qu'il n'a pas eu recours à ce moyen positif d'établir une distinction et s'est contenté de répudier la volonté présumée du défunt, représentée par le droit de succession *ab intestat*, il a répudié, dans cette volonté présumée du défunt, les deux éléments réunis nécessairement dans le droit de succession *ab intestat* et même dans le simple concept de volonté présumée ; il a répudié la volonté explicite et la volonté présumée, aussi bien l'élément général contenu dans cette supposition même, que la volonté individuelle, dont cet élément général forme simplement le contenu. Comme les deux idées se réunissent dans l'hérédité *ab intestat*, il s'ensuit que l'héritier qui répudie, sans établir de distinction, l'hérédité *ab intestat*, répudie les deux idées et que par conséquent il a refusé la succession testamentaire ou l'identité de volonté en général. Seule l'ignorance dans laquelle il se trouverait par rapport à son institution testamentaire pourrait, comme cela ressort du reste de la façon dont Ulpien a disposé ses cas, lui être comptée comme motif limitatif de son



acte volontaire au point de vue de l'extension logique. On voit maintenant la nécessité conceptuelle de cette assertion d'Ulpien : l'héritier qui répudie la succession *ab intestat*, sachant qu'il est en même temps héritier testamentaire, doit être regardé comme s'il avait répudié les deux qualités : *credendus est utrumque repudiasse*. Cependant cette solution ne suffit pas pour rendre leur valeur aux règles juridiques en matière de délation et d'adition ; puisque, malgré tout, l'héritier *ab intestat* répudiera toujours une succession *ab intestat* qui ne lui aura pas encore été déférée. Il ne s'agit plus ici de comprendre ni d'expliquer ; s'il veulent être francs, nos jurisconsultes avoueront sans ambage que, si la question n'avait pas été tranchée par Ulpien, ils lui auraient donné une solution toute différente, celle appliquée dans le quatrième cas. Ils auraient dit : l'héritier *ab intestat* répudie une succession *ab intestat* qui n'est pas encore déférée ; *nihil agit*. Il ne saurait davantage perdre la succession testamentaire, puisqu'il ne l'aura pas répudiée, *quoniam hanc non repudiavit*.

Nous voyons donc une fois de plus ici (1), comme du

(1) Nous faisons erreur, à ce qu'il paraît, en affirmant ci-dessus que les jurisconsultes évitent de parler de ce passage d'Ulpien. Huschke invoque, en effet (*Studien des Röm. Rechts.*, I, 235, note 64), le même passage qui nous a tant embarrassés (§ 4, de l. 17). Et que dit-il ? Voici : « Puisque, d'après ce paragraphe, la déclaration de l'héritier qui accepte une succession testamentaire et celle de l'héritier qui accepte une succession *ab intestat* sont absolument distinctes quant à leur fond, personne ne peut faire acte d'adition à moins qu'il ne sache si la délation lui vient *ex testamento* ou *ab intestato*, et l'héritier qui a refusé la première adition, peut néanmoins faire la seconde. L. 17, § 4, *de acqu. vel om. her. !* » La science des jurisconsultes que Huschke oppose triomphalement à Niebuhr, doit donc ici se moquer ouvertement de la source juridique ouverte devant elle, puisqu'elle la contredit formellement. Ulpien établit en règle que l'héritier qui répudie la succession *ab intestat*, répudie en même temps la succession testamentaire ; il admet simplement, à titre d'exception, le cas où il y a ignorance de la succession testamentaire — du reste, toute ignorance est naturellement une exception juridique, tous les jurisconsultes l'ont toujours traitée comme

reste à chaque page de notre ouvrage, que même la connaissance juridique purement positive ne peut reposer que sur une compréhension théorique.

Occupons-nous maintenant de la différence extrêmement intéressante entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, que nous trouvons dans l'*in jure cessio* et qui, jusqu'à nos jours, a dû défier toute tentative d'explication, mais qui, une fois bien établi le concept de la succession *ab intestat*, ne peut plus présenter la moindre difficulté et ne peut servir qu'à développer ce concept jusqu'aux dernières conséquences de son contenu.

Avant l'adition, l'héritier *ab intestat* peut transférer la succession par *in jure cessio*, par conséquent avant d'être réellement devenu héritier ; et quand il le fait, l'hérédité passe au cessionnaire tout comme si celui-ci était lui-même l'héritier légal *ab intestat*. Le cessionnaire devient héritier (1).

telle, et, dans le cas présent, elle devient, en réalité, une exception, puisque, en règle générale, l'héritier *ab intestat* ne sera pas sans savoir parfaitement s'il est en même héritier testamentaire ; — la science juridique, au contraire, doit tout d'abord taire la règle, puis ériger l'exception en règle et, enfin, par le fait qu'elle passe sous silence la condition matérielle de l'exception — l'ignorance, — transformer la règle en son contraire absolu ; et ainsi, tout en s'appuyant sur le passage d'Ulpien où nous trouvons tout juste le contraire, elle arrive, en fin de compte, à lancer cette affirmation positivement erronée : « et l'héritier qui a refusé la première adition peut néanmoins faire la seconde ». On voit que, plus haut, nous sommes restés au-dessous de la vérité, en disant que les jurisconsultes enseigneraient précisément le contraire, si nous n'avions heureusement cette décision unique d'Ulpien. Ils enseignent le contraire de cette décision bien qu'elle existe ! Il est vrai qu'il ne saurait en être autrement, puisqu'il s'agit ici de défendre toutes les règles que nos jurisconsultes ont établies en matière de délation et d'adition. Huschke, en particulier, y est obligé plus encore que tous ses confrères, puisqu'il a fait cette découverte absolument remarquable que la déclaration d'adition faite par l'héritier *ab intestat* a un sens radicalement différent de celui de la déclaration d'adition faite par l'héritier testamentaire !

(1) GAIUS, II, § 35 : « Nam si is ad quem ab intestato legitimo jure



L'héritier testamentaire, au contraire, ne peut pas transférer l'hérédité par *in jure cessio*; s'il le fait avant l'adition (1), il ne fait rien du tout, *nihil agit*, comme s'exprime Gaius (2).

La première question qui se pose est celle-ci : Si le concept de l'hérédité consiste dans la perpétuation identique de la volonté subjective du défunt, comment se fait-il que l'héritier, appelé soit par testament, soit *ab intestat* à réaliser cette perpétuation, puisse à la fois accepter et répudier cette identité de volonté ? C'est cependant ce qu'il fait manifestement : d'une part, en effet, il ne se pose pas en identité de volonté, il ne fait pas l'adition, il se refuse à prendre la place du *de cuius*, et d'autre part, il dispose, par un acte de sa volonté, de cette identité refusée, il agit comme le *de cuius* lui-même auquel il veut donner, pour continuateur identique, une volonté subjective autre que celle fixée par ce *de cuius*. Il semblerait donc qu'il ne dût pouvoir que refuser ou accepter cette identité de volonté, comme c'est le cas pour l'héritier testamentaire. Comment peut-il en outre disposer de la volonté subjective d'un autre

pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. » — ULPYEN, *Fragm.*, XIX, 11, 14.

(1) Après l'adition, c'est-à-dire quand il est devenu réellement héritier, quand, par l'identification, il est devenu l'être même de la personnalité volontaire du *de cuius*, il est évident qu'il ne peut plus se débarrasser de cette identité, tout comme personne ne peut se défaire de sa propre personnalité volontaire ; l'héritier *ab intestat* se trouve sur le même pied que l'héritier testamentaire. La personnalité volontaire du défunt est devenue la sienne propre. Après l'adition, l'héritier *ab intestat* est donc traité absolument comme l'héritier testamentaire ; il peut, par la *cessio in jure*, transférer la totalité des choses qui font partie de la succession ; il reste cependant héritier : *nihilominus ipse heres permanet*, comme le dit Gaius ; nous voyons une fois de plus clairement, jusqu'à toucher du doigt, combien l'hérédité a peu de relation avec le « patrimoine », la « totalité de la fortune » ou la « libre disposition de la fortune ».

(2) II, § 36.



tant que, par l'adition, il ne s'est pas identifié avec elle ? On pourrait croire qu'antérieurement à l'adition, époque où non seulement il n'est pas encore cette volonté, mais encore une volonté totalement différente, il ne le pourra pas, pas plus qu'après l'adition, où il est trop tard, parce qu'il est déjà devenu cette volonté du *de cuius*. Enfin, pour quelle raison l'héritier *ab intestat*, qui est cependant la réalisation moins adéquate, affaiblie plutôt du concept d'hérédité, peut-il avoir un droit supérieur à celui de l'héritier testamentaire ? Mais le droit romain, comme nous l'avons vu généralement, est le droit du concept spéculatif ; les différences mathématiques y perdent leur importance ; et nous verrons que l'héritier *ab intestat* jouit d'un droit supérieur à celui de l'héritier testamentaire, précisément parce que son droit est le plus faible.

Huschke avoue (*Studien des röm. Rechts*, I, 233) que l'explication jadis tentée par Mühlenbach (1) manque d'exactitude et de profondeur. Voyons maintenant l'explication qu'il propose lui-même pour remplacer celle de Mühlenbach. Il veut, d'après sa propre expression, « développer d'un peu plus près la nature de la *cessio in jure* » et il débute par la proposition suivante : « Une succession *ab intestat* déférée peut être cédée *in jure*, en sorte que le réclamant devienne héritier au même titre que s'il avait fait l'adition de la succession en qualité de *legitimus heres*. » C'est exact : Gaius nous l'a dit également. Mais Huschke a voulu expliquer sa proposition, et nous avons bien peur que la proposition à expliquer reste la seule proposition exacte de toute l'explication. Huschke commence, en effet, immédiatement après, son explication promise : « En somme, l'héritier peut transmettre la succession, bien qu'il ne l'ait pas encore acquise, parce que cette acquisition dépend uniquement de sa volonté. » Mais cette faculté appartenait à l'héritier en général, on ne voit pas pourquoi l'héritier testamentaire en serait exclu. Toutefois, insistons un

(1) *Förderungsrechte*, 2^e éd., p. 25-28, § 4.

peu : Si cette faculté provenait de ce que « l'acquisition dépend uniquement de sa volonté », l'héritier testamentaire, quelles que soient d'ailleurs les circonstances, jouira du même pouvoir, puisque chez lui, tout aussi bien que chez l'héritier *ab intestat*, « l'acquisition dépend uniquement de sa volonté ». En présence d'un début si radicalement erroné en ce qui concerne le fondement du pouvoir chez l'héritier *ab intestat*, on n'a pas besoin d'être prophète pour prédire que Huschke ne parviendra jamais à nous dire exactement la raison pour laquelle l'héritier testamentaire ne jouit pas de ce pouvoir. Nous verrons plus loin que c'est le juste contraire de ce que dit Huschke. Ce n'est pas l'héritier en général, l'héritier d'après son concept pur, qui jouit de ce pouvoir, et l'héritier testamentaire qui, par exception, en est privé ; c'est le contraire : l'héritier en général, l'héritier d'après le concept adéquat ne le peut et ne le pourra jamais, et l'héritier *ab intestat* n'en est capable que par son caractère subsidiaire et secondaire. Mais continuons à nous occuper de Huschke. Pour mieux prouver que l'héritier en général doit pouvoir céder le droit d'héritage, Huschke, après avoir fait quelques remarques sur la fiction d'un litige juridique sur laquelle repose la *cessio in re*, continue : « Du reste la nature de l'héritage ne s'oppose pas à sa transmissibilité ; il est, à la vérité, quelque chose d'immatériel, comme l'*usufructus* et l'*obligatio*, mais il se distingue de ces droits en ce qu'il ne consiste pas, comme eux, en un rapport réciproque de deux objets (1), lequel deviendrait forcément autre par la modification d'un des objets, mais que, pareil aux choses corporelles, il est une chose en soi, incorporelle seulement parce que son support matériel, la personne, est mort. »

La science juridique relative à la chose incorporelle, en

(1) Le rapport réciproque de deux personnes relativement à un acte de volonté déterminé ou même plusieurs de ces actes, ce qui forme l'essence de l'*obligatio*, devient pour Huschke, un rapport entre deux objets. Mais nous n'écrivons pas un traité sur la théorie de l'obligation.

commettant l'immense confusion de mettre sur le même rang la transmission de toute la volonté subjective, telle qu'elle se fait dans l'héritage, et l'acte volontaire isolé qui s'accomplit dans l'*obligatio*, s'inflige ici à elle-même son châtiment. Elle montre tout d'abord que pour elle la succession — considérée toujours dans le sens direct de droit d'héritage cédé *in jure* par l'héritier *ab intestat*, le seul dont Huschke puisse parler — est une chose incorporelle ; mais en outre, en vertu même du rapprochement par elle opéré, elle montre de la façon la plus évidente qu'à ses yeux le droit d'héritage cédé par l'héritier *ab intestat* est devenu une chose beaucoup plus matérielle encore que la chose incorporelle de l'*obligatio* ; en d'autres termes nous devons voir apparaître, dans toute sa matérialité et avec toute sa force, l'opinion dont cette comparaison était une simple indication et qui consiste à ne voir dans l'héritage qu'une acquisition de fortune ; et ainsi le droit de succession qui, dès le début, avait été donné comme une chose, mais comme une chose incorporelle, du moins en paroles, se transforme en une chose corporelle, en une chose sans phrase. D'après les propres expressions de Huschke, l'héritage se distingue donc de la chose incorporelle de l'*obligatio* en ce qu'il est encore beaucoup plus corporel. Il est d'abord chose incorporelle, puis il devient semblable aux choses corporelles, enfin chose en soi. Après avoir de cette sorte parcouru tous les stades et s'être transformé en chose pure et simple, l'héritage doit néanmoins redevenir subitement incorporel, mais incorporel uniquement parce que son représentant corporel (la personne) est mort.

Si déjà, dans l'héritage, il doit être question des expressions : *corporel*, *incorporel*, on pourrait à la rigueur comprendre que ces facteurs de l'héritage, en face desquels nous nous trouvons, représentent la personne du *de cuius* comme l'élément incorporel, personnel, idéal, et la chose comme l'élément corporel. Dans cette hypothèse, la disparition de l'élément personnel, du *de cuius*, ne rendra nullement la chose plus incorporelle qu'auparavant. Les abs-



tractions tourmentées de Huschke mettent les choses sens dessus dessous. L'héritage, en tant que chose, devient incorporel, et la personne en est le « représentant corporel ». Mais ce qu'il y a de plus amusant, c'est que la chose, après être devenue « pareille aux choses corporelles » et « chose en soi », chose pure et simple, redevient maintenant chose incorporelle, et cela, en termes formels, parce que « son support corporel », la personne, est mort. Généralement une chose corporelle en soi, privée de son support corporel, montre surtout alors sa matérialité en tombant à terre de tout le poids de cette matérialité. Chez Huschke c'est tout le contraire qui se produit. Bien que jusque-là cette chose ait été corporelle, elle plane maintenant dans les régions éthérées, supportée probablement par le tourbillon de paroles que la science juridique provoque infailliblement ; mais cet état contre nature ne tarde pas à faire naître chez elle un sentiment de dépit, et elle se réfugie dans un gaz incolore et inodore où lui échoit enfin le bonheur de devenir « une chose incorporelle ».

Dans l'appendice qui se trouve à la fin de ce chapitre, nous aurons d'ailleurs l'occasion d'insister plus longuement sur le désarroi et les perturbations que la science juridique ne peut manquer d'entraîner à sa suite, par le fait seul qu'elle ne voit dans l'héritage qu'une acquisition de fortune ; nous n'avons donc pas besoin de détailler ici toutes les erreurs contenues dans la dernière phrase citée. Contentons-nous de faire cette remarque : Jusqu'ici Huschke a expliqué pourquoi l'héritier *ab intestat* peut céder *in jure* son droit de succession ; son explication est fautive, il est vrai ; mais il n'a même pas pris la peine de nous indiquer pourquoi l'héritier testamentaire ne le peut pas. Toutes les raisons mises en avant devraient s'appliquer tout aussi bien à l'héritier testamentaire, puisque, soi-disant, elles sont prises dans la nature même de la succession. Si par sa nature la succession est une chose incorporelle, elle l'est également pour l'héritier testamentaire et par suite elle est transmissible pour lui aussi. Mais Gaius nous dit qu'elle ne l'est



pas pour l'héritier testamentaire, et de gré ou de force, par la voie directe ou des chemins détournés, la science juridique saura bien trouver une différence : peu importe d'ailleurs la nature de cette différence. C'est pourquoi Huschke continue : « Enfin on ne saurait parler d'une personnalité supérieure de la *legitima hereditas* pour la raison seule que la loi ne l'aurait proposée qu'à une certaine personne déterminée. » Voilà donc à quoi vient aboutir l'explication plus précise promise par Huschke ! La science juridique cherche un dernier refuge dans une simple distinction de mots entre personnalité et personnalité supérieure ! Mais dans le concept juridique de la personnalité il n'y a pas de distinction de plus ou de moins ; les distinctions entre personnalité et personnalité supérieure ou personnalité suprême ne sauraient y trouver place. Toute succession, sans en excepter même la succession *ab intestat*, est une personnalité ou ne l'est pas. La distinction en personnalité et personnalité supérieure, dont Huschke ne donne pas la moindre explication et que du reste personne ne serait capable d'expliquer, n'est donc, en résumé, quel'effort convulsif fait par la science juridique pour trouver du moins dans les mots une apparence de distinction — la distinction en homme et homme supérieur, sujet et sujet supérieur, — impuissante qu'elle est à trouver une réelle distinction dans la chose. Et pourquoi la succession *ab intestat* ne serait-elle pas une personnalité supérieure au même titre que la succession testamentaire ? La science juridique semble consister essentiellement à oublier, en un endroit, ce qu'elle a dit à un autre, parce que cela deviendrait gênant ici. En un autre passage, Huschke professe en effet l'opinion généralement admise par les auteurs : le droit de succession *ab intestat* est un droit de succession familial, reposant sur la « trinité de l'homme, de la femme et de l'enfant » sur le principe physique de la procréation naturelle. Mais s'il en est ainsi, ne pourrions-nous pas dire, avec plus de raison et à plus juste titre, que l'héritier *ab intestat* représente au moins autant que l'héritier testamentaire la personnalité



supérieure du défunt? En sa qualité de membre de la même famille, il réunit en lui, par surcroît, le côté physique, la réelle personnalité naturelle du *de cuius*, il est en même temps héritier et membre de la famille et héritier comme membre de la famille. Quoi qu'il en soit, en cet endroit Huschke, pour bien nous prouver que la succession *ab intestat* n'est pas une personnalité supérieure, continue, immédiatement après les dernières paroles citées : « Car la succession *ab intestat*, comme d'ailleurs son nom l'indique déjà, est quelque chose d'existant en soi, et la loi ne fait qu'appeler quelqu'un pour en faire l'acquisition. » Mais la succession testamentaire, quel que soit d'ailleurs à nos yeux le concept d'hérédité, n'est-elle pas également quelque chose d'existant en soi, où le testament ne fait qu'appeler une personne quelconque à l'acquisition? Si l'on considère la succession comme la continuation de la personnalité volontaire du défunt, elle existe forcément, puisque, sans cela, elle ne pourrait être continuée. La considère-t-on comme une transmission de fortune, comme une chose corporelle ou incorporelle, ou, pour employer l'expression de Huschke, comme une chose « corporelle-incorporelle », elle doit encore être quelque chose d'existant en soi, puisque, sans cela, elle ne pourrait être transmise. La succession testamentaire et la succession *ab intestat* doivent toutes les deux, et au même titre, être quelque chose d'existant en soi ; autrement personne ne pourrait être appelé à les recueillir et le testament contient, tout autant que la loi de succession *ab intestat*, la délation ou la vocation à cette succession. Cependant la science juridique ne se contente pas encore de ces lauriers et elle continue ainsi la phrase à l'endroit où nous l'avons coupée : « Et l'on ne peut pas soutenir que l'existence de la succession ne dépende que de la vocation d'une personne déterminée. » Toutes les phrases, et même toutes les parties de phrase que la science juridique établit dans le cours de cette discussion sont autant d'erreurs positives. On ne *peut* pas soutenir? Du moins Huschke ne permet pas qu'on le sou-

tienne? Et qu'arriverait-il si malgré tout quelqu'un le prétendait? Qu'arriverait-il si l'on répliquait à Huschke: Le principe fondamental du droit civil de succession *ab intestat* d'après lequel ce droit n'admet pas de *successio*, d'après lequel, par conséquent, en cas de répudiation ou même de mort de la part de l'agnat le plus proche, le *de cuius* n'a plus d'héritier, son patrimoine devenant une chose sans maître; ce principe montre justement, par un témoignage décisif, fondé sur l'ancien droit civil, que plus que toute autre la succession *ab intestat* a la première condition de son existence dans la vocation d'une personne déterminée. C'est donc surtout à la succession *ab intestat* que s'appliquerait la phrase que Huschke ne veut pas lui appliquer, la réservant pour la seule succession testamentaire. La disparition de la seule personne de l'agnat premier appelé entraîne la disparition de la succession tout entière. Et c'est justement dans le droit testamentaire que la valeur de ce principe est moindre. Dans un testament, en effet, il peut y avoir institution de plusieurs héritiers, et quand une personne déterminée refuse, la suivante prend naturellement la place vacante; où il peut y avoir toute une série de substitués, en sorte que toute personne prend immédiatement la place de la précédente: c'est ce qui ne se peut faire dans la succession *ab intestat*. Par conséquent c'est dans le testament que s'applique d'autant moins le principe que la succession a la condition première de son existence dans la vocation d'une personne déterminée. Quand même tous les héritiers testamentaires refuseraient et bien que, dans ce cas, la succession cesse d'être une succession testamentaire, elle serait néanmoins déférée par le droit *ab intestat*; elle resterait donc toujours succession; son existence en tant que succession ne serait donc pas liée à la vocation d'une personne déterminée; or, c'est ce qui se produit au suprême degré dans le droit de succession *ab intestat* où la succession cesse d'exister par suite de la disparition de la personne appelée.

Comme l'on voit, la science juridique n'a qu'un moyen

de se rendre à peu près plausible la distinction illusoire et fantastique faite, en paroles, entre la personnalité et la personnalité supérieure ; c'est de se mettre en contradiction évidente avec toute sa matière positive et d'établir des règles radicalement fausses qui, si toutefois dans de telles abstractions on pouvait espérer un résultat exact quelconque, seraient vraies plutôt du domaine opposé à celui pour lequel elles sont faites.

Mais jusqu'alors Huschke s'est contenté de vouloir nous dire pourquoi l'héritage *ab intestat* n'était pas une personnalité supérieure. Nous ne voyons toujours pas la raison pour laquelle, contrairement à la succession *ab intestat*, l'héritage testamentaire aurait cette qualité de personnalité supérieure ; ou plutôt il nous manque toujours la tournure oratoire que Huschke ne manquera pas de trouver pour nous indiquer la raison qui empêche l'héritier testamentaire de faire la *cessio in jure*. Immédiatement après les dernières paroles citées, Huschke continue donc : « C'est ce qui fait la différence essentielle entre la *legitima hereditas* et la *testamentaria hereditas*, à laquelle nous passons de suite. Avant l'adition, l'héritier institué ne peut céder valablement la succession testamentaire. » Très bien ! c'est encore un principe que nous avons appris dans Gaius. Mais Huschke voulait dire le pourquoi de ce principe ? Il continue donc : « Le droit de l'héritier testamentaire vient uniquement de ce qu'il représente la partie matérielle, la signification du *familiæ emptor* ; or, ce dernier, dans le droit primitif, devenait immédiatement, après la mort du *de cuius*, le *successor per universitatem* ; ce droit repose donc sur un contrat relatif non à l'*hereditas*, mais à la *familia* du défunt, qui ne devient *hereditas* qu'au moment de l'acquisition, c'est-à-dire à une époque où il ne saurait plus être question de céder une succession non encore acquise. »

Ainsi donc chaque phrase émise jusqu'ici par la science juridique n'a servi qu'à produire chaque fois une confusion ; mais cette fertilité d'erreurs atteint son point culminant dans cette dernière phrase où nous pourrions, pour



ainsi dire, compter autant d'erreurs que de lignes. La confusion principale produite par cette foule d'erreurs est la différence si profonde que Huschke fait entre *familia* et *hereditas*. Il nous faudra bien, dans l'appendice, entrer dans la discussion détaillée de cette théorie de Huschke qui ne fait que des distinctions de mots ; nous aurons à démêler le fouillis de contradictions qu'elle forme ; nous renvoyons donc à quelques pages plus loin. Pour le moment, il nous suffira de donner une réponse autre, mais très décisive.

La différence entre l'héritier *ab intestat* et l'héritier testamentaire repose donc, d'après Huschke, uniquement sur ce fait que le droit de l'héritier testamentaire ne s'étend, en vertu de son contrat de mancipation, qu'à la *familia* du défunt, à l'exclusion de l'*hereditas*. Mais en affirmant une pareille chose, la science juridique semble oublier que la loi positive des Douze Tables dit précisément à propos de l'héritier *ab intestat* : *familiam habeto* et qu'ainsi elle lui transmet précisément la famille. Il n'y a donc pas de différence entre *familia* et *hereditas*, et la première revient à l'héritier *ab intestat* tout aussi bien qu'à l'héritier testamentaire. Si cependant Huschke avait raison et qu'il y eût réellement une différence entre *familia* et *hereditas*, le droit de l'héritier *ab intestat* reposerait justement sur la transmission de la *familia* et non pas de l'*hereditas*, et l'*hereditas* serait le partage de l'héritier testamentaire dont il est dit précisément : *heres esto* !

La « science juridique » a donc le grand malheur, dès qu'il lui vient l'ambition de se mettre à penser, de se trouver, par toutes les paroles, en contradiction formelle avec sa matière positive et de dire forcément le contraire de ce qu'affirme celle-ci. Elle a décidément le malheur continu, non seulement de mettre en avant des différences qui n'en sont pas, mais qui, si elles en étaient réellement, s'appliqueraient aux idées qu'elles attaquent plutôt qu'aux idées qu'elles ont mission de défendre.

D'après notre prédiction, la phrase positive de Gaius est donc restée le seul mot qu'il y ait de vrai dans cette longue



explication que Huschke a voulu nous donner des paroles de Gaius. Tout le reste, bien loin d'apporter quelque éclaircissement, n'a servi qu'à provoquer la plus horrible confusion dans toute la matière du droit successoral. Et la « science juridique » met le comble à cette confusion en terminant, d'un air triomphant, son explication plus précise par cette remarque : « d'où il résulte que le contenu de la déclaration faite par l'héritier, qui accepte une succession *ab intestat* ou qui accepte une succession testamentaire », c'est-à-dire le contenu de la déclaration d'addition, « est absolument différent » ! Dans le droit de succession *ab intestat* ou testamentaire on peut trouver des différences en tout et partout, dans le mode de vocation, et même dans un certain sens, comme nous ne tarderons pas à le voir, dans la chose qui fait l'objet de la vocation, mais jamais on n'en trouvera dans le contenu de la déclaration d'addition. Dans les deux cas, dans la succession *ab intestat* comme dans la succession testamentaire, le contenu de cette déclaration ne peut être que celui-ci : vouloir être identité de volonté avec le *de cuius*. C'est tellement manifeste, tellement d'une nécessité absolue, à tel point le simple énoncé de la matière juridique elle-même, que précisément toutes les distinctions dans la succession testamentaire et la succession *ab intestat* ne tombent qu'au delà de la déclaration d'addition et s'arrêtent à l'addition. L'addition elle-même constitue pour ainsi dire, en vertu de ce contenu toujours identique, la main de l'héritier qui efface tout, en passant sur ces différences pour les faire disparaître. L'addition a fait s'évanouir toutes les différences qui, pour le droit civil, existaient entre les deux systèmes de délation ; l'héritier les a dispersées, par sa déclaration de vouloir être identité absolue avec le *de cuius* ; au point de vue civil, l'addition a tué en lui toutes les différences qui pouvaient provenir de sa qualité d'héritier testamentaire ou d'héritier *ab intestat* ; il est devenu héritier pur et simple et le droit civil ne peut plus retrouver en lui trace de ce qu'il fut auparavant.

Si les jurisconsultes romains pouvaient revenir parmi



nous, nos auteurs pourraient leur faire accroire tout excepté que c'est leur droit qui fait le sujet des travaux modernes.

Au lieu d'analyser les confusions créées par la science juridique, il nous semble plus rapide d'indiquer comment cette différence se trouve nécessitée réellement dans la *cessio in jure*. Cette nécessité découle tout naturellement de ce que nous avons dit à propos du concept même de l'héritage.

L'héritier testamentaire est l'identité de volonté expressément voulue par le testateur entre lui et l'institué. Par le fait même de cette affirmation expresse, cette volonté doit avoir un caractère négatif envers tout ce qu'elle n'aura pas affirmé. Quiconque dit : Je suis Paul, dit par là même qu'il n'est ni Pierreni Louis. Par conséquent, l'individu que le testateur a désigné pour être avec lui-même identité de volonté, peut ou bien vouloir être cette identité — alors il devient héritier — ou bien ne pas vouloir être cette identité, et dans ce cas il devient un tiers quelconque, sans aucun droit vis-à-vis du testateur. Il ne pourrait transmettre cette volonté subjective que si elle était déjà sienne, que s'il l'avait déjà fait entrer en lui-même ; et même alors il ne pourrait la transmettre que par une nouvelle institution, par adrogation, puisque ce sont là des modes de transmission pour l'intégrale volonté subjective.

Il est donc de la plus grande simplicité que l'individu, à propos duquel le testateur a dit : « C'est Pierre qui sera identité de volonté avec moi », ne pourra pas dire : « Non, je n'y consens pas, c'est Paul qui aura cette identité » ; c'est ce qui découle naturellement, n'en déplaise aux affirmations contraires de Huschke, du concept pur de l'héritage, du concept de la succession pure et simple : s'il en était autrement, la volonté du testateur serait infirmée au lieu d'être maintenue. Et l'héritier *ab intestat* ne le pourrait pas davantage, s'il n'avait un caractère subsidiaire, adjuvant, s'il était, au même titre que l'héritier testamentaire, réalité adéquate du concept d'héritage. Passons donc à l'héritier *ab intestat* ! L'héritier *ab intestat* n'est pas la volonté expresse du dé-



funt, mais simplement sa volonté présumée. Cependant, tout en étant la volonté présumée, il n'en reste pas moins la volonté déterminée de ce défunt, puisqu'il est précisément la détermination présumée de la volonté du *de cuius*. Aussi nous avons déjà montré plus haut comment, même dans le droit de succession *ab intestat*, il faut toujours considérer et traiter la volonté du mort, malgré sa qualité de volonté présumée, comme une volonté déterminée ou s'appliquant à la volonté d'un autre individu déterminé. Nous y avons montré comment, de par la volonté individuelle présumée du défunt, un individu déterminé, l'agnat le plus proche, est appelé à donner par sa volonté continuation à la volonté du défunt ; comment, par conséquent, en dehors de cette volonté de l'agnat appelé, nulle autre ne pouvait assurer à la volonté du défunt cette continuation, et comment il ne pouvait être question de *successio*. C'est ce que nous avons développé ci-dessus, et nous avons ainsi obtenu notre principe fondamental du droit civil de succession *ab intestat*. Allons-nous maintenant suivre les errements de certaines méthodes et rétracter nos affirmations d'alors, sous prétexte qu'elles ne cadrent plus avec notre but ? Nullement.

Mais qu'est-ce que les paroles citées plus haut excluent au juste ? Pour le savoir, nous n'avons qu'à les examiner de près. Ce qu'elles excluent c'est ceci : « sans cette volonté de l'agnat appelé, la volonté du défunt ne saurait recevoir de continuation d'aucune autre ». Est-ce que par là elles excluent également que, par la volonté de l'héritier, cette continuation puisse — comme cela se fait dans la *cessio in jure* — lui être donnée par un tiers ? A quoi l'héritier *ab intestat* est-il donc appelé ? Nous trouvons la réponse dans les phrases que nous avons récapitulées plus haut : il est appelé à *donner*, par sa volonté, une continuation à la volonté du défunt, mais non pas à *être* cette continuation. Mais on pourrait nous objecter que c'est là une pure distinction de mots, que nous faisons valoir pour les besoins de notre cause. Il n'en est cependant rien, et notre distinction contient plutôt tout le concept réel du droit de



succession *ab intestat*; nous allons assister à son complet épanouissement, qui ne sera rien autre chose que la mise en lumière du concept subsidiaire que, depuis le début, nous nous sommes efforcés de développer.

La loi de succession *ab intestat*, disions-nous plus haut, a pour but la recherche de l'individu; et nous ajoutions qu'elle ne pouvait plus le retrouver dans la réelle identité de volonté. S'il existait en effet une identité de volonté dans la personne d'un héritier testamentaire ou d'un *suus*, la loi de succession *ab intestat* n'aurait nullement besoin de chercher et ne le pourrait même pas; elle n'aurait pas besoin de disposer comme loi de succession *ab intestat* et ne le pourrait pas. C'est précisément parce qu'elle ne peut pas trouver une identité de volonté adéquate, qu'elle doit compléter en tant que loi; c'est ce qui fait son caractère subsidiaire, adjuvant.

Mais examinons la question de plus près encore, en ne nous occupant que de la volonté individuelle supposée du défunt; celle-ci ne peut pas dire à l'agnat: sois identité de volonté avec moi, sois la continuation de ma volonté. Lui-même, le testateur, n'a pas encore affirmé, de son côté, qu'il y a identité de volonté entre lui et l'agnat. Par suite, l'agnat ne possède pas encore cette identité, et il ne saurait donc être invité tout bonnement à être ce qu'il n'est pas.

Dans la vocation *ab intestat*, la volonté individuelle du *de ejus* mort *ab intestat*, et la volonté générale du peuple ne crient donc pas à l'appelé: Sois identité de volonté avec le défunt, sois la continuation de sa volonté, sois ce que tu n'es pas; mais elles lui crient simplement et ne peuvent que lui crier: Complète ce qui n'existe pas; donne-lui la continuation de sa volonté!

Il y a donc une différence avec la continuation, déjà existante, de la volonté subjective du testateur; et l'agnat, qui est ainsi invité à donner cette continuation, a pleinement le droit de donner cette continuation par lui-même ou par un autre, pourvu que ce soit lui qui la donne. Et même dans la *cessio in jure*, il a répondu à l'appel qui lui

fut adressé, non pas simplement à la lettre, mais suivant toute la profondeur conceptuelle de cette vocation.

Quel était le concept réel de la succession *ab intestat* ? C'était la continuation de la personnalité volontaire qui ne s'est pas particularisée, par l'intermédiaire de la communauté volontaire générale du peuple organisée en groupements. Eh bien, cette continuation de la personnalité volontaire en général s'est effectuée ; elle a passé par l'intermédiaire de la volonté générale du peuple, représentée par le chef de file d'un groupe particulier ; et de cette façon, les deux éléments du concept se trouvent épuisés. Que la volonté perpétuée soit une volonté individuelle qui ne s'est pas particularisée, c'est ce qui apparaît une fois de plus ici ; cela n'apparaît pas, il est vrai, dans la personne de l'individu appelé à donner la continuation de la volonté ; grâce à l'identité de la volonté qui ne se particularise pas avec la volonté générale, cet appelé est absolument et personnellement déterminé, non pas comme personne pure et simple, mais comme représentant momentané de ce concept ; ce caractère ressort plutôt de ce que l'agnat, seul appelé, peut, avec une logique absolue, donner comme support de cette identité, à l'individu qui ne s'est pas particularisé, n'importe quelle personne particulière.

La vérité évidente de notre explication se montre immédiatement dans le fait que les mêmes raisons, qui permettent à l'héritier *ab intestat* de céder *in jure*, l'interdisent au *suus*. Le *suus* ne peut pas avoir ce droit, bien qu'il soit formellement héritier *ab intestat* ; semblable à l'héritier testamentaire, il est déjà une expresse identité de volonté avec le *de cuius* ; il n'est donc pas appelé à donner à cette volonté l'identité qui lui manque, mais à être lui-même cette identité. Les deux écoles de Sabinus et de Proculus sont du reste absolument d'accord (1) sur ce point

(1) Cf. GAIUS, II, 37 ; III, 87. Dans le deuxième passage il limite au *suus et necessarius* ce que, dans le premier, il avait dit de l'*heres necessarius*.



que le *suus* ne peut pas, comme les autres héritiers *ab intestat*, céder *in jure* son droit de succession ; le litige porte uniquement sur ceci : les disciples de Sabinus disent que le *suus*, en faisant une *cessio in jure*, fait un acte foncièrement nul ; les adeptes de Proculus, au contraire, attribuent à cet acte l'effet que chez l'héritier testamentaire conserve la *cessio in jure* faite après l'adition, un effet, par conséquent, qui n'atteindrait plus en rien l'hérédité. Nous constatons donc une fois de plus que le *suus*, tout en étant formellement héritier *ab intestat*, ne l'est cependant pas en réalité, que même la loi de succession ne l'appelle pas comme tel et ne l'institue pas par une disposition quelconque, qu'il est tout autant héritier testamentaire et occupe d'ailleurs la même situation que ce dernier occupe d'après tout ce que nous avons dit jusqu'ici.

Mais revenons à la loi des Douze Tables et nous trouverons une nouvelle preuve que, dans les développements donnés jusqu'ici au concept d'héritage, nous avons tout simplement et sans qu'on s'en aperçût, fait de l'interprétation verbale. On doit comprendre maintenant pourquoi la loi des Douze Tables dit : *familiam habeto*, qu'il ait la souveraineté volontaire, tandis que le testament est obligé de dire : *heres esto*, qu'il soit héritier. La loi des Douze Tables dit : l'appelé a la souveraineté volontaire. Celui-ci l'a donc dans la main, il peut la continuer lui-même en s'identifiant avec elle par l'adition, il peut la transmettre. Avoir et transmettre ne sont nullement contradictoires. Tout au contraire : ce que l'on a, on peut toujours le donner, et ce que l'on veut donner, il faut d'abord l'avoir soi-même. Mais personne ne saurait donner ce qu'il est lui-même (1). C'est pourquoi le *heres esto* est exclusif, et le *familiam habeto* transmissible. Le testateur peut et doit dire : *heres esto* (2) ; par le fait qu'il est lui-même celui

(1) A moins qu'il ne se dessaisisse de tout son être propre, par l'institution d'héritage, *arrogatio, in manum conventio*.

(2) Abstraction faite de ce que cette formule n'est que l'abrévia-

qui pose quelque chose dans le testament, il pose celui qu'il appelle, comme étant déjà de son côté en identité de volonté avec lui-même. Cet appelé n'a donc qu'à continuer à être cette identité, puisque cette identité a été posée et achevée déjà par le testateur ; il n'a qu'à reconnaître de son côté l'être que le testateur, par son acte de volonté, a décidé lui appartenir. Mais dans le droit de succession *ab intestat*, il n'y a pas d'identité de volonté existante déjà vis-à-vis du testateur, et c'est pour cette raison que la loi de succession *ab intestat* doit le compléter en lui donnant cette identité (1). Si la loi de succession *ab intestat* le faisait en ces termes : *Proximus agnatus heres esto*, les jurisconsultes romains auraient certainement, et à juste raison, compris que cet ordre parti de la loi et prescrivant d'être quelque chose avait force astreignante, en d'autres termes, que l'héritier *ab intestat* était *heres invitus*, comme le *suus*. Etant donnée leur manière d'interprétation, c'est-à-dire la pénétration de l'esprit romain, ils n'auraient pu comprendre autrement. Personne ne peut se soustraire à l'obligation d'être juridiquement ce que le législateur lui prescrit d'être. L'individu est déjà devenu tel par le fait même que la loi lui commande d'être tel. L'ordre adressé par la loi à l'être de l'homme agit comme qualification de l'individu qui s'empare immédiatement et sans nulle aide de tout l'être. Dans cette hypothèse, l'héritier *ab intestat* n'aurait donc pu transmettre ce droit, ni s'en dessaisir, ni le céder *in jure*, il n'aurait même pu le refuser. De par l'ordre légal, il serait devenu *statim* héritier, même sans sa volonté. C'est pour cela que l'ordre ne peut s'adresser qu'à l'avoir de l'appelé. Ce que l'on possède, on peut non seulement le transmettre à un individu déterminé, mais l'on peut encore le saisir et le tenir, tout en restant libre de

tion de l'identification de volonté déjà faite dans le testament *per aes et libram* dans sa forme primitive, par l'action dramatique bilatérale.

(1) Voir, à ce sujet, l'explication donnée par Huschke de *familiam habeto et de heres esto* (*Rhein. Mus.*, VI, 297, note 64).



ne pas le saisir, de le rejeter, de le refuser. On est toujours libre de se dessaisir de son *avoir* légal, mais non pas de son *être* légal. Aussi l'ordre légal ne peut être adressé qu'au seul *avoir*, s'il veut sauvegarder la liberté individuelle de l'appelé.

Mais on pourrait se demander si nous n'avons pas fait de la simple interprétation de mots, et même si nous n'avons pas exagéré. Laissons donc complètement les mots de côté et ne nous occupons que du concept réel de la chose ; c'est alors seulement que nous mettrons en évidence, de la façon la plus nette et la plus précise, la nécessité interne de tout ce que nous avons exposé jusqu'ici, et nous parviendrons à projeter la clarté la plus absolue jusque sur le dernier repli du concept du droit *ab intestat*.

Nous disions à l'instant : Dans le droit de succession *ab intestat* nous ne trouvons pas, déjà existante, l'identité de volonté du testateur, et c'est précisément pour cette raison que la loi de succession *ab intestat* doit intervenir et créer cette identité de volonté, en s'inspirant de la volonté simplement présumée du défunt. Or, tel fut le concept déterminé du droit de succession *ab intestat*, dont nous sommes partis, dès le début, pour exposer tous nos développements. Qu'est-ce à dire ? La loi elle-même peut-elle conférer cette identité ? Si la loi elle-même devait être le principe qui confère, elle devrait toujours, quelles que fussent d'ailleurs les paroles dont elle ferait usage, léser la liberté de l'appelé. Et elle voudrait réellement cette offense si elle voulait être elle-même le principe qui donnerait le continueur à la personnalité volontaire du *de cuius*. Comme elle ne veut en rien léser la liberté de l'appelé, la loi ne saurait donc être elle-même le principe qui donne en complément à la volonté du défunt la continuation en question. La vocation faite par la loi de succession *ab intestat* a donc plutôt cette signification : l'appelé doit être celui de qui le *de cuius* tiendra la continuation de son identité de volonté ; en d'autres termes, la loi de succession *ab intestat* transmet à l'appelé, dans l'unité la plus haute, aussi

bien quant au fond que quant à la forme de son concept, ce qui forme réellement son fond conceptuel, c'est-à-dire son caractère propre d'élément adjuvant et complémentaire, sa propre capacité légale. Ce n'est pas la loi de succession *ab intestat* qui complète, elle se contente d'appeler quelqu'un qui ait le droit de compléter l'être de l'identité de volonté. Telle est donc la signification concrète et véritable de la vocation faite par la loi de succession *ab intestat*. L'héritier *ab intestat* est appelé, non pas à être l'héritier du défunt, mais une loi *ab intestat* vivante, le support qui exercera le droit dont il est investi, celui qui donnera au défunt la continuation de sa volonté subjective et le complétera de cette façon ; il est appelé par la loi de succession *ab intestat*, appelé par la volonté individuelle présumée du défunt lui-même, avec laquelle volonté cette loi est simplement identique. Puisque, somme toute, il n'est appelé qu'à exercer cette puissance découlant de la loi de succession *ab intestat* : donner, aider, compléter, son concept doit donc impliquer naturellement de compléter la personnalité volontaire du défunt et de lui donner la continuation par un autre aussi bien que par lui-même.

Comme on le voit, le droit de *cessio in jure*, ce droit plus étendu donné à l'héritier *ab intestat* contrairement à l'héritier testamentaire, repose justement sur ce caractère subsidiaire et inadéquat qui se trouve dans la loi de succession *ab intestat* en général et qui se reproduit dans l'héritier *ab intestat*, en tant que celui-ci est le représentant vivant de l'aide fournie par la loi de succession *ab intestat* (1).

(1) Mais nous constatons également que l'addition de l'héritier *ab intestat* n'a pas d'autre contenu que celle de l'héritier testamentaire. Par l'addition, l'héritier *ab intestat* déclare, en effet, vouloir donner, en sa propre personne, à la volonté subjective du défunt la continuation que, somme toute, il doit lui donner, en n'importe quelle individualité volontaire, d'ailleurs ; il déclare qu'il veut être héritier lui-même, qu'il veut réaliser lui-même l'identité de volonté proposée et que, par suite, il renonce à la faculté de donner au dé-



Autre constatation : en partant simplement du concept substantiel du droit de succession *ab intestat*, considéré comme un acte complémentaire créateur de la continuation d'existence et découlant de la volonté présumée du défunt, en remarquant toutefois que la loi, pour ne pas léser la liberté d'autrui, ne peut accomplir elle-même cet acte et doit en transférer la faculté à l'appelé, nous arrivons identiquement au résultat que nous avons obtenu déjà par l'interprétation verbale du *familiam habeto* de la loi des Douze Tables et du *heres esto*. Le mot et le concept sont après tout, dans le droit civil romain, absolument identiques et équivalents ; il ne saurait en être autrement, du moment que tous deux sont pris avec cette suprême précision dont nous n'avons plus, depuis bien longtemps, la moindre idée.

En troisième lieu, enfin, le concept de l'héritier *ab intestat* nous apparaît dans son complet épanouissement.

C'est donc la volonté individuelle supposée du défunt et la volonté générale du peuple lui-même, laquelle est identique avec la première parce que celle-ci ne s'est pas particularisée, qui demandent à grands cris que le défunt soit continué d'une façon quelconque ! Il ne s'agit plus et il ne peut plus s'agir de la continuation dans une volonté individuelle déterminée : dans ce cas, le défunt aurait dû lui-même s'affirmer dans une volonté individuelle déterminée, dans un héritier testamentaire ou un *suus*. Mais il ne l'a pas fait : logiquement et nécessairement il ne peut donc être question, pour cette volonté simplement présumée, que d'une continuation dans la volonté subjective du peuple en général. L'universalité dans laquelle vient se perdre et s'abîmer la volonté simplement présumée, la volonté de l'individu qui ne se particularise pas, ressort principalement

funt un autre continuateur quelconque. Nous voyons donc, d'une façon plus évidente encore, que l'adition constitue l'élément commun dans les deux modes de succession, qu'elle est, comme nous le disions plus haut, la main qui efface tout, l'idée d'ensemble de l'hérédité en général, qui vient s'étendre sur toutes les différences des deux modes de vocation.

dans l'indifférence vis-à-vis d'un continuateur déterminé de la volonté. Mais c'est précisément parce que la volonté individuelle présumée, en tant que ne s'étant pas particularisée, est identique avec la volonté générale du peuple, — si elle n'avait pas cette identité, c'est-à-dire si elle ne portait en elle cet esprit national, elle ne demanderait, somme toute, pas de continuation, — que, dans une permanente et très haute identité conceptuelle du fond et de la forme, la volonté individuelle du défunt, supposée identique avec la volonté générale du peuple, demande instamment à se voir continuer précisément par ce qui rattache son caractère individuel à la volonté générale, c'est-à-dire par l'intermédiaire de cette communauté de volonté et ses représentants organiques. L'intermédiaire par lequel doit être assurée la continuation de la volonté subjective est déterminé par un concept, par le concept précisément de cette communauté de volonté qui forme l'agent de cette réclamation ; il est déterminé comme support individuel et momentané de ce concept, mais non pas individuellement en lui-même. Dans le désir ardent de se voir continuer, l'être du défunt demande la continuation pure et simple, par n'importe qui. Et c'est uniquement à cause de l'identité de la volonté présumée avec la volonté générale — ce qui du reste est l'unique raison de supposer cet appel chez elle — que déjà, dans les groupements qui servent de trait d'union entre la volonté individuelle présumée et la volonté générale, se trouve déterminée la personne à l'oreille de qui cet appel doit parvenir tout d'abord.

Il faut dire « tout d'abord » car à cause de l'indifférence que nous avons constatée à l'égard de la personnalité volontaire chargée d'assurer la continuation, les choses ne peuvent en rester là. Si les intermédiaires organiques, chargés de rattacher la volonté individuelle à la volonté générale du peuple, c'est-à-dire les agnats ou les *gentiles*, ne répondent pas à l'appel du mort qui demande un continuateur, s'ils n'accourent pas pour exécuter les désirs du défunt, cet appel se fait entendre de plus en plus loin. Aban-



donnée par les divers groupements qui servaient individuellement de trait d'union entre elle et la volonté générale du peuple, la volonté défunte est bien forcée maintenant, puisque en sa qualité de volonté particularisée elle est identique avec la volonté générale, et que les groupements divers restent sourds à sa voix, de s'adresser à la volonté générale pure et simple, à la grande volonté indivise du peuple, en quelque individualité que d'ailleurs elle existe. Si elle n'est pas agnate, ni *gentilis*, elle est du moins *Quirite*! C'est là une communauté de volonté que personne ne pourrait lui enlever. Et c'est ainsi que cet appel fait par l'être du défunt désireux de se voir continuer se répercute de plus en plus loin dans le peuple; il s'adresse au premier venu, à quiconque de par son individualité porte en lui cet esprit du peuple d'où puisse venir à son être la continuation.

Et tout individu peut donc lui donner cette continuation, sans vocation spéciale ni titre, sans testament ni loi de succession *ab intestat*, par le fait seul de la prise de possession du patrimoine.

Nous parlons naturellement de l'ancienne *usucapio pro herede*, d'après laquelle la simple possession, durant une année, des objets de la succession avant l'adition de l'héritier, produit l'hérédité, le *heredem esse*. Toutes les explications que nous avons données jusqu'ici ont dépouillé cette institution de son caractère énigmatique, de son obscurité qui faisait l'étonnement général et nous ont montré le rapport dans lequel il se trouve organiquement avec le droit de succession *ab intestat* (1).

(1) Nous allons le démontrer de la façon la plus évidente par les paroles mêmes de Gaius (II, 55). Il dit, à propos de l'*usucapio pro herede* : « Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. » La première raison que Gaius commence par le mot *parce que* : les Anciens autorisent l'*usucapio* de la succession, parce



L'ancienne *usucapio pro herede* est ainsi quelque chose de subsidiaire dans le droit de succession *ab intestat*. De

qu'ils veulent qu'il y ait des héritiers et pour que la volonté subjective du défunt puisse continuer d'exister (en seconde ligne, pour que cette continuation se fasse le plus tôt possible, que les ayants droit fassent le plus vite possible l'adition de la succession et ne laissent pas, comme l'héritier au titre civil peut le faire, l'être du défunt désireux de continuation se morfondre souvent très longtemps dans l'incertitude à propos de la continuation éventuelle), nous rend clair tout ce que nous avons dit plus haut et Gaius seul peut encore y trouver des obscurités. La deuxième raison « pour qu'il y ait quelqu'un qui s'occupe des *sacra* et contente les créanciers », cette raison de la raison constitue tout simplement une tentative malheureuse faite par Gaius pour rendre intelligible à son propre entendement ce que la tradition lui avait apporté de la manière de voir ancienne. Cette tentative tombe à côté, ce qui, du reste, était inévitable. Gaius se contente, en effet, de décomposer l'idée unique d'hérédité en ses effets particuliers, et forcément cette idée universelle disparaît alors. Gaius aurait pu dire tout aussi bien « parce que les Anciens voulaient qu'il y eût quelqu'un qui encaissât les obligations actives du défunt et en possédât les biens comme les siens propres, etc. ». Mais si Gaius avait ainsi décomposé l'idée d'hérédité dans la série totale de ses effets particuliers, il n'aurait eu entre les mains que la raison véritable sous une forme inexacte, inadéquate, inintelligible. Et, dans ce cas, tout le monde aurait pu comprendre, par le simple entendement, que Gaius, au lieu d'indiquer le motif unique, n'indique que tous les effets isolés découlant de cette cause, et que, par l'énumération de tous ces effets qui, pour lui, doivent former la cause, il dit tout simplement : les Anciens le voulaient parce qu'ils voulaient qu'il y eût hérédité. Mais comme l'entendement de Gaius ne pourrait pas comprendre, — et à juste titre d'ailleurs, — quel intérêt il y aurait pour les Anciens à ce qu'un individu quelconque encaissât les obligations actives et possédât en propre les biens du défunt, Gaius limite toute la série des effets singuliers aux deux suivants : s'occuper des *sacra* et contenter les créanciers. Or, il tombe de ce fait dans une erreur totale plus substantielle encore ; il fait accroire que ce n'est pas l'intérêt propre du défunt, mais plutôt l'intérêt indépendant d'un tiers, des créanciers et des dieux, qui, pour être satisfait, provoque l'*usucapio pro herede* et constitue l'intérêt, le *parce que* de l'hérédité ; c'est une erreur que, naturellement, nos jurisconsultes, et, tout le premier, Huschke, redisent bravement après lui (voir plus haut, page 483, note 1, où Huschke nous donne le motif suivant de l'*usucapio pro*



même que le droit de succession *ab intestat* est subsidiaire par rapport au droit testamentaire, de même l'*usucapio pro*

herede, « il faut qu'à bref délai les dieux et les hommes soient contents, que, pour les dieux et les créanciers, un successeur soit fourni le plus tôt possible » ; et c'est ainsi que la première moitié du motif donné par Gaius : *ut essent qui sacra facerent*, qui était au moins exacte dans les termes, se trouve transformée en une erreur de plus en plus profonde). Cependant cette erreur totale de Gaius contient encore, en quelque sorte, une indication du véritable concept, en tant que la continuation des *sacra* figure parmi les motifs indiqués ; admettons, en effet, que l'intérêt des créanciers pris comme personnes juridiques vivantes, représente, vis-à-vis du *de cuius*, l'intérêt de tierces personnes ; en tout cas, les dieux ne sont que l'être propre de l'esprit humain dans une manifestation extérieure ; par conséquent, et même sans tenir compte de la définition plus exacte que nous avons donnée du concept et de l'idée de la perpétuité des *sacra* en tant que figurant l'expression nécessaire de l'immortalité inséparable de la volonté subjective, cette seule remarque saurait suffire pour nous faire comprendre très clairement que l'intérêt pris par les dieux à la continuation des *sacra* du défunt n'est pas, comme se le figure notre entendement qui ne voit les choses qu'en les posant rigides et extérieures les unes aux autres, une marque de déférence à l'égard des dieux, considérés comme des êtres existant en dehors du défunt, mais un intérêt quelconque de l'esprit en lui-même. Le simple fait déjà de mettre, d'une manière si naïve et si bizarre, les créanciers et les dieux au même rang, sans dire lesquels passent premiers, nous montre suffisamment que le *parce que*, dont les Anciens voulaient faire naître l'*usucapio pro herede*, n'est représenté ni par les dieux, ni par les créanciers, ni par un service à leur rendre, mais tout simplement par la continuation de la personnalité volontaire, en qui se résume finalement et la continuation des *sacra* et celle des obligations.

Mais en faisant entrer dans la première proposition qui, du reste, demeure exacte, *quod voluerunt veteres* MATURIUS *hereditates adiri*, le simple mot explicatif *maturius*, l'entendement montre tout aussi clairement que dans l'impossibilité de comprendre la tradition, elle doit la fausser pour l'expliquer ; d'ailleurs, il n'en saurait être autrement, si l'entendement veut rester conséquent avec lui-même. Revenons à Gaius. Les temps dont il nous parle sont très anciens et c'est à peine si le souvenir en existe, comme nous l'indique explicitement cette remarque sur les *sacra* : *quorum illis temporibus summa observatio fuit*. Aussi Gaius ne comprend-il plus l'intérêt si



herede est subsidiaire par rapport au droit de succession *ab intestat* : un succédané d'un autre succédané ! De toutes manières, l'être du défunt réclame sa continuation. Si l'héritier testamentaire expressément institué reste sourd à sa voix, l'être du défunt excipe de sa qualité de volonté présumée dans le droit de succession *ab intestat* pour demander à être continué, par n'importe qui, ou plus exactement par l'individu qui sert d'intermédiaire entre lui et la volonté générale du peuple ; si ces intermédiaires individuels ne l'écoutent pas, il continue, toujours en sa qualité de volonté présumée et, par suite, comme volonté *ab intestat* véritable et conceptuelle, à demander que cette continuation lui soit donnée par la communauté générale qui l'unit à chaque individu du peuple, c'est-à-dire par le premier passant venu.

pressant qu'il pourrait y avoir, en réalité, pour les Anciens dans la constitution de l'hérédité, afin de rendre possible l'*usucapio pro herede*. Il veut nous en donner une explication accessible à l'entendement et il intercale le mot *maturius*. Les Anciens autorisaient l'*usucapio pro herede* pour que l'adition des successions se fit plus tôt (dans ce cas l'héritier civil avait, en effet, à craindre que, s'il tardait à faire l'adition, les usucapants ne lui enlevassent pour toujours quelques parties de la succession). Mais comment cela ? Était-ce uniquement afin que l'adition se fit plus tôt ? N'était-ce pas encore pour qu'elle se fit purement et simplement ? Si un individu quelconque, même dans l'hypothèse où l'héritier ferait cependant l'adition plus tard, pouvait usucaper les biens devant le nez de l'héritier, toutes les raisons qu'il était possible de faire valoir en cet état de choses ne gagnaient-elles pas en force, dès que l'on pouvait supposer que l'héritier ne ferait jamais cette adition ? L'entendement montre donc par lui-même que le mot *maturius* n'est mis là que pour expliquer la règle, mais qu'en même temps il fausse le sens de la citation ; et la phrase de Gaius devrait plutôt être rédigée comme suit : *quod voluerunt veteres hereditates adiri*, et non pas, comme nous l'avons vu plus haut : *quod voluerunt veteres MATURIUS nereditates adiri*. Et alors, nous aurions exactement et absolument le résultat auquel nous avons abouti en interprétant le texte au point de vue de la pensée spéculative ; en d'autres termes, ici comme partout, la critique vraie et le développement spéculatif reviennent au même.



Il crie d'une voix si forte et si impérieuse qu'il ne respecte même pas le droit des héritiers *ab intestat* appelés par sa volonté présumée. Quand ils tardent ou qu'ils hésitent à lui donner la continuation demandée (1), il persévère, logiquement et toujours en vertu de la même présomption et en sa qualité de volonté présumée, à réclamer que le premier venu devance les héritiers *ab intestat* et lui donne ainsi la continuation demandée. Dans le droit de succession *ab intestat* il ne demandait, somme toute, que la continuation pure et simple, sans s'inquiéter de la personne qui la lui donnerait, à condition toutefois que cette continuation lui vint de l'intermédiaire placé entre lui et la volonté générale du peuple. Mais cette volonté commune se trouve, en fin de compte et inorganiquement, dans tout homme où s'incarne le même esprit national ; et c'est uniquement en vertu d'une gradation logique et nécessaire de la supposition même qui les appelle, que les héritiers *ab intestat* sont les premiers ayants droit auxquels cette voca-

(1) Mais un acte de répudiation de leur part entraîne la négation de la volonté qui, alors, ne saurait davantage rester en suspens : il n'y a plus alors d'*hereditas jacens*. La volonté à laquelle se rattachait l'être du défunt pour qu'il lui fût donné continuation lui dénie maintenant jusqu'à la possibilité de la recevoir ; il se trouve donc anéanti, détruit. Le défunt n'a donc plus d'héritier, et, devant la loi *Julia*, sa fortune devient sans maître, objet de l'occupation, mais non pas de l'usucapion, ni, par conséquent, de l'*usucapio pro herede*. Du moment que la volonté du *de cuius* ne persiste pas à se rapporter à quelqu'un capable d'en assurer la perpétuation, personne ne saurait se mettre à la place de ce dernier ni *pro herede* usucaper. La continuation de la volonté du *de cuius* adhère à l'héritier *ab intestat* et suit le *de cuius* dans la tombe quand l'héritier se débarrasse de cette volonté ou meurt lui-même. Dans ce cas, le *de cuius* est mort pour la seconde fois ; sa volonté est donc également défunte, et personne ne pourra la rappeler à la vie. L'*usucapio pro herede* suppose comme condition nécessaire que la volonté du défunt adhère encore à un héritier pour qu'elle puisse s'en saisir : c'est ce qui nous fait comprendre les différents points de cette institution. Gaius ne s'est pas rendu maître de cet élément ; la conséquence fut l'introduction du mot *maturius*.

tion s'adresse, ils sont également les premiers qui doivent accourir pour répondre à cet appel ; mais tant qu'ils ne répondent pas, la vocation *ab intestat* se prolonge par-dessus leurs têtes et s'adresse à quiconque est inclus dans la communauté de volonté générale. L'héritier testamentaire n'a rien de ce genre à redouter, tant qu'il existe dans son mode conceptuel véritable et adéquat. Du vivant même du *de cuius*, et de par l'identification réciproque des deux volontés, il est déjà posé comme identité de volonté existante ; c'est ce que nous avons vu plus haut, à l'occasion de la forme véritable et primitive du testament de droit civil où le *familix emptor* est lui-même l'héritier ; du reste il est absolument indispensable que deux volontés qui, sans le secours d'aucune loi, — car la loi n'intervient que dans le droit de succession *ab intestat*, — doivent s'identifier l'une avec l'autre, se trouvent face à face, toutes deux encore vivantes. Il résulte donc de cette forme primitive du testament, uniquement considérée comme l'être réel de l'idée, et il ressort naturellement de toutes les parties de notre étude, que l'héritier testamentaire véritable, celui de l'ancien temps, n'a pas du tout besoin d'une nouvelle addition (1) ; il existe déjà comme héritier, il est déjà la continuation de cette volonté subjective, puisqu'il s'est posé comme telle. Seul l'héritier testamentaire, comme nous allons bientôt le montrer, qui se met en contradiction avec son propre concept, peut produire, par cette altération du concept de droit civil, une contradiction entre lui et son droit matériel.

L'*usucapio pro herede* apparaît donc maintenant comme un véritable appel *ab intestat*. Afin d'apporter une dernière preuve en faveur de sa signification telle que nous l'avons développée, disons encore que dans l'ancien *jus civile* elle

(1) Comparez, à ce propos, Théophile, II, tit. X, § 1, qui laisse tomber l'ancienne forme de testament, sous prétexte que le *familix emptor*, cet héritier existant par lui-même, aurait attenté à la vie du défunt.



ne prend qu'une situation spécifique dans le seul droit de succession *ab intestat*, mais nullement dans le droit de succession testamentaire ; elle peut être envisagée comme une modification, non pas du deuxième, mais simplement du premier de ces droits ; c'est ce qui nous démontre une fois de plus que son concept est bien tel que nous l'avons indiqué : une gradation interne du droit de succession *ab intestat*.

Notre concept du droit de succession *ab intestat* est ainsi parvenu à son développement organique et à sa conséquence dernière, dépassant même le droit de succession *ab intestat*. L'*usucapio pro herede* — pour le fond aussi bien que pour la forme — est droit de succession *ab intestat*, comme d'autre part elle ne l'est pas ; on ne peut la comparer au *suus*, qui est au même titre héritier testamentaire et héritier *ab intestat*. Cette dernière gradation organique et cette conséquence à double sens, à laquelle arrive le concept du droit de succession *ab intestat*, nous démontrent de la façon la plus évidente que jamais, dès le début, le droit *ab intestat* ne fut un droit familial.

Il ne peut entrer dans notre plan de nous arrêter ici aux détails de l'*usucapio pro herede*, d'autant plus qu'il nous est même impossible d'étudier réellement en détail le droit *ab intestat*. Nous n'avions qu'à tirer au clair son véritable concept et la situation générale qui lui est assignée dans le droit de succession : la solution de cette question nécessite précisément quelques remarques encore.

L'usucapion d'une seule chose appartenant au défunt entraîne-t-elle déjà l'usucapion de la succession, ou faut-il encore autre chose, pour que l'usucapant usucape *pro herede*? Gaius lui-même ne se prononce pas clairement à ce sujet ; il parle tout d'abord d'une usucapion des *rerum hereditariarum*, puis, quelques instants après et dans d'autres passages ultérieurs, il parle toujours de *res et eam rem*. Si l'on admet que, pour Gaius, l'usucapion d'une seule chose produise déjà l'*usucapio pro herede*, la version de ce jurisconsulte n'est pas exacte, du moins pour les temps les

plus anciens du *jus civile*, tout en l'étant pour une époque plus rapprochée de nous. C'est ce qui ressort, avec la certitude la plus inattaquable, des deux théories sacrales que Cicéron nous expose et que nous avons étudiées aux n^{os} 2 et 3 avec plus de détails. Cicéron nous y dit en effet en termes formels que la théorie ancienne avait fait transmettre l'obligation aux *sacra* — *hereditate aut si majorem partem pecuniæ capiat*. Et ce n'est que dans la théorie sacrale plus récente que, toujours d'après le témoignage de Cicéron, l'usucapion d'une seule chose, *si ullam rem ceperit*, entraîne l'obligation aux *sacra*. D'après l'ancienne théorie, l'usucapant n'est obligé aux *sacra* que s'il a usucapé la majeure partie des biens du défunt. Mais, en vertu de l'identité absolue des volontés, le caractère d'héritier ne saurait exister sans obligation aux *sacra* et nous avons ainsi la preuve manifeste qu'à l'époque de l'ancienne théorie l'usucapion n'était une *usucapio pro herede*, ne conférait l'hérédité et le caractère d'héritier que si elle comprenait la majeure partie des biens du défunt. Il suffit d'indiquer ce résultat pour faire ressortir, avec une évidence absolue, la vérité de ce que nous avons dit plus haut, numéro III, quand il s'est agi de déterminer l'importance de cette *major pars* de la fortune ainsi que la raison idéale qui pouvait motiver subsidiairement une obligation aux *sacra* en vertu de cette acquisition quantitative de fortune ; nous voyons maintenant que tout ce que nous avons dit alors, bien qu'à ce moment, le concept du droit *ab intestat* n'étant pas encore développé, nous ne puissions guère nous y arrêter, représente en somme la signification propre de l'*usucapio pro herede*.

Nous disions plus haut que si une proportion quantitative prépondérante de la fortune du défunt échoit à une personne, elle fait tomber, grâce à la continuation de cet ensemble patrimonial, sur le nouveau possesseur le reflet de l'ancienne souveraineté volontaire et l'oblige ainsi subsidiairement aux *sacra*. C'est donc ce reflet de l'ancienne souveraineté volontaire produit par la durée d'un ensemble



patrimonial qui met de l'unité dans le monde de ces choses morcelées en une foule d'unités ; c'est lui qui transforme la multiplicité des choses en ce concept de la fortune individuelle ; c'est lui qui crée ce concept et fait naître cette personnalité patrimoniale que nos auteurs prenaient pour le vrai concept de l'hérédité, mais qui n'est au contraire que le subsidiaire du subsidiaire.

L'appel qui dans l'*usucapio pro herede* s'adresse au premier passant venu a donc pour but, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, de donner au mort la continuation demandée, ne fût-ce que par la simple mainmise prolongée sur sa fortune ; c'est maintenant seulement que ces mots nous apparaissent avec toute la clarté de leur contenu ; la condition requise pour l'usucapion est donc une condition de fait. Si le premier venu, désireux de continuer le défunt, n'a pour lui aucun droit, ni testament, ni loi de succession *ab intestat*, s'il n'existe aucune relation individuelle entre lui et le défunt et qu'il ne possède que sa part de l'esprit général du peuple, il lui faut du moins, pour être à même de donner à la volonté subjective individuelle du défunt la continuation voulue, se procurer de fait cette individualité et y pénétrer : pour cela il lui faut entrer en possession de la fortune individuelle et s'emparer des biens du défunt de telle façon que, par la continuation de cet ensemble patrimonial fondé par le défunt lui-même, ce dernier projette sur lui le reflet de sa souveraineté volontaire. Telle est, chez l'usucapant, la *réelle* continuation individuelle, qui remplace chez lui le droit qui l'appellerait à la succession ; cet acte par lequel il pénètre le mort et s'individualise avec lui, constitue la réalisation de la condition sous laquelle la vocation de la volonté individuelle *ab intestat* s'est adressée à lui, la réalisation de la tâche qui lui était proposée : la continuation individuelle du défunt. Et c'est justement par ce fait de pénétrer le défunt et de s'individualiser avec lui qu'il se distingue de tout autre individu du peuple et de l'usucapant *pro suo*. Tandis qu'à l'époque de l'ancien *jus civile* le véritable héritier (l'héritier



testamentaire) n'a pas besoin de fortune pour devenir héritier, n'en reçoit pas et même, pour réaliser, dans toute sa pureté, son concept de continuateur de la volonté, ne peut en recevoir, cet autre héritier subsidiaire, le plus subsidiaire de tous, a précisément besoin de cette acquisition de fortune, pour s'assimiler au mort, se constituer l'héritier, c'est-à-dire le continuateur individuel de la volonté du défunt. Telle est donc la signification de *major pars* ; il faut absolument la maintenir, et le passage de Cicéron — bien qu'aucun auteur n'y ait fait attention, si nos souvenirs sont exacts et quelque étrange que cela paraisse — démontre péremptoirement que la plus ancienne *usucapio pro herede* était liée à l'usucapion de la *major pars pecuniæ*.

Qu'est-ce à dire ? Ce qu'au numéro III nous avons dit de cette *major pars*, du reflet de l'ancienne souveraineté volontaire résultant de cette cohésion toujours existante de la fortune ; ce que nous venons de répéter à l'instant ; ce que précédemment nous n'avions fait qu'effleurer, mais que nous avons ici enfin démontré, par l'exposé et les preuves de sa connexion organique, nous en avons fait, au numéro III, le principe subsidiaire distinctif du droit prétorien de la *bonorum possessio*. Or, nous le retrouvons ici dans le droit civil le plus ancien et nous voulons le donner comme tel.

Mais cette simple question fait tomber le dernier voile qui couvrait jusqu'ici le droit de succession romain et ce droit nous apparaît dès lors dans toute son unité lumineuse, dans toute la clarté aveuglante de son évolution conceptuelle et historique.

Oui, le *jus civile* porte en lui-même, sous la forme de ce droit subsidiaire de succession *ab intestat*, dans ce succédané d'un succédané, le germe qui donnera naissance au droit prétorien de la *bonorum possessio*, le germe de sa propre ruine. S'il n'avait contenu lui-même ce germe fatal, le droit prétorien n'eût jamais pu se constituer. Ce germe du droit prétorien, l'existence de son principe dans le *jus civile*,



c'est précisément cette dernière gradation subsidiaire, l'*usucapio pro herede* du droit civil ! Et s'il fallait encore une preuve particulière dans une étude où *tout* est preuve, nous la trouverions dans le fait que les jurisconsultes romains eux-mêmes rangent le *bonorum possessor* prétorien parmi les usucapants *pro herede* (1) ; ainsi dans ce *bonorum possessor* lui-même nous avons une nouvelle manifestation de l'unité qu'il y a, dans le droit d'héritage, entre le principe prétorien et le principe de droit civil,

L'*usucapio pro herede* de droit civil, par le fait seul qu'elle nous apparaît comme un *possidere bona* du défunt, révèle, d'une manière si frappante et si visible, sa connexion génétique avec la *bonorum possessio*, que jamais l'existence d'une semblable connexion n'a pu passer inaperçue et que les hypothèses les plus diverses se sont fait jour.

Dans son premier travail sur l'*Interdictum quor. bonor.* (2), Savigny l'explique comme suit : « Au moment de l'introduction de la *bonorum possessio* prétorienne, on aurait eu le dessein de mettre certaines personnes qui n'étaient pas héritières, et tout particulièrement les émancipés, au même rang pratiquement que les héritiers, pour les obligations aussi bien que pour la propriété. Pour les obligations, le préteur aurait atteint ce but en donnant à ces personnes tout simplement *utilis actio* pour chacune de leurs revendications de créances. Pour la propriété, le préteur se serait appuyé sur l'*usucapio pro herede*. Comme cette *usucapio pro herede* appartenait aux personnes favorisées par le préteur non moins qu'aux autres, on n'aurait eu besoin d'aucun moyen juridique spécial, si d'autres individus n'avaient déjà, antérieurement à elles, pris possession des choses (3). Mais si un autre avait déjà commencé l'usucapion, il fallait

(1) ULPPIEN, l. 11 de H. P. (3, 3) : « Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere ».

(2) *Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft*, V, 14 sq.

(3) Mais dans ce cas elles n'auraient pas été héritières préto-riennes !



bien recourir à une aide juridique : c'est dans ce sens que le préteur, par son *interdictum*, aurait forcé les autres à rendre les choses, pour procurer ainsi aux personnes qu'il favorisait la possibilité de faire l'*usucapio pro herede*. Plus tard, après l'introduction de la propriété bonitaire, on aurait naturellement, aussitôt après l'attribution de la *bonorum possessio*, donné cette propriété au *bonorum possessor* ; et dès lors, après avoir pris l'habitude de voir dans la *bonorum possessio* un droit analogue à l'*hereditas*, on lui aurait appliqué les recours particuliers à cette dernière ; c'est de cette façon que graduellement elle aurait vu se constituer en elle la *successio in universum jus* et surtout la *possessoria hereditatis petitio*. »

Il serait superflu de relever toutes les erreurs et toutes les impossibilités contenues dans cette manière de voir.

L'erreur essentielle, celle que même les adversaires n'ont pas remarquée, est celle-ci : cette opinion n'explique rien du tout, elle suppose tout simplement ce qu'il s'agit d'expliquer. Du moment que l'on suppose, chez le préteur, la volonté et la possibilité de favoriser certaines personnes et de leur donner en fait les mêmes droits qu'aux héritiers, le principe du droit prétorien se trouve déjà exprimé, il est considéré comme existant et il ne peut donc plus être question de le faire dériver de l'*usucapio pro herede*. Si l'*interdictum* enlève, à certaines personnes qui avaient commencé l'*usucapion*, ce droit civil, pour favoriser ainsi d'autres personnes que le préteur veut égaler aux héritiers, le principe prétorien du droit d'héritage se trouve entièrement constitué ; mais on ne l'explique plus comme issu de l'*usucapio pro herede*, on le dresse plutôt contre ce droit civil lui-même. Et sur quelle raison pourrait-on bien s'appuyer ? Sur l'idée générale du droit prétorien ? Mais il s'agissait précisément d'expliquer l'origine de cette idée ! Si on la suppose existante déjà, les manœuvres particulières qui accompagnent sa mise à exécution ne présentent guère qu'un intérêt secondaire. Il est d'ailleurs évident que même



dans le détail, rien n'a pu se produire de cette façon. L'idée de la succession prétorienne une fois admise, la *successio in universum jus* et la *possessoria hereditatis petitio* de l'héritier prétorien existent également et n'ont plus besoin de se constituer.

L'explication de Huschke diffère du tout au tout. Il essaie de donner, *dans les mots*, l'explication de cette genèse de la *possessio bonorum* prétorienne tirée de l'*usucapio pro herede* du droit civil. Au fond il tombe dans le même cercle vicieux : au lieu d'expliquer la genèse du principe prétorien, il le suppose déjà existant ; et ses inexactitudes sont même plus substantielles. Voici ce qu'il nous dit à propos de l'introduction de la *bonorum possessio* (1).

Avec le temps l'*usucapio pro herede* prit un caractère indigne et agressif. Au début, c'était une institution *pia et honesta* que mettaient en pratique de préférence les personnes touchant de près au défunt (c'est une pure supposition, en contradiction manifeste avec tout le contenu formel de ce droit ; leur conscience aurait poussé ces personnes à usucaper le plus tôt possible pour que satisfaction pût être donnée aux dieux et aux hommes) ; mais plus tard la cupidité l'emporta sur la religion et l'honnêteté, et l'*usucapio pro herede* devint une institution *improba et lucrativa*. Une conséquence assez habituelle de cet état de choses fut que la succession était enlevée aux compétiteurs les plus dignes (lesquels?) et se trouvait à tel point morcelée que l'idée d'ensemble des *bona* se perdit presque entièrement et que même le but primitif : donner au plus tôt un successeur, pour satisfaire les dieux et les créanciers, se trouva manqué. Cet état de choses provoqua finalement l'intervention forcée du préteur ; dans ses édits relatifs à la *bonorum possessio*, il offrit son aide pour le *bona possidere* qui existait depuis fort longtemps déjà. Il était guidé surtout par un double point de vue : d'abord il voulait ainsi conserver la

(1) Voir les *Krit. Jahrbücher*, de RICHTER, 1839, p. 11.



nature unitaire des *bona* (1), puis arranger les choses de façon que, s'il y avait discussion de compétiteurs à propos de la succession, le plus digne fût toujours appelé à faire la prise de possession autorisée par le prêteur. Mais en même temps, puisqu'il importait avant tout de donner au plus vite un chef réel à la fortune de la succession (2), il limita l'offre de la *bonorum possessio* à un temps déterminé après lequel le compétiteur le plus proche et le plus digne était appelé (*successorium edictum*).

Nous nous sommes servis, dans ce résumé de l'opinion de Huschke, des expressions de Vangerow qui n'y voit qu'une idée pleine d'esprit et lui oppose l'impossibilité suivante : par quel procédé cette assignation de possession faite par le droit prétorien en vue de l'*usucapio pro herede* a-t-elle pu donner naissance à un système si nettement délimité et assurer à ce système successoral une situation si particulière à côté du droit civil de succession qu'il ne tardera pas à absorber ? Aussi, contrairement à Savigny et à Huschke, Vangerow déclare vouloir s'en tenir à l'opinion de Fabricius qui est la plus répandue et d'après laquelle la *bonorum possessio* avait son origine première dans une assignation de possession provisoire, en vue d'une action pétitoire juridique.

(1) A en croire Huschke, le patrimoine était une véritable idole pour le Romain, qui ne reculait devant aucune fatigue, devant nul sacrifice dès qu'il s'agissait de lui. Cette simple chose, dénuée de personnalité, simple objet de jouissance pour le sujet, réclame « un maître effectif », quelqu'un pour la servir ; elle veut avoir une nature et une idée homogènes, elle se défend contre tout morcellement, elle se défend même contre le premier venu à qui l'usucapion ne manque cependant pas de la soumettre ; elle réclame quelqu'un qui soit digne d'elle, et il ne reste au Romain qu'à bouleverser sens dessus dessous toutes les relations de la raison, de réduire en pièces toutes les propositions de son propre *jus civile*, de son propre esprit historique pour contenter les caprices tyranniques de cet élément tracassier. Est-ce la philosophie ou la jurisprudence positive qui se perd ici dans des abstractions ?

(2) *Pandectes*, II, 13 (Marbourg, 1832).



Pour nous, nous ne pouvons pas voir ce qu'il y a de « spirituel » dans cette idée de Huschke.

Ce qui nous frappe tout d'abord, c'est que cette prétendue explication est une fois de plus une pétition de principe absolument vide de sens, une tautologie évidente. Sur quel principe le préteur s'appuie-t-il pour déterminer, à propos de l'usucapion, les compétiteurs les plus dignes? *Usucaper* signifie acquérir par l'usage. Quel est donc l'individu le plus digne de cette acquisition? Celui qui le premier s'empare de la chose: c'est ce que nous montrent la raison et tout particulièrement le droit civil romain.

Si, contrairement à ce qui précède, le préteur dispose déjà d'un autre principe quelconque, dont du reste la nature importe fort peu, pour déterminer les compétiteurs les plus dignes et parmi ceux-ci le plus digne, il dispose déjà, sans plus ample discussion, du principe tout constitué du droit de succession prétorien; il n'a plus besoin et il lui serait d'ailleurs impossible de le faire dériver graduellement de l'*usucapio pro herede*. Le principe qui détermine les personnes qui, à l'exclusion de toutes autres sont dignes d'acquérir la fortune d'un défunt, s'appelle communément droit d'héritage: c'est ce que l'auteur de cette « idée pleine d'esprit » n'a pas remarqué. Non seulement le principe du droit successoral prétorien ne découle alors nullement de l'*usucapio pro herede*, mais, après comme avant, il est tombé du ciel, et le préteur ne peut même pas, en échange, se servir de l'*usucapio pro herede*. Quand, en effet, il accorde l'assignation de possession d'après un principe déterminant les plus dignes, il ne concède plus du tout l'usucapion, ni *pro herede* ni *pro suo*, mais il concède l'hérédité personnelle, distincte; il est vrai que ce n'est pas l'hérédité de droit civil, mais simplement l'hérédité prétorienne. Et sans doute, c'est précisément là ce qu'il confère; malheureusement c'est en contradiction flagrante avec l'opinion en question et on ne peut pas du tout l'expliquer par cette dernière. De même l'*usucapio pro herede*, qui n'a lieu qu'autant que les héritiers, testamentaires ou *ab intestat*, ne font pas acte d'adi-

tion, ne peut jamais attribuer à ce principe prétorien la capacité de chasser même les héritiers de droit civil.

Il nous paraît donc superflu d'examiner de plus près les autres contre-vérités renfermées dans l'opinion ci-dessus mentionnée qui est d'autant plus naturelle chez Huschke qu'à son avis l'*usucapio pro herede* n'était qu'une erreur des anciens (1).

Les explications que nous avons rapportées ci-dessus non seulement ne nous montrent pas comment le droit successoral prétorien est né de l'*usucapio pro herede*, mais elles ne nous donnent aucun éclaircissement sur le droit successoral prétorien en général. Ce droit reste ce qu'il était avant ces tentatives : de l'arbitraire prétorien, de la prétention prétorienne, du despotisme prétorien opposés au *jus civile* !

Il se peut que Niebuhr ne soit pas jurisconsulte. Il est encore vrai que l'explication qu'à son tour il essaie de donner de l'origine de la *bonorum possessio* prétorienne — il y voit une dérivation de la possession de l'*ager publicus* — est une tentative absolument malheureuse, pas du tout juridique. Mais il objecte aux jurisconsultes : « Une magistrature qui aurait pu se permettre d'introduire un droit successoral appelé à miner le droit légal existant est une monstruosité dont personne ne pourrait admettre la possibilité, pour peu qu'il s'en fût représenté la réalisation » ; or, cette objection n'a jamais été réfutée et elle atteint cependant toutes les tentatives d'explication faites jusqu'aujourd'hui.

Mais tout ce qui précède nous montre jusqu'à l'évidence comment en réalité le droit successoral prétorien est issu de l'*usucapio pro herede*. Dès le début, le *jus civile* porte en lui cette gradation la plus subsidiaire, ce germe de ruine pour le droit civil ; il est vrai que ce germe se trouve caché dans le repli le plus extérieur, mais il n'en subsiste pas moins dans l'être même du *jus civile*. Le mode de sa manifestation, de son épanouissement et de sa substitution graduelle au droit successoral civil apparaît claire-

(1) *Studien des Röm. Rechts.*, I, 237.



ment dans toute son évolution, pour peu qu'on veuille maintenant relire ce que nous avons dit précédemment, au numéro III, sur le mode suivant lequel la théorie sacrale récente est issue de la théorie ancienne. C'est identiquement le même processus, bien que plus haut nous n'ayons pu l'indiquer dans toute sa portée. C'est la destinée de tout le *jus civile* que nous y avons montrée dans la relation intrinsèque des deux théories sacrales. L'élément subsidiaire, contenu comme tel dans le droit civil, se place tout d'abord à côté du droit civil ; il est encore quelque chose de subordonné, de subsidiaire, mais d'autonome déjà ; il reste cependant en dehors du *jus civile* et toujours coordonné à ce dernier ; mais par le fait même qu'il a réussi à se juxtaposer ainsi au droit civil, il l'a déjà supprimé et en prend graduellement la place.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut comment, dans ce repli le plus subsidiaire, le principe du droit civil d'héritage s'était transformé en son contraire absolu. Si le concept de la véritable hérédité de droit civil consiste dans l'immortalité de la personnalité volontaire absolument indépendante de la transmission de fortune et constituant même la négation de cette transmission, en sorte que le véritable héritier, pour le triomphe du défunt, est uniquement le support de la volonté, quoique sans fortune et déshérité, nous voyons au contraire, avec l'élément purement extérieur et subsidiaire de l'*usucapio pro herede*, se constituer une nouvelle hérédité, produite précisément par la seule acquisition de la fortune. Ici, l'héritier ne s'est pas vu conférer la personnalité volontaire du défunt et c'est par une conséquence logique secondaire qu'il acquiert la fortune ; et c'est même la fortune qui le met à même de s'assimiler à la volonté du défunt, comme nous l'avons vu plus haut et comme le montre d'ailleurs en toutes circonstances l'*usucapio* fondée dans la chose. C'est donc un principe d'hérédité distinct et opposé, c'est l'hérédité envisagée comme acquisition de fortune, qui est virtuellement contenu, sous la forme de la gradation la plus subsidiaire, dans le *jus civile*.



Le droit successoral prétorien n'est donc que ce principe posé dans le mode dans lequel il existe déjà dans le *jus civile* ; un principe d'hérédité particulier, distinct et autonome, mais encore subsidiaire du droit d'héritage civil, le droit d'héritage considéré comme acquisition de fortune.

Dans l'histoire, ce droit prétorien nous apparaît exactement tel que nous venons de le développer et de le déterminer par la conséquence nécessaire de son concept : comme un droit d'héritage distinct et particulier. C'est sous cette forme qu'il se juxtapose au droit civil ; il est même laissé à la libre disposition de l'héritier de droit civil et forme alors un droit distinct et séparé de son droit d'héritage civil ; l'héritier reste libre de choisir entre ce droit nouveau de simple acquisition de fortune, la *bonorum possessio*, et son droit civil ; — ce droit prétorien englobe l'hérédité testamentaire et l'hérédité *ab intestat*, bien qu'à l'origine, pour la pensée comme pour l'évolution historique, il procède du dernier. Mais c'est précisément en s'adaptant avec cette déférence à l'héritier de droit civil, en l'autorisant, malgré son caractère manifeste, de se contenter de la simple *bonorum possessio*, que le droit prétorien nous montre qu'il est bien un droit d'hérédité particulier, d'hérédité considérée comme simple acquisition de fortune, indépendant du premier avec lequel il ne pourra pas tarder à entrer en antagonisme ouvert. Il se juxtapose au *jus civile* comme un élément purement subsidiaire. Jusqu'à l'époque de Gaius on admettait le principe que l'héritier de droit civil pouvait toujours enlever la succession au *bonorum possessor* et que celui-ci ne la conservait que *si nemo sit alius jure civili heres* (1). Au lieu d'entrer en conflit avec le droit civil, il nous apparaît tout d'abord comme un droit *supplendi juris civilis gratia*. La *successio in universum jus defuncti*, la *possessoria hereditatis petitio* lui appartiennent de par sa naissance et il ne pourrait pas ne pas les posséder. Car c'est toujours de l'hérédité, mais de l'hérédité envisagée au simple point de

(1) GAIUS, II, § 149.



vue de la possession de biens, de l'hérédité considérée comme acquisition de fortune. Il renferme donc tout ce que nous trouvons dans l'hérédité de droit civil, il reflète tout, il reproduit tout mais nous n'y voyons plus le concept qui dans le droit civil constitue l'élément primordial : la continuation de la volonté. A la question de savoir quels peuvent être, sur ce nouveau terrain, les ayants droit à la succession, il ne saurait y avoir tout d'abord que cette réponse : les mêmes que dans le droit civil ! Ce n'est pas le droit à la succession qui est modifié, mais uniquement le terrain sur lequel il évolue. Et sur ce nouveau terrain nous voyons naturellement se dérouler, avec ses distinctions, tout le système du droit civil. C'est là ce qui explique pourquoi la *bonorum possessio* se cramponne pour ainsi dire désespérément, comme les auteurs l'ont tant de fois remarqué, au système de la succession de droit civil ; c'est de là que viennent les égards visibles que bien souvent l'on a pour les agnats ; c'est ce qui explique même en quelque façon qu'on tienne compte de la *suité*. Mais sur ce terrain, qui de prime abord n'est qu'une abstraction de droit civil et ne fait nullement attention au concept de l'esprit national romain considéré au point de vue historique spécifique, on ne peut pas s'attendre à trouver, dans une application exclusive, ce qui découle uniquement de cet esprit national spécifique ; c'est donc ce qu'il y a d'universellement humain qui se fait jour ici, subsiste d'abord derrière l'élément spécifique, l'organise ensuite d'après sa propre organisation et le remplace peu à peu. C'est de là encore que provient ce qu'il y a de relativement vrai dans l'opinion des auteurs qui fondent la *bonorum possessio* sur le *jus gentium* et admettent que de l'édit du *prætor peregrinus* elle passa dans celui du *prætor urbanus*. Ce passage n'a pas eu lieu ; et l'origine vraie n'est pas celle-là. En tant qu'abstraction du concept spécifique romain qui fait loi dans le *jus civile*, elle se meut dès le début sur le terrain du *jus gentium* jusqu'à ce que, en vertu de ses conséquences inévitables, cette abstraction se réalise complètement, prenne la place du droit civil et se transforme de plus en



plus en un *jus gentium*. Les deux opinions qui se trouvent ici face à face se sont d'elles-mêmes résolues en l'unité de ce rapport conceptuel.

Nous constatons tout d'abord que ce que nous avons dit plus haut, au numéro V, sur la *bonorum possessio*, était exact, mais encore abstrait et trop exclusif. Nous devons alors nous borner à faire ressortir un seul côté de l'opposition entre la *bonorum possessio* et le droit successoral civil. Quant à savoir si, en quelque façon, la première est contenue dans le second, comment elle en procède, ce qu'elle a de commun avec lui, nous ne pouvions pas l'exposer plus haut. A quoi nous aurait même servi d'anticiper sur nos explications pour rendre la chose plus claire : toute vérité naît graduellement. C'est à l'heure actuelle seulement que l'on peut réellement comprendre les remarques fréquentes dans lesquelles nous nous sommes efforcés à plusieurs reprises de rendre clairs, dans des détails, le contraste et les ressemblances des deux institutions : le reflet, dans la *bonorum possessio*, du principe de droit civil. Et nous pouvons aussi comprendre parfaitement le double mouvement que plus haut nous avons donné comme le mouvement du droit romain. La proposition : *Sacra cum pecunia* représente déjà un double mouvement : d'abord que la transmission des *sacra*, ou l'hérédité, entraîne avec elle la fortune, puis que la fortune implique la transmission des *sacra* ou l'hérédité. Tous deux ne sont donc que les deux côtés du même concept qui leur sert de fondement et qui veut que l'hérédité consiste dans l'acquisition de la fortune, concept contenu dans ce repli extérieur le plus subsidiaire du *jus civile*, l'*usucapio pro herede*. Ce germe commence dès lors sa double évolution, dans les deux directions. Il la commence d'abord en se posant pour ce qu'il est réellement : comme un principe distinct et différent du principe de droit civil, principe de l'hérédité considérée, dans le droit prétorien, comme acquisition de fortune ; ensuite il veut, même dans le droit civil, imposer de force la liaison de la fortune et de l'hérédité, la transmission de la *pecunia* simultanément avec la



transmission des *sacra*. Au numéro III, nous avons étudié en partie le premier mouvement ; quant au second, nous l'avons examiné dans le mouvement qui représente les *lex Furia, Voconia, Falcidia* et nous avons à plusieurs reprises attiré l'attention sur leur unité. Déjà les lois *Furia, Voconia, Falcidia* représentent l'existence et le mouvement du principe prétorien dans le *jus civile*. Aussi dans nos considérations antérieures, alors qu'il nous manquait encore la pleine intelligence du droit prétorien, nous avons déjà pu constater que la volonté du testateur venait s'user tout doucement contre la volonté récalcitrante de l'héritier qui, dans cette opposition à son intérêt et à sa substance, détient la fortune, et que cette usure progressive de l'hérédité idéaliste romaine n'était que la naissance du principe prétorien. Mais ce dernier mouvement exécuté par le principe prétorien à l'intérieur du *jus civile*, ou par le *jus civile* vers le principe prétorien de la fortune, est de peu d'étendue. Il s'arrête au *quart* de la loi *Falcidia*. Mais il n'a pas besoin de s'étendre au delà : entre temps, grâce au premier mouvement, le principe qui s'est posé comme droit prétorien particulier, c'est-à-dire le principe de l'hérédité considérée comme acquisition de fortune, est parvenu à un développement assez fort pour pouvoir pénétrer de son côté dans le *jus civile*, le modifier et l'absorber finalement tout entier.

Nous avons donc vu que l'ultime élément destructif du principe de droit civil, comme le proclame Justinien lui-même dans son introduction de la succession *sub beneficio inventarii*, par laquelle l'héritier est amené à croire que l'acquisition de fortune constitue l'élément substantiel et unique du rapport qui l'unit au *de cujus*, se trouvait essentiellement contenu dans le droit civil le plus ancien. Justinien se trouve complètement impliqué dans l'ancien droit civil, tout comme le vieillard est contenu dans l'enfant.

Nous avons vu en même temps comment l'exagération même de son concept spécifique historique, l'exagération des appels que l'être du défunt romain adresse au premier

passant venu pour arriver à une continuation, force ce principe à se transformer en son juste contraire, à devenir concept de fortune, à réaliser pas à pas, et sans interruption aucune, ce travail d'usure et de dénaturalisation de lui-même qui ne se termine qu'avec Justinien.

Mais pourquoi cet être romain, désireux de continuation, pousse-t-il de tels cris ?

Tout notre ouvrage est une réponse à cette question. Et cependant, dans le chapitre suivant qui, du moins en apparence, se détourne totalement du thème de l'héritage, nous allons étudier plus à fond la raison morale dernière dont sort ce cri.

Si nous avons reconnu le vieillard dans l'enfant, il nous faut maintenant bon gré, mal gré, chercher l'enfant dans son embryon.



APPENDICE A LA PAGE 423

Le travail de Huschke sur la règle juridique : *Nemo pro parte testatus*, etc., paru dans le *Rhein. Museum*, 1834, VI, 257-369, débute très justement par cette observation : « Malgré tant d'efforts, nous n'avons pas encore réussi à comprendre les bases dernières du droit romain ; j'en vois une des preuves les plus convaincantes dans ce fait que nous n'avons pu expliquer, jusqu'à nos jours, le sens et l'origine du principe fondamental du droit successoral romain, la règle juridique : *Nemo pro parte*, etc. »

Malheureusement Huschke n'a pas mieux réussi que Gans dans ses efforts pour tirer cette explication de l'essence même du droit successoral romain. Le travail de Huschke dont nous parlons ici est celui auquel nous avons précédemment déjà fait allusion ; l'auteur cherche à élucider complètement la question relative à l'essence de l'héritage en général. Nous devons reconnaître que jamais peut-être l'entendement pensant ne s'est tant tourmenté, tant martyrisé, pour arriver à déterminer le concept sans pensée conceptuelle ; l'auteur ne peut donc pas échapper au sort commun réservé même à la réflexion de l'entendement le plus tenace : au moment où il croit toucher au but poursuivi, il apparaît que jamais il ne l'a manqué plus complètement et qu'il n'embrasse qu'une ombre. Le travail de Huschke présente donc actuellement un double intérêt : montrer d'abord comment, à tout instant, il pressent le véritable concept et ensuite comment, à cause même de l'idée empirique qui lui sert de point de départ, il doit forcément

le manquer de tout au tout ; à cause de cela, à cause également de l'importance que ce travail présente en vue de caractériser la méthode de l'entendement en général, nous nous permettons, autant du moins que le permet le cadre restreint de notre ouvrage, de le soumettre à une critique plus détaillée.

La raison qui empêche Huschke de découvrir la signification de la règle : *Nemo pro parte*, etc. se trouve très clairement indiquée chez lui-même. « Pour trouver la signification fondamentale de la règle : *Nemo pro parte*, écrit-il à la page 271, il faut la connaissance préalable de trois points : il faut savoir ce que sont, à proprement parler, l'héritage et l'hérédité (*hereditas*), en quoi consistent essentiellement la succession testamentaire et la succession *ab intestat*, enfin quel en est le rapport. » Et il nous indique immédiatement le concept de l'héritage : « L'héritage n'est pas seulement la foule des choses, ni simplement l'acquisition de beaucoup de ces choses qui, par la mort, ont perdu leur propriétaire ; dans l'essence de l'héritage on considère au contraire l'unité de cette foule de choses réalisée dans la personne du défunt, et cette unité est plus importante que les choses prises isolément. »

En principe, c'est donc une fois de plus l'unité de la foule de choses, c'est-à-dire le patrimoine, qui est posé comme la substance de l'héritage ; Gans fait du reste une distinction analogue entre les choses séparées et leur unité, qui forme précisément le concept de la totalité de la fortune. Nous pouvons à la rigueur trouver dans les mots une velléité d'orienter la question autrement ; malgré tout, le patrimoine est en principe posé comme le concept et l'objet de la succession ; une fois ce terrain adopté, les meilleures intentions ne peuvent manquer de demeurer stériles. L'élément personnel ou subjectif et l'élément objectif ou réel se trouvent donc, chez Huschke, dans un antagonisme perpétuel, résidant uniquement dans les mots, sans cependant rien perdre de son âpreté.

Ces contradictions ne peuvent se résoudre en unité, si ce



n est dans une unité purement verbale, comme par exemple dans cette bizarre association, dont du reste les termes s'excluent mutuellement : personnalité patrimoniale. Nous voyons ici l'éternel procédé de l'entendement que Humboldt, après Hegel, a dépeint avec une si fine ironie (Cosmos, I, 17) : « Des observations incomplètes et des inductions plus incomplètes encore font naître des opinions erronées relativement à l'essence des forces de la nature, et ces opinions, incarnées pour ainsi dire et figées dans des formes de langage significatives, se répandent ensuite à travers toutes les classes d'une nation comme un bien commun de l'imagination. » Dans les phénomènes de l'esprit il n'en va pas autrement que dans les phénomènes de la nature et l'expression : personnalité patrimoniale est devenue une de ces locutions expressives qui s'est répandue dans toute la classe des jurisconsultes et nous apparaît aujourd'hui comme le bien commun de l'imagination juridique. L'honnête Hugo Grotius nous disait encore précédemment, sans plus de façons : *Heres personam defuncti in bonis refert*. Dans cette phrase, du moins, la personne du défunt et ses biens conservaient encore leur caractère distinct et contraire, et les mots seuls montraient suffisamment que, malgré ce *personam refert*, l'élément personnel avait disparu et que la fortune était devenue la substance de la succession, comme nous l'avons démontré par le détail au numéro I. Or, l'on voudrait maintenant éviter dans les termes cette erreur qu'on laisserait néanmoins subsister dans les choses. Tout en assurant formellement que l'élément personnel existe toujours, le soupçon s'est fait jour qu'il pourrait bien s'être absorbé dans le patrimoine ; de plus, on a voulu réaliser, du moins en théorie, l'unité de principes contradictoires, alors que cependant la raison ne peut pas ne pas voir cette contradiction ; c'est de tout cela qu'est issue l'expression hybride : personnalité juridique patrimoniale ; par cet accouplement, en paroles du moins, de deux principes contradictoires, on a voulu faire croire qu'ils restaient unis et que l'élément personnel subsistait toujours dans la fortune.

Huschke s'appuie principalement sur cette locution « significative » de personnalité patrimoniale ; il y revient à chaque ligne et c'est lui qui a le plus contribué à l'implanter chez les autres auteurs ; il lui a donné tout un cortège d'expressions analogues non moins « significatives » ; il connaît une « vie patrimoniale » du testateur mourant (p. 276) ; il est à croire que dans ce langage la fortune ne constitue pas l'élément inerte et matériel dont a vécu le défunt, mais qu'elle-même a joui d'une vie quelconque. Pour définir la *familia*, il se sert du terme de *liberté patrimoniale*, faisant ainsi comprendre non pas que la liberté est la liberté et le patrimoine le contraire précisément, l'élément non libre, matériel, mais que le patrimoine participe en quelque sorte de cette liberté : « Quand les idées manquent, les mots accourent etc., etc. »

Examinons donc maintenant les résultats que l'on peut obtenir en se leurrant ainsi de mots.

Les phrases citées plus haut montrent que pour Huschke le concept de l'héritage réside *a priori* dans l'« unité de la foule des choses », c'est-à-dire dans la fortune ; nous avons déjà fait remarquer que toutes les observations, même bonnes, restaient forcément stériles, tombant sur un terrain de ce genre, bien plus, qu'elles devaient se transformer en autant d'erreurs. Il n'est pas difficile de s'en convaincre.

Immédiatement après les paroles précédemment citées, Huschke fait une remarque excellente : « *hereditas*, nous dit-il, est dérivé de *heres* et signifie donc souveraineté, si bien que l'héritier ne prend pas possession des choses, mais plutôt de la souveraineté que le défunt avait sur ses biens personnels » (voir page 272 de Huschke). Grâce à l'étymologie, Huschke a donc failli trouver le concept exact ; mais son interprétation, par sa nature même, tombe complètement à faux ; la souveraineté dont il parle n'est pas, en effet, la souveraineté absolue du défunt, c'est-à-dire sa volonté subjective immatérielle, mais la souveraineté sur ses biens, c'est-à-dire « la personnalité patrimoniale ». Aussi Huschke s'empresse-t-il de nous dire qu'il en va de



même pour la *bonorum possessio* prétorienne, — qui représente précisément la différence spécifique d'avec l'*hereditas*, — parce que, dit-il, toutes deux forment une *successio in universum*. Il est vrai que ce principe est encore compatible avec la succession à la fortune en tant que totalité homogène et que par conséquent il est commun à l'*hereditas* et à la *bonorum possessio*, cependant il serait plus exact de ne voir là qu'un principe qui, dans le droit civil, découlerait comme une conséquence nécessaire, naturelle et vivace de l'idée spéculative représentée par la continuation de la volonté subjective, mais qui, dans le droit prétorien, serait uniquement l'ombre projetée par le concept civil de l'hérédité sur ce point de vue dissident et réactif du patrimoine ; dans ce deuxième cas, ce principe proviendrait donc exclusivement d'une ombre et pour le comprendre il faudra partir du *jus civile*, générateur de cette ombre. Cet *universum jus* transmis par l'héritage, Huschke nous l'explique immédiatement après comme constituant chez l'héritier l'habileté à posséder du défunt, envisagée comme réalité. Ainsi donc, malgré toutes les circonlocutions, en dépit des efforts incessants pour concilier des éléments inconciliables, l'héritage est devenu une simple chose ; nous aurions par conséquent mauvaise grâce d'être surpris si la première partie de cette étude se termine par l'aveu suivant : « l'*hereditas* ne diffère de la personne vivante qu'en ce qu'elle représente, comme une entité particulière, la personne patrimoniale, qu'elle forme donc une chose ». En dépit de tous les qualificatifs qui contredisent leurs substantifs et de tous les substantifs qui contredisent leurs qualificatifs, Huschke finit par nous faire réellement cet aveu : c'est bien une chose qui est transmise par l'héritage ; et il rend son idée plus manifeste encore en ajoutant que durant la vie la succession coïncide avec la liberté personnelle et que cette coïncidence l'empêche de se présenter comme chose ; mais « la mort fait cesser cet empêchement et la fortune se présente alors comme une *universitas* objective ». Ne nous occupons pas des divers



aveux contenus dans ces paroles ! Mais comment expliquer que la fortune, sans être sorcière, puisse se présenter à nous autre qu'elle n'est en réalité ? La fortune est une quantité de parties distinctes et elle ne peut se présenter à nous que sous cette forme. L'*universitas*, ou du moins l'apparence d'*universitas* que nous constatons en elle, vient uniquement de ce que l'élément vivant, c'est-à-dire la volonté subjective, bien loin de former obstacle à l'*universitas* objective, continue plutôt à vivre et persiste dans l'héritier ; c'est elle qui par son unité idéale dont relèvent toutes les différentes parties de l'unité, produit dans la pluralité de ces parties comme dans la vie l'apparence de l'*universitas*. Chez aucun peuple le patrimoine ne nous apparaît sous la forme d'une *universitas* objective ; elle n'est en effet qu'une quantité d'objets sans aucun lien matériel. Le peuple romain ne fait pas exception à la règle ; c'est uniquement la personnalité volontaire persistante qui réunit la fortune dans l'unité de sa puissance et produit ainsi l'apparence dont nous parlons ; on ne saurait donc prétendre que chez les Romains l'*universitas* s'applique à l'objectivité de la succession ; et jamais les Romains n'auraient pu admettre, dans la *bonorum possessio*, une *universitas* dans la fortune successive, si cette *universitas* n'avait été pour eux le reflet naturel et nécessaire ainsi que l'action persistante de leur concept spéculatif et civil de l'héritage, même à l'époque où le principe prétorien, placé simplement au point de vue du patrimoine, réagissait contre ce concept.

Huschke conclut maintenant « que l'on peut voir dans l'hérédité la continuation patrimoniale de la famille (!) » ; et c'est ainsi qu'il en arrive à distinguer finalement deux aspects et à nous dire qu'il y a, dans l'individu, l'être personnel et l'être patrimonial ; chose curieuse, le dernier de ces deux êtres serait tout aussi vivant que l'élément personnel dont pourtant il est absolument distinct. « Mais comme l'être patrimonial n'est pas moins vivant que l'être personnel, il faut, pour comprendre la transmission successorale, admettre qu'au même moment cet être patri-



monial se sépare de l'autre comme une graine se sépare de la capsule, etc. » Comment se peut-il que cet être patrimonial, posé comme distinct et absolument indépendant de l'être personnel, soit cependant, aussi bien que cet être personnel, un être vivant ? Ce point restera toujours un mystère impénétrable. Huschke du reste ne l'a pas compris non plus ; c'est en vain qu'il accumule les dires, les affirmations, les circonlocutions et les tournures les plus pénibles pour venir à bout de cette tâche impossible, il réussit tout bonnement à tenir en main quelque chose d'inerte, de mort, un ensemble de choses, rien de plus. Tous ces efforts n'ont qu'un seul résultat : la contradiction inhérente à la conception même de Huschke, la contradiction, née de sa double conception de l'hérédité comme être personnel vivant et être matériel objectif, se met à fermenter obscurément, à lutter longuement et sans fin pour se dégager d'elle-même.

C'est pourquoi Huschke ne peut davantage aboutir et perd son temps, quand il cherche à fixer la différence entre *familia* et *hereditas*. Il ne veut pas reconnaître que toutes deux ont uniquement le concept de la souveraineté volontaire, que toute la différence réside en ce que la famille, dont les personnes font forcément partie, représente comme coexistante la même identité de volonté que l'*hereditas* représente comme consécutive, que par conséquent elles sont toutes deux la réalisation d'un seul et même concept, — la *familia* le réalise dans l'espace, l'*hereditas* dans le temps ; — il préfère voir dans l'hérédité le côté non vivant et dans la *familia* l'élément vivant du même rapport. Toutes les deux doivent ainsi se différencier par une différence qui n'est point réelle ; il ne leur est donc pas possible de s'y conformer, et elles pèchent plutôt contre la différence qui existe réellement entre elles. Huschke éprouve donc le besoin de préciser davantage le sens de *familia* et de nous la donner comme une « *familia* primordiale » ; il ne pouvait rien avancer de plus manifestement inexact, puisque les enfants font bien partie de la *familia*, mais ne relèvent

pas du droit patrimonial; il suppose continuellement (page 278) que l'héritier entre dans la famille du *de cuius*; or, nous avons déjà constaté, à propos du testament *per æs et libram*, qu'essentiellement l'héritier n'entre pas et n'est pas reçu dans la *familia* du *de cuius*, mais qu'il absorbe cette *familia*; puis on nous apprend la différence réelle entre l'*hereditas* et la *familia*: « ce que le *de cuius* laisse comme *familia* est l'*hereditas*, vue du côté de l'héritier ». Et Huschke ajoute: « pour que l'héritier puisse réellement donner son assentiment, pour qu'il puisse en général faire l'acquisition, il faut nécessairement supposer la mort préalable du *de cuius*; (or nous avons constaté plus haut le juste contraire; l'essence même de la chose, comme on le voit par la forme ancienne du testament de droit civil, suppose, à l'origine, comme condition principale, que l'identification s'effectue entre deux volontés vivantes, que l'assentiment soit en conséquence donné pendant la vie, tant qu'existe encore cette volonté subjective; il s'ensuit que pour l'héritier la *familia* prend nécessairement la forme de l'*hereditas* ».

Dans notre parenthèse nous avons indiqué déjà le point spécial absolument inexact, surtout pour les temps plus anciens, où tout aspect de l'idée s'exprimait dramatiquement dans la forme; pour le reste, toutes ces phrases nous donnent un sens assez logique. Mais ce sens ne saurait être que le sens primitif: ce que le *de cuius* laisse sous le nom de *familia*, c'est-à-dire, suivant Huschke, l'objet de cette vivante « liberté patrimoniale », ne peut plus être, pour l'héritier, quelque chose de vivant; ce n'est plus qu'un ensemble de choses sans vie, une simple objectivité. C'est du reste ce que Huschke nous avait dit dès le commencement. Cependant toute l'importance de Huschke vient de ce qu'il n'arrive pas à avoir le cœur net de cette phrase à laquelle il revient sans cesse; et nous allons voir qu'il ne tardera pas à nier son propre principe pour l'affirmer à nouveau quelques instants plus tard. Il commence par répéter très explicitement la pensée que nous avons cons-

tatée plus haut dans ses paroles : « *familia* et *hereditas* sont donc une seule et même chose, et ne le sont pas, selon que nous envisageons la question ». Il est impossible d'être plus clair. L'élément objectif est le même dans la fortune et l'hérédité, ce sont les choses ; ce qui diffère, c'est le sens dans lequel il faut les envisager. Par rapport au *de cuius*, elles feront partie de sa liberté patrimoniale, pour lui et en lui elles auront donc un côté vivant ; mais par rapport à l'héritier, elles représenteront une objectivité morte et sans vie. Huschke insiste même pour ne pas laisser de doute dans notre esprit : « L'objet, c'est la liberté patrimoniale du *de cuius* ; mais de même qu'il faut voir dans le présent la fin du passé et le commencement de l'avenir ; de même que du point de vue de l'avenir le présent apparaît comme y inclinant, ne tardant pas à s'y perdre, y compris son autre élément tourné vers le passé, en sorte qu'il se fait malgré tout une transition vivante du passé à l'avenir, de même la liberté patrimoniale laissée par le *de cuius* sous le nom de *familia* devient, chez l'héritier, de l'*hereditas*. » Après avoir ainsi prouvé par des arguments nombreux et sérieux — du reste, il ne fallait pas tant d'efforts, puisque la chose va de soi — que cet ensemble de biens, qui même pour le *de cuius* n'impliqua jamais de signification vivante, ne se comprend, tout au moins pour l'héritier et par contraste avec le caractère vivant de la famille, que sous forme d'*hereditas*, de simple ensemble de choses, Huschke continue immédiatement, sans aucune transition, sans aucun exposé de motifs : « mais par le fait qu'il l'acquiert comme telle (comme *hereditas*), il la possède en même temps comme *familia* ».

La *familia* de qui ? La *familia* du mort ? Mais ce serait de la véritable sorcellerie ! En effet, Huschke nous a exposé fort explicitement que cette *familia*, en tant qu'*hereditas*, n'existait pour l'héritier qu'après la mort du *de cuius* ; de plus, « la *familia* du *de cuius* doit nécessairement prendre pour lui la forme de l'*hereditas* » ; enfin Huschke lui-même nous a très clairement indiqué la situation de l'héritier vis-

à-vis des choses, en nous disant que cet héritier entendait par *hereditas* ce que le *de cuius* laissait sous le nom de *familia* ! Mais comment se peut-il alors que cet héritier, par le fait même qu'il acquiert la *familia* sous la forme absolument différente d'*hereditas*, la possède néanmoins en tant que *familia* ? Cela tient vraiment du prodige !

Huschke continue : « L'*hereditas* n'est donc pas quelque chose d'inanimé (or, deux pages plus haut, il nous avait dit formellement qu'elle était quelque chose d'inanimé et que ce caractère la différenciait justement de la *familia*) ; elle est simplement l'aspect moins animé, désireux de revivification (elle est donc morte en attendant) de l'élément qui a derrière soi (oui, précisément derrière soi, par conséquent mort et passé) l'aspect plus vivant de la *familia*. »

La succession qui était donnée comme l'élément inanimé de la fortune, par opposition à l'élément vivant de la famille, devra maintenant cesser d'être l'élément inanimé, bien que personne ne puisse comprendre la raison de cette modification ; Huschke du reste ne cherche même pas à motiver ses dires. Mais en même temps elle devra ne pas cesser, elle ne devra pas se changer en un élément vivant comme la *familia*. Elle se transforme alors en un élément « moins animé », et l'auteur ne tient nul compte, dans cette prétendue différenciation, du principe quantitatif. Pour se tirer d'embarras, le juriste se fait poète et il prête à la fortune sans vie la nostalgie de la revivification. Mais du moment que la fortune a cette nostalgie de la revivification, il faut nécessairement que, pour le moment du moins, elle ait cessé de vivre et qu'elle soit devenue chose, fortune sans vie. Mais si la fortune est morte et qu'elle doive être ranimée, le principe vivifiant ne saurait être la *familia* de l'ancien maître ; elle ne reconquiert la vie que dans un autre, dans un nouveau maître, et cette vie n'est qu'une vie afférente à la fortune, comme Huschke s'exprime d'ailleurs à la page 276 ; Huschke ne pouvait donc nous parler que de la propre liberté de fortune du nouveau maître, quand il nous disait précédemment que la fortune,



saisie en tant qu'*hereditas* par l'héritier, devenait immédiatement entre les mains de ce dernier la *familia*. Il est absolument clair, du reste, qu'une fois engagé dans ces conceptions embrouillées et illogiques on peut arriver à dire que toute fortune possède la vie en son maître. Une conséquence nécessaire de cette manière de voir est que l'héritage du défunt est posé plus que jamais comme une chose inanimée qui ne peut regagner une nouvelle vitalité que dans un nouveau maître ; or, cette évolution n'a rien à voir avec la *familia* du *de cuius* qu'elle ne parvient pas à vivifier ; elle ne s'applique pas à la situation des choses considérées comme héritage, mais à leur situation en tant que propriété : « C'est de reste le sens exact de l'expression *hereditas* qui, prise dans sa signification stricte, désigne la liberté patrimoniale dans l'attente d'un nouveau maître et s'applique par suite à l'avenir. » Mais l'expression *hereditas* n'implique nullement le sens d'« attente ». Nous ne voulons pas trop insister sur ce détail. Le résultat serait donc celui-ci : l'*hereditas* qui, pour le moment, est de la fortune inanimée, un ensemble inerte de choses, deviendra plus tard la propriété d'un être vivant, d'un maître, qui lui donnera de nouveau le mouvement et la vie ; mais pour arriver à ce principe aride, à ce résultat dans lequel, après comme avant, la fortune est prise pour la substance de la succession, Huschke n'avait réellement pas besoin de cet élan formidable, puisque c'était le point de départ initial. Suivant sa bonne habitude, l'entendement a voulu rendre plausible, à toute force, ce que la réflexion et la pensée ne parvenaient pas à lui prouver ; il a naturellement eu recours aux images les moins claires, de représentations contradictoires en elles-mêmes, d'alliances de mots qui jurent ensemble ; et il n'a réussi qu'à se donner l'illusion de l'explication ; pour ce qui est du fond de la question, il n'a pas avancé d'un pas, et les contradictions n'ont fait que l'enserrer de plus en plus. De tels mots composés, dont les deux termes s'annulent réciproquement, comme par exemple le terme de « vie patrimoniale », etc., — la vie seule



est la vie et la fortune est l'élément mort — peuvent bien s'employer dans la langue, mais n'entrent jamais dans l'esprit. Et quand bien même ce serait possible, le patrimoine ne serait toujours *que* la substance de cette vie prétendue et de cette situation ; il en résulterait ce « roulement du patrimoine » qui, d'après nos démonstrations antérieures, est le véritable fond de cette opinion et qui, pour pouvoir fonctionner, s'appuie de propos délibéré sur un sujet fictif connu comme tel ; or, Huschke par surcroît abandonne ici cette fiction. Du moment que l'*hereditas* n'attend sa revivification que d'un nouveau maître, il n'est pas vrai et l'on ne saurait donner pour vrai que dans l'*hereditas* ce soit un élément vivant et personnel, un sujet idéal qui ait été laissé par le *de cuius* et se soit transmis à l'héritier. Huschke vient de nous avouer que ce sujet idéal n'est qu'une fiction et il nous en a prouvé la fausseté en essayant de la motiver de plus près. Lorsque donc Huschke définit maintenant l'*hereditas* comme la liberté patrimoniale attendant son maître, cette définition, en vertu de ces termes mêmes et traduite en langage intelligible, revient à dire : la fortune attend le maître, l'*hereditas* est une fortune attendant son maître. Il est vrai que cette définition cadre parfaitement avec tout ce que Huschke nous a dit précédemment ; il nous a exposé que l'*hereditas* était quelque chose d'inanimé et que la liberté patrimoniale laissée par le *de cuius* sous le nom de *familia* se changeait, pour l'héritier, en *hereditas*, en simple fortune ; mais alors, cette vitalité qu'il a lui-même attribuée au patrimoine, cette vitalité moins vivante, nous apparaît tout bonnement comme l'introduction, dans le patrimoine, de cette poétique « attente du maître » : or, d'après cette attente, la fortune comme telle est restée le concept de l'hérédité, et de plus on confère à la fortune une activité qu'il lui est impossible d'avoir ; tandis qu'en effet la *familia* du *de cuius* appartient au passé et est morte, la fortune est objective : elle n'a rien et ne peut rien attendre et il ne lui importe en rien d'avoir un maître ou de ne pas en avoir. Enfin l'expression



employée par Huschke est encore pire que cette autre également possible : *l'hereditas* est un patrimoine attendant son maître. Par la définition qu'il nous en donne : liberté patrimoniale attendant le maître, définition dans laquelle il s'est efforcé, au prix de je ne sais quels efforts, à trouver, du moins en paroles, l'élément vivant qui lui échappait dans les choses, il retombe une fois de plus dans la perpétuelle contradiction dans les termes, qui est la caractéristique de son travail du commencement à la fin. Ne pas attendre de maître, être soi-même le maître : voilà la véritable liberté. Les deux expressions : être libre et être le maître sont absolument identiques et nulle part cette identité ne ressort avec plus de rigueur et de clarté que dans l'hérédité romaine.

Ce travail ressemble donc aux tentatives continues d'un homme qui voudrait voler sans avoir des ailes et qui prendrait son essor pour bientôt retomber lourdement sur ses pieds. On dirait que l'entendement veut à toute force briser les barres de fer de sa cage ; ses élans réitérés provoquent un bruit terrible, mais les barres de fer n'en sont nullement ébranlées.

Huschke nous parle donc de la « nature personnelle de la transmission par héritage ». Malheureusement cette nature n'existe que dans les mots, et dans les choses c'est tout le contraire qui a lieu ; et cependant Huschke en tire la conclusion suivante : de même qu'on ne saurait capturer ni relâcher un animal à moitié, ni consommer un mariage en partie, de même l'héritage, en tant que *famille*, ne peut se transmettre qu'en totalité ou pas du tout. Mais il est impossible à Huschke de s'arrêter à cette affirmation qui, du moins par l'apparence extérieure, approche de la vérité ; ce principe ne repose en effet que dans les mots, et dès qu'on passe à l'application, cette « nature personnelle de l'hérédité » se change en son juste contraire. Il est inévitable que Huschke nous en montre immédiatement la fausseté, et qu'il nous fasse comprendre lui-même que sa conception de l'héritage demande justement la réalisation du

contraire. Il continue donc à la page 279 : « Mais comment concilier avec ceci le caractère éminemment divisible de l'*hereditas*, et l'institution toujours possible de plusieurs héritiers, pour une quote-part chacun ? » Et il répond : « Ici encore il ne faut pas perdre de vue les deux faces de l'héritage. En tant que l'héritage regarde l'héritier, elle est chose et tout aussi divisible que la propriété de n'importe quel autre bien meuble. » Mais en vertu même de son concept, l'héritage doit toujours être tourné vers un héritier, toujours être rapporté à un héritier. Un héritage qui ne remplirait pas ces conditions, ne serait plus un héritage, parce que cette relation constitue précisément le concept de l'hérédité. Huschke s'aperçoit lui-même que c'est à proprement parler le cas ; il tire donc les conséquences naturelles et continue : « Mais comme l'héritage, envisagé de ce côté, porte à proprement parler le nom d'*hereditas*, nous sommes bien obligés d'appeler franchement l'*hereditas* un droit divisible. » Peut-on imaginer une erreur plus grande ? De la divisibilité de la fortune, cet élément purement secondaire et absolument extérieur à l'*hereditas*, Huschke conclut à la divisibilité de l'hérédité même, de l'hérédité en tant que droit, de ce qui, d'après lui, constitue seul, à proprement parler, l'héritage ! L'*hereditas*, avons-nous expliqué plus haut, numéro XXXII, est un droit toujours et absolument indivisible ; le caractère de la divisibilité s'applique uniquement à l'élément accessoire, extérieur au concept auquel le hasard seul l'a réuni : à l'époque du véritable *jus civile*, cet élément se trouvait même directement opposé à l'*hereditas*. Cet élément est divisible, car il est quantitatif, tandis que l'*hereditas*, pareille à tout ce qui est abstrait ou qualitatif, est indivisible. Mais parce que, à son avis, la fortune constitue le concept de l'*hereditas*, Huschke se voit amené à avouer directement que l'*hereditas* elle-même, l'*hereditas* comme droit, est devenue un droit divisible ; il se trouve ainsi manifestement en contradiction avec ce qu'il vient de nous dire sur l'indivisibilité de l'*hereditas* ; cette indivisibilité n'était, il est vrai, que

dans les mots, et se trouvait en contradiction formelle avec ce qui, chez Huschke, nous apparaît comme le fond effectif du concept d'hérédité. Cependant Huschke continue : « Mais en tant qu'elle (*l'hereditas*) regarde le défunt, elle est personne et par suite indivisible. » Que veut dire au juste cette distinction ? L'héritage qui regarde l'héritier et lui est rapporté, et l'héritage qui regarde le défunt ? Que diraient les jurisconsultes, et avec raison, d'un philosophe — il est vrai qu'un vrai philosophe se gardera bien de ce travers — qui établirait cette distinction bizarre entre toutes ? Mais en tant qu'un héritage ne regarde pas l'héritier, il n'est même pas héritage. Un sujet ou une *familia*, qui n'est pas en rapport avec son héritier, mais avec lui-même, n'est pas un testateur ; c'est uniquement un sujet vivant. Et un patrimoine qui n'est pas rapporté à un héritier ni tourné vers lui n'est pas héritage mais propriété, fortune pure et simple.

Ces efforts insensés de l'entendement, cette terrible lutte de mots finissent donc par un épuisement total et n'aboutissent qu'à ce résultat : En tant qu'une chose n'est pas héritage, en tant qu'elle est sujet vivant et propriété d'un tel sujet, elle est vivante, personnelle, indivisible, ce que du reste personne n'a jamais mis en doute ; mais en tant que cette même chose est tournée du côté de l'héritier, en d'autres termes, dans les seules circonstances où il puisse être question d'héritage, en tant que *l'hereditas* existe à proprement parler, cette chose est inanimée, morte, divisible. C'est en vain que l'entendement essaie de sauter plus loin que son ombre : celle-ci saute en même temps, et tout nouvel élan aboutit forcément au même point de départ initial.

Cette indivisibilité de l'héritage, comprise dans le véritable sens conceptuel, nous fournirait immédiatement la règle : *nemo pro parte*, etc. Si c'est en effet la personnalité volontaire qui se perpétue par le procès d'identification de l'hérédité ; si l'hérédité n'a rien de commun avec le patrimoine, avec la « vie patrimoniale », il s'en-

suit clairement que cette indivisibilité idéale du moi ne peut se transmettre que dans un mode déterminé : tout caractère déterminé exclut naturellement l'autre, et quiconque s'identifie lui-même et déclare : ma volonté est A, ne saurait être identifié par le système *ab intestat* avec d'autres individus sans qu'il y ait simultanément négation de la volonté que l'héritage se propose de perpétuer. Il existe cependant une exception apparente à cette règle : c'est le cas du *suus* non institué qui n'est appelé à partager avec les héritiers testamentaires que parce qu'il est toujours et naturellement l'expression de la volonté du défunt ; or, cette exception confirme la règle et ne laisse plus subsister le moindre doute. D'autre part, il faut bien remarquer que l'indivisibilité de l'héritage affirmée par Huschke en paroles qui se trouvent en contradiction flagrante avec toute son argumentation, ne peut guère nous donner cette règle. Qu'est-ce qui nous empêcherait donc de dire : En tant que le *de cuius* institue des héritiers, il est tourné vers l'héritier et crée par conséquent ce droit divisible de l'*hereditas* ? il lui est donc loisible de partager lui-même ce droit, de le laisser se transmettre d'après le droit testamentaire comme d'après le droit *ab intestat* ? Huschke n'est pas sans comprendre lui-même l'insuffisance absolue de son explication et il continue (page 281) : « Cependant il reste toujours possible de laisser se transmettre une partie de la succession par testament et d'abandonner l'autre moitié aux dispositions de la loi, tout comme on peut dans un testament instituer plusieurs héritiers. »

Il s'engage donc (page 282) dans la bonne voie : déterminer l'essence de la succession *ab intestat* et nous dire en quoi ses principes la différencient de la succession testamentaire. « A ce point de vue, dit-il, il est manifeste que la succession testamentaire repose sur le principe de la liberté et la succession *ab intestat* sur le principe de la nécessité ; la première a donc une base morale, la seconde une base physique. »

Nous retombons ainsi d'emblée dans l'ancien dualisme qui



jusqu'ici dominait les opinions relatives à la succession testamentaire ou *ab intestat*. Dans ces sornettes universellement adoptées on nous parle, à propos de succession *ab intestat*, d'un principe physique ou familial que l'on oppose au principe de liberté de la succession testamentaire ; mais si nous voulons aller jusqu'au fond des choses et procéder avec méthode, nous verrons que ce dualisme s'appuie essentiellement sur la conception de Gans qui lui aussi voit dans les deux modes de successions l'opposition du principe de liberté et du principe de nécessité ; les termes sont les mêmes, cependant Gans a mis plus d'esprit dans son exposé. Cette opinion est essentiellement fautive pour le droit successoral romain. Tant qu'on n'aura pas compris qu'à Rome le droit de succession *ab intestat* est absolument le même principe moral de volonté, que, pour ainsi dire, la volonté subjective du *de cuius* en forme la source et le fond, il ne saurait être question d'expliquer sérieusement la succession *ab intestat*, la route se trouvant systématiquement barrée. Cet échec dans l'explication de la succession *ab intestat* était inévitable, du moment qu'on n'avait pu définir exactement le concept de l'hérédité en général : les deux échecs sont corrélatifs. En effet, une fois bien compris que le concept de l'hérédité n'est autre que l'immortalité subjective de la volonté, il en découle naturellement que le droit *ab intestat*, qui doit produire de l'hérédité en général, doit procéder toujours de la volonté subjective même et que par conséquent on ne saurait lui attribuer d'autre importance que d'être, en l'absence d'une disposition expresse, le contenu présumé de cette volonté subjective.

Huschke se place donc sur une base complètement fautive ; et par là même il s'interdit tout résultat sérieux de la comparaison qu'il institue entre la délation *ab intestat* et la délation testamentaire ; aussi toute la série de ses circonlocutions les plus laborieuses et les plus contradictoires que nous ne pouvons étudier ici en détail, faute de place, aboutit à ce résultat (page 296) : « Quelle différence nous reste-t-il donc entre l'institution testamentaire et la voca-

tion *ab intestat*? Simplement celle-ci : la première procède du testateur, la seconde de la loi. » Telle est en effet la caractéristique sensible et extérieure ; pour y arriver, il n'était pas besoin de ces longues recherches, puisque, de mémoire d'homme, elle a toujours formé l'erreur courante relativement à la nature du droit successoral romain ; mais la nature de ce droit consiste plutôt en ce que tout aussi bien que le testament il procède de la volonté subjective du testateur. Huschke continue : « Cette (différence) est de la plus haute importance, ainsi que nous allons le voir sans retard en passant au troisième point mis en évidence plus haut : l'examen du rapport qui existe entre ces deux modes de vocation et la [nature de l'héritage. » Huschke revient donc maintenant au point auquel il s'est arrêté dans ses considérations sur l'héritage en général ; il le fait en ces termes : « Nous avons vu plus haut que l'objet propre auquel un héritier était appelé est la *familia*, c'est-à-dire la personnalité patrimoniale du défunt et que, comme telle, il était indivisible. » C'est absolument faux ! Plus haut, nous n'en avons pas vu le moindre mot, nous avons même vu le juste contraire ! N'avons-nous pas entendu plus haut que l'*hereditas*, en tant qu'elle était tournée vers l'héritier, est une chose divisible, un droit divisible. Mais l'objet propre, auquel un héritier est appelé, ne peut être que l'objet tourné vers lui. Du reste Huschke lui-même avoue plus haut que ce côté tourné vers l'héritier est ce qui forme à proprement parler l'*hereditas* ou, en d'autres termes, l'objet propre auquel l'héritier est appelé. Cette *hereditas*, avons-nous vu plus haut, est une personne, est indivisible, en tant qu'elle est tournée vers le défunt, c'est-à-dire, en tant qu'elle n'est pas, ou du moins n'est pas à proprement parler l'objet auquel l'héritier est appelé !

Incapable de trouver une solution dans les choses, l'entendement est bien forcé, après de laborieux efforts, de se griser de mots et de vaines formules et d'affirmer, par ses expressions, qu'elle a fini par obtenir un résultat dont malheureusement les choses présentent le pur contraire irré-



ductible ; mais comme il faut absolument sauter le fossé, Huschke se voit amener à nous dire ici que plus haut il nous a démontré ce dont il nous a donné le contraire exprès non seulement dans les mots, mais encore dans les choses mêmes. Cependant il a beau faire : la conception de l'hérédité accompagnée du patrimoine le suit partout. Et même en essayant ainsi de franchir le fossé, Huschke nous affirme une fois de plus que la *familia* est « la personne patrimoniale » du défunt et par conséquent indivisible. Mais si l'objet propre, l'essence de l'héritage consiste dans ce qu'il y a de patrimonial dans la personne, il s'ensuit plutôt nécessairement sa divisibilité ; tout ce qui est patrimonial est en effet quelque chose de matériel, de quantitatif, de divisible par conséquent, et l'idéal seul est indivisible. Rien ne saurait modifier cet état de choses quelles que soient d'ailleurs les apparences de personnalité dont on revête, dans les mots, l'élément patrimonial. Et même le propre cadavre du défunt, malgré toutes les apparences de personne qui s'y rattachent, serait divisible en vertu de sa nature. Nous remarquons sans cesse que dans les combinaisons spirituelles d'éléments contradictoires, telles que « personnalité patrimoniale », l'élément matériel absorbe l'élément personnel. Et qui donc, à moins de se payer de mots, de formules grandiloquentes, comme Humboldt le dit avec tant d'ironie, trouverait une différence entre une « personne patrimoniale », et un « patrimoine personnel ». C'est uniquement pour se cacher à elle-même son misérable fiasco, dont quelques vagues pressentiments l'assaillent déjà, que l'entendement remplace l'expression simple et saine de « droit personnel patrimonial » par cette autre expression grandiloquente de « personnalité patrimoniale » qui, sous ses allures tourmentées et pleines de contradictions, a la même signification. La « personnalité patrimoniale », comme du reste tout ce qui relève de la sphère du patrimoine et par suite de la matière, n'est nullement personnelle ni indivisible ; c'est ce que nous montre très bien le droit successoral romain, qui permet l'institu-

tion de deux ou plusieurs héritiers et par suite le partage arbitraire de l'élément patrimonial de la personne.

Puisque telle est la situation acquise, il ne saurait nous suffire d'avoir ainsi la véritable conséquence de la doctrine de Huschke opposée aux paroles de Huschke ; il faut absolument que Huschke, qui prend la chose plus à cœur que beaucoup d'autres et semble avoir été prédestiné par la fortune à voir s'accomplir en lui, avec une normalité rare, la destinée de l'entendement, nous dise maintenant lui-même que réellement il en est ainsi. Il vient de nous affirmer que nous avons vu plus haut que l'objet propre auquel l'héritier était appelé était la *familia*. Or, nous n'avons pas vu un mot de cela plus haut, nous avons vu tout le contraire ; l'objet auquel, à proprement parler, l'héritier est appelé, l'objet qui est tourné vers lui, est une *hereditas* matérielle et divisible. Mais nous avons dit également que Huschke, en franchissant le fossé, traînait toujours derrière lui la famille considérée comme personnalité patrimoniale ; il ne lui servira donc à rien de s'élançer en avant et il nous dira forcément et sans tarder le contraire de ce que, d'après lui, il nous aurait dit plus haut. Voici ce qu'il écrit immédiatement après : « Lorsqu'une personne institue un héritier, c'est également cette personne qui réalise cet acte. Dans l'acte de l'institution d'héritier, le sujet et l'objet se confondent donc (!!!) en un seul élément (c'est absolument faux d'après Huschke lui-même), la *familia* veut se transmettre à l'héritier, elle se transmet elle-même : nous avons donc trouvé la base de notre règle. » Ces paroles de Huschke approchent tellement, par leur assonance extérieure, du véritable rapport conceptuel, que tout le monde est tenté de croire que Huschke, bien qu'il n'apporte aucune preuve à l'appui de sa thèse et que même, d'après ce qu'il a dit plus haut, le contraire de cette thèse soit la vérité, est ici sur le point de pénétrer, ne fût-ce du reste que par simple intuition, dans le sanctuaire du concept. Non pas, il est vrai, au fond même de la règle *Nemo pro parte*, etc., ainsi qu'il se l'imagine lui-même, mais du moins dans le concept de l'hé-

rédié en général. Mais il n'en est rien ! Comme Huschke entend toujours par la *familia* qui veut se transmettre la personne patrimoniale, ses paroles sont de simples sons ; en réalité il est à cent lieues de la bonne solution et dans une de ses notes explicatives il nous le confesse très ingénument. « Bien que, dit-il dans cette note explicative, celui qui transmet et ce qui est transmis coïncident dans l'objet, cet objet est néanmoins autre, suivant qu'on l'envisage comme sujet transmettant ou objet transmis, de même que la conscience d'être posé par soi diffère de la conscience en soi. Or, d'après nos explications précédentes, la *familia* désigne la liberté patrimoniale, en tant qu'elle est tournée vers le *de cuius*, et se confond avec lui ; elle désigne donc la liberté patrimoniale en tant qu'elle se transmet, mais non pas en tant qu'elle est transmise par elle-même » !!! Le chaos de mots imaginés par l'entendement arrive ici à son comble et la confusion des langues à la tour de Babel fut une véritable harmonie à côté de ce chaos. Les contradictions ne se contentent plus, à l'heure qu'il est, de se succéder à quelques lignes d'intervalle ; devenues furieuses, elles se dressent les unes en face des autres et se font la grimace ! Que veut dire cette liberté patrimoniale qui tantôt est une chose, tantôt une autre, suivant qu'elle se transmet ou qu'elle est transmise par elle-même ? Tout ce travail de forçat que l'entendement s'impose est stérile : parce que l'idée même lui est inaccessible, il se voit *a priori* réduit à faire sonner des mots, à se griser de paroles et de formules grandiloquentes, à se bercer et à s'illusionner avec des mots. Aussi Huschke veut-il définitivement nous initier au secret de sa méthode directrice ; et d'après lui, la différence doit provenir de ce que lui, Huschke, exprime le même acte, le même contenu, à la forme active ou à la forme passive du verbe.

Mais cette grimace arrachée à l'entendement par la douleur de se voir sans secours possible et pris entre ces contradictions qui le tiraillent de tous côtés n'est pas tout encore ! Dans le texte, Huschke nous avait affirmé que du



fait qu'une personne se désignait un héritier, le sujet et l'objet se confondaient dans cet acte, que la *familia* voulait se transmettre à l'héritier. Mais comme *familia* a toujours pour lui la signification de personnalité patrimoniale, il se voit forcé de nous avouer dans sa remarque qu'il n'y a pas un mot de vrai dans son affirmation, que *familia* est uniquement le côté de la succession tourné vers le *de cuius* et se confondant avec lui, que, malgré la coïncidence du sujet et l'objet dont le texte nous parle, cet objet est néanmoins autre, suivant qu'on l'envisage, comme sujet transmettant ou objet transmis, que par conséquent il n'y a pas coïncidence, mais que la distinction et l'opposition continuent toujours. D'où vient cette contradiction? Un examen plus précis de la remarque nous en fera découvrir la raison : « Bien que celui qui transmet et ce qui est transmis coïncident dans l'objet, etc. » Ils ne coïncident donc pour Huschke que dans l'objet, c'est-à-dire, dans la fortune, non pas dans l'acte, dont ils seraient à la fois le sujet et l'objet. C'est une fois de plus le vieil adage qui fait de la fortune l'objet de la succession : dans ce cas, celui qui transmet et ce qui est transmis, la personne et la fortune, conservent leur situation distincte. C'était donc tout simplement un trompe-l'œil, que cette parole du texte : « la *familia* veut se transmettre à l'héritier, elle se transmet elle-même. » Ce terme : *elle-même* ne signifie pas que la *familia* se transmet elle-même, comme faculté idéale, mais qu'elle transmet son objet, la fortune. Et Huschke s'imagine alors avoir trouvé le fondement de la règle *Nemo pro parte* etc. : « Si le testateur et l'héritier se confondent (mais dans sa remarque il vient de nous dire qu'ils continuent, au contraire, à se différencier), il s'ensuit que, semblable à l'héritage objectivement indivisible, la volonté subjective, qui coïncide avec elle, devient aussi indivisible, excluant par suite la concurrence d'une autre volonté, et que etc., etc. » Huschke termine ainsi sa démonstration par le renversement aussi grandiose que possible de tout son thème de démonstration. Jusqu'à ce moment, il s'agissait en effet de démontrer l'in-



divisibilité objective de la succession, et Huschke nous a presque régulièrement donné le contraire de ce qu'il fallait. L'indivisibilité de la volonté subjective ! Mais il n'est pas un homme qui n'ait cru Huschke sur parole, quand il affirmait cette indivisibilité de quelque chose d'aussi idéal que la volonté subjective ! Mais comme il faut en finir, Huschke fait semblant d'avoir démontré précédemment l'indivisibilité objective de la succession, alors qu'il nous prouve juste le contraire, et ne plus avoir à démontrer l'indivisibilité de la volonté subjective, chose que personne n'a jamais révoqué en doute.

Mais Huschke ne tire même aucun profit de cette inversion totale de son thème de démonstration ; comme chez lui « celui qui transmet et ce qui est transmis » se confondent dans l'objet, tout en restant distincts l'un comme sujet transmettant et l'autre comme objet « transmis » (la personne et la fortune doivent naturellement toujours rester distinctes), on ne voit pas pourquoi la volonté, transmettant par indivis, ne pourrait pas transmettre, partie par droit testamentaire, partie par droit *ab intestat*, l'objet transmis qui lui est et lui demeure extérieur. Ce n'est pas en elle-même qu'elle introduirait ainsi la division, mais seulement dans cet objet qui est distinct d'elle et par conséquent divisible. Ou en d'autres termes : pourquoi la volonté testatrice ne pourrait-elle vouloir la succession *ab intestat* pour une certaine partie ? Huschke répond : « Elle ne le pourrait pas parce que la volonté est indivisible et exclut par suite la concurrence de toute autre volonté. » Et il croit alors avoir découvert le fondement de notre règle.

Malheureusement il se trompe absolument ! Il est faux que dans le testament la volonté répudie la concurrence de toute autre volonté ; et quand même le droit *ab intestat* serait réellement, ainsi que Huschke est forcé de le croire, une volonté autre que celle du testateur, la règle *nemo pro parte* n'aurait jamais pu s'établir ! Il est facile de prouver notre idée sur les deux points.

Rien n'empêche le testateur d'instituer son héritier *ab*



intestat. Il est vrai que dans ce cas on ne fait plus attention à la qualité d'héritier *ab intestat* qui serait revenue naturellement à cet héritier : le testateur l'a transformé en héritier testamentaire. Mais rien non plus n'empêche le testateur de dire, sans désignation nominative de l'héritier : je veux que mon héritier *ab intestat* soit mon héritier. Cette institution est valable puisqu'en l'occurrence il ne saurait être question d'*incerta persona*. Du reste, il n'y aurait pas encore de partage. Mais le testateur peut tout aussi bien dire : Je veux que mon héritier *ab intestat* et Pierre, Paul soient mes héritiers. On objectera qu'en vertu de cette institution l'héritier *ab intestat* se trouve toujours transformé en héritier testamentaire. C'est exact. Qu'il y ait cette transformation ou non, il faut bien admettre qu'ici nous nous trouvons en présence de la concurrence d'une autre volonté (si la succession *ab intestat* était réellement, comme Huschke le prétend, une telle concurrence) : la concurrence de la loi *ab intestat* et de la volonté testamentaire. L'héritier *ab intestat* est institué dans ce cas, non pas seulement parce qu'il serait héritier en vertu de la loi *ab intestat*, — ce serait en effet un motif indifférent, — mais parce qu'il est celui qui serait héritier d'après la volonté de la loi *ab intestat*, sans désignation nominale : et de cette façon se trouve posée la concurrence de cette volonté de la loi *ab intestat* et de la volonté testatrice ; on se rapporte précisément à la loi de la volonté *ab intestat* et à celui que cette volonté désignera. Il n'est donc pas vrai que par sa nature, la volonté testatrice répudie nécessairement la concurrence de toute autre volonté.

Mais nous avons encore dit : Si, comme Huschke le prétend, la loi *ab intestat* était une volonté distincte de la volonté du testateur, la règle *nemo pro parte*, etc. n'aurait pas pu s'établir et serait fausse. Il est tout aussi facile de démontrer cette seconde affirmation. En effet, de tout ce que nous avons dit sur le droit de succession *ab intestat* il résulte que ce droit n'est pas une volonté distincte de celle du testateur, mais la propre volonté du testateur, volonté



présumée, c'est vrai. Et nous avons déjà montré précédemment que la règle *nemo pro parte*, etc. n'était que la conséquence nécessaire du fait que le droit de succession *ab intestat* était la propre volonté du testateur. C'est précisément parce que les droits testamentaire et *ab intestat* sont tous deux la propre volonté du testateur que l'affirmation de l'un sous une forme spéciale, la forme de la détermination expresse, exclut l'affirmation sous une autre forme également déterminée. Quiconque ne se détermine pas, est encore indéterminé et peut donc être déterminé. Mais quiconque se détermine, et se détermine à être A, ne peut être traité, quand il doit être question d'autodétermination, comme s'il était déterminé lui-même à n'être pas A.

La racine véritable de la règle *nemo pro parte*, etc. se trouve donc toujours dans ce fait, que le droit testamentaire aussi bien que le droit *ab intestat* sont tous deux l'autodétermination propre, expresse ou présumée, de la volonté subjective du testateur. Si le droit *ab intestat* était une volonté distincte de la volonté du testateur, la règle ne pourrait avoir de valeur. C'est ce que montre très clairement la succession légitimaire. Dans ce cas, la loi intervient comme volonté distincte de celle du testateur, elle intervient comme loi, et nous voyons tout de suite qu'il n'y a plus de raison d'exclure la concurrence entre cette autre volonté et celle du testateur. La règle *nemo pro parte*, etc. reste en vigueur au temps de Justinien, mais cela n'empêche pas que, si le testateur laisse à l'héritier légitimaire moins que la légitime, la loi n'intervienne pour réparer cette erreur, et cependant le testament reste valable quant au reste. Il ne saurait en être autrement ; dans le cas de l'héritier légitimaire, la loi intervient en effet en qualité de loi, elle s'érige comme une volonté distincte et impérieuse en face du testateur (et même nous pourrions dire que ce droit légitimaire n'est plus la loi *ab intestat* dans le sens romain du mot ; cette dernière n'intervient en effet que quand le testateur n'a pas pris de dispositions, quand il meurt *intestat* (*intestatus moritur*) ; ce n'est donc pas un droit qui se fait

valoir contre le testament) ; et à cause du cours normal qu'elle prescrit à la volonté individuelle, il faut croire que cette loi impérieuse qui intervient à titre de loi, est également inhérente même à la volonté individuelle qui s'écarte de la norme.

Malgré ses diverses tentatives, Huschke a donc complètement échoué ; il n'a pu pénétrer la signification de la règle *nemo pro parte* ; la signification qu'il lui prête est totalement fautive et contradictoire ; il n'a donc qu'à continuer en nous disant que les jurisconsultes romains avaient bien raison de dire : « il est impossible que quelqu'un meure *pro parte testatus, pro parte intestatus* ; mais ils ne disent pas : il est impossible que la succession soit régie en partie par le testament, en partie par la loi. La première expression est purement négative et affirme que le testament ne saurait se trouver en concurrence, pour certaines quotités, avec une délation indépendante de lui ; elle s'applique donc au fondement propre de la règle, à l'exclusivité et à l'indivisibilité de la succession testamentaire ; la seconde indiquerait au contraire qu'il y a quelque chose de contradictoire dans le mode de la volonté testamentaire ou *ab intestat* ; or, ce n'est pas le cas. L'énoncé que Cicéron (de invent. 2, 21 : *Nec unquam factum est ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset*) nous donne de cette règle est justement sujette à critique parce qu'elle favorise ce malentendu. » Huschke en arrive donc à critiquer, à traiter de malentendu, le texte le meilleur, le plus exact et le plus explicatif que nous possédions sur cette règle, ainsi que nous l'avons déjà montré plus haut. Nous avons vu que ces paroles de Cicéron peuvent seules nous expliquer pourquoi le *suus* omis pouvait, sans blesser la règle *nemo pro parte*, etc., hériter en même temps que l'héritier testamentaire ; ce n'est jamais la loi qui confère au *suus* la qualité d'héritier, le *suus* est un être intermédiaire entre l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat*. Nous avons montré que, pour comprendre cette règle comme du reste la succession *ab intestat* en général, il fallait comprendre



que l'opposition exprimée par la règle est l'opposition entre l'autodétermination et la présomption qu'en l'absence de celle-là, la loi fait intervenir, et que le *suus*, identité de volonté toujours voulue par le testateur et non pas simplement instituée par la loi, peut et doit même, *a priori*, être à l'abri de cette opposition. Huschke ne voit qu'un principe faux et sujet à critique dans ces paroles de Cicéron qui nous font pénétrer si avant dans l'être de la succession *ab intestat*; il lui semble faux d'interpréter cette règle de la façon suivante: « Il n'est pas possible que la succession soit régie en partie par le testament, en partie par la loi *ab intestat*; parce que, dit-il, cela indiquerait qu'il y a quelque chose de contradictoire dans le mode de la volonté testamentaire ou de la volonté *ab intestat*, ce qui n'est pas le cas. » Cette indication s'y trouve effectivement, et même, ainsi que nous l'avons démontré plus haut, c'est la seule qui s'y trouve et qui puisse nous renseigner sur la signification et la nécessité logique de cette règle. Où la contradiction pourrait-elle bien se trouver, si ce n'est dans le mode de la volonté testamentaire ou *ab intestat*? Elle ne peut résider dans le sujet de la volonté, puisque dans les deux cas ce sujet est le même: le testateur. Elle ne réside pas davantage dans l'objet ni dans la substance (le contenu) de la volonté, puisque dans les deux cas c'est encore le même: l'héritage; elle doit donc forcément résider dans le mode d'après lequel la volonté veut avoir sa perpétuation: l'autodétermination expresse ou la présomption légale subsidiaire peuvent seules contenir la contradiction dont parle la règle.

Par cette explication, Huschke nous démontre donc très explicitement que jamais, malgré toutes ses cabrioles, et bien qu'il nous assurât à tout instant nous avoir prouvé ce dont il nous avait précisément prouvé le contraire, il n'a même approché de loin la véritable signification de la règle *nemo pro parte*, etc. Toutes ces paroles sonores que poursuivait sans cesse l'entendement étaient d'avance vouées à la stérilité et n'ont effectivement donné aucun résultat, parce



que, malgré tous les efforts pour s'en débarrasser, elles emportaient toujours la conception qui implique le patrimoine dans le concept d'héritage ; et cette erreur devait forcément empêcher toute intelligence plus étendue de la matière concrète. Et c'est uniquement parce qu'il faut en finir, que cette contradiction irréductible semble se condenser ici en une solution paisiblement amenée par les considérations préliminaires.

Huschke continue en disant qu'une preuve en faveur de la justesse de sa déduction est fournie par la phrase : « que non seulement la succession *ab intestat*, mais encore la succession en vertu d'un autre testament est incompatible avec la succession testamentaire ». Si ce principe constitue réellement une preuve en faveur de la justesse de l'opinion de Huschke, cette preuve sera de bien piètre valeur. Tout ce qu'il y a d'exact dans ce principe repose simplement sur cette autre raison : par le testament ultérieur, le premier se trouve nécessairement révoqué, il n'y a donc pas deux testaments, mais un seul. Si cette révocation n'a pas lieu, l'inadmissibilité de la succession d'après deux testaments n'a pas lieu non plus. Pour prouver nos dires, nous ne voulons même pas nous référer à la l. 1, § 6, de *bon. poss. sec. tab.* (37, 11), par laquelle Huschke se réfute lui-même dans la remarque (*Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit et utrumque exstet : ex utroque quasi ex uno competit honorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremumque utrumque accipiemus*) ; ce texte d'Ulpien ne s'applique en effet qu'à la *bonorum possessio*, mais non à la succession civile ; il est vrai que Huschke, pour avoir fait fausse route dans son explication du concept d'héritage valable dans le *jus civile*, doit trouver une équivalence absolue entre la *bonorum possessio* et l'*hereditas*, bien que nous ne puissions réellement les comprendre que par leurs différences. Mais ce passage réfute l'opinion de Huschke à deux autres points de vue encore. Il prouve contre cette opinion que, si l'héritage civil était réellement, comme Huschke le prétend, la trans-



mission de la personnalité patrimoniale, la succession en vertu de plusieurs testaments serait admissible, à condition toutefois que les testaments fussent exécutés au même moment et qu'il n'existât pas de testament ultérieur par lequel la volonté individuelle eût elle-même annulé sa création antérieure. La *bonorum possessio* est réellement, à certains égards, cette transmission de la personnalité patrimoniale que Huschke découvre dans l'*hereditas*. Par contraste avec la perpétuation de la volonté qui se fait dans la succession de droit civil, la *bonorum possessio* a son point de vue et sa substance dans l'acquisition de fortune ; mais l'esprit du droit civil projette encore son reflet et son ombre sur ce mode d'acquisition que le droit prétorien, inspiré par l'équité et le *jus gentium*, lui oppose ainsi ; le résultat, du reste, ne peut être que celui-ci : nous n'avons plus affaire à la transmission de la volonté, mais au reflet, à l'ombre que cette volonté projette sur la fortune, sur la succession patrimoniale ; nous avons la personnalité patrimoniale. Ce reflet et cette ombre, nos jurisconsultes se sont figuré que c'était un corps réel et autonome, et par conséquent l'être véritable de l'héritage ; mais si nous y regardons de plus près, nous verrons s'évanouir ces apparences, et elles ne s'expliqueront plus que par l'étude de la figure réelle qui projette son ombre sur l'élément terrestre opposé à la personnalité.

Huschke a donc beau pousser ardemment ses recherches relatives au droit civil ; tout ce qu'il parvient à saisir, tout ce qui lui demeure, c'est le reflet et l'ombre du droit prétorien ou justinien. A ce point de vue, ces droits se valent au fond ; la *bonorum possessio* prétorienne n'est en effet que le droit de succession dans la période de réaction, au moment où il se sépare du droit civil de succession ; en d'autres termes, c'est le droit de succession en tant qu'acquisition de fortune ; mais le *jus civile*, qui existe toujours à côté de lui, projette sur lui le reflet de son esprit, le distribue et le détermine jusque dans ses différences. Le droit justinien par contre n'est que ce droit prétorien, qui a commencé par

faire disparaître cette existence parallèle, a pris ensuite la place de ce droit civil et s'est ainsi lui-même transformé en droit civil; c'est donc un droit où l'esprit du *jus civile*, qui, dans le droit prétorien, à cause justement de l'existence parallèle des deux droits, civil et prétorien, n'était déjà plus qu'un reflet, se trouve réduit à la forme d'une ombre, à cause de la disparition du droit civil. Mais comme le reflet et l'ombre ne se laissent expliquer et juger que par la connaissance de l'objet dont ils proviennent, Huschke se trouve forcément dans l'impossibilité de les reconnaître.

L'entière fausseté de la conception que Huschke se fait du droit civil de succession ressort donc plus clairement encore dans son interprétation de ce passage, puisque, pour lui, la *bonorum possessio* et le droit civil de succession sont conceptuellement identiques. Dans le testament *ex jure civili*, la forme seule suffirait pour rendre impossible la simultanéité de deux testaments dont il est question chez Ulpien à propos du testament prétorien.

Mais pour la même raison nous n'avons pas encore, par rapport au testament de droit civil, réfuté la théorie de Huschke, d'après laquelle la succession en vertu d'un autre testament est forcément incompatible avec la succession testamentaire. Il semble même, à première vue, qu'il soit impossible de donner ici cette réfutation, puisque les deux testaments ne sauraient coexister et que par le deuxième testament la volonté individuelle aura toujours annulé le testament précédent. Et cependant cette réfutation ne sera qu'un jeu : nous l'avons sous la main, tout simplement dans un cas dont nous avons déjà parlé dans plusieurs circonstances, le cas du *suus* omis, qui partage de moitié avec l'héritier institué. Ainsi que nous l'avons vu, le *suus* est un testament vivant : par un acte personnel et explicite — la procréation — le testateur l'a posé pour être avec lui une identité de volonté; et, si le *suus* peut partager avec l'héritier testamentaire, c'est uniquement à cause de sa propre qualité de testament vivant. En même temps le *suus* est un testament tel qu'il ne peut être révoqué tacitement, mais



par une exhérédation expresse. En l'absence de cette exhérédation expresse, le testament vivant peut exister, dans une harmonie parfaite, à côté de l'autre testament.

On voit que la preuve proposée par Huschke, à l'appui de sa déduction, fut des plus piteuses à tous les points de vue.

Mais Huschke ne s'en tient pas là. Il ne lui suffit pas d'avoir avancé des choses objectivement fausses ou même de s'être réfuté lui-même intérieurement. Il n'a ni cesse ni trêve ; il faut qu'il nous confesse ouvertement qu'il n'a rien dit, qu'il n'a fait que se contredire du commencement à la fin. Et alors que depuis fort longtemps il semble avoir retrouvé sa tranquillité d'esprit, grâce à la découverte du fondement de notre règle, nous le voyons subitement faire cet aveu nouveau : « En dernière analyse, on ne voit nullement pourquoi la liberté, sur laquelle repose la succession testamentaire, ne puisse pas se trouver en concurrence avec la succession *ab intestat* ; et il nous faut affirmer, par contre, que le *de cuius* était parfaitement autorisé à vouloir la succession *ab intestat* pour une partie de sa succession. »

C'est inouï ! Quelques pages plus haut, Huschke ne vient-il pas de nous indiquer, comme fondement véritable et dernier de notre règle, l'impossibilité qu'il y avait pour la volonté, à cause de son indivisibilité, de se trouver en concurrence avec une autre volonté. Alors il nous fallait encore réfuter cette opinion, en démontrer l'absolue fausseté et prouver que toute la doctrine de Huschke ne cesse de la contredire. Et voilà que Huschke nous fait comprendre à l'heure actuelle qu'il n'y avait nul besoin de notre réfutation, et que lui-même est absolument convaincu de l'insuffisance de son système ! Il avoue maintenant qu'il n'y pas de raison qui empêche la concurrence entre la volonté testamentaire et la volonté de la succession nécessaire. La succession *ab intestat*, celle qui n'a lieu que tout à fait subsidiairement, parce qu'il a plu à un individu de ne pas vouloir, cette succession devient pour Huschke, comme du reste pour la généralité des auteurs, la succession nécessaire.



Quelle logique ! Et maintenant Huschke se voit forcé de prétendre le contraire et de dire que, par suite justement du caractère infini de la volonté, le *de cuius* a la faculté d'admettre, pour une partie, la succession *ab intestat*, et d'établir ainsi une concurrence entre la volonté testamentaire et la volonté *ab intestat*. En d'autres termes : Huschke ne peut s'empêcher de dire maintenant tout ce que, d'après nos remarques précédentes, son point de vue devait forcément l'amener à dire ! Mais après la ruine de ce système si laborieusement échafaudé, nous serions curieux de savoir ce que deviennent, chez Huschke, notre règle *nemo pro parte*, etc. et sa motivation. Huschke continue par un *mais* ; il est donc à croire qu'il va nous donner enfin l'explication vainement attendue jusqu'ici : « Mais, continue Huschke, cette liberté, comme nous le voyons maintenant, est encore subordonnée à une loi (c'est précisément ce que nous n'avons pas du tout constaté jusqu'à présent ; la prétendue loi vient d'être à l'instant rapportée. Mais qu'importe ! Quand bien même on ne nous aurait pas encore indiqué cette loi, nous la voyons apparaître dans les paroles suivantes) : en tant que celui qui veut librement est lui-même l'objet de sa volonté, en tant que cet objet n'est pas le résultat, mais la présomption de sa libre volonté, la liberté s'embarasse et se prend pour ainsi dire en elle-même ; c'est en elle-même qu'elle trouve sa limitation, et cette autolimitation constitue le fondement de notre règle. »

Ce n'est pas la liberté qui trouve de limitation, c'est Huschke. Ce verbalisme de l'entendement ne sert qu'à l'embarasser lui-même ; il est pris au piège de ses mots amoncelés pour se terminer en une phrase qui, dite par un philosophe, aurait à elle seule suffi pour discréditer, durant de longues années, aux yeux des juristes, la philosophie tout entière, à cause de son obscurité nébuleuse, de ses abstractions vides et de sa verbosité dénuée de sens. Caché derrière cette montagne de mots, où il essaie de se soustraire à sa propre vue, l'entendement se croit enfin en sûreté, défendu contre lui-même et les ennemis du dehors. Nous



n'avons pas l'intention de dénicher ce « nid de contradictions », comme dit Kaut, dans lequel l'entendement vient de se réfugier au milieu de toutes ses phrases sonores. Ce sont toujours les mêmes contradictions qui reviennent ; c'est en vain que l'entendement fait des efforts héroïques pour les avaler ; les yeux lui sortent de la tête, mais il n'a pas encore englouti les contradictions. Ce qu'il nous importe de montrer encore, c'est que, à chaque nouvelle tentative qu'il fait pour se sauver, il ne réussit qu'à se mettre plus ouvertement en contradiction avec sa matière. D'après Huschke, le principe *nemo pro parte*, etc. aurait donc finalement son fondement dans le fait que la liberté du *de cujus* trouve en elle-même une limitation. Mais on pourrait en quelque sorte toucher du doigt que ce principe ne représente nullement une limitation du testateur ni de sa liberté. En quoi pourrait-il limiter la liberté de volonté du testateur ? Le testateur est absolument libre de mélanger à sa guise les héritiers testamentaires et les héritiers *ab intestat* et de les instituer pour telle proportion qui lui plaira. Cette limitation n'atteint donc pas la liberté de tester, mais simplement ceux qui se trouvent en dehors du testament et peuvent par conséquent le juger et le critiquer. En d'autres termes : Le principe contient uniquement la règle logique d'après laquelle il faut interpréter la volonté existante dans le testament ; mais il ne limite sous aucun rapport la volonté testatrice et sa liberté.

C'est la simple règle de l'interprétation logique ; du moment que quelqu'un dit noir, il ne saurait passer pour avoir dit blanc ; quiconque meurt *testatus*, ne peut naturellement mourir *intestatus* ; quiconque affirme prendre dorénavant le nom de Paul ne doit plus être interpellé par le nom de Pierre.

Et c'est une phrase aussi simple, une phrase qui devient de la dernière banalité dès que nous avons bien compris le concept de l'héritage romain — aussi Papinien traite-t-il d'absurde le moindre manquement à ce principe — qui eut l'honneur de provoquer, cinquante pages durant, les élu-

cubrations laborieuses de Huschke et leur lamentable fiasco.

Une base aussi défectueuse ne permet naturellement pas d'en arriver aux conséquences véritables ; Huschke a donc beau s'évertuer pour tirer au clair les effets de cette règle : ses efforts vont échouer comme ses efforts en vue de fixer le sens même de la règle.

Après comme avant, les pressentiments exacts et les erreurs les plus grossières se rencontrent et s'enchevêtrent à tout instant ; après comme avant, les solutions que Huschke nous propose pour les principes du droit de succession ne reposent que dans les mots ; ce ne sont donc que des solutions apparentes et elles nous répètent tout au plus, en une pure tautologie, ce que les juristes romains ont déjà dit dans ces phrases ; et c'est précisément à cause de cette tautologie qu'elle nous semblent satisfaites et prennent l'apparence d'une compréhension fondée dans les choses ; après comme avant s'accomplit en la personne de Huschke la destinée de l'entendement : plus son pressentiment intime le rapproche de la vérité, plus est profonde et sans fond l'erreur dans laquelle il va tomber inévitablement.

Huschke découvre tout ce que l'entendement est capable de voir. C'est ainsi que, seul de tous les auteurs, il a compris que le droit de succession *ab intestat* n'institue ni n'appelle le *suus*, qu'il ne pouvait même pas l'appeler, mais que son expression : « *cui suus heres nec escit* » servait tout simplement à mentionner et à reconnaître le droit du *suus*, existant déjà en vertu de la loi naturelle. Tout le monde serait tenté de croire que cette observation doit infailliblement mettre Huschke dans la meilleure voie pour pénétrer enfin le concept du *suus*. Mais il n'en est rien ! Malgré toute sa justesse, son regard perd bientôt son acuité. Nul rayon ne s'en dégage pour faciliter la connaissance de la *suité* ; et nous avons vu plus haut que néanmoins Huschke critique Cicéron : or, c'est précisément Cicéron qui dans ses paroles fait très clairement ressortir cette essence du *suus* comme non instituée par la loi ; cela montre que

Huschke n'a compris en rien comment le *suus* peut réunir dans son essence l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat*, et représenter l'unité de ces deux héritiers, unité qui nous permet l'intelligence de tout le droit *ab intestat* et nous révèle en même temps la signification du principe *nemo pro parte*, etc. Mais ce n'est pas seulement le regard qui reste vitreux ; bien plus, toute image, même juste, qui tombe sur cette réline à réfraction inexacte de l'entendement, prend immédiatement les formes monstrueuses d'une caricature. Ou, pour employer la même expression que plus haut, plus son pressentiment intime le rapproche de la vérité, plus est profonde et sans fond l'erreur dans laquelle il tombe inévitablement.

Huschke nous le prouve de la façon la plus frappante ! Si d'un côté, guidé par l'entendement, il nous dit très justement qu'en vertu de son texte négatif la loi des Douze Tables n'institue pas elle-même le *suus*, il nous expose, à l'endroit cité, l'être du *suus* comme suit : « C'est pourquoi le droit des *sui heredes*, pris comme tel, ne repose en réalité sur aucune volonté déférante ; il ne repose pas sur la volonté du testateur, cela va de soi (!), ni sur la volonté de la loi, etc. » Tout dépend de la question de savoir si on comprendra comment la volonté du testateur se trouve déjà posée dans l'héritier *suus* et continue d'exister ; Huschke arrive au résultat tout opposé : pour lui, le *suus* ne repose pas sur la volonté du testateur, il existe un héritier romain indépendant de la volonté du testateur, il existe même (et c'est le comble du monstrueux) un droit de succession romain qui ne repose sur aucune volonté ! C'est ce que Huschke fait remarquer jusqu'à l'évidence dans la phrase dont nous n'avons donné que la première partie : « ni sur la volonté de la loi ; celle-ci avait en effet bien compris la nature de la situation et s'était contentée de dire : si quelqu'un vient à mourir sans avoir d'*heres suus*, l'agnat le plus proche sera son héritier ; elle avouait ainsi tacitement qu'elle considérait ce droit à la succession comme antérieur à celui dont sa volonté était le fondement ». La

loi des Douze Tables place en effet la phrase relative à la succession testamentaire immédiatement avant celle qui mentionne le *suus* ; et par cette simple disposition formelle elle nous indique qu'elle considère le droit d'héritage fondé, pour employer l'expression de Huschke, sur une volonté comme antérieur au *suus*. De plus, la loi des Douze Tables redit la même chose dans la phrase même où elle mentionne le *suus*, se contentant de le mentionner — *si intestatus moritur*. Mais qu'importe ! L'entendement y découvre tout le contraire ; et le droit du *suus*, qui, soi-disant, ne repose sur aucune volonté, devient ainsi un droit que la loi des Douze Tables a considéré comme antérieur à celui dont sa volonté est le fondement. Revenons maintenant, après cette considération plus précise, à la phrase de Huschke pour laquelle nous avons eu tout à l'heure des éloges : « chez le *suus*, la loi de la succession *ab intestat* doit se borner à mentionner et à reconnaître son droit existant déjà en vertu de la loi naturelle ». Si nous l'examinons de plus près, nous verrons sans difficulté qu'ici même les éléments totalement faux se juxtaposent et se mélangent aux éléments exacts et les pénètrent dans une union indissoluble. Nous savons à l'heure actuelle ce que Huschke entend par le droit de *suus* existant de par la loi naturelle : un droit familial autonome opposé à la volonté du testateur ; c'est donc une réédition des anciennes sornettes qui nous donnent le droit de succession *ab intestat* comme un droit de la parenté naturelle de la famille, comme un droit découlant nécessairement de la nature ; c'est la conception dont Gans est le défenseur le plus spirituel et que Huschke partage entièrement malgré toutes ses attaques contre Gans.

Du moment que Huschke commet cette erreur radicale quand il veut déterminer le concept des *sui*, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il donne de leur situation comme héritiers et de leur dénomination le même motif erroné que nous avons déjà précédemment rencontré chez Gaius. Pour nous expliquer les *sui*, Huschke nous dit donc : « Comme ils ne forment avec le *de cuius* qu'une seule et même per-



sonne, ils se trouvent, en quelque sorte, du vivant même du *de cuius* et en sa personne, propriétaires de la fortune, et le seul effet produit par la mort du *de cuius*, c'est de donner libre carrière à ce droit qui leur appartient (le droit d'être propriétaires de la fortune), mais qui, jusque-là se trouvait caché dans la *potestas* ou la *manus* du *de cuius*. » Une fois de plus nous retrouvons les divagations connues, en contradiction avec elles-mêmes et avec le fait juridique, dérivées du *quodammodo domini* de Gaius ; nous les avons suffisamment réfutées plus haut en établissant qu'il fallait dire au contraire : *nullo modo domini*.

Mais pour quelle raison Huschke doit-il se tromper dans ses recherches sur le concept du *suus* ? pourquoi la remarque dont nous venons de parler n'est-elle pas à même de le mettre définitivement dans la bonne voie ? Tout simplement parce qu'il s'obstine à ne voir dans la succession que la transmission de la fortune. La phrase citée plus haut nous l'a montré très clairement : une autre phrase apportera plus de lumière encore. Huschke dit (page 305) : « Si quelqu'un laisse des descendants qui, par suite de sa mort, deviennent, dans sa *familia, sui juris*, ces descendants sont, par la nature de la *familia, sui heredes*, c'est-à-dire dans cette fortune ils héritent pour ainsi dire d'eux-mêmes. » Mais que vient faire dans cette fortune l'acte par lequel le *suus* devient son propre héritier ? Le *suus* en tant qu'héritier devient *suus heres* ou héritier de lui-même, parce que la volonté subjective idéale, que le *de cuius* lui transmet comme à son héritier, lui appartenait antérieurement déjà en elle-même et que par conséquent il est tout simplement transformé en sujet de lui-même, en sujet de son moi antérieur (exhérédé, il n'en devient pas moins *sui juris*, mais sous forme d'une volonté subjective autre, nouvelle, opposée à celle du *de cuius*, comme l'émancipé).

Il est à remarquer que l'entendement perçoit déjà certaines vagues lueurs de cette situation, mais ces lueurs sont encore enveloppées d'illusions crépusculaires ; c'est ce qui ressort de ce que l'entendement fait allusion au fait de de-



venir *sui juris*. Huschke voudrait bien trouver une issue en établissant que le *suus*, comme héritier, ne trouve que lui-même, sa propre existence comme sujet ; mais il n'arrive qu'à se réfugier dans la « fortune » où l'héritier apparaît héritier de lui-même. Il est vrai que le *suus* ne peut se trouver lui-même ni sa propre subjectivité dans la fortune. Sans quoi l'on viendra nous soutenir prochainement que la subjectivité romaine se trouve dans la fortune et que le sujet doit l'acquiescer dans cette fortune ! Et c'est ainsi que pour avoir eu, de la vérité, cette lueur faible et vacillante, l'entendement se trouve jeté de plus en plus dans ce fiasco complet, du plus haut comique : vouloir faire du *suus* qui, par principe, ne pouvait jamais rien avoir, un individu qui serait en quelque sorte et de tout temps propriétaire de la fortune, d'en faire un héritier qui *ne s'hérite pas* lui-même, mais qui tout en étant frais et dispos, aucunement décédé, *hérite de lui-même*.

A propos de la *suité* nous avons donc le même verbiage gémissant, soupirant et haletant au milieu des tortures ; ce sont les mêmes contradictions qui se font vis-à-vis avec leurs figures grimaçantes ; c'est absolument comme plus haut à propos de l'*hereditas*, avec cette différence pourtant qu'il nous paraît superflu de repasser par les mêmes détails.

Le seul résultat calmant auquel puisse aboutir cette méthode est celui-ci : ce que les juristes romains nous ont exposé *avec des expressions et dans des cas* objectifs, elle nous le répète, commettant ainsi la tautologie la plus manifeste, en des paroles autres, ronflantes, abstraites et d'apparence plus générale ; mais à chaque tentative faite pour faire apparaître dans cette tautologie la moindre raison morale, cette tautologie absurde verse dans l'erreur la plus absolue. C'est ainsi que Huschke veut expliquer pourquoi la fille omise et le petit-fils omis, tout en étant *sui*, n'héritent cependant que de la moitié, quand il y a un *extraneus* d'institué ; pour nous, nous avons montré plus haut qu'il ne saurait en être autrement de par la nécessité interne du



concept. Huschke essaie de motiver à son tour cette règle : « Le fils, nous dit-il, fait essentiellement partie de la trinité dont se compose la famille, comme on peut le voir par les termes *pater, mater, filiusfamilias*. » Il rappelle la loi indoue de Manou, IX, 45 : « L'homme complet se compose de lui-même, de sa femme et de son fils. » Puis il ajoute : « Mais dans le droit romain, cette vérité naturelle trouva une interprétation et une application beaucoup plus complète et plus profonde encore. » — Malheureusement, l'esprit romain et le droit romain sont loin de partager cette manière de voir du droit indou et de voir dans l'homme un membre qui n'atteint son complet épanouissement que dans la famille. L'esprit romain ne considère l'homme que comme sujet, comme personnalité volontaire existant pour soi, mais non pas comme personne familiale dans le sens que nous venons d'exposer. Tout notre ouvrage prouve notre opinion ; rappelons cependant les témoignages des jurisconsultes romains d'après lesquels le fils, par le fait même d'être *sui juris*, est déjà *paterfamilias*, même quand il n'a ni femme ni enfant (Ulpien, L. 195, § 2, de V. S. 50, 16). C'est donc la capacité de cette volonté *existant pour soi* et non pas l'objet réel que se donne cette volonté, qui fait du Romain un *paterfamilias*. Cette phrase « sur la trinité dont se compose la famille » nous montre simplement de la façon la plus évidente que, malgré ses longues études du droit romain, Huschke n'a pas renoncé à ses idées de bon Germain et qu'il confond radicalement la *familia* (romaine) et la famille (allemande). Pour le Romain la *familia* ne signifie pas la famille dans le sens actuel du mot, c'est-à-dire une relation de parenté, mais uniquement la souveraineté volontaire du sujet et l'objet de cette domination. (Tant qu'on n'aura pas reconnu cette différence, il ne sera pas possible de comprendre le droit successoral romain). C'est pour cette raison que le terme *familia* dérive primitivement de *famulus, famulor*, serviteur, servir ; cette étymologie est manifeste et nous en avons du reste apporté des preuves positives, empruntées à Festus. C'est encore

pour cette raison que chez les Romains le terme *familia* n'embrassait pas seulement la femme et les enfants, mais encore les esclaves, l'argent et les biens, en un mot tout ce qui avait son sujet dans la volonté. C'est encore pour cette raison que l'on dit : *paterfamilias*, *materfamilias*, *filiusfamilias*, *filiafamilias*, le premier terme désignant le sujet de cette souveraineté volontaire, le deuxième les personnes qui en relèvent. C'est pour cette raison enfin que les Douze Tables peuvent employer le mot *familia* pour désigner une seule personne et dire : *agnatus familiam habeto*, ou, en d'autres termes, l'agnat possédera la souveraineté volontaire du défunt (du reste, Huschke ne peut s'empêcher, dans sa remarque, de laisser percer l'étonnement dans lequel le plonge ce fait). Le concept, la langue et les témoignages positifs nous font donc renoncer à la conception fantaisiste indoue de Manou et nous ramènent au concept de la souveraineté volontaire autonome et de ce qui lui est soumis ; il est vrai qu'il ne saurait plus être question de la trinité dont se compose la famille.

Huschke continue : « c'est pour cette raison qu'après la mort du père, le fils a sur le patrimoine familial les mêmes droits que le père de son vivant ». Autant de lignes, autant d'erreurs graves ! Et tout d'abord il n'existe pas chez les Romains de patrimoine familial. En second lieu, le *suus* n'a aucun droit sur le patrimoine, mais tout au plus sur l'héritage. Pour ne pas être héritier, il faut qu'il ait été exhéredé. Cette particularité pourrait donc lui conférer un certain droit à la qualité d'héritier. Mais, sans même tenir compte qu'avant la *lex Falcidia* le père pouvait, par la constitution de legs, enlever toute la fortune au *suus* comme héritier, le père peut encore l'instituer, par exemple, pour un millième ; et rien ne saurait mettre le *suus* à l'abri de cette éventualité. Ainsi, même quand il est héritier, même quand il a de quelque façon droit à la qualité d'héritier, le *suus* n'a jamais aucun droit sur la fortune, pas même à la mort du père. Au lieu de déduire de là que dans le droit romain l'héritage et la fortune sont choses



absolument distinctes, Huschke prête tout bonnement au *suius* un droit immédiat et plein sur la fortune familiale, après la mort du père. Toutefois Huschke doit nous expliquer pour quelle raison la fille et le petit-fils ne jouissent pas du même privilège ; il continue donc : « Mais, par contre, la fille et le petit-fils ne font pas partie intégrante de la famille ; la fille, bien qu'elle s'appelle *filiafamilias* (et que devient la fameuse trinité ?), parce qu'elle ne contient pas, avec la même originalité et la même personnalité parfaites, le rapport filial, mais simplement dans un embranchement secondaire et sexuellement inférieur » (mais pourquoi contient-elle ce rapport dans un embranchement sexuellement inférieur ? C'est précisément ce que l'on voudrait savoir. En règle générale le droit romain ne distingue pas en effet entre le droit de succession du fils et de la fille), et que par conséquent sa véritable signification réside « non pas dans sa situation d'enfant par rapport au père, mais de future *materfamilias* dans la maison de son époux ». Huschke ne manque ni d'audace, ni d'originalité quand il prétend que la fille n'est pas avec autant d'originalité et de propriété l'enfant de son père et que par conséquent elle ne saurait posséder la qualité d'enfant au même titre que le fils. En tout cas, la raison qu'il nous en donne : « que la véritable signification de la fille ne réside pas dans son caractère d'enfant par rapport au père, mais dans son caractère de *materfamilias* dans la maison de son futur époux », est le contraire du véritable motif. C'est le contraire qui est la vérité : en sa qualité d'enfant, la fille représente la relation filiale avec la même originalité et la même propriété que le fils ; en sa qualité d'enfant elle tient sa place tout aussi bien que le fils. Et c'est précisément en qualité de *materfamilias*, dans la maison de son futur époux, qu'elle ne remplit plus la véritable signification de l'héritière, le rôle de la personnalité volontaire. Elle est uniquement sous la puissance du père — c'est pourquoi, prise comme enfant, elle équivaut au fils, — mais elle ne peut rien avoir en sa puissance ; c'est donc en sa qualité de

materfamilias qu'elle est défectueuse et ne remplit plus qu'à moitié le concept d'être la continuation et la perpétuation de la personnalité volontaire.

Maintenant qu'il n'a pas donné la raison par rapport à la fille, Huschke veut nous l'expliquer par rapport au petit-fils et il continue : « Le petit-fils non plus (c'est-à-dire le petit-fils ne fait pas non plus partie intégrante de la *familia*), parce qu'il n'occupe pas du tout, dans la famille de l'ascendant, une des trois positions : père, mère, fils, — du reste on ne l'appelle pas *neposfamilias* ; — il fait plutôt partie, en sa qualité de fils, de la trinité dont son père est le chef ; et il faut naturellement que la mort du grand-père intervienne pour lui assigner, dans la famille de son père, la signification générique qui lui revient comme *filiusfamilias*. » Dans ce dernier cas, Huschke fait donc appel à la trinité qui, d'après nos constatations précédentes, n'a de valeur aucune. Le petit-fils ne fait plus partie de la trinité de la famille, il n'est plus enfant. Mais s'il en est ainsi, Huschke devrait bien nous expliquer pourquoi ce petit-fils, en cas de mort de son père, hérite néanmoins de son grand-père. Et tout spécialement comment se fait-il, qu'en sa qualité de fils unique d'un *suis* défunt, il hérite de son grand-père pour une part égale et, par suite, d'après un droit égal, qu'un autre fils encore vivant ? C'est un véritable bonheur que Huschke n'ait pas songé à ces différentes objections ; sans quoi il nous aurait exposé, une fois de plus, que ce petit-fils, tout en n'étant pas enfant, était néanmoins enfant ; que, tout en n'occupant aucune des positions ci-dessus mentionnées, il occupait cependant une de ces positions ; que, tout en n'acquérant sa signification générique que par la mort du grand-père, il n'attendait pourtant pas cette mort pour acquérir sa signification générique ; en d'autres termes, les contradictions n'auraient pas manqué de se reproduire, de se tirailler devant nous dans une sarabande folle et de se livrer aux ébats ahurissants d'une véritable danse de Saint-Gui.

Cette méthode d'interprétation dans laquelle Huschke se



contente de jeter un regard dédaigneux sur le phénomène simple, rude et objectif — le récit des jurisconsultes romains — pour le rendre ensuite dans des expressions réfléchies et généralisatrices ; cette méthode d'explication dont Molière a jadis donné la caractéristique immortelle par le dialogue connu : Pourquoi l'opium fait-il dormir ? *Quia ei vis inest quaedam dormitiva* ; cette méthode d'explication non seulement n'a donné aucun résultat appréciable, mais le fait lui-même, le fait matériel, se trouve compromis dans son intégrité parce que ces expressions généralisatrices veulent établir des rapports entre lui et une essence qui, d'après nos observations, n'est pas du tout la sienne.

Comment se fait-il en général que le droit *ab intestat* de ces *sui* soit forcément autre que celui de leur accroissement testamentaire ; que la fille, et le petit-fils après la mort de son père, possèdent ou ne possèdent pas la même valeur que le fils ; que la différence entre eux ne se manifeste pas *ab intestato*, mais simplement par leur introduction dans le testament ; qu'en qualité de *sui* omis — et c'est ici que la situation conceptuelle va se préciser complètement — ils se trouvent dans une situation meilleure ou pire qu'en qualité de *sui* appelés *ab intestato* ? Autant de questions que nous avons discutées aux numéros 25 et 26, mais dont cette méthode de Huschke ne pourrait même pas tenter l'explication.

Il nous serait facile de continuer à épilucher ainsi, ligne par ligne, le travail de Huschke ; mais nous croyons que les critiques qui précèdent suffisent et nous dispensent de pousser notre examen jusqu'au bout. Notre but est plus qu'atteint ; il consistait simplement à fournir, par la dissection de ce travail qui est probablement le modèle le plus brillant du genre, une contribution à la physiologie de l'entendement, puisque de tout temps, depuis la chute de Rome, l'entendement exerce ses terribles ravages dans la matière juridique plus que partout ailleurs. Notre but n'était aucunement de rapetisser Huschke ni de le décrier. Tout au contraire ! Si sa raison n'était pas la plus haute, sa pénétration la mieux

douée et la plus normale de toutes, nous n'eussions guère pu le choisir pour faire sur lui notre travail de dissection ; du reste nous avons déjà dit plus haut que son travail, malgré ses contradictions écrasantes et ses formidables erreurs, malgré le peu d'influence heureuse qu'il a eue et qu'il a pu avoir sur les travaux ultérieurs (il parut en 1834), n'en est pas moins, à notre avis, la meilleure production consacrée jusqu'ici à la question du droit successoral romain ; à certains égards il nous paraît même supérieur à Gans. Gans lui aussi part du concept empirique rationnel ; lui aussi considère le patrimoine comme le concept de l'héritage, ainsi que nous l'avons démontré précédemment ; et chez lui la contradiction n'est pas encore devenue si sensible et si torturante que chez Huschke.

La solution de cette apparente contradiction qui se glisse ainsi dans notre appréciation du travail de Huschke est très simple. Il y a trois sortes d'entendement. Le premier est celui qui ne voit toujours qu'un seul côté des choses : c'est l'entendement borné. L'autre est celui qui est assez développé pour voir les deux côtés des choses, mais qui les voit toujours successivement, jamais simultanément. C'est l'entendement cultivé, développé : Comme il ne voit les deux côtés des choses que successivement, il n'en perçoit pas la contradiction. Il vit donc en paix avec Dieu et le monde et surtout avec lui-même, place chaque côté des choses sous un angle spécial et oublie totalement le premier côté quand il envisage le second, dont il a justement besoin. L'entendement le plus haut et le plus rare est celui qui voit simultanément les deux faces des choses et perçoit en conséquence leur contradiction. Cette contradiction qu'il perçoit constitue son tourment, et c'est ainsi que le châtiement s'accomplit précisément sur cet entendement supérieur ; il veut à toute force concilier la contradiction des deux côtés ; il est ballotté de-ci de-là ; comme cette conciliation ne lui réussit pas dans les choses, il veut du moins l'effectuer dans les paroles et il se lance à la poursuite des termes appropriés ; mais quand il pense avoir trouvé une

rédaction suffisante, si anodine soit-elle, il entend tout à coup, au fond de sa conscience, les ricanements de la contradiction dont il s'est autrefois rendu compte ; tous ses efforts n'ont abouti qu'à faire pénétrer plus avant dans son corps le pal suppliciant de ces contradictions ; il est tombé dans un autre abîme, d'autant plus profond, de l'erreur et de la contradiction ; et quand enfin, hors d'haleine, couvert de sueur, tremblant, il veut arrêter sa poursuite folle, il n'est guidé que par le désespoir de ne pouvoir accomplir cette tâche impossible, et c'est ce désespoir qui le pousse à s'arrêter, les yeux fermés, devant une phrase que lui-même a contredite à vingt reprises différentes et qu'il contredirait vingt fois encore s'il continuait ses recherches.

Dans cette chasse folle, l'entendement ne saurait pénétrer jusqu'au *concept* qui n'a pas deux côtés, mais à qui l'entendement, à force de réfléchir, a prêté ces deux côtés purement extérieurs, sensibles, illusoire, tirés de l'unité profonde du concept. Plus il semble s'en approcher, et plus il s'en éloigne. Car il n'en va du concept comme de la couronne royale que trouva David, sorti pour chercher les ânesses de son père. Pour trouver le concept, il faut partir du concept.

On voit maintenant pourquoi Savigny, avec sa précision rationnelle, se fatigua forcément de cette contradiction persistante et finit par renoncer sciemment à l'élément personnel dans l'héritage. Mais d'autre part cet auto-supplice que nous venons de décrire est le *summum* que puisse atteindre l'intelligence, et seule l'intelligence supérieure peut être en proie à ce tourment. Bien plus que Huschke, attribuant à la fortune le désir nostalgique de la revivification, nous serions fondés, ce nous semble, à dire que son travail ne fait qu'exprimer avec quelle nostalgie l'intelligence tend vers la connaissance exacte du concept en question.

Le travail de Huschke prouve donc de la façon la plus catégorique la vérité et l'objectivité de notre conception et de notre exposé du droit successoral ; il confirme également

ce que nous avons dit au numéro premier sur la dissolution forcée de toutes les idées admises jusqu'ici en matière de droit d'héritage.

Mais la raison qui nous a poussés à écrire cette physiologie de l'entendement ne fut pas seulement cette démonstration littéraire historique, dont notre travail aurait pu se passer puisqu'il peut fonder sa démonstration sur tous les documents du droit successoral romain. Nous l'avons plutôt écrite dans l'espoir que l'exemple de cet homme si sagace montrerait peut-être, jusqu'à l'évidence, aux jeunes juristes, que leurs efforts seront condamnés à une stérilité forcée, s'ils ne procèdent pas d'après la méthode qui seule est capable d'engendrer la connaissance claire.

XLI. — La substance religieuse et l'antiquité pélasgio-étrusque.

Dès le début de notre étude nous avons considéré le testament comme l'*immortalité romaine*, comme l'immortalité de la personnalité volontaire, établissant par là le caractère fondamental religieux et métaphysique de l'hérédité romaine; à tout moment et de tous côtés nos recherches nous ont invariablement ramenés à ce point de vue, et nous avons trouvé, dans cette conception religieuse et métaphysique, l'élément constitutif et productif de ce qui fait la matière du droit d'héritage.

Mais jusqu'ici, nous avons tout simplement considéré cette substance religieuse dans l'expression réalisée qu'elle prend dans le droit; nous ne l'avons pas encore cherchée dans ce que nous pourrions appeler sa patrie propre et primitive; nous ne l'avons encore ni considérée ni démontrée en tant que substance religieuse, sur le terrain religieux. C'est ce qu'il nous faut faire maintenant. Si nous voulons établir le bien-fondé de notre doctrine, il faut que nous puissions également établir ceci: l'élément que nous avons vu s'affirmer et se développer dans le droit de suc-



cession, existait déjà, bien qu'à l'état embryonnaire et caché, dans la substance spécifique de la religion romaine. Cet élément est la base de tout ce qui se développe dans le droit et devient le droit lui-même ; aussi, pour procéder dans un ordre rigoureusement logique, il nous aurait d'abord fallu bien asseoir cet élément et faire partir toutes nos recherches de ce point de vue bien acquis ; cette étude aurait même dû venir avant les considérations sur les *saera*.

Mais l'intérêt logique se trouvait en une telle opposition avec les égards que psychologiquement nos lecteurs sont en droit de réclamer, que nous avons sans hésitation sacrifié le premier aux seconds. Une fois connue l'organisation de l'homme adulte et bien développé, un examen approfondi suffira pour nous en faire constater le modèle dans l'embryon. Mais tant que nous ignorons les relations existant entre cet embryon et la personne parvenue à son complet développement, il sera parfaitement impossible de comprendre les éléments déjà contenus dans l'embryon. La considération dont nous parlons ne pouvait donc pas se faire plus tôt. Mais pourquoi la faire après tout ? il y a une autre raison qui nous y pousse.

Dans le but de comprendre le droit successoral romain, nous avons écrit l'histoire de l'esprit romain. Nous avons vu ce que c'est que l'esprit romain, le principe historique de l'immortalité de la personnalité volontaire qu'il représente et qui le rend apte à intéresser l'histoire universelle en étant le précurseur de l'immortalité subjective de l'esprit, c'est-à-dire du christianisme ; nous avons vu que tel est, dès l'origine, son concept ; nous avons constaté que ces germes intrinsèques et les principes d'évolution inhérents à son concept spécifique romain ou purement de droit civil doivent le pousser, dans les diverses phases de son évolution, telles que nous les avons décrites plus haut, à s'oblitérer graduellement, à progresser de plus en plus dans sa tâche de dénationalisation pour devenir finalement ce *jus gentium* spirituel, ce résidu cosmopolite, universel et humain de son processus, par où il s'est transformé en



son juste contraire : c'est par là et par là seulement qu'il a pu devenir le terrain favorable à l'éclosion de l'esprit chrétien. Dans toute son évolution l'esprit romain n'a donc, en réalité, qu'un seul but : il avance toujours vers le concept dont de par sa nature son propre concept n'était que le premier degré. Dans son histoire et son évolution il ne fait que réaliser, pour l'histoire universelle, la cohérence logique de son concept, par la dialectique de ce concept même.

Mais pour écrire l'histoire de l'esprit romain il ne suffit pas encore d'avoir indiqué le contenu, les phases et les stades différents de son évolution ainsi que la fin à laquelle elle aboutit. Après avoir dit le but poursuivi, il faudrait également déterminer le point de départ. Pour pouvoir d'un seul coup d'œil embrasser tout le rôle et toute l'importance qu'il faut attribuer, dans l'histoire de la civilisation, à l'esprit romain, — procéder autrement ne s'appellerait pas écrire l'histoire d'un esprit national historique, — il importe en outre de déterminer les origines, ou, en d'autres termes, de dire le point de départ d'où est issue cette conception historique déterminée. En tant qu'elles représentent les sources de sa genèse, ces origines ne tombent pas dans le temps où cet esprit était déjà formé, elles ne rentrent pas dans son évolution ni dans son histoire. Conformément à cette théorie nous avons déjà précédemment reconnu que forcément l'idée de la succession testamentaire ne pouvait pas prendre naissance et n'était effectivement pas éclosée à l'intérieur de l'histoire romaine; nous avons indiqué les causes de ce phénomène et nous avons établi que c'est uniquement sous cette physionomie que doit se montrer cet esprit déterminé, dès sa première apparition chez les Romains. Il en est de l'esprit national et de ses origines comme de l'individu : chez l'individu, les origines dont il est issu ne tombent plus dans le début de son évolution personnelle, c'est-à-dire de sa vie; elles précèdent ce début et sont uniquement données par l'état embryonnaire existant dans une vie antérieure; c'est de cette



vie antérieure, qui ne rentre pas dans la propre vie de l'individu, que ce dernier s'est développé. La source de sa constitution spirituelle ne tombe donc plus dans le temps, mais dans les temps primitifs, non plus dans l'histoire, mais dans l'histoire primitive de ce peuple.

C'est seulement après avoir bien compris la source pré-historique de sa constitution que nous pourrons nous faire une idée juste de cet esprit historique ; car c'est alors seulement que nous aurons mis à nu l'artère qu'il forme dans l'histoire de la civilisation, dans l'histoire de l'esprit humain en général, et nous aurons découvert les deux extrémités par lesquelles se rattachent, dans cet organisme rationnel, les parties de son évolution.

Cette antiquité spirituelle et cette histoire primitive d'un peuple ne peuvent être reconnues qu'au moyen de sa religion ; c'est en effet dans la religion que se trouvent conservés les souvenirs les plus anciens d'un peuple, les forces élémentaires dont il est issu et qui ont dirigé le processus de sa formation. Mais si dans ce travail nous appliquons une méthode rigoureusement critique, nous trouverons, chez les Romains, plus et mieux que chez n'importe quelle autre nation, ces éléments primitifs tirés du domaine religieux ; et cela d'autant plus évidemment que l'esprit romain atteint l'apogée de son importance et de son développement, non pas dans la religion, mais dans le droit, et qu'il n'a jamais poussé bien avant la transformation des éléments religieux primitifs ; il s'est contenté plutôt, après avoir accepté la mythologie grecque, de réunir le tout en un conglomerat, en un pêle-mêle bariolé, d'assimiler les idées les unes aux autres, en sorte que, avec un procédé bien méthodique et une critique éclairée, ce serait chose facile de séparer et de distinguer les éléments divers.

Nous ne savons que trop à quels préjugés vont se heurter nos recherches ; nous n'ignorons pas davantage que le titre seul de ce chapitre a déjà pu faire naître quantité de préjugés, et nous reconnaissons que le succès de notre propre ouvrage s'en trouve compromis.

On voudra peut-être admettre avec nous que, dans ce que nous avons dit pour tirer au clair le concept dont s'agit, nous n'avons pas fait un seul pas hors de la matière positive, qu'à chaque pas ainsi fait dans le sujet positif, l'idée se dégageait graduellement, et que par conséquent la philosophie et le positivisme de la matière empirique ont perdu peu à peu leur caractère d'antithèses.

Mais voilà que nous nous apprêtons à quitter le terrain juridique, le terrain positif et, du moins en apparence, si autonome, pour revenir aux ténèbres des pressentiments religieux; voilà que nous parlons d'un fond primitif, pré-historique, pélasgien, alors que, dans le droit, nos connaissances historiques ne s'étendent pas au delà de la loi des Douze Tables et que par suite il ne saurait être question de preuve positive; plus d'un nous taxera de témérité; il se peut même que le caractère purement spéculatif de la philosophie reparaisse trop ouvertement, au gré de certains, et que la défaveur dont il est l'objet compromette jusqu'aux résultats actuellement acquis.

Cependant nous nous soucions fort peu de ces objections, et ce danger nous laisse absolument calmes.

Tout comme la religion, le droit est un produit de l'esprit. Mais l'esprit est une unité: tout ce qui est spirituel ne peut donc être réellement compris que dans l'unité qu'il a dans l'esprit, et il ne peut être compris que par l'unité des sciences. Quant à ce qui concerne le manque de preuves pour l'histoire romaine primitive, nous pouvons dire ce que Schelling disait dans une circonstance analogue: Il y a une foi du chercheur qui consiste à croire qu'il subsiste des preuves pour tout, malgré toutes les injures du temps.

Ces preuves existent pour notre sujet, tellement abondantes que nous ne pouvons les développer toutes: nous nous sommes fait une règle de la concision la plus rigoureuse; nous allons donc nous borner aux indications les plus indispensables.

Il semble absolument démontré, croyons-nous, que la conception religieuse et métaphysique qui fait le fond même



de l'hérédité romaine, d'après toutes nos constatations précédentes, que cette union, partout démontrée, du testament et des idées religieuses en général, ne peuvent avoir, dans le domaine religieux, leur racine substantielle que dans le seul *culte des mânes et des dieux lares*; constatons par ailleurs qu'en concordance parfaite avec notre théorie ce culte nous apparaît partout comme le centre absolument spécifique de la religion romaine, étroitement uni aux *sacra privata*.

Il nous est impossible, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, de traiter en détail ce sujet aussi obscur qu'intéressant; cette étude demanderait plutôt un travail spécial.

Il nous faut cependant poser les bases les plus importantes et les plus générales, sur lesquelles s'édifie sa concordance avec le concept tel que nous l'avons précédemment développé; il nous faut prouver que dans ce système religieux romano-italique domine uniquement le concept que nous avons donné comme le concept de l'hérédité: la continuation de l'individualité volontaire subjective que n'interrompt pas la mort.

Et tout d'abord — abstraction faite naturellement de l'exactitude, d'ailleurs indifférente, de l'étymologie — nous trouvons à l'heure qu'il est un élément décisif pour le concept du culte des mânes dans ce simple fait que déjà les anciens faisaient dériver le mot *mânes* du verbe *manere*, les appelant ainsi: ceux qui restent, qui persistent, ainsi que nous le rapporte Marlianus Capella (1). Ce ne sont pas des morts, des disparus, mais des êtres qui demeurent; ils sont et restent ce qu'ils étaient auparavant; ils sont et restent — et c'est ce qui fait leur caractère distinctif et spécifique dans toute la démonologie de l'antiquité, — des individualités spirituelles, ou, en d'autres termes et conformément à ce qui nous est apparu ci-dessus comme étant le concept romain de l'individualité spirituelle, sujets volontaires, et, par conséquent, des volontés subjectives rapportées au monde

(1) *De nupt.*, § 162, page 217, éd. Kopp.



extérieur comme à leur objet. Et même la mort ne leur fait pas perdre cet état de tension, dans lequel leur volonté se trouve à l'égard du monde extérieur, son objet unique et nécessaire ; cependant les mythologistes n'ont pas suffisamment tenu compte de ce caractère distinctif et ils les ont englobés de plus en plus dans la théorie générale des démons dans l'antiquité. Mieux que tous les livres, un passage de Tite-Live appuiera notre dire (1) : « Pace parta instare tunc tribuni Patribus, ut P. Valerii fidem exsolverent, instare Claudio, ut collegæ Deos manes fraude liberaret (2) ».

Mais dans une étude systématique de cette matière il est un point auquel il faut toujours revenir : la coutume de l'ensevelissement des morts. C'est à coup sûr un aperçu des plus sublimes que Creuzer nous donne dans le passage suivant (3) : « L'ensevelissement ou l'incinération des cadavres représentent deux conceptions religieuses diamétralement opposées, et cette différence nous fournit un critérium capital, quand il s'agit de déterminer la descendance des peuples ou encore, dans de grandes nations, la diversité des races. » Personne ne pourrait nier en effet l'opposition absolue qu'il y a, sur ce point, entre les Egyptiens et les Grecs : les premiers avaient coutume de momifier les cadavres et de leur conserver ainsi leur individualité de la façon la plus rigoureuse ; les dernières, au contraire, incinéraient leurs morts. Les anciens n'étaient pas sans avoir remarqué cette différence, et ils ramenaient ces divergences à des vues différentes dans la conception spirituelle totale de ces peuples ou encore à des systèmes

(1) III, c. xix ; I, 613, éd. Drakenb.

(2) Dans le monde grec des dieux d'Homère, au contraire, le mort n'est qu'une ombre sans connaissance, sans souvenir ; il faut que dans des sacrifices, on lui donne à boire à la source de la vie, le sang, pour qu'il reconquière sa personnalité propre, le souvenir de son existence antérieure dans le monde supraterrrestre. On ne saurait nier que l'esprit romain ne conserve beaucoup mieux la subjectivité de l'individu.

(3) *Symbolique et Mythologie*, 3^e édition, I, 143.



théosophiques. C'est ainsi que, dans l'Énéide de Virgile, III, 68, Servius donne comme origine de l'incinération : *ut statim anima in generalitatem, id est in suam naturam rediret* (1). »

Revenons maintenant, après cette observation préliminaire, à la coutume romaine d'ensevelir les morts. Zoëga a déjà prouvé que, dans les temps les plus anciens, les Romains, comme du reste les anciens Italiens en général, non seulement ensevelissaient leurs morts, mais encore les ensevelissaient dans leurs maisons d'habitation (2). D'après Servius (3) et Isidore (4), la raison doit en être cherchée dans l'antique religion des dieux lares et des mânes : on voulait avoir près de soi l'esprit du défunt, pour être d'autant plus assuré de sa protection et de son aide (5). D'après toutes ces observations, l'esprit du défunt se trouverait en une relation particulièrement étroite avec le théâtre réel antérieur de toute activité, le théâtre où il a exercé l'empire de sa volonté.

On pourrait peut-être nous objecter que le principe ainsi acquis n'est pas encore un principe spécifiquement romain. Platon (6) nous raconte en effet que primitivement les Grecs, eux aussi, ensevelissaient leurs morts dans la maison : « Les hommes, plus anciens que ceux dont nous parlons, ensevelissaient leurs morts dans la maison, quant à nous, nous ne le faisons plus » (οἱ δ' αὖ ἐκείνων πρότεροι αὐτοῦ καὶ ἔθαπτον ἐν τῇ οἰκίᾳ τοὺς ἀποθνήσκοντας ἡμεῖς δὲ τούτων οὐδὲν ποιοῦμεν). Mais c'est

(1) Voir ma *Philosophie d'Héraclée*, 1, 321, et les passages cités de Servius, Tertullicien et J. Lydus.

(2) *De obeliseis*, p. 269.

(3) In *Virg. Aeneid.*, V, 64 ; VI, 152.

(4) *Origg.*, XV, 11.

(5) Comparez à ce propos et pour ce qui est de la religion des dieux lares en général : JEREMIAS MÜLLER, *de diis Romanorum Laribus et Penatibus* (Copenhague, 1811), pages 67 et suivantes ; K. O. MÜLLER, dans ses *Etrusques*, livre III, chapitre IV, et CREUZER, *Sur les divinités des Etrusques, Symbolique et Mythologie*, 3^e édition, III, page 553.

(6) *Minos*, p. 315, E.



justement cette circonstance qui projette sur notre sujet une clarté systématique. Si nous rapprochons en effet ce passage du contexte, nous constatons, sans contredit, que Platon parle de temps primitifs. Dans la phrase précédente il parle déjà des coutumes qui autrefois (πρότου) existaient chez les Hellènes de sacrifier des victimes avant l'enlèvement des cadavres, comme aussi de faire venir les ἐγγυρπίστραι; c'est-à-dire que Platon, d'après la démonstration faite par Boeckh (1) parle du service en vigueur dans les temps primitifs, mais aboli déjà par Solon, qui obligeait les femmes à l'*ossilegium*, c'est-à-dire à recueillir dans une urne les ossements des cadavres incinérés. Quand donc Platon nous dit : « Les hommes plus anciens que ceux dont nous parlons ensevelissaient leurs morts dans la maison », nous ne pouvons rapporter ces expressions qu'à une époque très reculée, époque primitive, c'est-à-dire au temps pélasgien.

Nous possédons maintenant une base dont tous les divers éléments s'harmonisent parfaitement ; il nous est impossible de poursuivre ici cette base dans toute son étendue vaste et cohérente, mais il est plus que probable que dans le cours de nos recherches nous aurons occasion d'y revenir.

L'époque pélasgienne est encore absolument la même chez les différentes races dont sortiront plus tard les Hellènes et les Romains ; elle est dominée par la coutume grossière de conserver matériellement l'individualité du défunt.

La racine est donc commune, mais le développement est différent suivant l'évolution générale de chaque peuple. Chez les Grecs en effet et dès les temps les plus reculés, pendant que s'accomplissait le procès de l'hellénisation, la coutume de brûler les cadavres gagna peu à peu du terrain : « ut statim animæ in generalitatem, id est in suam naturam rediret », comme s'exprime Servius ; à Rome, au contraire, c'est la loi des Douze Tables seulement qui interdit l'ensevelissement

(1) In PLATON, *Mim.*, p. 57.



des morts dans les maisons : « *hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito* » (1). L'ensevelissement même se trouve donc placé sur le même rang que l'incinération, et même il l'emporte sur cette dernière ; cette base grossière est ancrée si profondément dans l'individualisme de l'esprit romain, elle lutte si opiniâtement, dans la substance nationale, contre la nouvelle mode de l'incinération, que les membres de la Gens Cornelia conservèrent, presque jusqu'aux derniers temps de la République, l'usage de se faire ensevelir (CICÉRON, *De leg.* II, 22) : « *Gentemque Corneliam usque ad memoriam nostram hac sepultura scimus esse usam.* »

Cependant, chez les Romains comme chez les Hellènes, l'importance ne réside pas dans le point de départ, mais dans le résultat final après la transformation. L'action et l'importance des Hellènes consistent à s'emparer des éléments sensibles, matériels et naturels de la conception orientale qui forment, chez les deux peuples, le point de départ commun, voué à la disparition, le substratum de leur procès de transformation, de transfigurer ces éléments de façon à leur donner une signification objective spirituelle, d'en faire des puissances internes, morales et spirituelles, d'en arriver ainsi à l'image, à l'idéal objectivé, et enfin, en dernière analyse, à l'*idée*. L'action et l'importance des Romains, au contraire, cette autre branche de l'évolution pélasgienne, consiste à prendre cette substance sensible et naturelle, qui leur sert de point de départ, à l'intérioriser d'une façon plus intensive pour en faire la volonté existante pour soi, la personnalité volontaire. L'individualité du défunt, bien qu'en apparence disparue, demeure volonté intérieure durable et impérissable, personnalité volontaire immortelle. Mais c'est précisément la mort qui lui a conféré ce caractère de *pure* volonté subjective ; elle n'existe plus dans sa forme sensible et en tant qu'unie à l'élément matériel. Il n'y a donc pas d'inconvénient à ce que la disparition

(1) CICÉRON, *de legg.*, II, 23.

de cet élément matériel soit définitivement admise et l'incinération des morts (au temps de Macrobe, elle était déjà tombée en désuétude, *Saturn.*, VII, 7) peut faire son entrée et devenir d'un usage constant. Ce qui disparaît ainsi, c'est le mélange avec les éléments sensibles et matériels : c'est donc cette disparition qui les fait ressortir sous la forme de souveraineté pure de la volonté, de personnalité volontaire pure. Et c'est pour cette raison que, même après l'ensevelissement, le cadavre demeure en dehors de la maison, tandis qu'après l'incinération, les morts trouvent le lieu immédiat de leur souveraineté volontaire spirituelle dans la maison, où le *lararium*, la chapelle privée, leur est assigné pour siège de leur être spirituel (1). La maison, lieu de leur activité ancienne, portion de la réalité qui durant leur vie dépendait de leur volonté, théâtre immédiat de leur domination, leur demeure maintenant comme le monde extérieur avec lequel ils restent en relations, qu'ils continuent à gouverner et à dominer, et c'est au point central de cet asile, sur le foyer, que leur sont offerts les sacrifices.

L'esprit trépassé est donc *Mâne*. *Deus Manis*, en tant que personnalité volontaire permanente, existant par elle-même. Ce même esprit, imaginé dans la relation particulière qui le rattache à l'ancien théâtre de son vouloir et de son pouvoir, est le dieu lares. Nous espérons que tout le monde voudra bien comprendre, maintenant que ces deux classes d'êtres se trouvent, quant à leur concept, dans le rapport ci-dessus indiqué. Les preuves en faveur de notre opinion ne font du reste pas défaut. Nous en trouvons l'expression très nette dans la généalogie mythologique, où la déesse Mania est appelée la mère des dieux lares (Voir Macrobe, *Saturn.*, I, c. vii, p. 232, éd. Rip.) où d'ailleurs nous trouvons encore, comme en bien d'autres endroits, trace des horribles sacrifices humains par lesquels, dans l'antiquité, on apaisait les Mânes : «... ut pro familiarum sospitate pueri mactarentur

(1) Au sujet des *Lararia*, voir J. GUNTHERIUS, *De vet. jure Pontificio*, III, 10, in *Grævii Thesaur. Antiq. Rom.*, V, 139.

Maniæ Deæ matri Larum » ; voir également Varro ap. Arnob. ad. gent., III, c. LXI, pagina 131, ed. Or.

La continuation de leur domination de volonté sur le théâtre de leur existence antérieure, sur la portion de monde extérieur réel sur laquelle leur volonté de maître exerçait une domination immédiate : voilà ce qui nous apparaît partout comme le caractère saillant et essentiel des dieux lares. C'est ce qui frappe du reste dans toutes les appellations sous lesquelles on les désigne. On les appelle *Præstites*, *πραιστίται*, *προεστῶτες*, préposés ; d'après leur essence, ils sont forcément des subjectivités autonomes durables ; après comme avant ils ont une volonté souveraine, ils exercent leur domination sur le terrain soumis à leur influence. Quant au nom de dieu lare lui-même, l'histoire tuscienne, où tout le monde s'accorde à placer la source avérée du culte des dieux lares, nous montre que le mot *lare* ne signifie rien autre chose que prince, maître, *πρωστάτης*, princeps (voir J. Muller, *De diis Romanorum Laribus et Penatibus* (Copenhague, 1811), p. 53 et suivantes ; Lanzi, *Saggio di Ling. Etrusca*, II, 283-286 ; Döderlein, *Handbuch der lateinischen Etymologie*, page 93) ; Döderlein veut même prendre occasion de la forme *Larth* pour lui comparer l'anglais : *lord* ; le sens paraît donc : *seigneur, maître*, sans plus, sans rapport spécial avec une propriété ; c'est un titre honorifique. Tout le monde est d'accord là-dessus ; toute négation serait du reste impossible, puisque dans les noms composés, tels que Lar-Porsenna, Lar-Tolumnius (Cicéron, *Phil.* IX, ch. II) nous retrouvons ce sens primitif de seigneur, maître, pris comme simple titre. Voir également K. O. Muller, *les Etrusques*, II, 90 et suiv. : « Les lares appartiennent à la croyance tuscienne ; c'est ce que prouve déjà le nom : le mot *Larth* aussi bien que le mot *Lars* figurent en effet, chez les Etrusques, comme prénoms ordinaires, et ils dérivent probablement de titres honorifiques (1). »

(1) *Ibid.*, I, 405 : « Tous les princes tusciens s'appellent *Lars*, il était donc facile de ne voir dans le mot *lare* que l'indication de la dignité de prince. »

Ils restent donc les maîtres absolus, les gouvernants, sur ce théâtre de leur domination volontaire, où rien ne saurait plus arriver contre leur volonté ; ils deviennent ainsi les dieux protecteurs, les gardiens, les conservateurs de la maison : *diū ædium custodes* ou encore *tectorum domuumque custodes*, conservateurs des toits et des maisons (Arnobé, *Adv. gent.*, I, 1), ils accordent donc la protection de la famille, ils deviennent *lares familiares*, et, en tant que la même famille habite héréditairement la maison de ses ancêtres, ils semblent devenir des divinités familiales.

Mais c'est là précisément la première des erreurs si importantes dans lesquelles presque tous les archéologues sont tombés au sujet des dieux lares ; et cette première erreur les a empêchés de saisir dans toute sa vérité l'essence même de ces dieux. Il est vrai que chez les auteurs anciens il est souvent question des dieux lares dans des circonstances telles que leur concept semble s'identifier avec le concept des ancêtres et même, ce qui nous paraît absolument la même chose, des ancêtres familiaux ; mais la première partie seule est exacte : en d'autres termes, les dieux lares désignent et représentent toujours des ancêtres, c'est-à-dire des personnes trépassées, mais ils ne représentent les ancêtres familiaux qu'autant que la même famille est demeurée en possession de la même maison. Dans ces êtres il n'y a donc pas la moindre idée de descendance familiale, comme le prétend l'erreur que nous combattons ici, ni l'idée de la substance familiale ; elle n'y existe pas davantage que dans le droit successoral romain, pour lequel, du reste, nous avons apporté les preuves les plus précises ; leur concept nous les donne simplement comme les maîtres permanents de l'endroit qui fut jadis soumis à la puissance de leur volonté. Ils sont liés à l'endroit, à la maison, mais pas du tout à la famille. S'ils avaient pour concept la consanguinité de la famille, ils appartiendraient à tous ceux que les liens de la descendance leur rattachent. Ils seraient la possession de la famille, mais ils ne seraient plus les maîtres, les seigneurs, les puissants, Potentes (*Lares Coilo*



Potentes), comme les appellent certaines inscriptions (1).

Cette distinction devient surtout évidente, quand il y a séparation réelle entre le lieu et la famille. C'est également dans ce cas que nous trouvons la preuve réelle de ce que nous avons exposé plus haut relativement à la différence de concept. Le dieu lares n'est pas attaché à la famille, le dieu lares est attaché au lieu, parce que, à proprement parler, le lieu lui demeure attaché ; la famille qui émigre le perd (et dans ce sens les dieux lares se distinguent des pénates, avec lesquels ils ne sont nullement identiques), et le nouveau maître de maison, celui qui a acheté la maison, se charge des dieux lares de l'endroit et de leur culte ; c'est ainsi que chez Plaute (2) le nouveau maître de maison couronne de guirlandes les dieux lares de la maison dont il vient de faire l'acquisition — cette coutume se conserva d'ailleurs fort longtemps (3) — et les supplie de lui rendre propice son nouveau lieu d'habitation. Le dieu lares continue donc à planer sur cet endroit. Par son départ la famille perd non seulement son lieu d'habitation, mais encore ses dieux lares ; c'est pourquoi, dans Salluste (4), Catilina, désireux d'exciter la fureur des conspirateurs en leur montrant le contraste entre leur sort misérable et la situation des riches, ne trouve rien de mieux que de leur crier : « que nulle part sur terre il ne leur restait plus de *lar familiaris* ». Et c'est précisément ce rapport impersonnel existant entre les propriétaires encore vivants et les dieux lares qui, pour ces maîtres de maison, représentent non pas des an-

(1) EZECH. SPANHEIM, *De Vest. et Pryt. Græc. in Grævii Thesaur. Antiqu. Rom.*, V, 686 et suiv.

(2) *Trinum*, I, 2 ; V, 1 :

« Larem corona nostrum decorari volo.
Uxor, venerare, ut nobis hæc habitatio
Bona, fausta, felix, fortunataque eveniat. »

(3) *Comment. Herod.*, de CREUZER, I, 235, note ; sur les localités de ces cultes, voir RAOUL ROCHETTE, dans les *Annales de l'Institut de France*, III, 415.

(4) *Catilin.*, c. xx.

Lassalle II.

cêtres, mais simplement des trépassés, qui a permis au père de l'Eglise, M. Minucius Félix (1), de les ranger au nombre des dieux inconnus : «...dum aras exstruunt, etiam ignotis numinibus et manibus ». L'on peut donc voir maintenant combien est fausse l'opinion de Creuzer (2), combien il défigure le concept des lares quand il écrit : « Au-dessus du centre rayonnant de la personnalité individuelle, au-dessus du caractère et de la signification de toute vie humaine plane, comme seigneur et souverain, un couple de génies dont le premier veille avec sollicitude et amabilité sur l'âme confiée à ses soins, etc. » Rien n'est plus étranger à l'être primitif du lare tuscien que d'établir une telle relation de lui à la personnalité individuelle de l'homme ou *vice versa* ; rien n'est plus en opposition avec son être primitif que de se trouver ainsi en un rapport positif de providence à l'égard de l'âme confiée à ses soins. On retombe ici dans l'esprit de la démonologie orientale et de la théorie générale des génies et l'on méconnaît totalement le concept de ces êtres de l'antiquité italique. Dans le concept du lare il n'y a pas de rapport direct avec la personnalité humaine du maître de maison ; ce concept nous montre simplement le dieu lare comme le maître permanent de l'endroit où s'exerça jadis son autorité, le maître et le seigneur, pris dans le rapport qui l'unit à l'ancien théâtre de son activité.

Quant à la deuxième erreur capitale, on verra tout de suite l'étroit rapport qui la rattache à la première. La voici :

Ce rapport despotique du dieu lare avec l'endroit déterminé apparaissait, dans toutes les relations des anciens, avec un caractère trop clair et trop visible pour que nos archéologues pussent complètement l'ignorer comme fait. Tout le monde s'accorde même à voir dans cette réalité l'essence du dieu lare. C'est ainsi que K. O. Müller écrit dans ses *Etrusques*, II, 90 : « Même par rapport aux dieux,

(1) *Octav.*, c. vi, p. 31, éd. Lindu.

(2) *Symbolique et myth.*, loco cit., III, 336.



le terme *Lare* était chez les Tuscien et les Romains un titre honorifique très vaste ; il est peu probable qu'il ait jamais désigné un nombre défini de personnes, mais il est manifeste que la protection et la souveraineté d'un district nettement limité (*lares præsites*) formaient l'élément caractéristique et principal de cette appellation. » Et c'est tout ce que Müller nous dit à ce sujet. Creuzer lui-même se garde bien de négliger cette réalité. Mais il s'agit une fois de plus de savoir comment on comprend cette réalité et quel fondement spirituel on lui donne.

Dans les monuments figurés, l'attribut des dieux lares est le chien, et quel que soit d'ailleurs l'âge de ces représentations, les interprètes acharnés des époques subséquentes voient dans cet attribut le symbole de la fidélité que les anciens supposaient aux dieux lares envers la maison : c'étaient des dieux protecteurs et défenseurs de la maison, terribles et batailleurs contre les étrangers, doux, tendres et prévenants envers les habitants de la maison. Du reste nous nous gardons bien de nier que dans la croyance populaire ils n'aient ultérieurement subi cette transformation ; nous aurons à déterminer l'époque et le mode de cette métamorphose. Mais cette conception est bien éloignée de leur être propre et primitif, qui réapparaît toujours par quelques échappées. Si le chien semble être un symbole de la fidélité, parce que le dieu lare reste fidèle à l'endroit, il nous faut remarquer cependant que le dieu lare, en restant fidèle à l'endroit, reste tout simplement fidèle à lui-même, à l'autorité jadis exercée par lui sur ce lieu, et que par suite il ne saurait en réalité être question de fidélité. Si toutefois il fallait absolument parler de fidélité, il conviendrait plutôt d'admirer celle du lieu qui continue d'appartenir et de rester attaché à ses anciens maîtres défunts. Si le dieu lare garde le lieu — et c'est la stricte vérité — nous devons encore remarquer que primitivement il ne le fait pas du tout dans le sens de Plutarque, en tant que dieu familial et salubre, protecteur et vigilant ; il le garde simplement comme le lieu soumis à sa domination



et il se montre effectivement aussi jaloux, aussi hargneux qu'un chien commis à la garde d'une maison.

C'est dans ce sens mitigé de Plutarque que les archéologues ont le tort de comprendre l'être originel du dieu lares tuscien. Ainsi Creuzer essaie de nous l'expliquer de cette façon : « Partout où des hommes vivent ensemble, un génie plane invisible au-dessus d'eux. Le bien chéri que nous avons l'habitude d'imaginer sous le nom de ville natale, ce sentiment particulier qui nous saisit quand nous entendons prononcer ce nom, sont mis tous deux sous la protection du génie. Il en est de même pour la maison natale. Les sentiments les plus intimes qu'un enfant peut éprouver à ce souvenir, toutes les habitudes que sa mémoire lui fait retrouver jusqu'au seuil de l'enfance, l'asile et la sécurité, l'air familier et connu du moindre recoin, la tranquille assurance avec laquelle il s'attache à cette propriété que ses pères lui ont transmises, tous ces liens quel que soit d'ailleurs leur nom, tout se trouve condensé dans le concept du dieu lares (*lars*, maître) qui habite la maison paternelle et en est le maître invisible. » Malheureusement cette explication si belle et si avenante ne contient pas la moindre parcelle du concept primitif des dieux lares et de leur culte. Rien n'est plus étranger à l'ancien esprit italique que cette fibre sentimentale qui n'est en somme que le produit de modifications humanisantes ultérieures ; rien n'est plus éloigné de l'ancien esprit romain, lui qui déjà dans son caractère pélasgique étrusque n'était que ceci : une personnalité volontaire, un germe substantiel qui contenait tout ce qui se développera de ce germe.

Nous avons vu déjà quel est le concept absolument certain des dieux lares. C'est d'être des personnalités volontaires autonomes permanentes, continuant à régner dans le domaine qui fut autrefois le théâtre de leur activité. Le *Deus Manis*, imaginé comme dieu lares, ne se trouve donc tout d'abord en aucune relation directe avec le maître de maison subséquent. D'après son concept, cette relation directe n'existe qu'entre la volonté maîtresse et le lieu. Et



ce n'est qu'indirectement, par l'intermédiaire de ce lieu qui les réunit tous deux, que le dieu lare se trouve en rapport avec le nouveau maître de maison. Cette simple considération suffit pour nous faire deviner, du premier coup d'œil, que primitivement ces relations n'ont pas dû être des plus cordiales ; ces relations devaient plutôt être négatives : ce nouveau maître apparaît, en effet, comme un intrus qui porte la main sur l'empire du défunt ; et comme la domination de celui-ci est toujours considérée comme existante sans interruption aucune, l'intrus blesse le droit du premier maître. La collision est donc inévitable ; aux débuts elle dut être terrible, et ce ne fut que par de terribles concessions et des apaisements progressifs que le dieu lare perdit son caractère négatif vis-à-vis du nouveau maître. La relation originelle et primitive fut donc cette relation négative, que les mythologues rejettent trop volontiers à l'arrière-plan. C'est le culte des sacrifices humains (1) faits aux dieux lares et aux mânes, le sacrifice des propres enfants faits par les parents sur les autels de ces divinités pour le salut général de la famille : « ...cum ludi per urbem in compitis agitabantur, restituti scilicet a Tarquinio Superbo Laribus ac Maniæ ex responso Apollinis, quo præceptum est ut pro capitibus capitibus supplicaretur ; idque aliquamdiu observatum, ut pro familiarum sospitate pueri mactarentur Maniæ Deæ matri Larum » (Macrobe, *Saturn.*, lib. 1, c. vii : p. 232, ed. Rip).

A l'origine, le dieu lare est donc si peu partie intégrante de la famille que, pour obtenir de lui le bien de cette famille, on n'hésitait pas à lui sacrifier les enfants.

Mais il faut encore bien remarquer ce qu'il y a de saillant

(1) Le culte des sacrifices humains chez les Etrusques a particulièrement attiré l'attention de K. O. MÜLLER, *Etrusques*, II, 108 ; comparez également, II, p. 21 et I, p. 197, note 28. Au témoignage de Tite-Live, VII, 15, les Tarquins étrusques sacrifièrent un jour à leurs dieux trois cents Romains faits prisonniers. Müller fait également remarquer que les sacrifices humains en usage chez les Romains étaient d'origine tuscienne.

dans le passage de Macrobe. Ce culte fut supprimé à Rome, du temps même des rois, puis rétabli par le roi étrusque Tarquin le Superbe, sur un oracle d'Apollon (1). Cependant la République, avec son rôle civilisateur, renverse, en même temps que la royauté, ce culte horrible. A peine a-t-il chassé Tarquin, que Junius Brutus ordonne, en sa qualité de consul, de faire brûler des têtes de pavot et des gousses d'ail, pour accomplir ainsi l'oracle du dieu. Et à partir de ce moment, la *Mania* se change en un être doux et bienfaisant et son image est suspendue au-dessus des portes pour conjurer le danger qui d'aventure les menaçait.

Mais de temps à autre le terrible caractère négatif des dieux lares revient à la charge ; et les traditions des anciens écrivains nous disent qu'à travers tous les adoucissements et tous les apaisements les bases de substance étrusque sur lesquelles repose la religion romaine tentent de remonter à la surface. Lorsque s'ouvrit le fameux gouffre, dans lequel se précipite Curtius pour le refermer, un sénatus-consulte demanda conseil aux aruspices qui étaient, comme l'on sait, pris exclusivement parmi les Étrusques ; et d'après le récit de Varron, les aruspices répondirent que

(1) Nous pouvons établir avec certitude que l'Apollon dont nous parle Macrobe, était tout simplement *Dispater*, le dieu des Manes chez les Tuscians. Sur le mont Soracte s'élevait un sanctuaire, consacré aux *Dis Manibus* et particulièrement à *Dispater*, comme nous le rapporte Servius (*in Virg. Æneid.*, XI, 783). Virgile lui-même met sur les lèvres d'un Étrusque la prière suivante :

« Summe deum, sancti custos Soractis Apollo
Quem primi colimus. »

Müller a trouvé que cette identification de *Dispater* et d'Apollon est absolument bizarre et il essaie de l'expliquer par la circonstance fortuite que chez les Grecs les loups étaient consacrés à Apollon et que les prêtres du Soracte portaient des noms de loups ; or, cette explication découle tout naturellement du côté négatif et mauvais, du principe de destruction qu'Apollon avait conservé de son origine orientale. Voir à ce sujet ma *Philosophie d'Héraclite*, I, 109.



le dieu des mânes exigeait le sacrifice propitiatoire dont la victime devait être le plus vaillant des Romains (1) : « et id ex Sen. Cons. ad aruspices relatum esse, responsum Deum manium postilionem postulare id, eivem fortissimum eo demitti ».

Bien longtemps encore (2) l'esprit national conserve le souvenir du caractère premier des dieux lares, considérés comme maîtres permanents ; et ce souvenir ne se perdra même jamais complètement. Il est vrai que des écrivains ultérieurs font tous leurs efforts pour nous les représenter comme les dieux bons, doux et éléments, sources de prospérité et de bénédiction pour les familles (3) ; il est vrai que d'anciennes étymologies mettent déjà ce caractère dans leur nom qu'elles font alors dériver de l'ancien *mane*, bon (4) ; mais nous avons là tout simplement un euphémisme semblable à celui qui faisait désigner les Erinnyes sous le nom d'Euménides ou les « bien intentionnées ». Au fond, Festus nous renseigne lui-même sur cette étymologie, dans son dernier passage cité ; et c'est par simple inadvertance qu'on n'a pas vu dans ses paroles ce qu'elles disent ouvertement. Il nous dit en effet : « ... et inferi dii manes ut suppliciter appellati bono essent. » On les appelle donc ainsi, non pas qu'ils soient réellement bons, mais on les implore et on les supplie d'être bons et propices, justement parce qu'ils ne le sont pas naturellement. C'est encore ainsi qu'à l'occasion des naissances les Romains invoquaient une déesse Mania Geneta, afin que pas une des personnes nées dans la maison ne devienne « bonne » ; et Plutarque qui nous rapporte le fait nous ex-

(1) VARRO, *de L. L.*, lib. V, § 148.

(2) Comparez PLINE, *H. N.*, XXVIII, 3 et XXX, 3, avec DION CASSIUS, XLIII, 24.

(3) Voir par exemple APULÉE, *De genio Socrat.*, II, 132 et suiv., éd. Bosch.

(4) MACROBE, *Saturn.*, I, c. 3, p. 209, éd. Bip. ; FESTUS, v° *Mannuos*, p. 146 ; v° *Manes*, p. 157 ; v° *Matrem Matutam*, p. 122, éd. Müller.



plique en même temps (1), que les *bons* étaient ici les trépassés. Et même chez des poètes plus récents, chez Horace par exemple, nous trouvons des vestiges évidents de ce caractère négatif des lares pour qui l'apaisement était chose toujours nécessaire (Odes III, 23, v. 2).

Si thure placaris et horna
Fruge Lares avidaque porca.

Nous ne pouvons entrer plus avant dans ce sujet. Voyons donc maintenant ce qu'en somme nous y avons découvert.

Nous avons vu, dans la substance religieuse de l'antiquité pélagio-étrurienne, le germe spirituel que les Romains mèneront à son développement et à son complet épanouissement : la personnalité volontaire infinie et la continuation permanente de son existence, l'immortalité de l'individualité de la volonté et sa puissance toujours perpétuée.

Il fallait surmonter cette direction encore toute négative, imprimée par sa substance primitive pélasgio-étrurienne et toujours vivace ; or, cette victoire ne pouvait être gagnée qu'en laissant influer sur cette substance première un autre élément adoucissant ; c'est après cette victoire seulement que nous avons en face de nous l'esprit spécifique romain, l'esprit quirite ; et c'est dans le droit que le Romain donne à sa substance primitive, à sa substance nationale, une expression définitive, apaisée, civilisée complètement.

Il y a réconciliation, disons-nous. En effet, le premier pas par lequel l'esprit spécifique romain fait son entrée dans l'histoire : l'héritage testamentaire, indique déjà la réconciliation entre les deux volontés souveraines jusque-là hostiles, celle de l'ancien maître et celle du nouveau. L'héritier testamentaire est l'individu qui continue la volonté subjective spirituelle du défunt ; c'est lui que le testateur choisit librement pour en faire le continuateur de sa vo-

(1) *Quæst. Rom.*, LII, 277 ; II, 133. éd. Wytttenb



lonté propre. Alors que chez les Tuscien^s le défunt était le dieu lare, le *maître*, c'est maintenant le nouveau successeur qui est devenu le maître, *heres*. Il s'est assimilé le maître précédent, il le continue, il est lui-même cette continuation que ce premier maître a maintenant en lui, et non plus en dehors de lui. Ainsi la première manifestation de l'esprit spécifique romain nous fournit déjà cette réconciliation. Et nous comprenons maintenant toute la nécessité interne (1), suivant laquelle la succession testamentaire n'a pas et ne peut même avoir de commencement dans l'histoire de cet esprit. Tant que cette succession n'existait pas, cet esprit n'eût pas été un esprit spécifique romain, puisque son existence réside justement dans la réconciliation ci-dessus indiquée. Nous avons démontré, en temps voulu, au point de vue conceptuel aussi bien qu'au point de vue historique, qu'on ne peut assigner à la succession testamentaire l'époque de son début à Rome ; quand bien même cela pourrait se faire, il faudrait en tout cas faire remarquer qu'à cette date il n'existait pas encore d'esprit spécifique romain, mais qu'il en était encore dans le stade de son existence préhistorique, au moment où s'opérait sa formation par l'agrégation de ses divers éléments. Nous en pourrions trouver la preuve décisive dans ce fait que ce peuple, pris dans son existence spirituelle consciente de soi, ne se rappelle pas l'origine du testament. Mais pour que cette hérédité puisse produire cette réconciliation, il faut que naturellement elle soit testamentaire et pleinement libre. Si ces conditions n'étaient pas réalisées, ce ne serait plus le défunt qui poserait et continuerait sa personnalité volontaire dans l'héritier ; l'héritier qui lui aurait été imposé serait la négation et la ruine de sa volonté de testateur, et entre eux deux subsisterait toujours l'ancien rapport d'hostilité du dieu lare avec le nouveau maître. C'est également cette liberté illimitée dans l'institution testamentaire qui confère au droit de succession *ab intestat* le caractère parti-

(1) V. p. 429-433.



culier qui le distingue : une assistance subsidiaire fournie par la loi à la volonté individuelle, une aide prêtée par le peuple tout entier et son concept en vue de réaliser la volonté individuelle présumée ; et nous possédons maintenant la forme historique réelle de la nécessité d'après laquelle cette volonté présumée est supposée identique avec la volonté générale ; c'est une identité résultant de la circonstance même que tout le peuple accourt pour compléter la volonté individuelle. C'est à l'heure actuelle seulement que nous avons vu la forme historique réelle de la nécessité en vertu de laquelle nous devons nécessairement retrouver dans tout le concept historique de cet esprit national l'intérêt qu'éveillait la continuation de cette volonté présumée et *a fortiori* de la volonté testamentaire ; en d'autres termes, nous avons vu l'importance de ce principe : *testamentifacio juris publici est*. Enfin, nous venons de voir la forme réelle de la nécessité en vertu de laquelle la loi des Douze Tables doit débiter par la liberté suprême du legs, mais ne peut même pas prescrire la liberté de l'institution testamentaire, puisque cette institution n'est en somme que la condition préalable et tacite de tout cet esprit national historique ; nous venons de comprendre pour quelle raison le droit romain ne pouvait partir d'un héritier familial nécessaire ; mais c'est à son terme que l'histoire juridique romaine se dirige vers cette institution d'un héritier légitimaire qui du reste ne sera jamais complètement atteinte.

Mais nous avons dit également : c'est dans le droit que le Romain réconcilie les contraires immanents à la substance primitive nationale. Il ne faudrait pas croire que cette affirmation, que nous avons d'ailleurs prouvée précédemment, n'est qu'un fait empiriquement établi par les éléments du droit de succession. Il s'agit plutôt, et avant tout, de bien se rendre compte de la nécessité conceptuelle logique en vertu de laquelle cette réconciliation devait précisément s'effectuer dans le droit et produire ainsi le système juridique.



La réconciliation qu'effectue l'esprit romain, ou que plutôt il n'effectue pas, mais qu'il constitue, consiste en ce que la représentation de la personnalité volontaire infinie, présente déjà dans la substance primitive pélasgio-étrurienne sous forme de conception religieuse, est arrachée à cet élément de simple intériorité religieuse, dans laquelle elle apparaît et doit apparaître négative à l'égard du nouveau successeur, parce que ce dernier est un autre que le dieu lare ; elle en est arrachée et est posée dans le réel. L'*Orcus* doit remonter à la surface de la terre. Pour effectuer la réconciliation, le nouveau successeur s'assimilera le défunt et deviendra le continuateur de sa volonté subjective. Pour surmonter ce rapport d'hostilité, il faut que la volonté subjective infinie du défunt se réalise dans le successeur même, dans la réalité vivante générale et non dans les Enfers. Réaliser dans la sphère de la réalité générale un contenu spirituel, tel est au juste le concept formel du droit. Réalisé dans la représentation purement intérieure, il s'appelle religion ; extériorisé dans les éléments sensibles et matériels, il est l'art ; réalisé dans le domaine de l'intelligence conciente de soi, il est la philosophie ; réalisé dans la réalité spirituelle générale, il est le *droit*. Il est donc conceptuellement nécessaire que cette réconciliation s'opère dans le droit, car elle est l'idée même du droit. Tous les peuples ont un droit, car tous les peuples réalisent dans la réalité effective un fond quelconque spirituel. Mais ce que le Romain réalise dans cette sphère du droit, c'est, comme nous l'avons vu, l'idée de la personnalité volontaire infinie ; c'est-à-dire que le concept réel du droit lui-même se trouve réalisé dans la sphère formelle du droit : le Romain n'a donc pas un droit, mais le droit !

La personnalité volontaire infinie, manifestée dans la réalité universelle effective, ne constitue pas seulement le droit d'héritage, mais le droit même, le système du droit en général. Et de là résulte, avec une nécessité qui intéresse l'histoire universelle, que nous avons brièvement indiquée plus haut et que nous venons d'exposer avec plus de détails, pour-

quoi c'est précisément l'esprit national romain qui doit, en vertu de ses aptitudes les plus intimes, produire le système du droit.

On peut dire dans ce sens que la véritable religion du Romain, c'est le droit, que la religion ne figure à ses yeux que son point d'origine préhistorique; en se débarrassant de cette forme de son activité spirituelle, il a acquis l'élément spécifique de son esprit et la religion lui apparaît dès lors comme quelque chose d'extérieur à lui-même et à son esprit; et cependant il a conservé cette base de son origine et de sa cohésion interne, parce qu'elle le remplissait quand même d'un sentiment de respect mystérieux. Mais ce développement conceptuel permet de distinguer, dans son entière lucidité spirituelle, un autre rapport extrêmement curieux, qui n'a pas été sans provoquer bien des étonnements et qui aurait même dû en provoquer davantage. Non seulement ce rapport trouve sa propre explication, mais nous pouvons encore en dégager la nécessité absolue et l'importance qu'il présente pour l'histoire universelle. Chaque peuple s'acquitte lui-même des rites de sa religion, puisque cette religion est la manifestation du plus intime de son être. Quant au Romain, il confie les fonctions de sa religion à un peuple étranger (1), précisément aux Etrusques (2), comme si cette religion, qui cependant travaille dans tout son être, lui était totalement étrangère; c'est un fait unique dans l'histoire universelle. Nous regrettons de ne pouvoir approfondir cette matière; du reste, quiconque s'est préoccupé de la question, ne pourra que partager notre avis.

Qu'il s'agisse de la science des aruspices, des *prodigia portenta*, de l'interprétation de la foudre, de divination, d'un point quelconque de discipline religieuse, le Sénat dé-

(1) Consulter K. O. MÜLLER, *les Etrusques*, livre III, ch. I et II et ch. V à VII.

(2) TITE-LIVE, chapitre I, les appelle « gens ante omnes alias eo magis dedita religionibus, quod excelleret arte colendi eas »; comparez encore : TITE-LIVE, XXVII, 37, et XXXII, 1.



pêche des envoyés en Etrurie et l'on fait venir des aruspices étrusques, des *fulguratores* pour rechercher la volonté des dieux. Cette dépendance hiératique est si lourde que pendant le siège de Véies les prodiges ne purent être procurés, parce que l'Etrurie, également en guerre avec les Romains, refusa d'envoyer les hommes compétents (1); une autre fois on exécuta même ces aruspices parce que, à cause de leur hostilité pour le peuple romain, ils disaient le contraire de ce qu'exigeait la procuration (2).

Lorsque Rome se trouve à l'apogée de sa puissance, après la conquête ancienne déjà de l'Etrurie, il arrive un moment où cette discipline religieuse, conservée et transmise par certaines castes du peuple étrusque, court des risques de décadence; pour empêcher cette décadence, le Sénat romain décide que, pour raison d'Etat, dix fils de nobles seront constamment instruits dans la discipline religieuse et que ces jeunes gens seront fils de nobles étrusques, pris dans chacune des douze tribus étrusques (3). On tient à conserver la connaissance de la religion; l'esprit romain tressaille de peur à la seule pensée que, dans l'avenir, il ne se trouvera plus en rapport direct avec ce qui fait sa base préhistorique absorbée en lui-même, mais qui, tout absorbée qu'elle soit, persiste néanmoins à le déterminer et à influencer sur son caractère; il tient à conserver cette connaissance; mais comme, dans son esprit spécifique national, cette connaissance figure un élément disparu, il veut la conserver comme quelque chose d'étranger à son esprit, un livre, dans lequel il ne sait plus lire, un livre des origines que peut seule déchiffrer cette nation antique qui, en tant que nation, ne s'est jamais élevée au-dessus de ce stade de l'esprit (4).

(1) TITE-LIVE, V, 15.

(2) AULU-GELLE, *Noct. att.*, IV, 5, 5.

(3) CICÉRON, *De divin.*, I, 41, 92; TACITE, *Annales*, XI, 13.

(4) Müller dit, avec beaucoup de raison, dans ses *Etrusques*, II, 2, que l'histoire nous offrirait avec peine un autre exemple, auquel l'on puisse décentement comparer ce commerce des Romains et des

Ces indications doivent jeter une clarté en même temps sur l'importance au point de vue de la civilisation et sur

Etrusques. Pour expliquer ce qui lui paraît inexplicable, il ajoute ensuite : « exemple que l'on peut expliquer uniquement par la conception pratique des Romains en matière de religion ; les Romains crurent pouvoir utiliser à leur profit la science parfaite des Etrusques, sans prendre la peine de la pénétrer eux-mêmes ». Avant de donner de pareilles explications, il vaudrait mieux avouer son impuissance et reconnaître que les choses paraissent inexplicables. Dans cette hypothèse, il eût été bien plus pratique encore de laisser complètement de côté la religion et la discipline religieuse ; en effet, il n'y a pas d'obligation extérieure qui puisse y astreindre un peuple, quel qu'il soit ; toute nation y est poussée par une tendance intérieure ; mais alors il doit encore une fois paraître inexplicable, pourquoi on excluait d'emblée toute connaissance religieuse pour s'en décharger, de parti pris, sur des étrangers. Pour ce qui est du côté pratique, c'était précisément tout le contraire ! Müller lui-même mentionne les exemples ci-dessus : la guerre contre les Véliens et la mise à mort des aruspices. Il va même jusqu'à dire (II, 7) : « Et cependant c'est à peine si un essaim d'abeilles pouvait se montrer dans un édifice public, sans qu'aussitôt on ne fit venir les aruspices. » On ne voit guère quel était le côté pratique dans cette dépendance si lourde qui liait les Romains à un peuple étranger, souvent ennemi ; surtout qu'il s'agit de l'esprit national romain qui, si on lui avait demandé son avis, aurait probablement vu le côté pratique dans sa propre autonomie. Les Romains n'ont même pas adopté cette manière de voir pratique dans l'art et les belles-lettres, où elle eût été bien plus compréhensible ; mais après les avoir reçus des Grecs, ils les inoculent, autant que faire se peut, à leur propre esprit et produisent un Plaute, un Horace, un Virgile, des stoïciens, etc. Ce qu'ils ne tentent pas de s'inoculer ni de pénétrer par eux-mêmes, c'est justement la science de la discipline religieuse sous laquelle ils se plient et qui influe si fortement sur leurs destinées !

Quant à la véritable explication, elle ressort de ce que nous avons dit plus haut ; elle consiste dans ce fait que ce commerce entre Rome et l'Etrurie ne représente pas un commerce proprement dit, mais une relation spirituelle, intéressant l'histoire de la civilisation. Même lorsque l'esprit romain est devenu par son évolution un être spécifique, l'esprit du droit, et que la religion représente simplement la base toujours conservée sur laquelle s'est édifié son être actuel et personnel, la suprématie hiératique de



la situation universellement intéressante de ce peuple puissant, tout enveloppé de ténèbres et qui, par ses deux

l'élément tuscien n'en continue pas moins, indirectement, il est vrai, dans le domaine purement religieux. Le soulèvement contre l'empire direct de cette suprématie hiératique, voilà la signification de la période des Tarquins, de leur chute et de la guerre au début si malheureuse pour les Romains qui s'ensuit. Cette domination indirecte de l'élément tuscien, dans le domaine purement religieux, se continue et doit même se continuer jusque fort tard sous les empereurs. En accomplissant le processus que nous avons si exactement exposé plus haut, c'est-à-dire en passant de la religion au droit, l'esprit romain n'a pas créé une religion nouvelle, répondant aux exigences de son nouvel être spirituel ; mais il est entré dans un autre domaine, ne conservant le premier que sous la forme d'un passé spirituel, pour ainsi parler, comme l'élément premier, disparu et cependant toujours agissant de son développement. En sa qualité d'élément disparu, cet état premier est pour lui enveloppé d'ombres ; il ne peut plus y lire, parce que ce n'est plus l'élément répondant à son être. L'Etrusque pélasgien produit la science religieuse systématique, le Romain le système du droit. Lorsque les aruspices reprochèrent à Tiberius Gracchus d'avoir commis une erreur dans les auspices, tenus à l'occasion de l'élection consulaire, par conséquent dans les coutumes religieuses rattachées immédiatement au droit et non du ressort des Tuscien, il leur répondit très dédaigneusement, malgré la haute estime dont jouissaient les aruspices dans les questions purement religieuses, en faisant ressortir cette différence : « An vos Tusci ac barbari auspicioꝝ populꝝ romani jus tenetis et interpretes esse comitioꝝ potestis ? » (CICÉRON, *De natur. deor.*, II, 4). En d'autres termes : Dès que le droit et la volonté du peuple entrent en jeu, l'élément religieux disparaît ; il n'y a donc plus place pour la substance tuscienne à qui n'appartient que le domaine exclusivement religieux. De ce qui précède, il résulte que l'élément religieux devait être, pour les Romains, enveloppé d'ombre ; il en résulte également que la superstition religieuse atteignit son point culminant justement chez eux. C'était inévitable, du moment que la religion n'était plus pour eux que le passé, l'élément étranger, dans lequel ils n'ont plus ni sûreté, ni assurance, où ils sont la proie toute désignée de n'importe quelle superstition, de n'importe quelle hypothèse tâtonnante. C'est là l'incertitude qui résulte de l'absence intérieure de tout principe religieux et qui nous fait croire à la possibilité de la première croyance venue. C'est ce qui nous explique encore que Rome soit devenue le panthéon de toutes les divinités et ait élevé des

branches, les Grecs et les Romains, influe si profondément sur l'histoire de l'humanité : nous voulons parler des Pélasges. Pour les Grecs et les Romains, ce peuple ne figure que le point disparu d'où est partie leur évolution, les matériaux qui leur ont servi dans leur travail négatif de réforme et de métamorphose.

Malgré tout les Pélasges apportent de leur berceau oriental, dans une léthargie religieuse secouée de crises sanglantes, ce contenu infini, la personnalité volontaire infinie, qui se modifiera et se transformera pour devenir, chez les Hellènes, la *liberté de l'art* et chez les Romains la *liberté du droit*.

Nous venons de démontrer, de la façon la plus positive et la plus systématique, la corrélation intime du droit d'héritage romain et du culte des dieux lares, chez les populations pélasgio-étruriennes, de l'*heres* romain et du dieu laire tuscien ; mais cette clarté trop grande pourrait paraître suspecte et un lecteur défiant pourrait nous accuser de rêver tout éveillés. A ce lecteur nous raconterions tout simplement une anecdote très prosaïque, très sèche, se rapportant uniquement à la question de l'héritage ; ou, plus exactement, nous prendrions occasion de l'anecdote que nous raconte un auteur nullement enclin à la rêverie, dépourvu de tout esprit et qui par suite a pleine autorité. Nous voulons parler de Valère Maxime, et notre anecdote est la première qu'il nous rapporte dans son chapitre *de testamentis rescissis* (1). Un soldat revient d'une campagne. Trompé par un faux bruit, son père l'a cru mort et l'a déshérité (probablement *inter ceteros*) avant de mourir, si bien qu'à son retour le fils trouve d'autres héritiers installés dans la maison paternelle qui lui reste fermée. Le désespoir s'empare de lui ! Il a sacrifié à la République la fleur

temples aux religions de tous les peuples vaincus. Tout cela fut rendu possible par le manque de vie dans le sentiment religieux des Romains.

(1) *Memorab.*, lib. VII, c. 7, n. 1, II, 87, éd. Bip.



de sa jeunesse, il a supporté toutes les fatigues, affronté tous les dangers. Il s'adresse donc au peuple, montre les cicatrices dont sa poitrine est couverte et s'écrie (remarquons que ce sont les seules paroles du passage que Valère Maxime, suivant en cela la tradition, mette dans la bouche de son héros) : « *ne avitos ejus lares odiosa (1) ipsi urbi onera possiderent*. Qu'ils prissent garde qu'ils n'eussent un jour dans les lares de ses aïeux des ennemis importuns à Rome elle-même. » Et sa revendication eut gain de cause chez les centumvirs.

Cette identité intime entre le culte des dieux lares et l'hérédité que nous avons développée précédemment, nous la retrouvons dans ce récit naïf du vieux temps comme l'élément positif du droit d'héritage. C'est au dieu lare que fait appel le jeune homme qui défend son droit d'héritage, et le dieu lare nous apparaît, dans ce simple récit dénué d'ornements, comme le support idéal et la substance intime de ce droit; notre doctrine, relativement à la corrélation du culte des dieux lares et de l'hérédité, devient ainsi manifestement la doctrine même de l'hérédité. C'est au dieu lare, au maître permanent qu'il fait appel; il l'invoque comme un être qui, au moment même où se trouve rompu à son égard le pacte de réconciliation, devient l'ennemi menaçant du peuple et de toute la communauté. Par ce pacte de réconciliation, c'est dans le *suus*, désigné lui-même pour être le continuateur de sa volonté, que le lare a son héritier vraiment immédiat, la continuation existante de sa volonté subjective; et c'est par simple erreur, mais par une erreur, que sa présomption même rend caduque, que ce résultat se trouve faussé dans les paroles (2). Dès

(1) C'est évidemment *odiosa* qu'il faut lire à la place de *otiosa*, qui n'a pas de sens.

(2) C'est pourquoi, dans notre discussion sur l'hérédité proprement dite, nous avons montré que, même en faisant abstraction de l'équité et de la sentimentalité, le jeune homme doit l'emporter d'après le concept pur et rigoureux de l'hérédité de droit civil;



qu'on refuse de lui donner et de reconnaître ce véritable continuateur de sa volonté, le pacte de réconciliation se trouve rompu pour lui, la continuation de sa volonté est niée au lieu d'être réalisée, et le dieu lare retourne à son ancien état d'esprit hostile et redoutable. Mais ce n'est pas le seul héritier usurpateur, c'est l'*urbs* elle-même, toute la communauté spécifique fondée sur ce pacte de réconciliation, qui doit trembler lors de cette rupture qui rouvre l'abîme pélasgien béant, dont la fermeture dépendait, comme d'une condition primordiale, de la continuation reconnue du dieu lare par l'héritier.

Mais, comme nous l'avons dit plus haut, le Romain ne se contente pas d'effectuer cette réconciliation dans sa substance nationale primitive dans le droit — ou, pour parler avec plus d'exactitude, de produire le droit par cette réconciliation, — c'est encore dans le droit qu'il donne à cette substance nationale primitive l'expression, l'image et le développement achevé. En effet ! Sur le terrain même de cette réconciliation nous voyons s'élever de nouveau, poussée par la force des choses, mais actuellement sous une forme absolument achevée, l'ancienne hostilité existante entre le dieu lare et le successeur du maître toujours permanent ; c'est maintenant le conflit entre le *de cuius* et l'héritier. En d'autres termes : le *de cuius* nie, annule l'héritier, comme nous l'avons vu plus haut, en lui enlevant son intérêt propre et par suite la propre personnalité volontaire, pour réaliser ainsi en lui la continuation absolument certaine de son existence, le triomphe suprême de son amour-propre métaphysique : ce sera la seule réalisation absolument pure et adéquate de son concept.

Cette hostilité est inévitable ; nous allons voir du reste sa réelle nécessité historique. En somme, c'est toujours la même substance qui se déroule et se déploie maintenant dans le domaine plus élevé de cette réconciliation, sur le

nous avons vu que les jurisconsultes romains ont confirmé cette manière de voir.

terrain du droit. Avec cette différence naturellement que ce conflit négatif, en train de consumer l'homme tout entier dans l'apathie de l'intériorité religieuse, se trouve placé, à l'heure qu'il est, sur le terrain produit et formé par cette réconciliation, sur le terrain où la volonté veut, c'est-à-dire sur le terrain du droit, et doit se limiter à la négation de la volonté héritière égoïste et de la fortune qu'elle accapare par héritage.

Nous avons fait ressortir précédemment la signification nécessaire et profonde qui s'attache à l'héritier exhérédé, en tant que celui qui réalise vraiment et pleinement le concept civil du droit d'héritage; au numéro 7, nous avons vu la lutte que se livrent le *de cuius* et l'héritier dans les lois *Furia*, *Voconia*, *Falcidia*, ainsi que l'altération introduite par la même loi *Falcidia* dans le concept civil du droit d'héritage; aux numéros 7 et 9, nous avons étudié la coutume de la succession fiduciaire, ainsi que la fidélité envers la substance de l'esprit national qui forme le terrain sûr de cette coutume; au numéro 8, nous avons vu comment cette exhérédation se trouvait formellement posée dans le testament de mancipation; les numéros 10 et 13 nous ont renseignés sur le *testamentum calatis comitiis*, sur le caractère du droit public qui pénètre même dans le testament, sur le pouvoir législatif du testateur, sur la puissance du défunt plus forte que celle du vivant, sur le *jus sepulcrorum* et le *legatum pænæ nomine*; au numéro 14, nous avons établi le contraste entre le légataire et l'héritier; aux numéros 15-19 enfin, nous avons insisté sur l'importance de la forme dans les legs, dans laquelle le *de cuius* veut s'assurer la continuation en opposition avec l'héritier; tout ce que renferment ces différents chapitres gagne maintenant une nouvelle importance. Au numéro 1^{er}, nous avons supposé simplement et affirmé que le concept, tel que nous le développons, était bien le concept historique de l'esprit national romain; puis nous avons, par l'étude de la matière, fait la preuve de ce que nous avons avancé; maintenant enfin nous avons établi pourquoi la nécessité réelle histo-



rique exige que ce soit là le concept historique de l'esprit national romain. Il n'est pas une page de cet ouvrage qui, relue maintenant, n'ouvre de nouvelles perspectives et ne gagne en importance réelle. Nous venons également de reconnaître la réelle nécessité qui pousse la volonté à toujours réclamer sa continuation, la nécessité de cet appel que dans l'*usucapio pro herede* le défunt adresse au premier passant venu ; nous venons de toucher le fond intime et sombre d'où monte cet appel qui, par une nécessité dialectique inéluctable, constitue en même temps le germe et le stimulant pour la longue usure et la destruction finale de l'esprit civil. C'est à l'heure actuelle seulement que la substance religieuse spirituelle nous apparaît clairement comme la source nécessaire, typique et originelle de tous nos développements antérieurs. Cette substance que ce peuple a reçue, qu'il apporte avec lui, est aussi sa ressource ; c'est en transformant peu à peu cette substance pour en faire la liberté du droit qu'il parvient à créer son essence spécifique propre et sa mission historique.

Après la disparition de ce contraste, que nous avons constaté dans cette nouvelle forme, alors que l'héritier l'a réellement emporté sur le défunt et est à même, par l'acceptation *sub beneficio inventarii* de la succession, de proclamer ouvertement la fortune comme son principe ; alors que le lare est mort une seconde fois, il ne faudrait pourtant pas croire que cette contradiction est vaincue dans l'esprit national des Romains ; cette victoire est absolument impossible ; c'est l'esprit national lui-même qui a péri avec cette contradiction, pour faire place à un nouveau peuple ; et celui-ci allait posséder, dès son début, le principe vers lequel toute l'histoire de l'esprit romain n'était qu'un lent acheminement qui ne pouvait jamais aboutir en réalité.

Mais une question peut se poser : l'esprit romain n'a-t-il jamais eu et exprimé clairement la conscience générale de ce rapport qui le rattachait à sa substance primitive nationale, située en dehors de sa propre histoire ? n'a-t-il jamais



en conscience de l'évolution spirituelle si importante dont le résultat fut son nouvel être ?

Il ne peut nullement nous venir à l'idée de compromettre les données certaines obtenues par nos précédentes investigations, en nous aventurant plus loin sur le terrain vacillant de l'interprétation mythique ; mais nous ne pouvons résister au désir de montrer que tout le sujet de nos développements se trouve exprimé, en traits évidents, dans un aveu même de l'esprit romain. Le terrain est vacillant, c'est vrai ; cependant nous pouvons nous y aventurer sans crainte et d'un pas ferme, puisque nous sommes soutenus par des principes systématiquement indubitables.

Il existe à Rome un mythe obscur et bizarre, qui de tout temps a fait le désespoir des mythologues.

Nous parlons d'*Acca Larentia* que nous n'avons encore fait qu'effleurer dans le cours de notre étude.

Son mythe nous est raconté d'après l'historien Macer par Macrobe, d'après Sabinus Massurius par Aulu-Gelle, d'après Verrius par Lactance (1) : le voici en quelques mots : Elle est la nourrice de Romulus, mère de douze fils ; elle perd un de ses fils et adopte à sa place Romulus. D'après les mêmes auteurs qui nous la présentent comme la nourrice de Romulus, elle est une prostituée (2), gagne beaucoup d'argent à ce métier et lègue finalement sa fortune à Romulus, disent les uns, au peuple romain lui-même, disent les autres.

Certains auteurs rapportent le mythe avec plus de détails. Ils font vivre *Acca Larentia* sous le règne du roi Ancus et

(1) TITE-LIVE, I, 4 ; MACROBE, *Saturn*, I, c. x, p. 241 seq. ; AULU-GELLE, *N. A.*, VI, 7 ; LACTANCE, *Inst.*, I, c. xx, p. 66, éd. Bip ; PLUTARQUE, *Romul.*, p. 49, F., et *Quæst. Rom.*, XXXV, p. 416, éd. Wyttenb ; SAINT-AUGUSTIN, *De civ. dei*, VI, 7 ; FESTUS, v° *Larentalia*, p. 419, M.

(2) « Sed *Acca Larentia*, corpus in vulgum dabat, pecuniamque emeruerat ex eo quæstu uberem ; ea testamento, ut in *Antiatibus* scriptum est, Romulum regem, ut quidem alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis hæredem fecit. » AULU-GELLE, *loc. cit.*

racontent que le gardien du temple jouait un jour aux dés avec le dieu Hercule. Le perdant devait offrir à son patrimoine un repas et une fille de joie. Hercule, assure-t-on, gagna la partie et le gardien du temple enferma dans le sanctuaire du dieu le repas en question et la plus fameuse des prostituées d'alors, *Acca Larentia* (1). Mais le lendemain le bruit se répandit qu'après avoir eu des relations avec elle, le dieu lui avait, pour toute récompense, imposé l'obligation ou la mission (*munus*) (2) de ne pas dédaigner la première occasion avantageuse qui s'offrirait à elle après son retour à la maison. A sa sortie du temple, elle est en effet sollicitée par le Tuscien Carutius ; pour obéir à l'ordre divin, elle se livre à lui et devient ensuite la femme légitime de cet homme riche ; après la mort de son mari, elle entre en possession de toute sa fortune et meurt elle-même en désignant pour héritier le peuple romain (3). D'après Macer, elle vivait du temps de Romulus dont elle fut également la nourrice ; mais elle épouse de même le Tuscien Carutius qui lui lègue tous ses biens ; elle meurt en instituant Romulus son héritier universel (4). Sur un point cependant tous les auteurs sont d'accord : afin de reconnaître le mérite qu'elle avait eu d'instituer héritier Romulus ou le peuple romain, un jour lui fut consacré dans les fastes de Rome et un flamen de Quirinus lui offrait le sacrifice (5).

(1) « ... illum Accam Larentiam nobilissimum per id tempus scortum intra ædem includisse. » MACROBE, *loc. cit.*

(2) « ... post concubitum dei acceperet munus, ne commodum primæ occasionis, cum se domum reciperet, offerendæ asperneretur. »

(3) « ... cum decederet, populum Romanum nuncupavit heredem. » MACROBE, *loc. cit.*

(4) MACROBE, *loc. cit.*

(5) AULU-GELLE, *loc. cit.* Ce sont des honneurs divins, *honores divinos* (Saint-Augustin et Lactance). Minucius dit dans le même sens (*Octav.*, c. 23, p. 137, éd. Lind.) : « Sane et Acca Larentia et Flora, meretrices propudiosæ inter morbos Romanorum et deos computandæ. » Les termes de l'écrivain nous indiquent immédiatement et très clairement la connexité qu'il y a entre le culte des

Il faut bien avouer que cette *Acca Larentia* ferait singulière figure parmi les saintes du calendrier : il n'y a donc rien d'étrange à ce que les mythologistes n'aient jamais su que faire d'elle. Creuzer veut y voir tout simplement un mythe issu des fêtes d'automne célébrées par les populations italiques ; ce mythe aurait pour éléments Hercule, la force solaire, *Acca Larentia*, c'est-à-dire la terre, abreuvée des pluies d'automne et faisant jaillir de son sein de nouvelles semailles, dès que seraient revenus certains jours du calendrier (1). Mais cette interprétation est tellement arbitraire qu'elle n'a même pas besoin de réfutation.

K. O. Müller a le coup d'œil plus heureux (2). Il s'appuie sur ce nom de *Larentia* pour déduire la connexité du culte d'*Acca Larentia* et de la religion des dieux lares ; pour le prouver il nous montre le premier de ces cultes étroitement uni aux fêtes romaines : « le onzième jour avant les Calendes de janvier on célébrait la fête des dieux lares et le dixième les *larentalia* : dans ces dernières, on offrait un sacrifice à Jupiter, le dispensateur des âmes, et l'on célébrait une cérémonie funèbre en l'honneur d'*Acca Larentia*. »

K. O. Müller admettait même sans difficulté que cette *Acca Larentia* (3) se distingue à peine de Mania, la mère des dieux lares, et qu'elle a passé de la religion tuscienne dans la mythologie romaine. Malheureusement cette opinion de Müller, tout en approchant fort de la vérité, n'en est plus l'expression exacte. Plus loin le même auteur nous expose que, par un procédé bien étrange, cette déesse a

Manes et le culte d'*Acca Larentia* ; MACROBE : « Quo diis manibus ejus per flaminem sacrificaretur » ; VARRON, *De L. L.*, VI, § 23, 24 : « Ut aiunt quidam ad sepulcrum Accae, ut quod ibi prope faciunt Diis Manibus Servilibus sacerdotes. »

(1) *Symbolique et Mythologie*, 3^e éd., I, 102.

(2) *Les Etrusques*, II, 103-105.

(3) *Loc. cit.*, p. 103 : « Il n'y a probablement guère de différence entre Mania, la mère des dieux lares, et *Acca Larentia* qui fut importée de la religion tuscienne dans la mythologie romaine, mais, par un procédé bien étrange, dépouillée de toute dignité divine, outrageusement abaissée. »

été dépouillée de toute dignité divine, outrageusement abaissée ; il va jusqu'à voir dans cette légende une légende extrêmement confuse : « le nom de prostituée, *lupa*, dit-il, (1) ne fut appliqué probablement à *Larentia* que par une fausse interprétation de la louve, qu'il faudrait ici rapprocher des loups de Dispaten sur le mont Soracte, mais que, dans la fixation de la date, on aurait confondue avec la louve de Mars qui allaita Romulus » ; mais cette affirmation indique justement que Müller n'a rien compris au sens du mythe et que par suite toute son interprétation n'est que du pur arbitraire (2) : les traits les plus caractéristiques et les plus personnels, ceux dont la présence révèle vraiment l'authenticité du mythe, Müller ne leur a pas laissé leur signification propre, mais il y a vu une dégradation outrageante, un dépouillement étrange de la divine dignité.

(1) *Loc. cit.*, 104.

(2) C'est tout le contraire de cette hypothèse qui est la vérité. Si le mythe ordinaire fit d'une louve la nourrice de Romulus, ce fut uniquement parce que *Acca Larentia* était, en même temps que sa nourrice, une prostituée, et que chez les Romains le terme *lupa* désignait indifféremment une prostituée ou une louve. C'est ce qui nous explique, qu'au lieu d'une *lupa*, prise au sens figuré, on lui ait donné comme nourrice une véritable *lupa*. Toute notre interprétation du mythe amène forcément à la preuve de cette substitution. Mais indépendamment de tout ce que nous pouvons alléguer, le simple passage de Tite-Live, par le texte matériel aussi bien que par l'explication qu'on peut y joindre, fixera définitivement ce point. D'après Tite-Live (I, 4), une louve aurait tout d'abord, d'après la légende, allaité Romulus et Remus qui avaient été exposés ; plus tard, ces enfants auraient été trouvés et recueillis par le pâtre Faustulus, le même que les auteurs nous donnent si souvent comme mari de *Larentia*, nourrice de Romulus. Et Tite-Live continue dans le même sens : « Ab eo Faustulo ad stabula *Larentiæ* uxori educandos latos. Sunt qui *Larentiam*, vulgato corpore, *lupam* inter pastores vocatam putent ; inde locum fabulæ, ac miraculo datum. » Ainsi l'on savait parfaitement à Rome que Romulus n'avait eu de louve comme nourrice que parce que sa nourrice véritable, *Larentia*, était une prostituée. Il nous reste donc à déterminer, en premier lieu, pourquoi la nourrice de Romulus fut une prostituée.



Ce mythe a plutôt ceci de particulièrement frappant que du commencement à la fin il conserve un caractère prosaïque, presque terre à terre, qui trouve son expression dans un grand nombre de traits matériels, empruntés en quelque sorte à la réalité. *Acca Larentia* n'est pas et ne devient jamais déesse. C'est un simple être humain, appartenant à la classe la plus vulgaire. C'est la nourrice de Romulus, la femme d'un pâtre, une prostituée, la plus fameuse de son temps, au témoignage de Macrobe. Bien que mariée à Faustulus, elle épouse un autre homme ; mais cet autre n'est pas un homme quelconque, ainsi qu'avec un accord touchant les divers auteurs nous le font remarquer ; et les versions qui la font vivre au temps d'Ancus lui donnent comme second mari non pas un Romain, mais précisément un Tuscien. Après la mort du Tuscien, elle hérite de toute sa fortune qu'elle lègue ensuite au peuple romain : c'est un ensemble de traits matériels, absolument attachés à la terre (1). Ce seul détail nous indique que le mythe est un de ces mythes à teneur historique qui se rencontrent si fréquemment à Rome. Et même la mort ne la transforme pas en déesse. Après sa mort comme durant sa vie, elle reste un être humain ; malgré tout on lui consacre un culte, on lui rend des honneurs divins, bien que peut-être jamais un peuple n'ait agi de cette sorte pour un homme quelconque, ni surtout pour une fille publique. Le culte de cette fille publique apparaît à tel point comme la religion spécifique romaine que Lactance, après une étude des religions païennes en général, déclare passer à la religion spécifique romaine et débute par le culte d'*Acca Larentia* (2).

Comme pour mettre le comble à la confusion, nous

(1) Caton, chez Macrobe, prétend même désigner les champs acquis ainsi par le peuple romain.

(2) *Inst. dio*, I, 20 : « Venio nunc ad proprias Romanorum religiones, quoniam de communibus dixi. Romuli nutrix Lupa honoribus est affecta divinis. Et ferrem, si animal ipsum fuisset cujus figuram gerit. Auctor est Livius, Larentinæ esse simulacrum et quidem non corporis, sed mentis et morum, etc. »

voyons, une seule fois, s'établir des relations entre *Acca Larentia* et un dieu. Circonstance à remarquer, ce n'est pas avec un dieu italique, mais avec Hercule, un dieu étranger, que se nouent ces relations. Après que *Larentia* s'est livrée à lui, — fait qui, en lui-même, n'aurait rien d'étonnant dans ces mythologies antiques, — il ne lui accorde pas une récompense quelconque, mais il lui impose l'obligation de se livrer au premier venu que le hasard mettra sur son chemin. Mais ce premier venu, nous le voyons par la suite, est précisément ce Tuscien qui l'épouse et lui donne la richesse ; en dernière analyse, c'est donc l'union avec le dieu et la mission qui en résulte qui détermine l'union avec le Tuscien et la riche succession dévolue plus tard au peuple romain.

Ces simples considérations méthodiques, rapprochées de nos observations précédentes, commencent à jeter déjà une certaine lumière sur la question si embrouillée de ce mythe ; pour arriver à la clarté finale, il nous faut tout d'abord expliquer quels furent à l'origine les rapports entre Hercule et les populations italiques.

Ces rapports furent simplement les suivants : d'après la légende que tous les anciens auteurs nous rapportent avec la concordance la plus parfaite (1), Hercule apparut surtout, dans son expédition d'Italie, comme une puissance moralisatrice, par l'abolition des sacrifices humains offerts par ces populations à Dis, le dieu des mânes et des enfers. Pour obtenir cette abolition, il fait comprendre, par une nouvelle interprétation, que les $\varphi\omega\tau\tau\alpha$ qu'un oracle les obligeait à sacrifier au dieu comportaient le double sens de lumières et d'hommes et qu'il fallait uniquement sacrifier des cierges. Remarquons la similitude extraordinaire entre ce rôle d'Hercule et le rôle joué, d'après le texte de Macrobe, par Junius Brutus, le fondateur de la République. Ce dernier

(1) VARRO ap. MACROB., *Saturn.*, I, c. VII, p. 232, éd. Bip. ; DIONYS. HALIC., lib. I, c. XXIV, p. 30, éd. Sylb. ; c. XIII-XVI, p. 15-19, éd. Sylb. ; STEPHAN. BYZ., ν° Ἀβρογγ.



abolit de même les sacrifices humains consacrés aux dieux lares et que l'Étrusque Tarquin avait rétablis d'après un oracle ; et pour cela la simple substitution de têtes de pavot et d'ail aux têtes humaines fut suffisante. Il est réellement étrange et incompréhensible que le rapprochement purement extérieur des deux passages n'en ait pas fait découvrir le sens exact ; ces deux passages de Macrobe reviennent au même ; Macrobe lui-même nous fait remarquer cette analogie intérieure en joignant ses deux récits.

Il nous faut donc maintenant rapporter avec plus de détails le récit de Macrobe, en insistant sur ses différents points d'attache ; nous obtiendrons ainsi une vue d'ensemble sur un des faits les plus extraordinaires dans l'histoire des religions, des peuples et de la civilisation, et il nous suffira d'en rapprocher succinctement les différentes particularités sur lesquelles nous venons d'insister pour nous faire une idée claire du mythe d'*Acca Larentia*.

Voici le récit de Macrobe, d'après Varron (1) : Des Pélasges, chassés de leurs terres, parcourent d'abord différentes contrées et parviennent finalement à Dodone, le siège fameux de l'antique oracle pélasgien ; ne sachant au juste en quel lieu s'établir, ils consultent l'oracle qui leur enjoint d'aller en Italie et de s'y fusionner avec les Sicules et les Aborigènes, populations primitives du pays, d'offrir par la suite la dime à Phébus, les têtes à l'Hadès et les φῶτα à Saturne. Ils obéissent à l'oracle, conquièrent la contrée, abandonnent à Apollon le dixième du butin (2), bâtissent

(1) « Quod Pelasgi, sicut Varro memorat, cum sedibus suis pulsī, diversas terras petiissent, confluerunt plerique Dodonam, et incerti quibus haerent locis, ejusmodi acceperē responsum :

Στείγετε μαίόμενοι Σικελῶν Σατοῦρνίαν αἴαν
 Ἴδ' Ἀβοριγενέων Κοτόλην οὗ νᾶσος ὄχεϊται
 Οἷς ἀναμιχθέντες δεκάτην ἐκπέμψατε Φοίβῳ
 Καὶ κεφαλὰς Ἄδη καὶ τῷ πατρὶ πέμπετε φῶτα. »

VOIR DENYS D'HALICARNASSE, I, c. XXIV, p. 16, éd. Sylb.

(2) A propos de la dime, il convient de se rappeler le récit de DENYS, *loc. cit.*, p. 19 : Les Pélasges eurent continuellement à sup-

une chapelle à Dis, érigent un autel à Saturne (1). Longtemps ils sacrifient à Dis des têtes humaines et font à Saturne des sacrifices humains, lorsque Hercule, poussant devant lui les génisses de Géryon, arrive enfin dans le pays et conseille aux descendants des premiers Pélasges de substituer à ces sacrifices horribles d'autres sacrifices plus propices, au lieu d'offrir à Dis des têtes coupées, de lui offrir de petites figurines artificielles à tête humaine (*oscilla*) et au lieu d'honorer l'autel de Saturne par des sacrifices humains, d'y allumer simplement des cierges ; de cette façon ils accompliraient plus fidèlement le sens de l'oracle (2).

Ce furent donc des Pélasges qui apportèrent aux habitants primitifs de l'Italie les sacrifices humains constituant le culte de Dis, le dieu des enfers ; c'est ce culte que nous avons étudié précédemment comme le culte des dieux lares chez les Etrusques, ou, pour parler comme les Anciens, chez les Pélasges tyrrhénéens. Le rôle si important joué

porter des malheurs envoyés par les dieux, pour la simple raison qu'après avoir promis aux dieux le dixième de tout ce qui leur adviendrait, ils se contentaient de leur payer la dîme sur les fruits de la terre et les troupeaux, à l'exclusion des naissances humaines. Pour échapper à ces malheurs, les Pélasges se décident enfin aux sacrifices humains ; mais cette résolution ne fut pas sans provoquer une opposition violente, fomentée par les premiers citoyens et les autorités de la ville, et même une scission ; on ne pouvait, en effet, tomber d'accord sur la répartition de la dîme. Telle fut l'origine des pérégrinations ultérieures dont on nous parle chez une certaine fraction des Pélasges.

(1) « ... vastatisque Siciliensibus incolis occupavere regionem, decima prædæ, secundum responsum, Apollini consecrant, erectisque Diti sacello et Saturno ara, ejus festum Saturnalia nominarunt ; cumque diu humanis capitibus Ditem et virorum victimis Saturnum placare se crederent propter oraculum, etc. » MACROBE, *loc. cit.*

(2) C'est à cet endroit que Macrobe fait objecter par Albinus Cæcina que la même transformation des sacrifices s'était faite sous Tarquin et Brutus, et qu'il nous raconte l'histoire.



par Dis, le dieu des mânes, dans la religion étrusque (1), suffirait amplement à prouver que le culte des sacrifices humains, dont parlent ici Denys d'Halicarnasse et Varron dans le récit de Macrobe, est tout simplement un culte des dieux lares ; mais nous en trouvons une nouvelle preuve convaincante dans la mention expresse et significative des dieux lares chez ces mêmes Pélasges, faite par Denys à l'endroit où il nous donne le compte rendu détaillé de la crise ci-dessus indiquée (2). Et nous pouvons même découvrir un sens nouveau et une portée plus vaste à ce simple fait, universellement constaté, que toute ville grecque, connue sous le nom si fréquent de Larissa, se trouve être en même temps un siège et une colonie des Pélasges.

Pour bien comprendre le rôle d'Hercule, il serait à peine besoin de rappeler le récit de Diodore relatif à l'expédition d'Hercule en Italie ; Diodore suit l'historien ancien Timée, et bien que son récit, quant aux circonstances matérielles, diffère presque entièrement de ce qui précède, il n'en reproduit pas moins l'idée même (3). Ce représentant de la dernière colonie pélasgo-hellénique venue en Italie (4) ne fait, d'après Diodore, que traverser le pays des Liguriens et des Pélasges tyrrhénéens (Étrusques) (5), où par conséquent il ne semble pas qu'il se soit établi définitivement, et va dresser son camp sur les bords du Tibre, sur l'emplacement de la Rome actuelle qui ne fut bâtie par Romulus que bien des générations plus tard. A l'époque dont nous parlons, le Mont Palatin seul était habité par des indigènes qui s'y étaient construit une toute petite ville. Héraclès y fut bien reçu, et trouva la plus large hospitalité chez deux des

(1) Voir K. O. MÜLLER, *Les Etrusques*, II, p. 67.

(2) DIONYS., I, c. XVI, p. 19 : « καὶ πολλὰ ἐφέστια (lares) ὄλα ἐξήλειφθη, μέρους αὐτῶν μεθισταμένου κ. τ. λ. »

(3) DIODOR. SIC., lib. IV, c. XXI, I, 335, éd. Dind.

(4) Voir à ce sujet le résultat des recherches de RAOUL ROCHETTE (*Histoire des Colonies grecques*), NIEBUHR, DOLOMIEU.

(5) « Ἡρακλῆς δὲ διελθὼν τὴν τε τῶν Λιγυρίων καὶ τὴν τῶν Τυρρῶτην ἡρώων χῶραν κ. τ. λ. »



plus distingués parmi ces habitants, Cacius et Pinarius, qui lui firent même des cadeaux. Ce n'est pas seulement le souvenir de ces hommes qui s'est conservé, mais la famille la plus ancienne de Rome, la *gens Pinaria*, s'est perpétuée, dit-il, jusqu'à l'époque actuelle. Cette disposition bienveillante des habitants du Mont Palatin charma le héros et il leur dit : « Quiconque, après que j'aurai été réuni aux dieux, consacrera par vœu la dixième partie de ses biens à Hercule, jouira d'une vie plus heureuse. » Et cette coutume s'était en réalité maintenue jusqu'à l'époque de Diodore. Beaucoup de Romains, parmi les classes riches tout aussi bien que parmi les classes simplement aisées, ont ainsi promis de payer la dîme à Hercule ; et à la suite de ce vœu, une telle bénédiction s'attachait à leurs entreprises qu'aujourd'hui leur fortune se monte à 4.000 talents. C'est ainsi que Lucullus fit estimer sa fortune et en sacrifia la dixième au dieu (1) par l'organisation de festins interminables. Quant aux Romains, ils élevèrent au dieu un temple sur les bords du Tibre pour y sacrifier le dixième de tout.

D'après ce que nous avons vu plus haut, il ne peut y avoir de doute sur le sens qu'il convient de donner à ce récit de Diodore.

La dîme sur la fortune qu'Hercule introduit, à son bénéfice, chez ceux qui le reçoivent aimablement, cette dîme dont la prestation, à l'entendre lui-même, doit assurer à tous ceux qui s'y soumettront, une vie plus heureuse ; cette dîme qui, — tout comme le riche héritage dont le peuple romain, dans le mythe d'*Acca Larentia*, récolte le bénéfice sur le conseil du dieu, — entraîne à sa suite une si prodigieuse prospérité terrestre ; cette dîme ne constitue pas une dîme introduite, à son bénéfice personnel, par Hercule ; c'est tout simplement l'introduction dans les dîmes du principe herculéen ; c'est la transformation en dîme sur

(1) « ... προσέειπεν αὐτοῖς ὅτι μετὰ τὴν ἐξουτοῦ μεταστάσιν εἰς τοὺς θεοὺς τοῖς εὐχόμενοις ἑκάδεκατέθειεν Ἡρακλεῖ τὴν οὐσίαν συμβήσεται τὸν βίον εὐδαιμονέστερον ἕξειν. »

la fortune, de la dîme humaine jusque-là payée aux dieux infernaux, transformation que, suivant les rapports de Denys, de Varron et d'Étienne de Byzance, Hercule réalisa chez les Pélasges mêlés aux Aborigènes.

Et comme pour dispenser notre pensée propre du moindre effort, pour nous mettre à même d'apporter une démonstration mathématique, Plutarque nous a conservé le souvenir suivant : Hercule aurait délivré les Romains d'une dîme que jusqu'alors ils étaient forcés de payer aux Etrusques (1). Plutarque soulève même à ce propos la question s'il ne faut pas expliquer par ce fait la dîme que tant de riches citoyens romains prélevaient sur leurs biens pour l'offrir à Hercule. En réalité, Hercule n'introduit pas cette coutume de la dîme ; tout au contraire c'est grâce à son intervention que les Romains se trouvent libérés de la dîme qu'ils payent jusqu'à ce jour à la substance étrusque ; Hercule achève et personifie donc la transformation de la dîme pélasgio-étrusque en dîme sur la fortune ; c'est pour cette raison que ce dixième lui était consacré.

Après avoir ainsi tiré au clair la signification du principe héracléen pour la mythologie italique, il ne nous reste plus qu'à rapprocher et à résumer les traits caractéristiques du mythe d'*Acca Larentia* pour montrer ce mythe dans toute sa grandeur et toute sa signification.

Dans le récit de Varron et de Denys nous avons vu se manifester des éléments très intéressants pour l'ethnographie ou l'histoire religieuse ; mais le mythe d'*Acca Larentia* renferme d'autres éléments encore, bien différents des précédents.

C'est un des mythes les plus merveilleux et les plus puissants que nous ait légués l'Antiquité ; au lieu d'être défiguré ou travesti d'une façon quelconque, il se présente à

(1) PLUT., *Quæst. Rom.*, 267, E., II, 95, éd. Wytt. : « Διὰ τί τῶν Ἑρακλεῖ πολλοὶ τῶν πλουσίων ἐδεκάτερον τὰς οὐσίας... Ἡ ὅτι Ῥωμαῖος ἔπο Τυρρόγενῶν δεκατερομένους ἀπήλλαξεν. »

nous sous une forme achevée et vraiment artistique ; on ne saurait y ajouter un trait ni en retrancher un, si l'on veut exprimer toute cette histoire, si importante pour la marche du monde, et à laquelle il donne une expression profonde.

Acca Larentia, l'être dont la ville de Rome personnifiée dans son fondateur Romulus a sucé le lait, est un être voué aux unions de hasard, une prostituée ; à son image, Rome est la représentation naïve, mais fidèle, de la fusion des différents peuples qui fut son origine.

Elle est la femme du pâtre Faustulus qui correspond à ces habitants du Mont-Palatin, chez lesquels, d'après Diodore, Hercule trouve un accueil si bienveillant. Mais elle est en même temps prostituée, et comme telle, elle s'unit au Tuscien Carutius ; mais auparavant elle s'est déjà unie à Hercule et de cette façon le principe herculéen a pris possession d'elle.

Pour nous montrer que toute cette évolution objective était bien le résultat intentionnel et voulu d'un plan de la divine Providence, le mythe avait dû changer la suite des faits, en sorte que l'union avec le dieu fut l'occasion qui amena l'union avec la substance tuscienne. Comme unique et suprême récompense de sa prostitution, le dieu ne peut lui donner qu'un conseil, une mission divine, promettant le plus bel avenir ; et *Acca Larentia*, fidèle à son métier, n'eut garde d'y manquer.

En se mélangeant à la fois à la substance tuscienne et au principe héracléen, elle rend possible, en elle-même, la fusion de ces deux éléments, et met fin à l'hostilité de la substance tuscienne. Le principe héracléen pénètre dans cette substance ; l'abîme des enfers est clos, la dime sur la fortune a remplacé la dime humaine, le sacrifice des cierges a pris la place des sacrifices humains, le sacrifice des figurines et des têtes de pavot ou d'ail s'est substitué au sacrifice des têtes humaines ; Mania, la mère des lares, n'est plus cet être infernal, à l'appétit insatiable ; elle s'est transformée en un être salubre et propice aux vivants. Telle est l'ex-



traordinaire prospérité terrestre que l'union avec le Tuscien, venant après l'union avec le dieu, confère au peuple romain. Et maintenant nous sommes à même de comprendre les paroles de Macrobe quand il dit que le culte des sacrifices humains en l'honneur des dieux lares et de la déesse Mania n'a pas été institué par l'Etrusque Tarquin, mais réinstitué, rétabli (*restituti*).

Par quel moyen toutefois le peuple romain arrive-t-il, dans le mythe d'*Acca Larentia*, à cette extraordinaire bénédiction terrestre que la victoire remportée sur la tendance hostile de la substance étrusque déverse sur lui? C'est le mythe lui-même qui nous donne la réponse la plus parfaite possible : *eum decederet, populum romanum nuncupavit heredem* (1). A sa mort, *Larentia*, nourrice de Romulus, proclama (*nuncupavit*) (2) le peuple romain son héritier testamentaire! Ce n'est donc pas l'objet de l'enrichissement, c'est-à-dire les champs dont l'existence est du domaine de la fable, c'est le moyen même de cet enrichissement, c'est-à-dire le testament qui constitue la riche bénédiction que la victoire sur la tendance hostile de la substance pélasgio-étrusque déverse sur le peuple romain; et cette bénédiction existe par le fait même que la fusion effectuée produit la victoire mentionnée.

La substance pélasgienne, c'est-à-dire, la personnalité volontaire infinie du lare, arrachée de cette façon à la position négative qu'elle occupe dans la représentation religieuse, est le lare continué dans l'héritier; c'est donc la continuation de sa volonté posée par le lare lui-même, — en d'autres termes, c'est l'héritier testamentaire! — La per-

(1) MACROBE, *loc. cit.*, p. 242. Il est à remarquer que la tradition romaine, en nous indiquant comment, après la mort de son époux tuscien, *Acca Larentia* acquiert son immense fortune, ne parle jamais ni de testament, ni même d'*hereditas* pure et simple, elle dit simplement : « Post obitum viri omnium bonorum ejus facta compos »; voir MACROBE, *loc. cit.*

(2) Telle est, comme on sait, l'expression solennelle usitée dans la plus ancienne forme de testament du droit civil.



sonnalité volontaire infinie, arrachée des enfers où l'avait reléguée la représentation religieuse obscurément repliée sur elle-même, se trouve dès lors s'affirmer dans la réalité spirituelle des vivants : voilà le *droit*. Le testament, ainsi que nous venons de le dire, a refermé l'abîme ouvert par la religion ; l'Orcus est remonté au soleil, est devenu le droit. Le testament et le droit, voilà la riche bénédiction terrestre, cette bénédiction qui fait naître chez le peuple romain une vie plus heureuse (τὸν βίον εὐδαιμονώστερον ἔξειν), la bénédiction qui résulte infailliblement de la victoire remportée sur la substance pélasgio-étrusque.

Somme toute, le culte d'*Acca Larentia* est donc la simple personnification de Rome s'adorant elle-même ; cette *Larentia* est uniquement la forme sous laquelle Rome contemple son propre génie historique et lui rend des honneurs divins. Tout ce que nous avons précédemment déduit du concept, nous venons de le retrouver dans l'Écriture runique du mythe, lisible, il est vrai, pour le concept seul (1).

Maintenant nous comprenons aussi pourquoi Sabinus Massurius (2) nous dit que *Larentia* était mère de douze fils, que la mort lui enleva un de ses enfants et qu'elle lui substitua Romulus.

C'est une allusion manifeste à la fameuse alliance des douze villes étrusques ; du reste, lorsque les Étrusques étendirent leur domination sur le pays du Tibre et du Padus, ils y fondèrent, dit-on, douze villes (3) ; de même tous les auteurs admettent depuis fort longtemps qu'autrefois Rome était soumise à la suprématie étrusque (4).

(1) Nous voyons également que K. O. Müller avait absolument raison de voir dans le nom de *Larentia* une allusion claire aux dieux lares ; que cependant il avait tort de l'identifier avec *Mania*, la mère des lares. Elle est bien l'être dérivé des lares, mais changé, totalement transformé. Nous comprenons en outre pourquoi, dans l'ancien calendrier, la fête de *Larentia* suivait immédiatement la fête des lares.

(2) AULU-GELLE, *N. A.*, VI, c. VII.

(3) Voir K. O. MÜLLER, *Les Étrusques*, I, 73, 131, 168, 344 et seq.

(4) Maintenant nous comprenons également comment Denys

ainsi que le démontre clairement l'époque des deux Tarquins (1).

Nous avons maintenant une base solide sur laquelle nous pourrions nous appuyer pour démêler toute l'histoire des légendes et des origines de Rome ; nous pouvons poursuivre plus loin nos investigations, il suffit d'ailleurs de toujours se rappeler cette base acquise, pour arriver à débrouiller cette question si compliquée.

Servius qu'on pourrait appeler le Romulus historique et dont Romulus ne fut que le symbole et le précurseur mythique, lui de qui dérivent en réalité l'esprit spécifique romain et la constitution, implique pareillement, de par son origine, ce caractère double, ce mélange, l'existence de la substance tusciennne et l'action de se détacher de cette substance. Sur le foyer du roi étrusque Tarquinius Priscus, à l'endroit même où les Romains offrent leurs sacrifices (2), on voit subitement naître de la cendre un phallus. La lé-

d'Halicarnasse (I, 29) a pu trouver chez tant d'écrivains grecs l'opinion que Rome était une ville étrusque (tyrrhénienne) et que cependant Héraclide Ponticus (ap. Plutarch. Camill., 22) puisse l'appeler une cité grecque.

(1) NIEBUHR, *Histoire romaine*, 2^e éd., I, 425 : « Je ne veux pas pousser mes recherches plus loin ; mais ce récit, comme du reste le récit ordinaire de L. Tarquinius Priscus, indique clairement qu'à l'avis de ces auteurs la ville de Rome avait autrefois reçu des formes étrusques par un prince de cette nation et avait été la grande et brillante capitale d'un puissant Etat étrusque » ; voir K. O. MÜLLER, *Les Etrusques*, I, 121-123. Mais en tant que, dans les paroles ci-dessus rapportées à propos des formes étrusques que Rome reçut d'un prince de cette nation, Niebuhr veut parler de Servius Tullius, — que lui-même, s'appuyant sur le discours de Claudius, a été le premier à identifier avec le Tuscienn Mastarna, — et auquel les Romains font remonter leur constitution, il se trompe dans son hypothèse qui, du reste, ne doit sa bonne direction générale qu'au sens historique de Niebuhr. Servius Tullius-Mastarna est précisément le prince qui amène la séparation d'avec la substance tusciennne et la production de l'élément spécifique romain ; nous ne pouvons donner dans le texte que quelques indications à ce sujet.

(2) 'Εφ' ἧς ἄλλας τε συντελοῦσι Ρωμαῖοι ἱερουργίας κ. τ. λ.

gende rapporte expressément que c'était le lare qui avait pris cette forme. Une esclave latine l'aperçoit la première et rapporte le fait à la reine Tanaquil. Celle-ci, très versée dans l'art divinatoire étrusque, annonce au roi que, d'après la décision du destin, la femme, qui consentirait à s'unir à ce membre viril, engendrerait une race plus qu'humaine (1). Pour le malheur de sa maison, Tarquin décide que l'union sera effectuée par la femme même qui avait été la première à s'apercevoir du phénomène. Et cette union du lare tuscien et de l'esclave latine donne naissance à Servius Tullius qui devient roi de Rome et fonde la constitution romaine (2).

Servius lui aussi, le créateur spécifique de l'élément romain, a ceci de commun avec ce que nous avons vu dans le mythe d'*Acca Larentia*, qu'il est issu de la religion tuscienne et du culte des lares par la fusion qui lui assure la victoire sur cette substance (3).

Ce fut ce même Servius, si nous en croyons le témoignage des Anciens, qui, en mémoire de son origine première, institua les jeux des compitales en l'honneur des lares (4). Mais les dieux lares dont il s'agit ici sont déjà les

(1) « ὅτι γένος ἀπὸ τῆς ἐστίας τοῦ βασιλείου πέπρωται γένεσθαι κρείττου ἢ κατὰ τὴν ἀνθρωπείαν φύσιν ἐκ τῆς μιχθείσης τῶ φαντάσματι γυναικός. »

(2) Voir le récit de PLINE, XXXVI, 70 ; DENYS D'HALICARNASSE, IV, 2, p. 207, éd. Sylb. (c'est cet auteur qui nous a fourni les passages cités) ; ARNOBIUS, *Adv. gent.*, V c. xvii, p. 178 ; OVIDE, *Les Fastes*, VI, 627. Pline dit expressément *lar*, et Denys traduit très justement et très exactement la latin *lar* quand il l'appelle κατ' οἰκίαν ἕρωσ ; quant au culte des héros voué aux ancêtres décédés et dérivés du culte des lares, voir ISAAC CASAUBON, *Sueton. Cæs.*, c. LXXXVIII, p. 226, éd. Wolf, et RAOUL ROCLETTE dans ses *Monuments inédits* ; ces auteurs nous disent que sur bien des monuments, les âmes trépassées sont représentées comme ἕρωες, que leurs tombes s'appellent ἕρωα. Rapprocher également les observations faites à la page 237.

(3) Cette identité est tellement indéniable, que l'origine même de Romulus est ramenée à une génération de ce genre. PLUTARQUE, *Romul.*, c. II.

(4) PLINE, *loc. cit.* ; DENYS D'HALICARNASSE, IV, p. 219, éd. Sylb. ; AULU-GELLE, *N. A.*, X, 24.



lares dans leur nouvelle orientation, les lares tournés vers le bien, les lares en tant que dieux de joie et de salut, devenus tels en se débarrassant de leur être négatif. Le nom de ces compitales (1), d'après lequel ces lares étaient encore appelés *lares compitales*, lares des carrefours, suffirait pour nous indiquer cette transformation ; mais nous avons, par surcroît, les récits des Anciens et les usages en vigueur dans ces fêtes. Ce sont des jeux et des fêtes de joie, et il suffit de rappeler ce trait caractéristique qu'en ces jours les esclaves devenaient les égaux de leurs maîtres et jouissaient d'une liberté illimitée (2) ; cette circonstance n'indique-t-elle pas clairement que les Romains savent bien que cette fête est réellement la fête de leur liberté, la commémoration du jour où ils ont secoué la suprématie hiératique religieuse de la substance étrusque. C'est ce qui nous explique encore que Denys d'Halicarnasse et d'autres historiens rangent eux-mêmes, mais sans comprendre toute l'importance de leur affirmation, la fondation de ces solennités parmi les institutions capitales de Tullius.

(1) Le nom de *compitalia* donné à ces jeux vient de *compitum*, carrefour ; Servius avait, en effet, ordonné de les célébrer aux carrefours. Il faut voir dans ce fait une allusion au mythe si connu d'Hercule entre le vice et la vertu (à la bifurcation, au carrefour), en vertu duquel les carrefours sont consacrés à ce même Hercule ; et cette allusion indique tout simplement le rapport existant entre ces compitales et le principe herculéen, ainsi que la modification par laquelle ces lares sont devenus des dieux aimables, réconciliés, amusés par des jeux. Aussi l'on place des lares aux intersections et aux carrefours des rues (Servius, chez Denys d'Halicarnasse, prescrit de leur élever des sanctuaires à tous les carrefours), bien qu'il n'y ait aucune relation entre ces lares, dont la place est au plus intime de la maison, et les carrefours, et nous trouvons, à partir de ce moment, des *lares compitales*, *viales*, etc. C'est ce qui nous explique encore la défense dont Caton nous parle à propos des lares : « Rem divinam nisi compitalibus in compito, aut in foco, ne faciat. »

(2) Voir les passages cités plus haut. CICÉRON, *Epist. ad Attic.*, VII, 7 ; HORACE, *Od.*, III, 17, 14 et les *Commentaires* de MITSCHERLICH ; HEMPELIUS, *de diis Laribus*, p. 43 seq., et MORASTELLUS, *de fer. Rom.*, *Dialog.*, XI, dans *Grævii Thes. Antiq.*, VIII, 803 seq.

Nous venons de dire que Servius n'institua ces compitalia qu'en l'honneur de cette réconciliation des lares, que ce fut lui qui introduisit ce culte des lares en tant qu'êtres réconciliés, que la signification des compitales ne saurait être une autre : nous en trouverons la preuve la plus convaincante dans le passage même de Macrobe, auquel il faut encore une fois nous reporter. Ce passage nous apprend que Tarquin s'élève précisément contre ces compitales créées par Servius en l'honneur des lares, et qu'à la place de ces jeux consacrés aux lares compitales il veut restaurer les anciens sacrifices humains offerts aux lares et à la déesse Mania (1).

Malgré l'assaut violent que la substance étrusque ne cesse de donner, elle ne peut plus se rendre maîtresse de son esprit réconcilié. La période de Tarquin le Superbe, la conquête de Rome par Porsenna est la période où Rome combat pour sa conscience spécifique romaine, pour sa libération, où elle veut arriver à son développement autonome et se soustraire à la suprématie hiératique de l'élément religieux ; et les succès passagers remportés par les armes tusciennes sont impuissantes à s'opposer à cette évolution. La religion ne peut plus se rendre maîtresse du droit ! Mais dans le souvenir romain elle se maintient quand même comme la base de l'origine de Rome ; c'est ce que nous montre clairement la dépendance bizarre dans laquelle la ville se trouve vis-à-vis de la discipline religieuse étrusque ; et aux ides de mai, à l'équinoxe de printemps, les prêtres, les vestales et les préteurs — la présence de ces derniers semblait indiquer que le droit était bien issu de la religion, — se réunissaient encore, du temps de Denys, en une procession solennelle, s'arrêtaient sur le pont sacré du Tibre

(1) « Qualem nunc permutationem sacrificii, Prætextate, memorasti, invenio postea Compitalibus celebratam, eum ludi per urbem in compitis agitabantur, restituti scilicet a Tarquinio superbo Laribus ac Maniæ », nous dit Macrobe. Dans ce passage, il y a opposition formelle entre les Lares dont Tarquin veut restaurer le culte et les Lares compitales.

et jetaient dans le fleuve trente petites figurines humaines. Denys lui-même raconte que cette coutume leur avait été enseignée par Hercule qui avait élevé un autel sur le mont Saturnin, avait aboli chez les Romains les sacrifices humains et avait prescrit le sacrifice par effigies pour apaiser les dieux, dont l'omission des anciens *sacra* indigènes avait excité la grande colère.

Par cette régression lente et systématique nous avons pu lever en grande partie le voile qui nous cachait la période préhistorique romaine. Et Niebuhr a beau s'écrier que l'on n'aperçoit ici que quelques points perdus dans le lointain le plus reculé et qui s'évanouissent devant nos regards dès que nous quittons nos auteurs pour les observer de plus près (1); il n'en reste pas moins vrai que nous avons établi,

(1) Il doit être facile maintenant de comprendre la différence qu'en principe il y a entre la manière de voir de Niebuhr et la nôtre, telle que nous venons de l'exposer. Pour Niebuhr, la matière préhistorique et tout particulièrement la période des Tarquins, sont de la libre poésie; il n'y voit qu'une épopée, une chanson des Nibelungen « sur la détresse des héros ». Or, la légende historique et le mythe ne sont jamais de la libre poésie, chez le peuple romain moins que partout ailleurs. C'est l'élaboration mythique d'un contenu très réel, historique; mais il s'agit de discerner ce contenu dans les diverses modifications qui bien souvent l'ont rendu pour ainsi dire méconnaissable. C'est précisément cette idée que Niebuhr se fait de la matière historique qui lui donne sa supériorité dans la critique pure, mais qui le rend incapable, d'autre part, de reconnaître l'élément positif des mythes et des légendes. C'est ce qui nous explique que sa méthode aboutisse à des résultats diamétralement opposés aux nôtres. Ainsi, dans le récit d'après lequel Tarquin établit des sacrifices humains, il ne voit qu'une invention due à l'esprit de parti; le récit que lui-même nous rapporte de Plutarque et dans lequel nous lisons qu'Hercule libéra les Romains de la dime à payer aux Etrusques, exprime, à l'entendre, allégoriquement que les Romains obtinrent cette libération par leurs seules forces: aussi veut-il y voir une allusion à la sujétion que Porsenna imposa aux Romains. Nous croyons avoir démontré par la discussion longue et approfondie des textes litigieux, que dans le dernier cas il ne saurait s'agir d'allégorie, pas plus que, dans le premier cas, d'invention due à l'esprit de parti.

avec une certitude absolue, les contours précis de ce procès de formation et de ses facteurs spirituels.

Mais ce n'est nullement par une association d'idées arbitraires que nous avons été amenés à ces recherches, nous y avons été poussés par l'âme même de notre sujet. Dès que l'on veut pénétrer jusqu'aux fondements derniers du droit, on est invinciblement ramené à l'histoire des origines de Rome, tout comme la naissance de Rome fut poussée vers la production du droit.

Cependant le résultat philosophique le plus général résultant de toutes ces discussions, celui qui nous servira de conclusion, est celui-ci. Les Pélasges et les Romains, les Pélasges et les Grecs, cette dualité que nous avons l'habitude d'énoncer comme une relation réelle intéressant l'histoire universelle, représentent tout aussi bien un rapport purement idéal : c'est la même substance qui se fraie un passage pour passer d'une forme de l'esprit humain à une forme supérieure ; c'est la subjectivité infinie qui se débarrasse de la forme fantaisiste et intérieure de la religion, pour entrer chez les Hellènes dans la forme plus élevée et

Les deux relations, séparées en apparence, sont pourtant connexes, et même, comme nous l'avons vu ci-dessus, on peut les rapprocher très intimement d'une foule d'autres traditions aussi indépendantes, aussi autonomes à première vue ; ce sont des fils différents, d'un seul et même tissu, qui fait ressortir la révolution religieuse et le procès de formation de l'esprit spécifique romain. Quand bien même, ainsi que cela découlerait de nos dernières indications relatives à Servius et comme du reste beaucoup d'auteurs l'ont affirmé, Acca Larentia, la nourrice de Romulus, aurait vécu sous le règne d'Ancus Martius, et se serait, à cette époque, unie à Hercule, il suffira de remarquer que cet Ancus est le prédécesseur immédiat de la domination tarquinienne (L. Tarquinius Priscus) et de Mastarna-Servius que cette dernière produisit, pour comprendre, sans que nous ayons besoin d'insister plus longuement, quels rapports étroits unissent ces faits à ce que nous avons prouvé plus haut. Ce que nous possédons dans ces mythes, ce n'est pas une épopée, mais le résidu d'un des processus les plus considérables qui se soient déroulés dans l'histoire de la civilisation : c'est réellement le processus d'où est sorti l'esprit spécifique romain.

la réalisation de l'art, chez les Romains dans la forme plus élevée et la réalisation du droit.

Dans ces deux formes de l'esprit il n'y a plus place pour la religion ; cependant elle se conserve dans le souvenir romain comme un élément qui fut autrefois en rapport avec sa racine maternelle ; chez les Grecs, et bien qu'il soit plus difficile de distinguer cette survivance, elle se conserve dans ce fait que le terrain religieux ne forme plus, comme chez Homère par exemple, que le ferment et la matière sur lesquels s'exerce l'activité modificatrice de l'art.

XLII. — Conclusion.

Nous croyons avoir atteint le but que nous nous étions proposé ; nous croyons avoir montré que le droit successoral romain, dans son développement dogmatique comme dans son évolution historique, représente dans toute sa rigueur le concept spéculatif que nous avons donné au numéro 1 comme le fond historique de l'esprit national romain ; le concept de l'infinie durée et de la perpétuation de la volonté subjective ; ou encore, pour mieux faire ressortir les éléments qui le rapprochent ou le séparent de l'esprit historique dans ses autres degrés : le concept de l'immortalité de l'esprit, avec cette restriction cependant que cet esprit n'est pas encore regardé comme esprit, mais simplement comme la volonté subjective de la personne, opposée au monde extérieur objectif auquel elle se rapporte pourtant comme à son contraire nécessaire.

Une fois le concept entendu de cette sorte, une fois admise sa précision concrète, c'est un simple jeu que d'en déduire immédiatement l'ensemble du droit successoral romain, la dogmatique aussi bien que l'histoire.

Il faut nécessairement partir de ce concept spéculatif historique pour arriver à comprendre l'esprit véritable du droit successoral romain ; grâce à ce procédé, tout le sys-



tème du droit successoral, jusqu'à ses dernières divisions, se condense peu à peu en un système absolument logique basé sur la raison immanente ; toutes les autres méthodes, au contraire, n'aboutissent qu'à le méconnaître dans son ensemble et dans ses détails. Et l'histoire de ce droit se transforme alors à nos yeux en une évolution idéale dont toutes les phases s'enchaînent intérieurement ; l'intérêt spéculatif réside dans l'intelligence du double courant ; dans son évolution incessante, le concept spéculatif primitif (l'ancien droit d'héritage civil) se détache graduellement de lui-même, s'extériorise et finit par se changer en son contraire (l'héritage considéré comme acquisition de fortune) ; mais, d'autre part, cette évolution ne renonce jamais totalement à cette idée spéculative du droit d'héritage civil, elle ne se sépare jamais de cette première racine, et même après s'en être distraite, elle n'en reste pas moins sous l'influence et l'inspiration de l'ancien droit civil. Nous avons montré le caractère et la nécessité interne de cette évolution : nous avons vu en effet que primitivement le concept spéculatif de l'hérédité considérée comme la perpétuation identique de la volonté subjective se réalise indépendamment du patrimoine et même en opposition formelle avec lui ; mais que l'hérédité trouve, précisément à cause de cela, le motif intérieur de son usure dans la volonté subjective autonome de l'héritier, qui, mis en opposition avec la fortune, commence à répudier de plus en plus souvent (1) ; que par conséquent l'hérédité doit avant tout intéresser la volonté individuelle de l'héritier au rétablissement de l'identité de volonté, en l'alléchant par son intérêt personnel. Tel fut le but de la *lex Falcidia*. La mo-

(1) Répétons une fois de plus ce que nous avons exposé au numéro 7. La répudiation faite par l'héritier réellement exhéredé n'est pas un fait d'ordre purement extérieur et accidentel ; ce qu'il faut y voir, c'est que la volonté de l'héritier que le *de cuius* affirme comme l'existence de sa propre volonté est, tout au contraire, une volonté autre, différente de la sienne ; nous y voyons indiquée la lutte de l'hérédité contre ses conditions préalables.



dification introduite par cette loi dans l'hérédité pouvait s'énoncer comme le principe : *sacra non sine pecunia* ; ce principe s'accorderait donc au fond et coïnciderait avec cet autre principe : *sacra cum pecunia*. Sorti du repli subsidiaire le plus extérieur du droit de succession ab intestat, l'*usucapio pro herede*, ce principe est devenu à la longue un droit de succession autonome, particulier et subsidiaire, le droit de succession en tant qu'acquisition de fortune, la *bonorum possessio prétorienne*.

Avec la loi Falcidia, le concept civil du testament s'est donc, en lui-même, déjà transformé en ce que sera de son côté le droit subsidiaire prétorien. Le *de cuius* doit assurer sa perpétuation en instituant un héritier chargé de réaliser la volonté testamentaire. Il a du reste atteint son but ; mais il lui a fallu, pour arriver à ses fins, tenir compte de l'intérêt personnel de l'héritier ; ce faisant, il a reconnu déjà, à part lui, que la volonté de l'héritier est une volonté autre, absolument indépendante, opposée même à celle du *de cuius*. (Or, c'est la volonté de ce dernier qui était la substance primitive dont il importait d'assurer la perpétuation permanente). Il a reconnu l'héritier pour l'acquéreur nécessaire de sa fortune, il a reconnu que la fortune constituait la substance de l'héritier. La sphère civile a donc réalisé, elle aussi, l'évolution vers le principe auquel s'est arrêté déjà le germe subsidiaire sorti d'elle pour devenir un droit particulier. A dater de ce moment elle est donc forcée de refaire, dans son sein, une place à ce rejeton, de renoncer aux différences qui la séparaient de ce droit subsidiaire prétorien et de s'unir avec lui en un seul et même droit. Il en résulte que pour l'hérédité civile et testamentaire elle aussi, le concept spéculatif de l'hérédité apparaît dès lors comme acquisition de fortune. Mais cette transformation se rattache encore, par les liens les plus divers et les plus ténus, à l'ancien concept de l'identité de volonté, et comme dernier stade de sa longue évolution elle produira finalement la succession justinienne *sub beneficio inventarii* (L. 226, 6, 30). Dans cette dernière incarnation, le concept a

perdu, en droit romain, tout ce qui faisait son caractère spéculatif ; l'acquisition de fortune a réussi à devenir l'équivalent absolu de la perpétuation de la volonté, et l'héritier peut l'énoncer ouvertement comme l'élément substantiel du rapport existant entre lui et le *de cuius*.

Une fois bien établi et bien compris le sens véritable du droit d'héritage romain, nous pourrions nous faire une idée concrète et exacte d'un autre fait : quel est au regard de l'histoire universelle le fond de l'esprit national romain, en quels rapports se trouve-t-il avec les différents degrés, antérieurs à lui ou postérieurs, de la culture intellectuelle ? Le droit civil nous est apparu comme l'existence, dans son intégrité complètement intacte, du concept spéculatif qui constitue le fond primitif de l'esprit national romain. Le droit prétorien n'est que l'évolution de cet esprit national romain qui, pour se compléter et se développer davantage, essaie de se débarrasser, par un travail lent d'usure, de la substance spécifique originelle pour aboutir enfin à une situation où les éléments humains généraux tiendront la première place. Quant à sa forme extérieure, cette évolution est l'œuvre de l'entendement qui invoque les considérations d'équité pour réagir contre le concept spéculatif. Le droit prétorien est donc tout simplement le travail long et pénible de la dénationalisation progressive. Pour le fond comme pour la forme ce travail coïncide, à ses deux extrémités, avec le christianisme ; et la dissolution qu'il accomplit dans l'esprit national romain prépare Rome à s'assimiler l'esprit cosmopolite et humainement universel du christianisme.

La philosophie stoïcienne est la représentation, dans l'idée pure, de ce procès de désagrégation préparatoire à la conception chrétienne ; le droit prétorien de son côté le représente réalisé déjà dans la réalité juridique de la vie nationale. Et l'histoire nous apparaît ainsi comme une évolution d'ensemble éminemment rationnelle dont toutes les phases se tiennent dans une transparence lumineuse absolue. Les grandes erreurs qui jusqu'à nos jours se sont



glissées dans l'interprétation du droit romain proviennent principalement de ce que, dans toutes les études relatives au droit romain, on est toujours parti du droit justinien, par conséquent du droit romain dans sa dernière forme. Comme ce droit justinien est le dernier anneau d'une chaîne, on ne peut le comprendre par lui-même. Pour bien se rendre compte de ce que fut Rome, il faut partout remonter jusqu'au droit civil primitif et prendre ce droit comme unique point de départ. C'est alors seulement que nous apparaîtra, dans toute sa lumière, cette dernière forme, dont il faut motiver la constitution et l'explication non par elle-même, mais par ses origines.

Ce serait une répétition bien inutile, après ce rapide coup d'œil rétrospectif sur les linéaments généraux de l'évolution du droit successoral romain, d'examiner, avec de nouveaux détails, le fond idéal et la marche qui ressortent clairement pour quiconque veut rapprocher nos diverses considérations antérieures, mais que l'esprit ne peut saisir qu'en s'identifiant réellement avec les différents détails ; il nous faut cependant attirer de nouveau l'attention sur deux points qui servent à relier cet exposé du droit successoral avec l'ensemble de notre ouvrage et qui nous ont inspiré cet exposé.

Le premier point est celui-ci : avant l'adition le droit d'héritage n'est pas encore un droit acquis. C'est de quoi nous venons de démontrer la nécessité interne. De même que le général ne résulte que de tous les éléments particuliers, de même le particulier ne se comprend réellement que par le général.

Mais ce point n'est qu'une conséquence essentiellement identique de cet autre point, qui nous a autorisés et même forcés de consacrer au droit successoral cette étude spéciale si détaillée ; et même ce point n'est plus, à proprement parler, un simple point ; c'est plutôt l'axe moral du droit successoral tout entier. Nous voulons parler de la preuve, promise au tome 1^{er}, § 2, A, qui établirait que le droit de succession est tout simplement un droit produit et exprimé

par l'acte volontaire individuel de l'héritier, et par conséquent un droit acquis. Sans cette preuve on aurait dû croire forcément ou que le droit successoral n'est pas un droit acquis ou que notre théorie des droits acquis, à laquelle semble contredire la manifestation sensible du droit successoral, est fautive. Cette preuve que le droit de succession ne pouvait être donné à l'héritier testamentaire par une tierce personne, ni à l'héritier *ab intestat* par le simple fait de la mort d'un tiers, ni par la loi, — l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat* ont en effet ceci de commun dans leur concept qu'ils affirment par l'addition l'identité de leur volonté avec la volonté subjective du *de cuius*, — cette preuve, disons-nous, ne pouvait être fournie dans toute sa profondeur intérieure que par un exposé dans lequel nous ferions entrer, du moins quant à leurs éléments essentiels, toute la dogmatique et toute l'histoire concernant cette question de l'hérédité.

Nous espérons qu'à l'heure actuelle nous avons apporté cette preuve avec une certitude inattaquable. Tous les arguments apportés jusqu'ici, et même les plus infimes, cadrent parfaitement et ne laissent plus subsister le moindre doute : l'hérédité n'est pas autre chose que l'identité de volonté existant entre le *de cuius* et l'héritier, par laquelle ce dernier perpétue la personnalité volontaire du premier. Tout droit de succession repose donc absolument sur l'acte volontaire interne de l'héritier ; c'est cet acte qui produit cette identité de la personnalité volontaire et par conséquent le droit de succession. Nous avons donc vu que l'existence, la validité et la force de la volonté testamentaire découlent de la seule volonté de l'héritier, si bien qu'on pourrait voir, dans le testament, l'expression de la volonté de l'héritier tout aussi bien que l'expression de la volonté du testateur. Et qu'on n'aille pas s'imaginer que c'est là quelque paradoxe grimaçant d'idéalisme outré ; il est un fait qui vient à l'appui de notre thèse : c'est le quasi-contrat, que les legs sont destinés à reconnaître pour l'héritier.



Nous avons également vu que c'était l'activité personnelle de l'héritier lui-même qui produisait la délation du droit de succession. Si l'héritier ne peut, sans connaissance préalable, faire d'adition valable, cela signifie tout simplement qu'il n'existe pas de droit pour l'acceptation de la succession, qu'il n'existe pas de droit de succession (1) tant que l'héritier n'a pas, par un acte de sa volonté, assimilé la volonté du *de cuius* à sa propre personnalité subjective. Et puisque l'hérédité a pour substance l'identité de volonté des deux personnes, il n'y a rien d'étrange à ce qu'il y ait intervention entre les deux facteurs, puisque la relation consiste précisément à donner à ces deux volontés différentes l'apparence d'une seule volonté identique. Si, d'un côté, l'on peut tout ramener à la volonté du testateur,

(1) Il était de toute évidence qu'avant l'adition la succession ne pouvait être un droit acquis. Mais le *jus adeundi*, le droit de succession qui existait avant l'acceptation de la succession et avait existé, même en cas de répudiation ultérieure, prenait en quelque sorte les apparences d'un droit acquis : c'est même cette apparence qui a trompé Savigny. Mais nous venons de démontrer qu'avant l'adition le *jus adeundi* n'était nullement un droit acquis, pas plus que, par exemple, dans le testament primitif *per æs et libram* le droit d'un citoyen de faire avec le *de cuius*, en sa qualité de *familiæ emptor*, un testament de mancipation, n'était un droit acquis, antérieurement à l'acte testamentaire. C'était effectivement son droit légal de suivre quiconque l'appellerait à devenir *familiæ emptor*, mais ce n'était qu'un droit légal, rien de plus, et tant qu'il n'avait pas été exercé, un changement dans la volonté du testateur instituant, une nouvelle loi modifiant les capacités requises pour être *familiæ emptor*, pouvaient le dépouiller de ce droit. Il est vrai que dans les formes ultérieurement employées pour les testaments qui reculaient l'adition jusqu'après la mort du *de cuius*, l'héritier n'avait plus à craindre le changement toujours possible dans la volonté de ce dernier ; mais la seconde cause de changement, celle dont la source était une loi nouvelle sur la capacité requise pour être *familiæ emptor*, subsistait dans son entier. Cet exemple montre d'une façon péremptoire que le *jus adeundi*, que la loi *ab intestat* ou la volonté d'un tiers conféraient à une personne, ne devient droit acquis qu'à la suite de son exercice, qui le change en hérédité.

puisqu'elle est le point de départ de tout le mouvement, on peut, d'autre part, tout imputer à la volonté de l'héritier, puisque cette volonté est indispensable pour donner à la première l'existence juridique et l'efficacité permanente. Le *testamentum per æs et libram* dans son rite originel (où le *familiæ emptor* est le *heres*) — cette affirmation adéquate de tous les motifs de l'idée de testament dans la forme extérieure — contient déjà, dans l'acte formel et la formule même, extérieurement, l'indication que les deux volontés doivent nécessairement coopérer et même avoir la même efficacité pour la *testamentifactio*. Nous avons vu que le droit de transmission se limitait, chez l'héritier qui n'avait pas encore fait l'adition, à ce même acte intérieur de la volonté. Nous avons vu que même le *suus* et le *necessarius* n'héritent que par cet acte intérieur de la volonté et que, chez eux, l'acte d'adition ne se trouve superflu que parce que son identité de volonté avec le sujet de sa volonté est affirmée déjà. Nous avons vu, en un mot, comment toute la richesse de la matière qui nous occupe découle, comme de son âme active, de ce seul concept spéculatif pour devenir un organisme vivant.

Nous avons donc établi, de manière irréfutable, que le droit de succession est produit par un acte propre et individuel de la volonté de l'héritier et que c'est cette origine seule qui nous permet de le classer parmi les droits acquis.

On comprend maintenant qu'il faudrait taxer de rétroactive toute loi qui, une fois faite l'acquisition de l'hérédité (chez l'*extraneus*, après l'adition, chez le *suus*, après la délation effective) modifierait le droit de succession ; elle annulerait, en effet, des droits exprimés par des actes individuels de volonté, elle dénaturerait des actes de volonté.

Le dernier pilier sur lequel reposera notre théorie des droits acquis se trouverait donc achevé.

Mais qu'on ne s'y trompe pas. Lorsque nous disons que la preuve est faite, nous ne voulons parler que du droit successoral romain. C'est à l'heure actuelle précisément, main-



tenant que nous avons exposé très nettement, et dans son esprit spécifique propre et véritable, ce droit romain, que nous verrons forcément s'évanouir l'analogie trompeuse qu'il semblait y avoir entre le droit romain et le droit successoral germanique (1).

La question qui se pose est celle-ci : Mais si, d'après les considérations qui précèdent, il n'y a aucun rapport entre le droit germanique et le concept dont nous avons montré l'ultime racine dans la substance historique de l'esprit national romain, jusqu'à quel point et comment le droit successoral germanique représente-t-il un droit acquis ?

Or, cette question coïncide absolument, quant à la réponse à faire, avec cette autre question précédemment soulevée : Pourquoi, d'après tout le droit germanique, l'héritier acquiert-il *ipso jure* par la mort du *de cuius*, alors qu'à Rome il n'acquerrait que par l'adition ?

Passons donc maintenant à la solution de cette nouvelle difficulté.

(1) Nous voyons une fois de plus qu'au fond il n'y a pas de droit successoral général, mais tout simplement un droit successoral romain, germanique, etc. Les diverses branches de l'esprit historique ont toutes leur concept concret et spéculatif dans leur manifestation historique. Le concept formel, commun aux formes similaires des diverses époques historiques du monde, par exemple, le concept général d'hérédité commun au droit successoral romain et au droit successoral germanique, est un concept purement abstrait, sans aucun fond, qui se change parfois en une opposition absolue, par suite de la différence et de la divergence qui, aux diverses époques, se font jour dans l'esprit national. Les lignes qui vont suivre feront la preuve manifeste de notre assertion.



II

LA NATURE DU DROIT SUCCESSORAL GERMANIQUE

Dans notre étude du droit successoral romain nous avons été forcés de faire un exposé spécial très détaillé pour en bien établir, par l'appréciation de sa matière réelle et de son histoire, toute l'importance et toute la signification morale, si longtemps méconnues ; mais à propos du droit successoral germanique nous pourrions être d'autant plus brefs. D'une part, les facteurs mêmes dont nous nous servirons pour l'établissement de notre preuve nous sont maintenant mieux connus quant à leur importance morale, par suite de leur similitude de conception avec la substance de l'esprit moderne, si bien que nous n'avons plus qu'à pousser ces prémisses à leurs dernières conséquences ; et d'autre part, pour les cas où cette première affirmation ne se réaliserait pas, l'opposition nettement accentuée qui existe entre le concept romain de l'hérédité et le concept germanique projettera la lumière la plus claire et la moins douteuse sur la nature du droit successoral germanique. Ici comme partout le caractère bien précis de l'esprit découlera des contrastes. Nous faisons donc remarquer expressément que les développements qui vont suivre n'ont de force probante et ne seront intelligibles que pour ceux qui ont suivi avec attention toute notre étude relative au droit d'héritage romain.

L'antique maxime de droit : Le mort saisit le vif, ou, comme on l'exprime en latin : *mortuus aperit oculos vi-*



ventis, cette maxime de droit que nous retrouvons chez toutes les races germaniques, contient dans cette forme énergique et concise, propre aux proverbes juridiques, l'expression de l'idée que l'héritage se transmettait *ipso jure*, immédiatement et sans aucun intermédiaire, à l'héritier, par la mort même du *de cuius* (1). Les différentes recherches ont prouvé que, depuis les temps les (2) plus reculés, cette maxime formait la base du droit germanique. Et les peuplades germaniques ont emporté cette conception dans tous les pays où elles se sont établies, en Hollande et en Angleterre, en France, en Espagne et en Italie (3), et malgré leur fusion plus ou moins complète avec ces éléments étrangers et latins, elles l'ont érigée en droit. Cette conception vivait même avec une telle force dans la disposition primordiale de l'esprit germanique que même dans les pays où elle devait naturellement céder la place au droit romain devenu le droit commun, elle ne disparut jamais complètement ; elle se trouva simplement refoulée au fond de l'esprit national et dans les législations modernes de ces peuples elle a revécu avec une force toujours égale, en dépit des nombreux éléments romains admis dans ces législations.

(1) Voir TIRAQUELL, *De regula* : le mort saisit le vif ; Opp. II, 1 sq. Dans un acte de 1332 (voir *Miræi Cod. diplom. Belg.*, lib. II, c. LXXXII), on la mentionne déjà comme une coutume nationale, notoire et très ancienne (se esse saisitum per consuetudinem patriæ notariam, quod mortuus saisit vivum) ; voir également MITTERMAIER, *Principes du droit allemand*, 3^e édition, § 466, note 9-14. En France, cette formule se trouve déjà sous Louis IX ; voir *Etabliiss.*, lib. II, c. IV et TROPLONG, sur les coutumes d'Amiens (*Revue de législation*, XXV, 147).

(2) Voir par exemple les *Leg. Alemannic.*, tit. XCII : « Si quis mulier peperit puerum et in ipsa hora mortua fuerit et infans vivus remanserit aliquanto spacio, vel unius horæ, et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertineat. »

(3) HEINECCIUS, *Elem. jur. Germ.*, lib. II, tit. X, § 296 ; EISENHART, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern*, 3^e éd., p. 329, note 2 ; EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, § 353.



En France, où la formule : Le mort saisit le vif s'est conservée durant tout le Moyen Age dans les pays de droit coutumier, elle forme la base de la législation successorale du code Napoléon. Elle prédomine dans le code général prussien (1) et se retrouve également dans le code autrichien (2).

Il est clair qu'en nous référant à cette formule nous n'avons nullement avancé dans l'explication même de la conception. Loin de pouvoir s'expliquer par le proverbe juridique, elle a, dans ce proverbe, son expression forte et concise, et le proverbe ne peut s'expliquer qu'après l'explication de la conception.

Il doit même sembler, de prime abord, que cette formule : « Le mort saisit le vif » contredise avec la dernière énergie notre affirmation que, même d'après le droit germanique, le droit de succession repose sur l'acte propre et individuel de la volonté de l'héritier. Cette formule exprime avec la dernière force que par le simple fait de la mort du *de cuius*, et sans qu'il y ait besoin d'autre motif, la succession devient la propriété réelle de l'héritier ; et les législations mentionnées ci-dessus contiennent des dispositions absolument analogues. Cependant l'explication conceptuelle de cette idée, ainsi que la preuve que même d'après le droit germanique le droit de succession est exprimé par l'acte individuel volontaire de l'héritier, sont en somme, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, la réponse à une seule et même question ; et nous allons voir que notre réponse à la première partie de cette question établit complètement la base sur laquelle nous appuierons la réponse à la seconde partie.

Au moment de leur première apparition, les Germains, au témoignage de Tacite, ne connaissaient que le droit *ab intestat* (3). Mais la seule similitude apparente existante

(1) 1^{re} partie, tit. IX, §§ 367-370.

(2) 2^e partie, tit. VIII, § 537 en particulier.

(3) TACITE, *German.*, c. xx : « Heredes tamen successorum sui cuique liberi, nullum testamentum. »

entre cette dénomination et ce qu'on entendait à Rome sous le nom de droit successoral *ab intestat*, courrait grand risque de nous induire en erreur, si nous ne prenions soin d'indiquer, dans toute sa clarté, la différence qui les sépare et qui est en tout cas assez notable pour qu'en dehors de la dénomination il n'y ait rien de commun. Il ne s'agit pas ici de la différence dans les prescriptions légales ; quelle que puisse être cette différence, elle laisserait toujours subsister quelque élément commun ; il ne peut être question que de la différence dans l'idée des deux institutions, grâce à laquelle, chez tous les peuples, elles nous apparaissent radicalement différentes. L'examen le plus superficiel suffirait d'ailleurs pour nous faire comprendre que le droit successoral *ab intestat*, qui n'entre en ligne de compte que subsidiairement, c'est-à-dire lorsque la volonté individuelle du *de cuius* n'a pas parlé, — et c'est le cas dans le droit romain, — ne peut être la même chose qu'un droit successoral *ab intestat*, unique et exclusif, un droit qui exclut la volonté du *de cuius*, si cette volonté veut aller à son encontre ; cet examen nous fera comprendre que ces deux droits doivent forcément partir de deux idées diamétralement opposées et qu'en somme le seul élément commun qu'ils puissent avoir est celui-ci : la mort du *de cuius* leur fournit à tous deux l'occasion de montrer au grand jour la différence de leurs deux esprits nationaux.

Nous sommes obligés de nous référer ici au concept du droit *ab intestat* romain dont nous avons établi l'esprit particulier ; or, ce concept était la volonté générale du peuple, présumée, considérée et valable comme étant la volonté de cet individu déterminé qui ne s'est pas particularisé.

Il est de toute évidence que ce concept de la succession *ab intestat* ne saurait rien avoir de commun avec celui du droit successoral germanique ; du moment que ce concept doit s'appliquer à un droit *ab intestat* qui n'intervient que subsidiairement, au cas où le *de cuius* ne fait pas usage de son absolue liberté de tester, il ne peut naturellement



rien avoir de commun avec un droit successoral *ab intestat* qui — et c'est le cas pour le droit des peuples germaniques dans sa forme primitive nationale — est un droit exclusif, ignorant toute disposition testamentaire ; un droit qui, sous la forme d'héritier légitimaire et de part légitime, a toujours conservé, jusque dans ses modifications les plus éloignées et les plus modernes, le caractère principal et dominant qui en fait un droit successoral *ab intestat* ; un droit qui, à côté de la légitime, ne concède à la libre disposition testamentaire qu'une part minimale et limitée, la part disponible ; un droit enfin qui, du moins durant son époque moyenne, maintient avec une telle logique ce droit substantiel et autonome de l'héritier *ab intestat*, que le droit de cet héritier ne commence pas seulement avec la mort du *de cuius*, mais existe déjà réellement et efficacement du vivant même de ce *de cuius*, qu'il ne laisse pas libre d'aliéner le bien héréditaire.

Les motifs que nous venons de mentionner suffisent amplement à eux seuls pour nous indiquer, avec une entière clarté, que le droit *ab intestat* germanique peut revendiquer à juste titre la dénomination qu'on avait à tort appliquée au droit *ab intestat* romain (1) : c'est un véritable droit familial. Il s'agit uniquement d'expliquer ce dernier principe avec plus de précision.

Le concept de la famille est l'identité morale des personnes ; et la base substantielle de cette identité n'est plus la simple affirmation de la *volonté* subjective, l'appropriation par la volonté, mais l'unité sentimentale de l'esprit (2), c'est-à-dire *l'amour* (3). Comme le sentiment est, dans

(1) Du reste, c'est la conception germanique qui est la source de cette erreur ; cette conception existe encore dans la conscience actuelle et même dans celle de nos juristes modernes qui s'adonnent à l'étude du droit romain.

(2) V. HEGEL, *Philosophie du droit*, § 158.

(3) Si nous voulions procéder par brèves antithèses, nous pourrions, en tenant uniquement compte du contenu concret nettement délimité de la définition conceptuelle que renfermeraient ces



l'esprit, immédiat et existant en lui, il s'ensuit que l'unité s'y trouve exister réellement : en d'autres termes, c'est l'identité du sang. La procréation se manifeste donc ici avec son caractère spécifique. Mais si cette unité morale des personnes constitue le concept de la famille, il en découle nécessairement les conséquences conceptuelles suivantes : Le patrimoine devient en substance la propriété collective de toute la famille. Le droit de l'héritier *ab intestat* sur la fortune ne prendra donc pas naissance à la mort du *de cuius* et ne sera pas attribué par la volonté de ce dernier. Ce droit provient plutôt de ce que l'héritier *ab intestat* est un membre réellement existant de la famille ; l'héritier l'acquiert par conséquent dès son entrée dans la famille, de sa procréation, et la mort du *de cuius* lui permet simplement de réaliser ce droit. Enfin, ce droit qui existe virtuellement déjà du vivant même du *de cuius*, en tant que droit personnel de l'héritier, devra de même, pendant la vie du *de cuius*, manifester son existence et révéler la communauté de la substance des biens, en ne laissant au *de cuius* qu'un exercice limité de son droit individuel de propriété.

Une dernière conséquence de toutes ces diverses considérations est celle-ci : Chez les Romains, le droit de succession signifiait essentiellement le droit de perpétuer la volonté de l'individu ; l'héritier était donc absolument obligé de s'identifier tout d'abord avec cette personnalité volontaire, pour s'emparer accidentellement de tout ce qui en relevait ; chez les peuples germaniques, au contraire, c'est le droit propre et autonome du membre de la famille, ce n'est plus le droit à la continuation de la volonté, mais essentiellement un droit au patrimoine, un droit à revendiquer, dans la fortune collective de la famille, la part que lui a valu son entrée dans la famille.

Les traits de ce concept sont si manifestement ceux du droit successoral germanique, qu'il nous semble absolu-

deux termes, avancer que l'esprit national romain est à l'esprit national germanique comme la volonté à l'amour.



ment superflu d'entrer ici en plus de détails ; il nous suffira de réveiller quelques souvenirs pour faire apparaître cette concordance dans toute sa lumière.

Le premier principe du droit successoral romain veut que l'héritier réponde, par sa fortune personnelle, de toutes les dettes du *de cuius* ; dans le droit germanique, au contraire, précisément parce que ce droit ne voit dans l'hérédité que l'acquisition de fortune, mais pas du tout la perpétuation de la volonté, le principe fondamental veut que les obligations résultant de cette acquisition ne dépassent jamais l'acquisition même, que par conséquent l'héritier ne puisse être rendu responsable *ultra vires hereditatis* (1) : « Retenez surtout ceci : jamais l'héritier ne sera tenu de payer les dettes du défunt en prenant sur son propre bien personnel qu'il s'est acquis lui-même (2). »

(1) Glose du *Sachsenspiegel* (le droit saxon), 1, 6.

(2) Et cette manière de voir s'impose tellement dans la conception germanique que, malgré l'admission de nombreuses idées juridiques romaines, l'Allgemeine Landrecht (le Code général prussien) établit en principe : quiconque fait l'adition d'une succession *pro herede gestio*, est présumé ne faire l'adition que *sub beneficio inventarii* (1^{re} partie, Tit. IX, § 420). Pour écarter ce bénéfice d'inventaire, il faut une renonciation manifeste et précise, par conséquent un acte particulier de la volonté (*ibid.*, § 414). Comme l'on voit, la présomption (l'héritier est présumé accepter *sub beneficio inventarii*) devient le juste contraire de ce qu'elle était dans le droit romain ; nous voyons actuellement quelle est la cause de ce renversement de termes. Ce qui était l'exception dans le droit romain devient la règle dans le droit germanique, et *vice versa*, la règle du droit romain devient l'exception du droit germanique ; la raison en est toute simple : chez les peuples germaniques, le droit de succession était d'emblée et en principe un simple droit patrimonial ; dans le droit romain, par contre, et uniquement encore dans sa forme dernière, la forme justinienne, c'était avec une restriction spéciale que le droit de succession était devenu une simple acquisition de fortune. Malgré tout le désir des jurisconsultes allemands de nous donner un droit réellement romain, ils n'y réussirent jamais ; ils auront beau puiser dans le droit romain des principes juridiques, ils ne pourront pas s'isoler de la conception toute modifiée qui est la leur, et sans le savoir, ils attribueront à ces prin-



L'usage des dispositions testamentaires s'était généralisé depuis fort longtemps, sans que cependant la liberté absolue de tester fût permise à d'autres qu'aux personnes n'ayant pas d'héritiers légitimes. L'individu qui a des héritiers légitimes n'est libre de tester qu'autant que le permettent les droits des plus proches héritiers, et même à l'intérieur de ces limites qui lui ont été tracées, il n'est parfois libre de tester que si ce testament est en faveur d'un proche parent ou de sa propre femme (1).

Le droit absolu du plus proche héritier s'appelle *Eigen, Erbeigen* (ce sont les *biens propres*, les *propres de l'héritage*, comme ces biens s'appellent dans les *coutumes françaises* où ils occupent une situation juridique absolument identique); le testament ne jouit pas, quant à ces biens, de la libre disposition testamentaire. Le but que nous nous sommes proposé n'exige pas du tout que nous élucidions à fond la question de savoir si le testateur n'a la libre disposition que des biens meubles, ou bien des biens meubles et des *conquêts* à la fois. L'idée est la même dans les deux cas. Il n'est en effet pas difficile de comprendre qu'au regard du droit germanique le rapport entre les biens meubles et la propriété foncière est tout simplement le rapport entre la substance de la fortune, le *fundus* et les fruits. Il suffit de jeter un coup d'œil rapide sur la situation économique de l'époque où s'est introduite cette distinction entre les biens meubles et les domaines héréditaires, il suffit de se rappeler la prépondérance absolue de la propriété foncière, aussi bien par rapport à la masse de la fortune meuble que par rapport à l'acquisition de cette fortune qui, dans ces temps,

cipes une signification conceptuelle diamétralement opposée à leur signification dans le droit romain. En Saxe, l'héritier n'est pas tenu non plus *ultra vires hereditatis*. HAUBOLD, *Manuel du droit saxon*, § 348.

(1) *Schwabenspiegel* (miroir de Souabe), chap. CCLXXXIII, §§ 2, 3; chap. CCLXXXV, CCXC-CCXCIV, éd. de Senkenberg; SYDOW, *Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels*, pages 304 et suiv.



dérivait presque exclusivement de la propriété foncière, pour reconnaître, dans cet état de choses, l'expression de la situation économique réelle de cette époque disparue. Les biens meubles désignent donc tout simplement le revenu, l'usufruit de la propriété, et comme de tous les revenus le *de cuius* doit pouvoir en disposer à sa guise durant sa vie.

La propriété foncière semble donc former seule la substance de la famille ; c'est ce qui ressort des considérations superficielles auxquelles nous venons de nous livrer ; elle est donc, en tant que substance, le stock naturellement existant de la fortune familiale, sur lequel le testateur n'a plus un droit de libre disposition. Il importe donc fort peu, pour la détermination du concept, de savoir si les biens qu'un individu ne tient pas d'une succession, mais de son travail individuel, en d'autres termes, les acquêts, sont assimilés aux biens meubles, sous prétexte qu'à l'exemple de ces biens meubles ils découlent des revenus du fonds héréditaire (du domaine), ou s'il faut au contraire les envisager comme fonds héréditaire, par conséquent comme la substance de la fortune, sous prétexte qu'ils ont à leur tour pris la forme de propriété foncière (1).

(1) Il est d'ailleurs de toute évidence que la première opinion (l'assimilation des biens meubles aux acquêts) est de beaucoup la plus logique. Les anciennes coutumes françaises l'ont toujours maintenue dans la question des propres, et même aujourd'hui c'est d'elle que s'est inspirée la communauté de biens, telle que nous la trouvons dans le mariage français. Il est vrai que le « *Sachsenspiegel* » et le « *Landrechtliche Richtsteig* » semblent pencher en faveur de la seconde opinion, alors que les gloses sur le « *Sachsenspiegel* » prétendent le juste contraire. (Quand quelqu'un s'est acquis des biens immeubles en échange de ce qu'il a gagné, il est libre de laisser ces biens à qui bon lui semble. Le bien qui nous vient par voie d'héritage est appelé bien héréditaire et on ne peut en disposer sans la permission des héritiers) ; il est encore vrai que déjà les anciens droits populaires connaissaient cette différence. Mais bien que dans les passages de loi, qui traitent du droit successoral, on n'oppose jamais que les biens meubles et la propriété héréditaire, il ne faudrait pourtant pas en conclure l'assimilation complète des biens immeubles et des acquêts, sous prétexte que



Ainsi donc le testateur n'a pas la libre disposition testamentaire du bien héréditaire ; bien plus, il ne peut même en disposer valablement entre vifs, à cause du droit virtuel appartenant aux héritiers. Si le propriétaire aliène ce bien héréditaire, sans en avoir préalablement obtenu la permission du plus proche héritier, celui-ci peut toujours, avant l'expiration du délai d'un an et un jour, révoquer cette aliénation. Nous avons vu plus haut que l'héritier n'était pas tenu de payer, sur ses biens propres, les dettes du *de cuius* ; il nous reste à ajouter ici qu'il n'est tenu de payer ces dettes qu'autant que les biens meubles hérités (resp. les acquêts hérités) lui en fournissent les moyens (1) : « Celui qui accepte un héritage, est responsable des dettes pour une part égale aux biens meubles de la succession. » A la question de savoir jusqu'à quel point la veuve est tenue de payer les dettes, le « Landrechtliche Richtsteig » répond : « jusqu'à concurrence des biens meubles de la succession ; jamais on n'est tenu de payer de telles dettes sur son propre bien, parce qu'on n'a pas le droit de se dessaisir de quoi que ce soit dans le patrimoine de ses héritiers. » Et même parmi ses fils, le propriétaire n'a pas le droit de faire une répartition arbitraire. Il ne suffit pas qu'il soit tenu compte de la substance familiale en général ; par son entrée dans la famille, chaque membre s'est acquis un droit individuel sur une part égale dans la fortune collective de la famille, comme nous pouvons d'ailleurs le constater dans les anciens droits populaires (2).

ces acquêts ne rentrent pas dans les biens meubles ; en outre, on a soutenu, de différents côtés, que l'auteur du « *Sachsenspiegel* » avait exprimé, non pas la conception du droit germanique général, mais une conception juridique particulière.

(1) *Sachsenspiegel*, chap. x, éd. de Senkenberg.

(2) Voir par exemple : *Lex Burgundionum*, tit. I, c. 1 : « Ut patri, etiam antequam (cum filiis) dividat, de communi facultate et de labore suo (acquêts individuels concordant pleinement, d'après leur concept, avec le revenu, et dans ce sens, espèce de *labor*) cui-libet dare liceat, absque terra sortis titulo (bien héréditaire) acquisita. »



Ce fait que le propriétaire ne peut librement, même entre vifs, disposer des biens héréditaires, que d'autre part le bien héréditaire ne répond pas pour les dettes du défunt, nous montre jusqu'à l'évidence que la propriété est la propriété collective de toute la famille, que par conséquent, du fait même de sa naissance, chaque membre de la famille acquiert un droit de propriété naturel à la succession ; c'est un trait caractéristique qui frappe nos yeux dans les différents droits germaniques. Si le *Sachsenspiegel* nous dit (1) : « Ce que l'on donne à un homme ou à une femme, ils le posséderont trois jours. Mais ce qu'on aura réclamé d'une action juridique ou par héritage, ils ne pourront pas le posséder », nous comprenons à l'heure actuelle pourquoi justement dans ces deux modes d'acquisition la possession ne soit pas exigée. Ces deux modes d'acquisition, l'action juridique aussi bien que l'héritage, s'accordent en un point : on y considère le droit lui-même, non pas comme une acquisition du moment, mais comme un droit existant antérieurement déjà et qui prend occasion de la plainte juridique ou de la succession pour se réaliser et se faire reconnaître (2).

Ces diverses considérations doivent nous prouver jusqu'à l'évidence la nécessité interne de la maxime : Le mort saisit le vif. Par le seul fait de la mort du *de cuius*, la propriété d'une part de la succession doit passer *ipso jure* à l'héritier pour la raison bien simple que cette succession formait antérieurement déjà la propriété collective de la

(1) III, 83.

(2) Voir § 10 de la *Théorie*, tome 1^{er}. Bien que, d'après ce que nous y avons vu, l'idée actuelle du droit considère toute acquisition comme la réalisation d'un droit antérieurement existant virtuellement (en soi), cette réalisation doit cependant, — sans que pour cela il soit touché aux conséquences juridiques qui peuvent se produire dans le temps de cette simple *suité* latente — se rapporter nécessairement à l'époque où ce droit existait virtuellement. Le droit germanique, lui aussi, comme on vient de le voir, confirme cette hypothèse.



famille (1), ou encore pour cette autre raison que le droit de propriété dévolu à l'héritier n'est pas constitué par la volonté du *de cuius*, ne naît pas davantage à la mort de ce *de cuius*, mais est un droit acquis à l'héritier de par sa naissance : il n'attendait que cette occasion pour renoncer à son état latent et se produire dans la réalité. Tout comme dans une obligation conditionnelle, le *vinculum juris* remonte donc à l'époque de la naissance même de l'héritier ; et au moment où se réalise la condition fixée d'avance, il ne saurait plus être question d'un nouvel acte d'acquisition ni d'une nouvelle volonté d'acquérir, puisqu'il n'y a pas de nouvelle acquisition.

L'héritier acquiert donc simplement la libre disposition de ce qu'il possédait en principe ; les entraves tombent en effet d'après la manière qui avait été fixée d'avance à l'entrée de l'héritier dans la famille.

Ainsi donc, dans l'idée fondamentale du droit successoral germanique, la transmission de la propriété se fait *eo ipso* par la mort du *de cuius* et cette transmission est une conséquence naturelle de l'idée juridique elle-même ; par conséquent la maxime : *Le mort saisit le vif* trouve son explication conceptuelle et son impérieuse nécessité dans cette circonstance que la succession n'est pas un droit nouveau que l'héritier acquiert à ce moment, mais simplement la réalisation actuelle d'un droit de propriété qui existe en soi et dont l'héritier a fait l'acquisition dans un temps antérieur.

(1) Voir FISCHER, *Das erbschaftliche Versendungsrecht ohne Besitzergrëifung* (Ratisbonne, 1786), pages 73 et suiv. Mais il ne faudrait pas retomber dans l'erreur commise par Fischer, et bien se dire que la propriété n'est qu'en son essence propriété collective de la famille, mais non pas propriété collective actuelle de la famille ; que, par conséquent, sa destinée est *a priori* de pouvoir, en cas de dissolution de la famille (la mort), se décomposer en les diverses parties acquises virtuellement par chaque membre à son entrée dans la famille.

C'est pourquoi le droit et l'usage du partage ne sont pas une objection contre le caractère de la propriété germanique, tel que nous venons de l'établir : la propriété collective de la famille.



Mais d'autre part il est tout aussi évident que cette acquisition de biens a pour point de départ un acte de la volonté individuelle de l'héritier, qu'elle se manifeste par cet acte et qu'elle est en conséquence un droit acquis. Il suffit de faire remarquer que cet acte de la volonté individuelle ne se fait pas au moment de la succession, mais remonte à la naissance de l'héritier. Il est vrai que matériellement la naissance nous apparaît sous forme de fait impersonnel de la part de celui qui naît. Mais nous trouvons ici une nouvelle application de ce que nous avons déjà vu, tome I^{er}, § 2, A, au sujet de la représentation personnelle en générale : en vertu de ce principe précédemment exposé, il faut regarder comme droits acquis par l'acte propre et individuel de la volonté de celui qui est né tous les droits dont l'acquisition découle de la naissance même : tout en étant, de la part de l'enfant, un simple fait, cette naissance n'en constitue pas moins, de la part du père, un acte de volonté. Si ce principe vaut déjà quand il s'agit de la représentation personnelle purement formelle des Romains, il doit valoir *a fortiori* à propos de l'identité morale des personnes qui domine dans l'idée de la famille germanique. Par suite du sentiment d'amour qui forme l'unité morale des personnes, le père a le dessein et la volonté, au moment où il engendre un enfant, de transmettre à cet enfant et de lui acquérir tous les droits inséparables de la naissance ; et à cause de l'identité de l'esprit et du sentiment donnée dans cette unité morale, cette volonté du père n'est pas simplement, dans le cas présent, l'acte personnel volontaire de l'enfant identique avec son père et voulant en lui, mais elle nous apparaît au fond comme l'acte volontaire du père voulant pour l'enfant (1).

(1) La conception qui consiste à fonder le droit successoral sur l'identité morale des personnes, dont la réalité extérieure résiderait dans la fortune essentiellement collective, appartient en propre à Hegel ; nous y avons du reste fait allusion à la page 646, note 2 ; nous venons seulement de l'expliquer plus en détail. Hegel a cependant commis l'erreur de prendre pour l'idée du droit suc-



Toutes les considérations précédentes font bien ressortir, pour le droit germanique, la nécessité morale de la

cessoral en général ce qui n'est au fond que l'idée spéciale historique du droit successoral germanique.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, le droit successoral romain ignore totalement cette conception qui ne s'y applique ni au droit *ab intestat*, ni au droit testamentaire. Qu'il s'agisse de n'importe quelle science, de la philosophie du droit, de celle des arts ou bien de celle de l'esprit, toutes ces philosophies souffrent du même défaut : on prend pour catégorie absolue et logique ce qui n'est que le concept d'une forme historique spéciale de l'esprit, la matière d'une idée spéciale appartenant à telle nation ou à telle époque, qui n'est donc qu'une catégorie historique de l'esprit. (Nous aurons l'occasion de voir, dans le cours de notre exposé, qu'à propos du droit successoral Leibnitz a commis la même erreur que Hegel.) Naturellement cet abus produit une demi-vérité : d'un côté l'on indique bien le concept véritable d'une réalité historique spéciale de l'esprit, par exemple le concept du droit successoral germanique ; mais d'un autre côté ce simple contenu historique de l'esprit est appelé à devenir le concept logique de cette forme de l'esprit dans tous les temps et chez toutes les nations, alors que son contenu, dans ces cas, est tout différent, souvent même le juste contraire. Comme cette demi-vérité s'applique à un moment donné, elle nous fascine en quelque sorte par là même : c'est ce qui la rend dangereuse pour la réelle compréhension conceptuelle d'institutions de ce genre. Indiquer la base sur laquelle repose la confusion de ces catégories absolues et logiques et des catégories historiques ; dire la part de vérité qu'il y a néanmoins dans cette erreur ; donner enfin le moyen d'éviter cette erreur : voilà trois points qui ne peuvent pas entrer dans le cadre du présent ouvrage. Pour les élucider, il faudrait plutôt discuter en détail le rapport qu'il y a entre le concept formel de l'esprit et son contenu historique, son concept historique ; il faudrait donc un exposé systématique de la philosophie de l'esprit ; ce serait la matière d'un travail sur lequel nous avons à des reprises différentes attiré l'attention de nos lecteurs et que nous donnerons peut-être plus tard. Une conséquence cependant se dégage avec netteté de ce qui précède : pour arriver à bien établir jusqu'à quel point il est possible de parler de droit successoral en général, pour fixer le sens précis de cette dénomination, il faudra tout d'abord déterminer la signification concrète de l'idée qui domina dans les divers systèmes historiques de droit successoral, chez les Orientaux, chez les Romains et les Germains ; puis il importera de saisir, dans toute sa rigueur,



maxime : le mort saisit le vif ; mais tout ce que nous avons dit jusqu'ici ne s'applique manifestement qu'au droit

la contradiction pure et simple existant entre ces différents concepts pour lesquels le droit successoral est uniquement la forme commune et le moule où ils déversent la variété de leur contenu.

Parce qu'il voit dans le concept du droit successoral germanique le concept du droit successoral en général, Hegel ne peut naturellement aboutir qu'à la fixation du droit *ab intestat*. Le droit testamentaire, par contre, l'embarrasse ; il ne pouvait d'ailleurs en être autrement, puisque Hegel n'a justement pas compris l'idée du droit successoral romain, avec le concept duquel le concept du droit testamentaire est identique. Hegel voit donc (*Rechtsphilosophie*, § 179) dans le testament une imitation de la famille, par la formation d'un cercle d'amis, de connaissances, etc. Tout d'abord cette hypothèse ne conviendrait nullement au droit successoral romain ; mais elle renferme, en outre, une contradiction irréductible avec ce que Hegel nous a donné comme l'idée du droit successoral. Admettons, en effet, que le concept du droit successoral soit ce droit de propriété collectif, déterminé par l'identité morale de la famille naturelle ; mais alors il manque précisément l'autorisation de produire cette imitation dans la sphère du patrimoine, et cette imitation devient par le fait même impossible, du moins en ce qui concerne le patrimoine. Pour remédier à cette impossibilité, Hegel prétend que la dissolution de la famille (par la mort du *de cuius*) confère à tous les membres de la famille cette liberté de disposition arbitraire. Mais loin de réduire la contradiction, cette hypothèse ne sert qu'à la faire ressortir davantage. Dans le moment idéal même où la dissolution de la famille conférerait à l'individu cette liberté, la fortune essentiellement collective vient de se changer en un véritable droit de propriété, dévolu à chaque membre de la famille ; chaque membre a dès lors droit à une portion déterminée (Le mort saisit le vif). Si donc, avant la mort du testateur, le droit familial refusait au *de cuius* la permission de tester, c'est à l'heure actuelle, après la dissolution de la famille, c'est-à-dire après la mort du testateur, la substance qui lui manque pour l'exercice de sa volonté.

Il faudra donc avouer que Hegel, bien que ce détail ait communément échappé aux critiques, ne nous fournit aucun concept réellement plausible du droit testamentaire. Il ne pouvait en être autrement : le concept qu'il se fait du droit successoral est en effet simplement calqué sur l'esprit d'un peuple, dont le droit successoral se résumait essentiellement en un droit *ab intestat* ; et le concept du droit testamentaire devait rester étranger, au fond, au

ab intestat, parce que le fondement de ce droit *ab intestat* se trouve être la propriété collective de la famille. Nous

concept de ce droit *ab intestat*, tout comme le testament lui-même fut toujours inconnu à l'esprit national primitif des Germains.

Voilà ce qui nous explique pourquoi Hegel témoigne une défaveur si manifeste au testament. Il déclare formellement que le libre arbitre du défunt ne peut pas être érigé en principe du droit de tester; aussi le droit successoral romain, qui se trouve exclusivement dominé par ce principe, n'est pour lui qu'une immoralité; il lui applique expressément cette qualification et le compare même avec le droit de vente dont le père jouissait sur ses enfants. Il est permis, pour l'époque moderne, de professer, à l'égard du testament, des dispositions aussi malveillantes que celles de Hegel; il se peut même que de notre étude objective découlent sous peu d'autres conséquences, plus radicales encore, relativement au droit testamentaire moderne. Mais vouloir appliquer ces idées à l'origine du testament dans l'évolution historique de l'esprit, ne vouloir voir, dans le droit romain, qu'arbitraire et immoralité, ce serait faire tort à ce droit, ce serait manquer à l'exigence systématique de la philosophie hégélienne, d'après laquelle les instances historiques devraient uniquement s'interpréter comme les développements graduels de la raison et de la morale. Hegel ne pouvait éviter ce manquement à sa propre philosophie: lui aussi voit dans *l'hereditas* et la *bonorum possessio* deux concepts identiques et dans le testament romain une disposition relative à la fortune: il ne peut donc y voir que de l'arbitraire. Mais une fois que nous avons acquis la connaissance véritable du concept du droit *ab intestat* et testamentaire chez les Romains, ce concept nous apparaît comme un progrès immense réalisé dans l'évolution historique de l'idée de l'esprit: la transcendance subjective accordée par les Romains à la volonté se trouve être aussi nécessaire et est un facteur de la vérité et de la totalité, au même titre que la transcendance spirituelle, que nous trouvons dans la religion chrétienne et son au-delà bienheureux. Ce concept du droit successoral romain découle rigoureusement de la méthode objective de la philosophie hégélienne, avec laquelle elle se trouve dans une harmonie parfaite; si bien que Hegel, tout en ayant passé à côté de ce concept, n'en est pas moins le coproducteur, et même le premier producteur.

Remarquons, en terminant, que toutes les idées émises par Stahl, relativement au droit successoral (*Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, II, 255-261), ainsi du reste que toutes les pensées justes contenues dans son ouvrage, sont empruntées tout

nous trouvons donc en présence de cette question : Comment expliquer que cette même maxime ait dominé, jusqu'à nos jours, légalement, le droit testamentaire de ces peuples ?

Mais pour quiconque nous a suivis attentivement dans notre étude du droit successoral romain et du droit successoral germanique, cette question n'en est plus une.

Ainsi que nous l'avons vu, les peuples germaniques, dans les premiers temps de leur vie nationale, ignorent tout testament. Au moment où ils se rencontrent avec les Romains, ils trouvent le testament établi chez ces derniers ; ils leur en empruntent l'usage extérieur ; mais il est tout naturel qu'ils ne comprennent pas la signification morale du testament romain ; ils la comprennent d'autant moins que nos auteurs eux-mêmes ne l'ont pas encore comprise jusqu'à ce jour. A leur idée, le testament romain est ce qu'il paraît dans sa forme extérieure, à l'appréciation des sens : une disposition concernant la fortune.

Ils empruntent donc aux Romains l'usage du testament considéré comme simple disposition relative à la fortune ; d'abord parce que cet usage flatte leur goût pour la liberté individuelle, et parce que dans l'idée du travail individuel (*labor. conquêts*), opposé à la substance de la fortune hé-

bonnement à la philosophie hégélienne. Stahl a beau se servir des tournures « royaume de Dieu, royaume des hommes » pour masquer la pensée hégélienne, personne ne s'y trompe. Et, parce que Hegel, qui du moins n'était pas juriste *ex professo* et auquel on aurait mauvaise grâce, en présence de la tâche gigantesque et immense qu'il avait assumée, de reprocher une erreur de détail, passe complètement à côté du concept du droit successoral romain, M. Stahl non plus ne le connaît pas. Et parce que Hegel comme la bête d'ériger l'idée du droit *ab intestat* germanique en l'idée du droit successoral en général, Stahl ne peut faire autrement que de l'imiter ; et parce que Hegel, pour se tirer d'embarras, explique, par une impossibilité manifeste, ainsi que nous venons de le voir, le testament comme une imitation et une copie de l'idée de famille naturelle (l'idée de famille dans la conception germanique et hégélienne), Stahl adopte la même explication.



réditairement transmise, par conséquent dans les revenus représentés par les biens meubles et les acquêts, ils trouvent un élément analogue et une latitude pour le libre exercice de la disposition testamentaire. Ils l'admettent; mais non pas sans qu'il n'y ait eu, de la part de la substance nationale, une résistance contre cet intrus étranger (1). Mais ils comprennent si peu le concept du testament romain que bien longtemps encore il leur est impossible d'en saisir le caractère extérieur juridique, — ces effets du concept, — et après avoir vu dans le testament une simple disposition de la fortune, ils vont jusqu'à l'identifier absolument avec une donation entre vifs. De nombreux documents en font foi. La princesse Irmina, fille du roi Pépin, fait un testament en l'année 690. *Sana mente testamentum meum fieri rogavi*, lisons-nous; et à la fin du même acte : *Ego Huneio presbyter hoc testamentum præscripsi... Ego Irmina hoc testamentum meum perlegi*. Voici la disposition de l'acte en question : *Ista omnia ad memorata loca sanctorum a die præsentis per præsentem paginam testamenti tradimus et transfundimus perpetualiter in Dei nomine possidendum*; il y a donc transmission immédiate de la propriété, il y a donation entre vifs. Pépin lui-même dit dans une donation faite en 706 à une abbaye : *Sed præsens donatio ad instar testamenti eum stipulatione adnixa omni tempore firma stabilitate capiat firmitatem* (2).

Les droits populaires (3) nous offrent la même assimila-

(1) Voir par ex. *Lex Burgund.*, tit. XLIII, cap. 1 : « Ideoque hoc ordine in populo nostro donationes factæ et testamenta valebunt, etc. » Et même au commencement du xvi^e siècle, au témoignage de Zazius (*Consil. et resp.*, lib. 1, resp. 3, n^o 76), l'usage des testaments n'était pas encore introduit dans la bourgeoisie allemande.

(2) Voir les documents mentionnés dans les *Preuves de l'histoire de Lorraine*, par DOM CALMET, 1, 261 et 263. Cette même assimilation du testament et de la donation se retrouve dans bon nombre d'autres documents cités dans le même ouvrage.

(3) Autant du moins qu'ils admettent déjà le testament; on sait



tion (1) du testament et de la donation. Enfin ce caractère de donation entre vifs trouve son expression la plus forte dans les donations en cas de décès qui ont donné lieu, en Allemagne, aux conventions d'héritage à titre acquisitif universel (2) : d'une part ces donations sont irrévocables et d'autre part elles contiennent une transmission immédiate de la fortune au donataire, en ce sens que le donateur reste simplement jusqu'à sa mort usufruitier et transmet la nue-propriété au donataire; en d'autres termes le donataire partage avec le donateur la propriété indivise germanique.

Mais il faut bien avouer que cette erreur juridique, cette identification doublement inexacte du testament et de la donation, est logique au plus haut degré, une fois commise l'erreur conceptuelle de ne voir dans le testament qu'une disposition touchant la fortune, une donation.

Si le testament représente, comme dans l'esprit romain, la continuation de la volonté du *de cuius*, il est naturel et nécessaire que cette continuation de la volonté n'ait lieu et ne puisse avoir lieu qu'au moment où le mode naturel d'existence de la volonté du *de cuius* (en tant que personnalité objective) a disparu; c'est donc à la mort seulement du *de cuius* que le testament peut entrer en vigueur avec la totalité de son contenu. Si au contraire, comme dans l'esprit et le droit germanique, il n'est plus du tout question de voir dans le testament la continuation de la volonté subjective du *de cuius*; si l'esprit populaire est persuadé que cette volonté subjective s'éteint réellement par la mort

que le droit des Francs Saliens et des Francs Ripuaires ne présente aucune trace du testament.

(1) Voir *Lex Burgund.*, tit. XLIII, c. 1, et tit. LX, c. 1; « Cæterum si quis posthæc barbarus vel testari voluerit vel donare, aut Romanam consuetudinem aut barbaricam servandam sciat, etc. » Le testament romain et la donation barbare (donation en cas de décès) apparaissent ici, d'après l'interprétation qui manifestement est la seule vraie, comme des concepts absolument corrélatifs.

(2) Voir à ce sujet et pour les donations pour cause de mort, le travail de BESELER, *Die Lehre von den Erbverträgen* (la théorie des conventions d'hérédité).



sans qu'elle puisse avoir dans le testament l'appareil d'une continuation artificielle et surnaturelle, il est également impossible, une fois cette volonté disparue, de lui attribuer un acte quelconque ou de l'efficacité postérieurement à sa cessation; il est impossible de lui faire obtenir le *vinculum juris*.

Il est absolument impossible que le droit germanique fasse cette attribution, tout comme il était impossible à l'ancien *jus civile* romain de maintenir une disposition de la volonté (un legs) lorsque, par suite de la répudiation faite par l'héritier, la volonté subjective n'avait pas obtenu la continuation qu'elle avait voulu se donner. Si le testament est une donation de fortune, il était évidemment impossible de ne faire faire cet acte relatif à la fortune, ou de le considérer comme juridiquement accompli et par suite revêtu du *vinculum juris*, au moment où le sujet agissant est déjà mort, donc incapable de vouloir et de donner. Ce qui montre le mieux toute l'impossibilité de cet état de choses, c'est que même la *donatio mortis causa*, admise par les Romains, provoquait, de l'avis de tous (1) et en dépit de sa révocabilité, un transfert immédiat de la fortune, justement parce qu'elle n'était pas un testament, mais une donation de biens; c'est encore ce qui nous explique la nécessité, dans cette donation, de la mancipation, de la *cessio in jure* ou de la tradition (2).

Ce malentendu juridique qu'à propos du testament romain nous trouvons dans le droit germanique nous apparaît donc comme une erreur logique et conséquente, quand

(1) Voir par ex. VANGEROW, *Pandectes*, II, 579; SAVIGNY, *System*, IV, 266.

(2) Malgré toutes les divergences qu'une étude historique de la *donatio mortis causa*, jointe à notre étude du droit successoral, pourrait nettement établir, le caractère de cette donation reste toujours le même: « *Præsens præsentî dat* » (MARCELL., l. 38 *de mort. caus. don.*, 39, 6); c'est donc à bon droit qu'on la mentionne (l. 1, *pr. de don.*, 39, 5) comme une donation ordinaire qui peut être annulée par une condition « *donatio quæ conditione resolvitur* ».

nous lui donnons pour point de départ le malentendu conceptuel. Dans cette erreur il y a plus de vérité que dans les corrections qu'on en a proposées.

Cette erreur est uniquement une preuve de la résistance que même dans l'admission du testament la conception nationale et la saine logique juridique ne cessent d'opposer à l'être étranger et incompris de l'hérédité et qui la poussent à transformer inconsciemment le testament en une donation entre vifs.

Il a fallu du temps pour dissiper cette erreur relative au caractère juridique du testament et pour faire du testament, chez les nations germaniques, ce qu'il était à Rome : un acte toujours et arbitrairement révocable, qui n'acquiert de force légale que par la mort du testateur ; cette rectification se fait en des transitions multiples et progressives dont nous ne pouvons ici donner l'historique.

Mais après la rectification de cette erreur juridique, il n'en est pas moins resté l'erreur conceptuelle qui consiste à regarder le testament romain comme une assignation sur la fortune et à l'admettre comme telle. Non seulement cette correction n'a pas donné de résultats heureux, mais elle a pour ainsi dire fait entrer l'erreur dans sa seconde phase, plus substantielle encore que la première. En effet, le caractère juridique du testament romain est arraché maintenant du terrain conceptuel dans lequel il a ses racines morales, la possibilité interne de son existence, et qui seul est productif de ce caractère juridique, nous voulons parler du caractère qui consiste dans la perpétuation de la personnalité volontaire (1); privé de ce fondement organique, il se

(1) Malgré leur principe de l'immortalité spirituelle, ou plutôt à cause de ce principe, les nations germaniques ne peuvent rien comprendre à cette immortalité de la volonté qui forme l'intérêt suprême et le contenu dernier de l'esprit romain. En voici la raison : leur immortalité est encore, il est vrai, celle de l'esprit subjectif, mais de cet esprit rapporté à son être intime, rentré en lui-même (l'âme, la félicité individuelle); elle n'est plus l'immortalité de cet esprit subjectif rapporté au monde extérieur, elle n'est plus



trouve transporté, d'une façon purement extérieure et totalement inintelligible, dans un monde moral (le droit successoral *ab intestat*, l'hérédité considérée comme droit personnel, dévolu à tout membre de la famille, sur la fortune commune) et sur un terrain juridique (acte relatif à la fortune), avec lesquels il se trouve de toutes parts en conflit et en contradiction, avec lesquels il est même intérieurement incompatible.

Nous n'avons donc plus besoin de démontrer, — tous les développements que nous avons apportés dans ce volume fournissent plutôt cette preuve dans son expression la plus objective et la plus irréfragable, — nous n'avons plus qu'à énoncer que le droit successoral des nations germaniques n'est, ainsi que nous l'avons prouvé, en son entier qu'un vaste malentendu ! Et de ce malentendu nous avons indiqué, avec toute la précision voulue, l'origine, la nature et la composition.

Il est facile aux nations de vouloir s'assimiler des institutions étrangères dont l'essence intime leur reste forcément inaccessible. Les juristes ont beau emprunter à ces institutions étrangères leur caractère juridique extérieur pour le transplanter ailleurs, malgré tout il n'y aura jamais véritable assimilation de l'élément étranger. Pour cela, il faudrait avant tout la compréhension spirituelle et conceptuelle de l'élément qu'il s'agit de s'assimiler ; mais dans ce cas cet élément n'eût jamais été admis, précisément parce que son concept est par trop étranger à l'esprit propre de la seconde nation. Radicalement méconnue dans son idée, l'institution en question, ou plus exactement la conception qu'on s'en est faite d'après son caractère juridique purement extérieur, est soumise à l'influence prépondérante de l'idée na-

l'immortalité de la volonté. Les objets de la volonté finie ne préoccupent plus l'âme pure du chrétien ; et ce n'est plus dans la continuation de la domination jadis exercée par elle sur le monde extérieur qu'elle trouve, à l'exemple de l'esprit romain, la garantie de son immortalité.



tionale propre à l'esprit populaire, sujet de l'assimilation ; et les deux conceptions sont ainsi, de force, fondues en une unité purement extérieure. L'institution doit donc, privée qu'elle est de son propre concept, prendre une forme juridique toute différente de celle qui lui appartenait sur son terrain (1) primitif ; si bien qu'après de longues périodes d'années, elle semble rentrer dans le propre inventaire moral de la nation qui se l'est assimilée ; et cependant il n'existe entre elle et ce nouvel esprit national qu'une union semblable à celle que nous constatons entre l'épine et la chair environnante. Dépouillée de son concept, elle offre maintenant, en dehors de la contradiction totale dans laquelle elle se trouve avec sa forme organique primitive, une contradiction non moins universelle avec les idées nationales sous l'influence desquelles on l'a violemment placée sur le nouveau terrain où elle vient d'être implantée : c'est la contradiction en soi-même, une impossibilité intérieure.

Telle est la destinée du testament romain chez les nations germaniques : Assimilé par un esprit national qui, en vertu de sa propre idée nationale, ne voit dans toute hérédité que de l'hérédité *ab intestat*, et que le droit personnel de l'héritier, le droit testamentaire lui-même prend, chez ces nations, le caractère du droit successoral germanique en général et se voit même appliquer la maxime : « Le mort saisit le vif » que le droit *ab intestat* devait, à cause de son concept, forcément admettre.

Si l'on réclame une preuve plus évidente encore que celle contenue dans toutes nos observations précédentes, on n'a qu'à jeter un coup d'œil sur une autre maxime du droit testamentaire franco-germanique, maxime qu'il faut rapprocher du principe « Le mort saisit le vif » pour découvrir la

(1) Se figurerait-on, par hasard, qu'un ancien Romain admettrait comme droit testamentaire en général ce que les temps modernes entendent par droit testamentaire ? N'y verrait-il pas plutôt une simple absurdité ?



véritable signification de ce dernier. Nous voulons parler de la maxime (1) : *Solus Deus heredem facere potest, non homo!* (2) ou encore, suivant la rédaction des coutumes françaises : « Héritier ne s'institue point ». Cette règle fut établie, après que le testament eût passé du droit romain dans les coutumes, pour en bien établir la distinction ; elle atteint d'ailleurs pleinement son but. Elle montre jusqu'à la dernière évidence que, même reçu dans le droit français, le testament se trouve transformé dans un sens absolument opposé au sens romain primitif. Elle montre qu'en admettant le droit testamentaire, les nations germaniques lui ont imprimé le caractère du droit successoral *ab intestat*, que ce droit testamentaire est subordonné à l'idée du droit successoral *ab intestat*, tout comme nous l'avons vu de l'application de la maxime « Le mort saisit le vif » dans le droit testamentaire lui-même (3) ; et cette modification s'opère sans souci aucun de la contradiction radicale qui se trouve ainsi introduite dans l'idée romaine de testament.

(1) GLANVILLE, *De legibus Angliæ*, VII, 1 ; voir également DE LAURIÈRE, *Sur Loysel*, 2, 4, 5.

(2) Quand on a bien compris l'esprit du droit successoral germanique et celui du droit successoral romain, on ne saurait plus exactement et plus brièvement les mettre en parallèle, qu'en les comparant à ce principe romain qui leur correspond : « *Prætor heredem non facere potest* ». De même que dans l'esprit germanique, l'hérédité ne pouvait être produite que par la naissance naturelle (Dieu, la cause première de cette naissance), de même, à Rome, il ne pouvait découler que de l'esprit historique spécifique de la nation, le *jus civile*.

(3) Et ceci est tellement vrai, que dans les branches mêmes du droit germanique qui n'ont pas adopté la maxime : « *Solus Deus heredem facere potest* », le sens de cette maxime trouve néanmoins son application. Même dans les pays où l'on peut instituer un héritier par testament, cet héritier n'est héritier que d'après les paroles. Comme il n'est pas en effet continuateur de la volonté, il se trouve toujours, vis-à-vis de l'*heres* romain, dans la situation d'un légataire, d'un *legatarius partiaris*, par exemple, dont la part comprend toute la succession. Or, cette maxime exprime précisément qu'on peut, par testament, instituer un légataire universel, mais non pas un héritier.

Disons-le une fois de plus : le droit testamentaire moderne n'est, d'après tout ce que nous avons vu, qu'un immense malentendu, une impossibilité théorique compacte !

Il ne servirait de rien de trouver notre affirmation audacieuse, de fermer violemment les yeux à la lumière, d'y voir un néologisme et de lui reprocher un criticisme négatif. Notre point de départ n'a pas été une polémique subjective, ni même une critique du testament. Nous n'avons nullement jugé le testament du haut de certains principes d'entendement subjectifs, arbitrairement choisis par nous. Nous avons tout au contraire procédé par une marche positive et un exposé objectif. Nous avons assisté à l'écllosion de la grande idée historique du testament romain, de sa vérité spirituelle ; puis nous l'avons poursuivie à travers les phases nombreuses de son évolution objective, depuis l'histoire compliquée du droit romain proprement dit jusqu'aux nations germaniques. Si l'on admet que c'est cette évolution rigoureusement elle-même qui aboutit, avec une immanente nécessité, à ce résultat, il faut admettre également que ce n'est plus là une critique arbitraire et subjective du testament, mais la critique faite par l'histoire elle-même et par conséquent objective : c'est la décomposition du dogme, accomplie par l'esprit générique de l'humanité. La signification dernière de cette affirmation est donc d'énoncer le jugement absolu de la science, contre lequel il n'y aura plus ni objection ni appel de possible.

L'erreur capitale des modernes qui ont voulu donner le testament comme un droit naturel a trouvé une réfutation tellement complète dans ces développements vrais de l'idée et de l'histoire du testament, qu'il ne lui sera plus possible dorénavant d'exister scientifiquement.

Bien loin de tomber dans une erreur pareille, les Romains ne tiennent nullement le testament pour *juris gentium*, mais ils considèrent l'esprit public comme la condition essentielle de la production du testament, sans laquelle personne ne peut être apte à la testamentifatio. Bien



loin de voir dans le droit de tester une capacité naturelle et par conséquent de droit naturel de l'héritier, le Romain est tout au contraire tellement pénétré de l'incapacité naturelle qu'il y a pour l'individu d'exercer une volonté quelconque après sa mort, qu'il demande la coïncidence de deux volontés, le concours d'une volonté actuellement vivante et faisant de la volonté du défunt la sienne propre, pour que la volonté du défunt, c'est-à-dire le testament, soit valable. Nous avons vu que cette particularité se manifeste déjà dans la forme extérieure de l'acte testamentaire classique, la forme ancienne du *testamentum per aes et libram* dont l'importance consiste précisément à faire ressortir tous les aspects de l'idée de testament dans la forme extérieure. Nous avons vu en outre qu'après la décadence de cette forme de testament et durant tout le temps qu'exista le droit romain, cette conception resta toujours l'idée fondamentale et réelle de ce droit, en ce sens que la volonté du défunt (le testament) trouve la cause et le fait de sa continuation dans la circonstance que l'héritier vivant fait cette volonté sienne, et que la répudiation ou la mort de l'héritier entraîne la nullité de la volonté morte, hors d'état de vouloir, entraîne donc la caducité du testament. Il suffit de rappeler ces deux points. D'ailleurs tout ce que nous avons dit sur le droit successoral romain n'était que le développement et le commentaire de cette même idée. Non seulement le droit romain ne fournit aucune donnée pour la conception erronée du testament considéré comme de droit naturel, bien plus, il exclut cette erreur et en est la meilleure réfutation. Au lieu d'admettre que la volonté, même disparue, soit encore à même de disposer et de produire un *vinculum juris*, ce qui serait une hypothèse tout bonnement contradictoire, — le droit romain représente tout au contraire un effort immense pour ne pas laisser sombrer la volonté dans la mort de la personne naturelle, mais pour la maintenir durant toute l'éternité, par l'identification avec une personne encore vivante. Le droit successoral romain, ainsi que nous l'avons vu dans tout le détail, ne représente donc pas une



attribution de fortune, mais la perpétuation de la volonté subjective. C'est ce caractère particulier qui forme sa substance, sa signification morale, son intérêt, et c'est pour cela que nous avons pu y voir le dogme de l'immortalité dans sa forme romaine.

Et ceci est si vrai qu'à l'époque où l'esprit national florissait encore dans toute sa force originelle, la continuation de la personnalité volontaire arrive à se séparer de l'assignation patrimoniale et à se mettre avec elle en opposition négative. Cette opposition est même une opposition durable, puisqu'elle est le fondement durable du legs. Il ne saurait en être autrement; il faut cette renonciation à soi-même; il faut que l'existence continuée de sa personnalité volontaire générale en arrive à ces effets isolés et déterminés de la volonté, il faut qu'il y ait des dispositions du legs nuisibles aux intérêts de l'héritier, pour que la volonté du *de cuius* ait une garantie réelle et la confirmation que c'est bien elle dont la volonté de l'héritier continue l'existence. L'intérêt suprême du *de cuius*, la confirmation certaine de la perpétuation de sa volonté ne consistent pas à ce que l'héritier *possède*; ils demandent que l'héritier *agisse* comme le fait agir la volonté propre du *de cuius* (v. nos 6 et 7).

Par le fait même que le droit romain, grâce à l'identification de leurs volontés subjectives opérée par l'héritier et le *de cuius*, produit réellement la continuation de la volonté du défunt, et bien que cette perpétuation se fasse d'une manière surnaturelle et idéale, à l'image de l'existence que le chrétien espère dans l'au-delà, il est le seul droit testamentaire conséquent avec lui-même, le seul qui soit possible en soi. Nous avons vu, il est vrai, que même ce droit testamentaire doit se briser et vient effectivement se briser contre l'impossibilité de son hypothèse spiritualiste consistant à dire que $A = B$; ou encore que malgré tout leur désir de réaliser leur identification, les volontés subjectives du *de cuius* et de l'héritier peuvent cesser d'être différentes l'une de l'autre; c'est dans le même ordre d'idées que dans la dogmatique du droit successoral



nous avons vu, aux limites extrêmes du droit testamentaire aussi bien que dans son histoire, poindre la contradiction qui existe entre cette présomption surnaturelle et la réalité. Mais abstraction faite de cette présomption et une fois admise cette conception, tout, dans cette conception et, par suite, tout dans le droit testamentaire est rationnel, conséquent et nécessaire. Du moment que la personnalité volontaire est censée continuer à exister par delà la mort de son substratum naturel, il est tout aussi naturel d'attribuer à cette volonté la capacité de vouloir et de disposer après la mort.

Mais si, comme c'est le cas dans le droit germanique, il n'est pas du tout question de la continuation artificielle, par le testament, de la subjectivité spirituelle de la volonté, si le testament est uniquement considéré comme une attribution du patrimoine, si par conséquent la volonté subjective est regardée, conformément à la vérité, comme s'éteignant avec la mort, comment est-il alors possible que la volonté dispose encore après sa disparition et prenne des mesures? On ne peut cependant nier qu'en raison même du caractère de révocabilité arbitraire qui lui adhère jusqu'au moment de la mort; la volonté ne produise, après la mort, le *vinculum juris* et n'acquière alors seulement sa force juridique.

Ce serait peine perdue de taxer ici nos considérations de conceptions juridiques atomistes. Et tout d'abord ces reproches tomberaient à faux, puisque l'argumentation qui précède s'applique exclusivement au droit testamentaire et ne touche en rien au droit *ab intestat*; or, tout le monde admet sans difficulté que le droit *ab intestat* forme chez nous le droit de beaucoup le plus substantiel. Sans même tirer parti de cette dernière concession, nous pourrions dire que cet atomisme prétendu serait identique avec la logique même. N'est-il pas en effet radicalement et essentiellement contradictoire que la volonté, après avoir cessé d'exister, puisse encore vouloir et donner? Cette contradiction ne se trouve donc dans le droit germanique que comme une simple



conséquence du malentendu que nous avons discuté plus haut et qui consiste à voir dans le testament romain une disposition concernant la fortune. Ou plus exactement : c'est à cause de cette conception erronée que cette contradiction impossible ne se trouve pas dans le droit germanique, puisque ce dernier, ainsi que nous l'avons vu, prend occasion de cette erreur pour transformer le testament en un transfert immédiat de la fortune, et pour en faire une donation entre vifs. Les juristes romanisants sont obligés de gagner du terrain pas à pas dans la lutte qu'ils entreprennent contre la réaction de la raison juridique nationale ; et c'est seulement par une méthode empirique qu'ils réussissent à inoculer au droit germanique l'efficacité juridique du testament romain.

Considérons maintenant à quel titre et pour quel motif on a voulu voir dans le testament moderne un droit naturel ; le résultat de notre examen sera très bizarre. On a érigé en droit naturel ce qui était plutôt une impossibilité naturelle ! On a fait un droit naturel d'un droit qui ne se rencontre jamais et nulle part, dans le droit national d'aucun peuple et d'aucun temps, ni dans le droit romain, ni dans le droit germanique (1). D'abord les juristes n'ont pas compris pourquoi ce prétendu droit ne se trouve pas dans le droit germanique ; puis ils n'ont pas vu que dans le droit romain sa nature et sa signification étaient tout autres ; partis de cette double erreur, les juristes ont élevé au noble rang de droit naturel un droit que par leur savant malentendu ils avaient fait naître : la capacité dévolue par eux à la volonté disparue de disposer encore de la fortune !

Quelque sanglante, quelque mordante que soit l'ironie

(1) Tout le monde sait que l'Orient ne connaît que le droit *ab intestat*. Quant au droit attique, il est évident, sans que nous ayons besoin de le démontrer ici, que le testament fut d'importation romaine, ainsi que le montre son apparition tardive. L'adoption par laquelle le droit attique transmettait la fortune est naturellement tout à fait différente du testament.



de ces contrastes, on ne pourra pas en révoquer en doute la vérité réelle, que nous avons démontrée précédemment. Mais le trait d'union intérieur qui existe entre ces contrastes rigoureux, se trouve plus près qu'on ne le croirait au premier abord. En effet, parce qu'on ne comprenait pas la connexité conceptuelle, l'origine spirituelle et la manifestation extérieure du testament romain, et que par une conséquence naturelle on ne pouvait comprendre suivant quel processus il avait passé du droit romain dans le droit germanique ; parce qu'on ne comprenait donc pas son véritable caractère spirituel positif, tel qu'il apparaît dans l'histoire : pour toutes ces raisons, le droit de tester dut sembler à tous un droit immédiat. Finalement ce droit pouvait et devait être mal compris de deux côtés opposés ; et ce double malentendu s'est réellement produit. En sa qualité de droit immédiat on pouvait le considérer comme une institution de droit positif, purement extérieur ; cette erreur assez notable est le fait de tous ceux qui ne donnent pas le testament comme de droit naturel. Tout notre exposé a suffisamment réfuté cette erreur. Nous avons vu, en effet, que le testament romain, loin d'être une simple institution de droit positif, purement extérieur, a sa genèse idéale et sa racine nécessaire dans l'évolution intérieure de l'esprit historique universel et que lui-même ne représente qu'une phase dans ce processus formatif de l'esprit.

Ou bien encore, et ici comme toujours les oppositions abstraites se confondent, le testament, en tant que droit immédiat, pouvait être regardé comme un droit donné naturellement, c'est-à-dire un droit naturel.

Et la platitude de l'erreur contraire que nous venons de discuter devait conduire naturellement à cet autre non moins bizarre.

Nous aurions donc, à l'heure actuelle, élucidé les deux erreurs et montré où se trouve réellement la vérité.

Le testament n'est nullement, ainsi qu'il vient d'être prouvé, une simple institution donnée par le droit positif ; il est tout au contraire un aspect nécessaire dans l'évolution



historique de l'esprit. Il n'est pas davantage un droit permanent et naturel ; la disparition du degré particulier que l'esprit romain formait dans l'évolution de l'esprit universel a dépouillé le testament de tout sens, de toute cohésion, de toute possibilité intérieure. Et ce n'est pas à une création du droit national, mais au malentendu savant des juristes qu'il doit sa conversation pleine de contradictions.

En même temps ce grand exemple du droit successoral nous montre, d'une façon très instructive, comment les savants écrivent l'histoire quand, sans en avoir compris le sens, ils essaient, par une conception empirique, d'implanter chez leurs compatriotes les produits de la vie intellectuelle d'autres nations.

Après avoir ainsi exposé et caractérisé la nature du testament, après son adoption par les nations germaniques, nous pouvons très clairement comprendre comment, à l'époque où l'on rompit avec toute tradition purement empirique, à l'époque où, suivant l'expression de Hegel, « le monde fut placé sur la tête, la raison », la loi de la Convention nationale française (loi des 7 au 10 mars 1793, portant abrogation de toute capacité de tester en ligne directe (1), était non seulement possible (2), mais encore nécessaire. Ce serait faire preuve de la plus lamentable pauvreté d'idées que de vouloir la mettre au compte des dé-

(1) Consulter le 1^{er} volume pour voir comment les décisions de la Convention furent continuées dans le Code Napoléon.

(2) Brissot, chef des Girondins, fit preuve, à cette occasion, d'une grande lucidité théorique : « Le premier principe, dit-il, c'est que le droit de tester est une de ces conventions sociales, qui ne tiennent leur existence que de la loi ; le second, c'est que la loi peut ne pas faire exécuter la volonté d'un individu qui n'est plus. La loi peut supprimer la convention qu'elle garantit ; le droit de tester peut donc être aboli. » (*Moniteur* du 9 et du 10 mars 1793). Examinés de plus près, ces deux principes, comme nous l'avons vu, se ramènent à un seul et l'expression : « la loi *peut* ne pas faire exécuter, etc. », se change en « la loi *ne peut pas* faire exécuter la volonté d'un individu qui n'est plus ». C'est du reste le fondement intime sur lequel repose la conclusion de Brissot.

clamations d'égalité si chères aux membres de la Convention. Comme l'instinct précède toujours la théorie consciente, cette loi n'était que le résultat naturel de la réaction contre toute tradition purement historique, le retour inconscient de l'esprit national à sa propre substance nationale (1).

Il est vrai qu'on ne remonte pas jusqu'aux forêts germaniques. Ce qui fait la différence conceptuelle entre le caractère du droit successoral germanique et la loi de la Convention, c'est que, du vivant du *de cujus*, les héritiers *ab intestat* (les enfants) n'ont aucun droit (existant en soi) sur la fortune de l'ascendant ; que celui-ci (voir plus haut notre discussion sur le domaine héréditaire) est absolument libre d'aliéner à titre onéreux et que, par une conséquence logique, toutes les parties de la succession répondent pour les dettes. Les héritiers *ab intestat* n'héritent donc qu'autant

(1) Ces considérations nous prouvent en passant quel est le caractère essentiellement superficiel de ces discussions pleines d'ignorance auxquelles se livrent tous les jours les publicistes à la Dietzel, qui voient, dans la Révolution française de 1789, le triomphe du Romanisme et l'absorption de l'élément germanique par la nation française. Nous voyons, tout au contraire, la Convention mettre de côté le Romanisme admis depuis des siècles et toujours existant actuellement encore en Allemagne, et revenir avec la plus haute énergie au contenu propre de l'esprit germanique. Nous venons de mentionner, comme plusieurs fois déjà dans le courant de cet ouvrage, le raisonnement de Dietzel qui, justement à cause de son caractère superficiel, a gagné la faveur générale et a même entraîné des hommes qui autorisaient à de plus hautes espérances ; qu'il nous soit donc permis de rapporter ici l'opinion qu'un autre homme, de science plus réelle et plus vaste, Edouard Gans, a exprimée sur les relations entre la Révolution française d'une part, l'esprit germanique et latin d'autre part. Voir la conclusion de GANS (*Erbrecht*, III, 480) dans son travail sur la situation réciproque de l'esprit latin et germanique en France : « Si, grâce à son fondement latin, la France put déjà briller au Moyen Age, la libre évolution de l'esprit germanique a voulu, sous la forme d'un embrasement terrible, se délivrer en France de ce Moyen Age ; et la civilisation nouvelle dont ce pays a pris la tête nous permet de parler d'une ancienne France différente de la France actuelle. »

Lassalle II.



qu'il y ait encore du bien au moment de la mort; ils héritent légalement, en tant qu'il y a n'importe quels objets qui puissent faire partie d'une succession effective; mais ils n'ont plus le droit de réclamer qu'une portion quelconque de la fortune d'un vivant devienne objet de succession. En d'autres termes: l'idée de la liberté individuelle a pris, à l'encontre du droit germanique, un développement tel que le propriétaire est devenu le propriétaire unique et absolu. Ce qui revient à dire tout simplement que la propriété n'est plus, comme le voulait Hegel et comme c'est réellement le cas dans le droit germanique, la propriété essentiellement collective de la famille, propriété dont le caractère virtuel de collectivité ne disparaissait qu'à la mort du *de cuius*. Il faudrait en effet pour cela que, du vivant même du *de cuius*, il y eût, pour restreindre sa faculté d'aliénation, un droit des héritiers *ab intestat*, qui cependant n'arriverait à l'efficacité réelle et actuelle qu'après la mort du *de cuius*. Mais ce n'est pas le cas; la propriété est donc maintenant propriété purement individuelle, et non pas propriété collective de la famille. Ajoutons cependant que, de son vivant, le propriétaire en puissance d'enfants ne peut faire de donations dépassant la quotité disponible. Sur quel principe repose donc ce droit de succession *ab intestat*? Puisque le propriétaire peut tout aliéner, ou donner, à titre onéreux, cette succession ne peut être fondée sur un droit personnel des héritiers intestats à la fortune; ce droit serait en effet un droit existant virtuellement du vivant même du *de cuius*. Comme d'autre part le *de cuius* ne peut tester, elle ne saurait pas davantage être appuyée sur une volonté présumée du défunt. Il est donc clair qu'elle repose uniquement sur la volonté générale de l'Etat, laquelle règle les successions. Elle repose sur la famille, puisqu'elle n'appelle à hériter que cette famille; mais ce n'est plus la famille considérée comme héritant en vertu d'un droit propre, ni la famille appelée par la volonté présumée du défunt; elle repose sur la famille institution de l'Etat. (C'est pour cette raison que dans l'intérêt de la famille, l'Etat peut restreindre et res-



treint effectivement le propriétaire dans sa capacité de faire des donations). Si nous poussons notre examen jusqu'au fond, nous voyons qu'en ce point la Révolution française ressemble moralement à l'antique esprit national des Romains et à son rigoureux *jus civile*. Mais il ne faudrait pas négliger la différence et le contraste. Chez les Romains, la volonté générale de l'Etat n'avait de valeur qu'en tant qu'elle représentait la volonté présumée de l'individu ; dans le droit français, au contraire, le rapport individuel de la famille vaut uniquement comme institution d'Etat ; dans ce dernier cas, la volonté générale est donc, dans un sens beaucoup plus profond et de principe, le fondement moral de l'hérédité.

Tout droit successoral qui, à l'exemple de la Convention, supprime d'une part la liberté de tester sans admettre d'autre part chez les héritiers *ab intestat* un droit au patrimoine existant virtuellement du vivant même du *de cujus*, repose forcément sur le même principe. Mais dans la plupart des droits successoraux actuels nous ne voyons se réaliser que la seconde condition, et la liberté de tester existe en deçà d'une limite quantitative (quotité disponible); cependant jusqu'au point où cette quotité disponible, et par conséquent la liberté de tester entre en vigueur, nous pouvons dire que le caractère du droit successoral sera bien tel que nous venons de l'établir. (Pour la partie du moins dont l'individu ne peut disposer par testament, le droit *ab intestat* ne saurait passer pour la volonté individuelle présumée). Bien que notre affirmation puisse étonner et même effrayer, nous n'hésitons pas à dire que, d'après les résultats d'un examen régulièrement fait, la plupart des systèmes successoraux actuels, comme par exemple le Code Napoléon, ne représentent, en dernière analyse et jusqu'au moment précis où la quotité disponible entre en ligne de compte, qu'un règlement des successions par la Société.

Cette contradiction interne absolue a jusqu'à nos jours empêché tous les philosophes d'établir le concept véritable et solide du testament. Etablir la preuve de cette impuis-



sance, voilà ce qui nous reste à faire avant de terminer notre exposé.

Nous avons précédemment démontré que la théorie du droit successoral, imaginée par Hegel, est uniquement une théorie du droit successoral *ab intestat*, qui ne justifie nullement et ne peut même justifier le testament.

Le seul philosophe en dehors de Hegel qui ait établi une théorie du droit successoral digne de ce nom est Leibniz. Sa théorie du droit successoral est celle-ci (1) : « Testamenta verò mero jure nullius essent nomeni, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam. » « Mais les testaments seraient de plein droit nuls et nonavenus, si l'âme n'était immortelle. Cependant, comme en réalité les morts continuent à vivre, ils demeurent propriétaires des biens, et ceux qu'ils ont laissés pour héritiers doivent être regardés comme leurs représentants et les administrateurs de leur fortune. »

A plus d'un point de vue ces profondes paroles du profond penseur sont du plus haut intérêt. Nous voyons d'abord très nettement que Leibniz était bien près de construire par le dedans le principe du droit romain ; et il n'y a pas lieu de s'étonner de cette coïncidence chez l'auteur de la monadologie qui a poussé le principe de l'individualité pure jusqu'à ses ultimes conséquences. Le testament n'est valable que parce que l'âme individuelle du *de cujus* est immortelle, parce que les âmes demeurent, même après la mort, *domini rerum* ; c'est dans ce même ordre d'idées que nous avons en effet montré comment le testament romain était né du culte des mânes. Mais un simple individu ne saurait penser avec la même logique que l'esprit national, et Leibniz, tout en étant dans la bonne voie pour construire sur le terrain de l'esprit chrétien l'idée du testament romain, se

(1) *Nova Methodus Jurisprud.*, éd. Lps. et Halae, 1748, *pars specialis*, § 20, p. 43.



voit obligé, par l'influence de ce même terrain, à retomber dans une conception diamétralement opposée à l'idée romaine d'hérédité. Dans la conception que les Romains s'étaient faite du testament et de l'hérédité en général, l'idée dominante était l'identification et la conciliation des deux personnalités volontaires du *de cuius* et de l'héritier, en vertu desquelles le premier continue à exister dans le second qui s'identifie avec le *de cuius* jusqu'à endosser sa personnalité continuée ; mais sur le terrain fécondé par l'esprit chrétien et où la continuation de l'individu se trouve placée ailleurs que dans la volonté subjective à laquelle le défunt a renoncé définitivement à cause du caractère fini de cette volonté, cette conception ne saurait plus être de mise : aussi le *de cuius* reste-t-il propriétaire de la fortune, et l'héritier peut simplement se poser en gérant de cette fortune.

Un examen critique nous permettra de réfuter très aisément la théorie de Leibniz.

D'abord il est clair, et Leibniz lui-même le reconnaît et le fait remarquer, que suivant ces données il faut absolument partir de l'hypothèse d'une âme immortelle pour pouvoir parler du testament. Mais en dépit de cette hypothèse, la théorie de Leibniz est également insoutenable au point de vue philosophique et au point de vue juridique : Premièrement parce que dans l'immortalité chrétienne, par un processus contraire à celui de l'immortalité romaine, l'esprit ne continue à exister qu'à l'état d'âme pure, et que par conséquent il ne peut plus être rapporté au monde terrestre et extérieur et à ses parties matérielles. Il s'est dépouillé de ce rapport en entrant dans le ciel de son être pur. La survivance céleste consiste précisément dans la disparition de ce caractère fini et de tout rapport avec le fini. Etant donnée l'immortalité chrétienne, c'est-à-dire l'immortalité de l'âme, le défunt ne saurait plus continuer à être le propriétaire des biens. Le Romain peut lui conférer cette survivance, parce qu'à ses yeux le caractère d'infinité réside dans la volonté : il peut donc conférer à la volonté

du *de cuius* l'immortalité dans la volonté subjective d'un autre individu encore vivant. Comme l'esprit chrétien ne voit dans l'immortalité que le retour à son être générique pur, il ne peut la conférer à un autre sujet vivant, mais il doit la placer dans le ciel transcendant de la spiritualité absolue ; et cette circonstance nous montre précisément comment, d'après sa propre conception, il ne saurait en principe continuer à être propriétaire.

En second lieu : si le défunt était le propriétaire sans survivre lui-même dans le vivant, il ressortirait de toutes nos considérations antérieures, au point de vue philosophique aussi bien qu'au point de vue historique, qu'il ne pourrait pas occuper vis-à-vis de l'individu vivant, son représentant et son procureur, la situation positive et réconciliée que Leibniz lui attribue par une conception arbitraire ; mais en sa qualité de maître permanent et de propriétaire, il occuperait nécessairement, vis-à-vis du vivant qui ne serait pas propriétaire, la situation négative et hostile que la philosophie et l'histoire nous ont donnée, la première comme le premier degré, la seconde comme le degré pélasgien de ce rapport juridique.

Troisièmement enfin, cette réfutation philosophique se corrobore, comme d'une conséquence nécessaire, de la réfutation juridique : quand bien même nous ferions abstraction des deux premiers arguments, nous verrions que dans la théorie de Leibniz l'hérédité testamentaire est sauve, mais que la propriété même a sombré. D'après la théorie leibnizienne, Adam, c'est-à-dire le premier testateur, serait l'unique propriétaire, et tous les autres hommes ne seraient pour toute l'éternité que les administrateurs et les procureurs d'Adam. La catégorie juridique de la propriété aurait disparu. Cette théorie se trouve donc avec toute la matière juridique dans la contradiction la plus absolue.

Il ne reste donc rien de la théorie leibnizienne. — Qu'on nous permette encore une observation : Bien que Leibniz n'ait voulu donner cette théorie que pour le testament, il n'en est pas moins évident qu'en raison même de la lo-



gique nécessaire de sa pensée, il doit appliquer sa théorie au droit *ab intestat*, qu'il contredit et détruit par là même (1).

Du moment que Leibniz établit ce principe positif qui veut qu'en vertu de l'immortalité de l'âme les morts survivent en réalité et restent par conséquent les propriétaires des choses (« *sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum* »), cette affirmation s'applique nécessairement et *a fortiori* aux choses laissées *ab intestato*. Et Leibniz détruit donc lui-même ce qu'il nous dit sur la formation du droit *ab intestat* (2).

Nous avons ici la confirmation directe et complémentaire de ce que nous avons avancé plus haut : la théorie leibnizienne du droit successoral n'est que la théorie du testament et ne peut nullement conduire au droit *ab intestat*, tout comme la théorie hégélienne n'est que la théorie du droit *ab intestat* et ne peut fournir l'explication du testament.

Partant de l'esprit individuel, Leibniz ne peut, sous le nom de théorie du droit successoral, que produire une théorie du testament, de même que Hegel, parti de l'esprit général ou de la famille, ne peut produire qu'une théorie du droit *ab intestat*. Le second doit donc voir une identité

(1) Voici le texte de Leibniz : « *Successio, quæ non producit novum jus, sed vetus transfert. Succedunt autem ab intestato mero jure soli descendentes, in stirpes, sed ita in ea tantum bona quæ parentis erant, cum nascerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis orta est; cæterorum successio ab intestato pertinet ad fontem pactorum, quia ex lege descendit.* »

(2) Leibniz aurait donc dû faire dériver également le droit *ab intestat* de l'immortalité de l'âme et du droit de propriété que le mort conserve toujours, au lieu de lui donner comme source, comme il le fait dans la seconde phrase, la loi (*ex lege*) ou l'infusion (*per traducem*) de l'âme par la procréation (voir à ce sujet le rôle que ce dogme connu joue dans la théologie chrétienne) ; il aurait dû nous montrer dans le droit *ab intestat* une procuration subsidiaire et un remplacement du défunt, comme le fait le *jus civile* romain ; nous aurions vu ainsi que l'individu paraît bien peu de chose en face de l'esprit national.

absolue entre le droit successoral germanique et l'idée d'hérédité en général, tout comme Leibniz, malgré leur opposition diamétrale, est forcé d'aboutir à un principe analogue à l'idée romaine d'hérédité. Et cependant, malgré cet effritement total de la théorie leibnizienne, ce penseur, dont le regard puissant allait au delà de la surface et pénétrait jusqu'au plus intime des choses, conservera toujours le mérite d'avoir écrit la phrase profonde, par laquelle nous tenons à terminer notre travail :

« Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. »

FIN DU TOME II



TABLE DES MATIÈRES

Chapitre I. — La nature du droit successoral romain . . .	1
I. — La conception de la succession romaine . . .	9
II. — Les « sacra » et leurs rapports avec l'héritage. — Les transformations du droit pontifical . . .	30
III. — Les « sacra » et les deux théories des « sacra » dans le passage de Cicéron, <i>De leg.</i> , II, 19-21. — Le développement historique de la théorie des « sacra »	41
IV. — Les définitions romaines du testament. — L'in- térriorité manifestée. — L'honneur et la haine. — Le domaine de la liberté intellectuelle . . .	59
V. — L'institution de l'héritier. — Le testament comme volonté de l'héritier. — La « honorum pos- sessio »	63
VI. — La disjonction. — La manifestation réelle des aspects de l'idée	70
VII. — La disposition et les raisons de conflit ; leur développement historique. — « Lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia »	74
VIII. — L'affirmation formelle de l'idée sous ses diffé- rents aspects. — Le « testamentum per æs et libram ». — Comment il devient par lui-même testament prétorien	107
IX. — Le fidéicommiss et son développement historique.	124
X. — La « testamentifactio » et ses conditions. — Le testament est un produit du concept historique de l'esprit du peuple romain, et, pour cette rai- son, la « testamentifactio » est « juris pu- blici ». — La « querela inofficiosi »	149



XI. — Suite des conditions de la « testamentifacio ». — Le « filius ». — La puberté	163
XII. — Suite des conditions de la « testamentifacio ». — La connaissance	171
XIII. — Inadmissibilité de l'institution d'héritier incertaine. — L'institution par captation. — L'institution sous condition. — La condition objective et la condition dépendant de la volonté .	172
XIV. — Le legs	177
XV. — Le legs « per vindicationem ». — Il forme la propriété quiritaire. — Le testateur est un législateur. — Les Sabinien et les Pruculéiens. — Le défunt est plus fort que le vivant. — Le legs « per vindicationem » conditionné. — La controverse des deux écoles et ses résultats. — La chose quiritaire et la quantité. — L'accrescence	180
XV ^a . — Le legs « per vindicationem » comme legs « per praeceptionem »	196
XV ^b . — La contradiction du legs « per vindicationem ». — Il s'évolue de lui-même vers le legs « per damnationem »	198
XVI ^a . — Le legs « per damnationem » est le legs adéquat à son concept (« optimum jus legati »). — La chose bonitaire. — La transmission de la chose léguée « per damnationem » au moyen de la mancipation, de la « jure cessio » ou « traditio »	200
XVI ^b . — Le legs « per damnationem » considéré comme position réelle du concept d'héritage sous ses trois formes : 1° legs d'une chose appartenant à l'héritier ; 2° « legatum rei alienæ » ; 3° « legatum rei futuræ ». — L'accrescence	204
XVII. — Le legs « per damnationem » en tant que legs relatif au concept d'héritage, relatif par conséquent à la totalité de la succession, ou « legatum partitionis ». — L'héritier « ex certa re »	208
XVIII. — L'extinction du legs « per damnationem ». — Contradictions posées en lui : le « legatum sinendi modo »	213
XIX. — L'évolution historique du legs. — Le Senatusconsultum Neronianum » et Justinien	224
XX. — L'opération du concept vu du côté de l'héritier.	

— Coup d'œil rétrospectif sur le concept général	232
XXI. — L'héritier. — Le « suus heres » ou héritier de soi. — L'idée de suité. — La loi des Douze Tables et les définitions des Romains	234
XXII. — Première ébauche de la situation respective du droit successoral testamentaire et du droit successoral « ab intestat ». — Le principe « Nemo pro parte testatus ». — Le « suus » considéré comme juste milieu entre les deux droits	253
XXIII. — La « suité » et ses conséquences conceptuelles. — La médiation et sa dialectique.	263
XXIV. — La « suité » (<i>Suite</i>). L'exhérédation et la prétérition. — La formule d'exhérédation.	268
XXV. — La « suité » (<i>Suite</i>). Les différences comprises dans le concept de la « suité » considérées comme différences juridiques entre les divers « sui »	271
XXVI. — Le « suus » et le principe « Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest ». Suite de la discussion sur la situation respective du droit de succession « ab intestat » et du droit de succession testamentaire. — La dialectique du concept comme cause déterminante des différences quantitatives d'héritage dans l'institution et la prétérition du suus.	279
XXVII. — Différences dans la formule d'exhérédation et la formule ajoutant un legs	285
XXVIII. — Le « necessarius heres » ou l'héritier institué comme « autre ». Le passage à l'« extraneus heres » ou l'héritier en général	287
XXIX. — Le « suus sub conditione » ou la transformation du « suus » en « extraneus »	299
XXX. — La capacité d'hériter et ses conditions. — Le moment de la capacité. — La « lex Papia » et l'« apertura tabularum ».	303
XXXI. — La capacité d'hériter et ses conditions ; l'« incerta persona ». — L'individualité morale	311
XXXII. — Division et Indivision de l'hérédité	317
XXXIII. — Les incapacités des « Lex Julia » et « Papia Poppæa ». Moment précis de la capacité. — L'idée de la caducité	321
XXXIV. — Action d'identification de l'héritier. — L'adition	

	et ses conditions. — La connaissance spéculative et son étendue	3. 6
XXXV.	— La « doli exceptio » dans le droit successoral	354
XXXVI.	— Quelques conséquences. — « Hereditatis petitio ». — Les droits personnels. — Place de l'erreur dans le domaine du droit successoral en général.	364
XXXVII.	— L'identification de la part de l'héritier (<i>Suite</i>). — Les déments et les enfants.	385
XXXVIII.	— Délation et Connaissance	391
XXXIX.	— Le « jus adeundi ». — La transmission. — Le « Senatusconsultum Silanianum ». — L'édit de Carbon. — La « Transmissio Theodosiana » et « Justiniana »	397
XL.	— L'idée concrète du droit civil « ab intestat » et les Douze Tables. — L'ancienne « usucapio pro herede ». — Transition à la « bonorum possessio » prétorienne	416
	— Appendice à la page 423.	535
XLI.	— La substance religieuse et l'antiquité pélasgionétrusque	580
XLII.	— Conclusion	633
Chapitre II.	— La nature du droit successoral germanique.	642

FIN DE LA TABLE

 Saint-Amand (Cher). — Imprimerie BUSSIÈRE