

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

LES
RESTRICTIONS
A LA
LIBERTÉ DE TESTER
EN DROIT ROMAIN

THÈSE

*présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit*

PAR

EMERIC RACZ

LICENCIÉ EN DROIT

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^{ts})

—
1934

LES
RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER
EN DROIT ROMAIN

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport de M. le professeur Carl Ott, autorise
la publication de la présente thèse de doctorat de
M. Emeric Racz, de Bucarest, ayant pour titre :
Les restrictions à la liberté de tester en droit romain.

La Faculté ne donne ni approbation ni impro-
bation aux opinions émises, ces opinions devant être
considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 13 novembre 1933.

Le Doyen
de la Faculté de Droit,

MECKENSTOCK.

INTRODUCTION

Le droit de tester, c'est-à-dire le droit de faire exécuter sa volonté sur les choses qu'on a en son pouvoir au moment même où cette volonté s'éteint et où ce pouvoir semble cesser (1), n'est pas, au premier abord, facile à concevoir ; tout au moins s'agit-il d'une notion qui paraît plus délicate et plus compliquée que celle de la plupart des actes juridiques, tels que, notamment, le transfert immédiat de la propriété ou la création d'une obligation ; au surplus, une foule de peuples n'ont jamais pu s'élever jusqu'à l'idée du testament et en sont toujours restés au fond à la succession *ab intestat* (2). Peut-on croire que l'esprit juridique des anciens Romains ait su découvrir *a priori*, trouver naturel et même encourager ce que d'autres n'ont jamais pu comprendre, ce que beaucoup n'ont admis qu'après une longue évolution et avec de nom-

(1) Le testament, dit Ihering, exprime la volonté passée de celui qui est maintenant sans volonté (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, I, 149).

(2) Les lois de Manou, quoique réglant d'une façon très détaillée la succession des Hindous, ne parlent pas de testaments (trad. de Deslongchamps, 1833) ; en Grèce, il n'en est question chez les Lacédémoniens qu'à partir de l'éphore Epitades (PLUTARQUE, *Vie d'Agis*, trad. Pierron, IV, 6) et chez les Athéniens qu'à partir de Solon (PLUTARQUE, *Vie de Solon*, Pierron, X, 296) ; en Germanie, le testament était inconnu au dire de Tacite (*Germania*, 20).

breuses restrictions ? C'est un point très obscur et, parmi les historiens de ces époques primitives, on discute encore vivement, sinon sur l'existence de cette faculté de disposer de ses biens de cette manière, du moins sur l'étendue qu'on lui reconnut ou les limites qu'on lui imposa.

On sait que dès le début l'*agnatio* et la *gens* (1), ces deux institutions caractéristiques de Rome, ont reflété la prédominance, dans le droit, de l'intérêt social ; que les liens du sang avaient dû s'effacer devant les considérations d'ordre public ; qu'il se forma une séparation entre la famille civile, qui bénéficia des faveurs de l'État, et la famille naturelle, qui demeura l'asile des affections individuelles. Ne peut-on pas dès lors présumer qu'à la suite de cette opposition se manifestèrent de très bonne heure des tendances pour restituer, par des actes juridiques, à la parenté fondée sur la naissance ce que la loi lui refusait et pour lui rendre, notamment, l'accès du droit successoral par le moyen du testament ? Le testament trouverait ainsi son origine et sa conception primitive dans une pensée d'affection et dans un sentiment moral que l'organisation romaine laissait subsister, vivaces et impérieux, tandis que cette pensée et ce sentiment s'émoûssaient dans d'autres législations (2).

(1) Nous ne voulons pas dire par là que la *gens* fut une institution politique au même titre que la *curia* (Niebuhr, Ortolan, Giraud) ; nous admettrions plus volontiers avec Becker, Fustel de Coulanges, etc., qu'elle était un groupe de familles agnates ; mais, sans entrer dans le débat, nous faisons simplement allusion à la jouissance de certains droits appelés *gentilices*, que le législateur reconnut et garantit aux membres d'une même *gens* et qui s'expliquent dans l'un comme dans l'autre système à peu près par les mêmes motifs (WILLEMS, *Le droit public romain*, p. 37).

(2) Les Romains, dit M. Q. de Lapouge, ont trouvé dans l'institution du testament, presque inconnu du monde antique ou, pour mieux dire, du monde entier, un remède puissant aux vices de leur système successoral (*Étude sur la nature et l'évolution historique du droit de succession*, dans *Revue générale du droit*, 1886, 408).

Mais ces tentatives particulières de déroger aux règles générales ont dû, comme toute insurrection, rencontrer des barrières et des résistances : rudes et énergiques, les Romains avaient donné à leur cité naissante une puissante constitution ; entourés d'ennemis et âpres à la conquête, stimulés par la nécessité de la défense ou les ardeurs de l'ambition, ils s'étaient imposé, par la garantie de leur liberté ou la réalisation de leur ambition, des mesures sévères, une discipline étroite, le respect absolu de la loi ; afin de maintenir intact et de garantir le prestige de leurs mœurs, ils avaient forgé la famille à l'image d'une petite cité, et ces centres secondaires, où le principe d'autorité, s'affirmant à chaque instant, acquérait une plus grande force, étaient ainsi mis au service de leurs calculs politiques. En même temps s'exerçait l'influence des idées religieuses ; les dieux, dont il fallait gagner les faveurs, intervenaient sans cesse dans la vie privée (1) ; et les patriciens, qui avaient accaparé les fonctions de pontifes et d'augures, encourageaient d'autant plus volontiers ces pratiques qu'ils y trouvaient, à côté de la satisfaction de leurs croyances, un moyen efficace de domination. Préoccupations politiques, préoccupations religieuses, tout, dans cette période, en porte témoignage : ainsi s'expliquent le besoin d'assurer la conservation des biens dans les familles (2) et de rendre la dévolution du culte domestique inséparable de la dévolution du patrimoine (3) ; — ces

(1) DURUY, *Histoire des Romains*, Paris, 1870-1876, I, 138.

(2) L'idée de propriété collective de la famille semble bien avoir existé à l'origine : le fils est considéré du vivant de son père comme copropriétaire du *heredium* (GAIUS, II, 157 ; PAUL, D, 28.2.11) ; le droit de succession *ab intestat* des agnats et des gentils est qualifié de droit de retour (GAIUS, III, 16 ; CICÉRON, *De oratore*, I, 39). Ce qu'on doit admettre à tout le moins, c'est que certains biens ne pouvaient être aliénés qu'en cas de nécessité (CROZ, *Nouvelle Revue historique*, 1886, X, 537).

(3) CICÉRON, *De legibus*, II, 19.21.

4 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

préoccupations expliquent aussi l'intervention de l'autorité publique dans les adrogations (1) et l'interdiction aux affranchies de se marier en dehors de la *gens* à laquelle elles appartenaient (2) ; — c'est enfin ce même esprit qui fait obstacle au droit de tester.

(1) Décret de pontifes et assentiment du peuple réuni dans ses comices.

(2) La *gentis enupsio* était un privilège difficile à obtenir ; le sénat l'accorda à Fecenia Hispala, lorsqu'elle eut révélé aux consuls le mystère des bacchanales (TITE-LIVE, XXXIX, 19).

PREMIÈRE PARTIE
LOI DES DOUZE TABLES

CHAPITRE PREMIER

LE PROBLÈME DE LA LIBERTÉ DE TESTER SOUS LA LOI DÉCEMVIRALE

La constitution de la société romaine reposait sur la réunion d'un nombre de petites sociétés égal à celui des *patresfamilias*. Les anciens Romains regardaient comme chose naturelle que l'homme, une fois né, appartînt à celui à qui il doit ses jours. Aussi chaque père de famille régnait-il souverainement sur les personnes soumises à sa puissance, c'est lui qui décidait si l'enfant né de sa femme, ou de la femme d'un de ses fils ou petit-fils, devait être admis dans la famille et c'est lui seul qui avait le droit d'exclure de la famille ceux qui en faisaient partie. Le chef a sur les membres de sa famille le pouvoir de vie et de mort (I).

Pour expliquer ce pouvoir du *pater*, nous croyons qu'il faut le rattacher à deux ordres d'idées : à la religion et à la magistrature domestique. Il y a dans chaque maison quelque chose de supérieur au

(1) Ce pouvoir repose sur des coutumes antérieures à la fondation de la cité et confirmées par les lois royales (Cuvq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 134). Vers la fin de la République, le caractère de ce pouvoir a été altéré : il a été réglementé par la loi. La *vitae necisque potestas* (PAUL, D.28.2.11) s'est transformée en un *jus occidendi* qui n'est accordé que dans des cas déterminés (Cuvq, p. 136).

père lui-même, c'est la divinité, le *lar familiae pater* ; c'est à ce Dieu qu'appartient l'autorité absolue dans la famille, mais il la délègue au père avec lequel il est en communication (1). Outre cette conception, le père est dans sa famille le juge suprême ; il est nécessaire dans l'intérêt même de cette justice, dont il est investi, qu'il ait à sa disposition les peines les plus graves comme les moins fortes. Il l'exerce en dehors de l'autorité publique ; mais il doit l'exercer avec mesure : sous la République, il est soumis au contrôle des censeurs.

Nous n'avons parlé de la puissance paternelle que pour expliquer le droit du père sur les biens acquis par l'enfant. Celui-ci, qui ne s'appartient pas, ne saurait avoir la propriété d'aucun bien. Toutes les acquisitions qu'il réalise par son travail, ou autrement, profitent, à cette époque, exclusivement au père. Les enfants sont pourtant capables de faire des actes juridiques pour le *paterfamilias* et d'acquiescer pour lui les droits qui doivent résulter de pareils actes (2). Deviennent-ils créanciers ? La créance appartiendra de plein droit au père comme si c'était lui qui avait stipulé ; reçoivent-ils une libéralité ? La donation ou le legs viendra augmenter le patrimoine du père de famille comme si c'était lui le véritable donataire ou légataire. Il y a donc unité entre le père et les personnes soumises à sa puissance ; en d'autres termes, la personnalité des enfants est absorbée dans celle du chef de famille (3).

A la mort du *paterfamilias*, que vont devenir les *sacra privata*, le patrimoine ? Ils formeront la suc-

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*, p. 93.

(2) MAYNZ, *Cours de droit romain*, 4^e éd., 1887, t. III, p. 81, § 325.

(3) SOUS l'Empire — nous le savons — ce principe fut modifié par la création des pécules *castrense*, *quasi castrense* et *adventice*. Le fils devint capable d'être propriétaire et créancier pour son propre compte et d'avoir un véritable patrimoine.

cession du défunt et alors de deux choses l'une : ou bien il est mort *intestat*, ou bien il a laissé un testament. Dans le premier cas, c'est la loi elle-même qui règle la dévolution de la succession : la loi des Douze Tables appelle, en première ligne, les héritiers siens ; après eux, les autres agnats, c'est-à-dire tous ceux qui ont été soumis à la même puissance ou qui y seraient soumis si l'ancêtre commun vivait encore (1), et, à défaut d'agnats, les *gentiles*. Mais il est rare que le défunt ne désigne pas lui-même son héritier, car les Romains ont manifesté de bonne heure une préférence (par snobisme peut-être) pour les hérédités testamentaires. Cette préférence s'explique par plusieurs raisons :

1^o Une personne insolvable, craignant que sa succession soit répudiée par tous, institue un de ses esclaves. Celui-ci, étant *heres necessarius*, succède malgré lui. Les biens du testateur sont vendus au nom de cet esclave qui reçoit toute la flétrissure de la *bonorum venditio* ; mais l'honneur du nom et la mémoire du défunt sont sauvegardés.

2^o Si le père de famille veut faire un legs, donner un tuteur à ses enfants ou affranchir un esclave, sans se priver cependant de ses services tant qu'il vivra, il doit faire son testament. Tout testament, sauf celui des militaires, doit contenir une institution d'héritier (2) ; le concours de successeurs testamentaires et d'héritiers *ob intestat* n'est pas admis (3).

3^o En testant, le *paterfamilias* a la certitude de faire passer, après sa mort, les *sacra privata* en mains dignes. L'héritier légitime peut, en effet, s'exonérer de

(1) ULPPIEN, D. 50.16.195.2.

(2) GAIUS, II, 229 : *Velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*. D'après Lenel, le testament comitial contenait uniquement des legs. Les légataires auraient, à cette époque, été tenus des dettes du défunt (*Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, pp. 125, 137, 138).

(3) Inst. 2.14.5. POMP., D.50.17.7.

cette charge, en cédant *in jure* à une tierce personne l'hérédité acquise par la loi. L'héritier testamentaire, au contraire, ne jouit pas de cette faculté : il doit accepter la succession purement et simplement avec la charge des *sacra privata* ou bien y renoncer. Il est vrai que si le *pater* meurt solvable, l'héritier sera peu disposé à répudier (1).

Mais le testateur jouit-il d'une liberté absolue de tester ? C'est une question très discutée. Le doute vient de la forme du testament d'après le droit civil. Le testament n'est pas l'expression de la libre et dernière volonté du disposant : il est soumis à l'approbation des comices, et il ne peut se faire que deux fois par an, à date fixe.

On a soutenu cependant que la liberté de tester a été consacrée par les Douze Tables, et l'on en donne deux raisons : le pouvoir absolu du chef de famille à cette époque, le texte de la loi. Le chef de famille, qui a le droit de vie et de mort sur ses enfants, peut, à plus forte raison, les exhérer. La loi lui reconnaît expressément le droit de disposer de ses biens à cause de mort comme il l'entend. Aucune de ces raisons n'est décisive. Si le père a le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, il ne peut en user d'une manière arbitraire. Le pouvoir d'exhérer ne peut échapper à tout contrôle, alors que le pouvoir du père comme magistrat domestique est limité par la coutume qui exige la convocation du tribunal de famille. Quant au texte de la loi, il est loin d'être catégorique : il parle de *legare* et non de *testari* (2) ; il ne fait pas allusion à l'institution d'héritier. Il est vrai que, six cents ans après les Douze Tables, un jurisconsulte a présenté cette disposition comme le

(1) ACCURIAS — *Précis de droit romain*, t. I., p. 794.

(2) ULPYEN, XI, 14 : *Ut legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* — GAIUS, II, 224.

point de départ de la liberté de tester (1) ; mais entre l'époque des Décevirs et le siècle des Antonins, il s'est produit un changement profond dans la conception de l'institution d'héritier : l'héritier qui, à l'origine, était le continuateur du culte de la maison du *de cujus*, est devenu successeur aux biens. Rien d'étonnant qu'on ait rattaché la liberté d'instituer un héritier à la règle des Douze Tables qui se rapproche le plus de la conception nouvelle, celle qui permet de disposer librement à titre particulier de certains biens (2).

(1) POMP., D.50.16.120 : *Verbis legis duodecim tabularum his : uti legasset suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi ; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constitutum.*

(2) D'après M. Girard, la liberté de tester aurait été introduite par les Douze Tables. La loi, dérogeant à la coutume antérieure aurait substitué au contrôle des pontifes et du peuple le régime de la liberté absolue. Cette opinion est difficile à admettre : il n'y a pas le moindre indice qui permette de croire à la nécessité d'une pareille innovation. On a très justement fait observer qu'il y aurait là une révolution que rien ne justifie. (Ed. LAMBERT, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, 1904, p. 32.) — Suivant M. APPLETON (*Le testament romain*, 82 ; 107.3), les Douze Tables n'ont fait que confirmer une coutume antérieure. La liberté de tester se serait introduite à l'époque royale, comme conséquence de l'usage du testament *in procinctu* : les citoyens pouvant tester librement en temps de guerre, il parut excessif de soumettre leur testament à un contrôle effectif en temps de paix. Cette manière de voir n'est pas vraisemblable : elle suppose que l'usage du testament était très répandu aux premiers siècles de Rome, alors que, d'après Gaius (11, 101), on ne pouvait tester que deux fois par an. Aucun raisonnement ne saurait prévaloir sur un fait aussi bien établi que le caractère exceptionnel du testament à l'époque antique. MITTEIS (*Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, 82) et LENEL (*op. cit.*, p. 12) sont d'avis que le testament comitial subsistait au temps des Douze Tables.

CHAPITRE II

LE ROLE DES PRUDENTS ET DU PRÉTEUR

La liberté de tester s'est introduite à Rome lorsque le testament comitial est devenu un acte de pure forme, une déclaration faite devant trente licteurs ; elle s'est affermie lorsque le testament est devenu un acte privé (*per aes et libram*). C'est l'époque (1) où le principe de la conservation des biens dans la famille n'est plus guère observée, où le régime de la propriété familiale fait place à celui de la propriété individuelle. La liberté de tester n'a d'ailleurs jamais été entière : pour prévenir des abus, on l'a soumise à une série de restrictions. Les plus anciennes remontent à la seconde moitié du VI^e siècle, à l'époque même où le testament comitial est tombé en désuétude. Il est difficile de croire qu'il y ait là une simple coïncidence. Il est vraisemblable que si, jusqu'alors, le droit de tester n'a pas été limité, c'est qu'il était soumis au contrôle des pontifes et du peuple.

1^o La première de ces restrictions consistait dans la nécessité imposée au testateur d'exhérer *nominatim* son fils qui, depuis l'affaiblissement du contrôle des comices et depuis l'apparition du testament

(1) Au milieu du VI^e siècle de Rome.

per aes et libram, pouvait être — semble-t-il — simplement prétérité. On pensait que le testateur, obligé de déclarer solennellement qu'il dépouillait son fils, n'oserait s'il n'avait pas de bons motifs, tandis qu'une simple omission coûtait beaucoup moins à l'amour-propre et ne demandait pas une réflexion bien mûre.

Selon nous, les Prudents, en formulant cette règle, n'ont fait que consacrer un antique usage. A l'époque où le testament se faisait dans les comices, le chef de famille ne pouvait exhérer son héritier sien, le priver de sa part dans les biens patrimoniaux, que par une clause expresse. Cette exigence a été maintenue sous le régime de la propriété individuelle : elle fournit le moyen de protéger les héritiers siens qui n'ont pas démerité, si le père n'ose pas les exclure nominativement.

Cette règle fut appliquée d'abord au cas où le testateur avait cru par erreur que son fils était mort (1). On l'étendit au cas où il l'avait omis : l'erreur fut ici présumée (2). L'exhérédation doit être pure et simple (3) et faite en termes sacramen-

(1) CICÉRON, *De oratore*, I, 38, 175. — VALÈRE MAXIME, *Factorum dictorumque memorabilium libri*, VII, 7, 1. — D'après M. APPLETON (*op. cit.*, p. 101) et GIRARD (*op. cit.*, p. 854, 3), qui font remonter aux Douze Tables la liberté de tester, l'obligation d'exhérer l'héritier sien qu'on ne veut pas instituer aurait été maintenue ; mais ce serait seulement trois siècles plus tard, au temps de Cicéron, qu'on aurait exigé pour le fils une exhérédation nominative : jusque-là l'exhérédation *inter caeteros* aurait suffi. On admettra difficilement qu'à l'époque du testament comitial on ait employé une formule d'exhérédation autre que celle qui a été rigoureusement imposée jusque vers le temps des Antonins : *Titius filius meus exheres esto*. (GAIUS, II, 127). Le témoignage de Justinien (C. 6.28.4 pr.), invoqué en sens contraire, prouve simplement que, lors de l'introduction du testament *per aes et libram*, on se contenta d'une formule générale d'exhérédation, et que les centumvirs ont réagi contre cette tolérance en exigeant, pour le fils, l'emploi de la forme nominative, anciennement usitée devant les comices.

(2) C. 6.29.1 : *cujus non meministi*. Inst. 2.13.1 : *ne videantur per oblivionem präteritae esse*.

(3) ULPIEN, D.28.2.3.1.

tels ; elle doit être totale (1) ; il faut la renouveler autant de fois que le testament contient de substitutions (2).

2^o Quant aux filles et aux autres descendants sous puissance, l'exhérédation pouvait se faire par une formule générale et vague, dite *inter cæteros* (3). Nous devons ici, comme dans la plupart des cas, rendre hommage au préteur qui, usant plus d'une fois de son droit de corriger le droit civil au moyen de la *bonorum possessio*, fit disparaître la différence inique que la pratique avait introduite entre les sexes et les degrés.

3^o Les Prudents ont étendu la qualité d'héritier sien aux posthumes, c'est-à-dire aux enfants nés après la confection du testament. Par suite, la naissance d'un posthume entraîne la rupture du testament (4). Le testateur a la ressource de faire un nouveau testament. Mais si l'enfant naissait après la mort du testateur, la rupture était irrémédiable ; on trouva excessif que le testateur ne pût la prévenir : on lui permit d'instituer ou d'exhérer par avance le posthume, bien que ce fût une personne incertaine.

Telle est, dans ces traits principaux, la théorie de l'exhérédation du droit civil et du droit prétorien qui refusent d'admettre une exhérédation par prété-
rion. L'exhérédation doit être formelle. Il est vrai qu'elle ne constitue pas à proprement parler une

(1) L'exhérédation *ex re certa* est nulle. PAUL (Scaevola), D. h. t. 19.

(2) ULPÏEN, D. h. t., 3.6. — ULPÏEN (Marcellus), D. 37.4.8.3.

(3) Sous l'Empire, l'omission d'une fille n'entraîne plus la nullité du testament : on donne à chaque fille une part virile si elle concourt avec des héritiers siens, la moitié des biens si elle concourt avec des étrangers. Cette innovation s'imposa après la loi *Voconia* qui défendait d'instituer une femme lorsque la fortune du testateur dépassait un certain chiffre. L'omission fit présumer la volonté du père de ne pas laisser à sa fille une somme supérieure à celle que la loi lui permettait de léguer : la moitié de ses biens s'il avait une fille unique, une part virile s'il avait plusieurs enfants.

(4) CICÉRON, *De oratore*, I, 57 : *Constat agnascendo rumpi testamentum.*

véritable restriction à la liberté de tester, mais nous devons constater qu'elle est le point de départ de toutes les restrictions postérieures. Aussi la coutume, plus exigeante que le droit civil, fait-elle apparition : elle veut que le testateur laisse à certaines personnes une portion de sa fortune. La règle du droit civil a pour sanction la nullité ou la rupture du testament ; les règles du droit prétorien et de la coutume ont pour sanction la rescision totale ou partielle du testament, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas* et de la *querela inofficiosi testamenti*. L'étude de cette dernière fera l'objet de toute notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE
DE LA
« QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI »

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE DE LA « QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI » ET SON ÉVOLUTION HISTORIQUE

La nécessité d'exhérer les descendants qu'on voulait priver de la succession était certainement un frein contre les abus possibles de la liberté testamentaire ; mais ce frein devint bientôt insuffisant. En effet, l'institution de l'exhérédation n'était ni assez large, ni assez énergique.

Elle n'était pas assez large, parce qu'elle ne s'appliquait pas aux testaments faits par la mère ou par les ascendants maternels, car elle était conçue dans l'intérêt exclusif des descendants par les mâles.

Elle n'était pas assez énergique, car elle se bornait à exiger l'accomplissement d'une formalité matérielle facile à remplir.

Il fallait donc venir efficacement au secours des descendants exhérés. C'était la première chose à faire. L'équité le commandait impérieusement, parce que ces descendants avaient contribué à grossir par leur travail et leurs acquisitions le patrimoine de la famille et que l'exhérédation les privait de toute part dans ce patrimoine. Les Romains connaissaient en outre le délit d'« injure » ; dans leurs idées, c'était une injure que faisait le testateur à ses des-

endants en les exhérédant sans motifs, — il violait un devoir pieux (*officium pietatis*).

Telles étaient les raisons qui devaient faire accueillir favorablement la *querela*. L'époque de son apparition est inconnue. Cependant, nous pouvons dire que les traces de l'inofficiosité d'un testament remontent à la fin de la République. En faveur de cette affirmation, nous pouvons invoquer le témoignage de Valère Maxime qui nous donne des exemples empruntés au temps de Pompée et au règne d'Auguste, et celui de Cicéron (1).

Les auteurs ne s'entendent pas sur la question de l'origine de la *querela* ; ils forment quatre groupes, selon qu'ils donnent à la *querela* une origine législative, prétorienne, centumvirale ou coutumière.

1^o *Origine législative*. Cujas pense, et avec lui Denys de Godefroy, que l'institution de la *querela*, comme celle de la légitime, a été introduite par une loi *Glitia* (2). Son argument consiste à dire que la loi 4 du titre *de inofficioso testamento* dans le Digeste est tirée d'un fragment de Gaius sur la loi *Glitia* ; à quoi il ajoute que, dans deux constitutions, Justinien fait allusion à cette origine législative de la *querela* en disant : *prioribus legibus* (3) et *antiquis legibus* (4).

Malgré l'autorité qui s'attache aux interprétations du grand jurisconsulte, cette manière de voir de Cujas est aujourd'hui presque universellement abandonnée. Il serait étrange qu'une innovation si importante ne nous fût connue que par une mention accidentelle, par l'intitulé d'un fragment des Pandectes.

(1) Cicéron, dans une de ses harangues contre Verrès, dit : *Jure, legibus auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum.*

(2) *Gaius libro singulari ad legem Glitiam*, D.5.2.4. De cette loi on ne connaît que le nom.

(3) C. 3.28.31.

(4) C. 3.28.32.

2^o *Origine prétorienne.* Un second groupe d'auteurs donne à la *querela* une origine prétorienne (1). Pour deux motifs, nous ne croyons pas que cette opinion soit juste : en premier lieu, dans les textes qui parlent de la *querela*, il n'est point fait mention d'un édit ; en second lieu, si cette action avait une origine prétorienne, le moyen judiciaire donné contre le testament inofficieux serait, lui aussi, prétorien : on donnerait, en effet, à celui qui a obtenu la rescision, la *bonorum possessio contra tabulas*. Pourtant, il n'en est pas ainsi dans ce cas ; c'est la succession civile qui s'ouvre et le *querelans* (2) est héritier d'après le droit civil.

3^o *Origine centumvirale.* Dans un troisième système, ce serait le tribunal des centumvirs qui aurait créé la *querela* (3). Cette opinion est non-moins difficile à admettre. Assurément les centumvirs pouvaient bien consacrer un usage, mais, pour modifier gravement l'ancienne législation et former un droit nouveau, ils n'avaient pas une autorité suffisante.

4^o *Origine coutumière.* L'opinion la mieux fondée est celle qui rattache l'introduction de la *querela* à l'interprétation générale des Prudents. Ils eurent, suivant leur habitude, recours à un subterfuge. Ils supposèrent que l'exhérédation ou l'omission sans motifs était l'indice de l'absence de jugement, de la faiblesse d'esprit du testateur et que, par conséquent, son testament devait tomber (4). Justinien

(1) LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome*, II, p. 247.

KOENIGSWARTER, *Histoire de l'organisation de la famille*, I, p. 247.

TROPLONG, *Des donations et testaments*, préface, p. 65.

(2) *Querelans* : Ce mot ne se rencontre pas dans les sources du droit romain. Comme ce mot évite une longue périphrase, nous l'employons à l'exemple de plusieurs romanistes modernes.

(3) Dans ce sens, SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (trad. Guenoux), I, p. 36, note C.

(4) Le prétexte (*color*) imaginé par les jurisconsultes était mauvais en lui-même, car le testament d'un fou est nul *ab initio*, tandis que le

nous affirme que c'est ainsi que la *querela inofficiosi testamenti* s'introduisit, et les expressions employées dans les textes (1) nous la représentent comme le résultat d'inductions, comme la suite d'une argumentation de jurisconsultes.

L'origine de la *querela* est donc coutumière, comme l'exhérédation d'où elle découle historiquement. Elle eut les mêmes extensions que cette dernière, et se développa à côté d'elle d'une manière parallèle.

Ainsi la *querela* fut accordée successivement aux différentes classes de posthumes à mesure qu'il fut permis de les instituer ou de les exhériter.

A l'inverse, la nécessité d'exhériter ne s'appliquant pas aux testaments militaires, la *querela* ne put jamais les atteindre.

Bientôt la *querela* subit des extensions nouvelles et indépendantes de l'exhérédation. Elle fut accordée aux frères consanguins du défunt (dans certaines circonstances seulement). Cette extension provenait de l'idée de l'ancienne copropriété familiale, puisque les frères du défunt avaient eu jadis avec lui la copropriété dans la *familia* sous la puissance de l'auteur commun.

Ce fut plus tard sans doute que la *querela* fut accordée à tous les descendants. Elle devait l'être si on se rend compte qu'à leur égard l'*officium pietatis* était violé tout aussi bien qu'à l'égard des descendants par les mâles.

Enfin la *querela* fut accordée aux ascendants eux-mêmes par suite d'une idée de réciprocité. Comment

testament inofficieux ne sera que rescindable par l'action des ayants droit ; Cf. MARCIEN, D.5.2.2.

(1) Inst. 2.18, pr. :*inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi....., hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerunt..... Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit..... nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.*

admettre, en effet, que l'ascendant qui omet son descendant lui fasse une injure, sans admettre aussi que le descendant qui omet son ascendant commette une injure aussi grave ?

La *querela* avait dès lors toute l'ampleur qu'elle pouvait comporter, mais elle n'était pas une restriction suffisamment énergique à la liberté du testateur, car ce dernier pouvait mettre son testament à l'abri de la *querela* en laissant aux intéressés des sommes très modiques équivalant à rien ou presque rien.

On dut prévenir ce genre de fraudes. Ce furent d'abord les centumvirs qui statuèrent sur la *querela*. Ils eurent à apprécier si ce que le testateur avait laissé au *querelans* était suffisant pour qu'il eût réellement accompli l'*officium pietatis*. Mais c'était là trop arbitraire, et l'on fixa bientôt une quotité que le testateur devait laisser aux ayants droit, à moins d'avoir de justes causes d'exhérédation. La quotité de cette légitime fut fixée à un quart, par imitation de la *quarte falcidia*.

La loi *Falcidia*, promulguée en l'année 714 de Rome, déclare que l'héritier institué ne sera désormais tenu de payer les legs que jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité. Ce dernier est donc sûr d'obtenir au moins le quart de la succession ; mais il n'avait rien à dire s'il avait obtenu ce quart. Il était impossible de donner une protection plus énergique à l'enfant exhérédié.

L'institution de la quarte légitime donna naissance à l'action en complément. Le légitaire dont la quarte n'était pas complète cessa de pouvoir intenter la *querela* lorsque le testateur avait manifesté l'intention de lui donner réellement sa quarte ou de la lui faire compléter en cas d'insuffisance ; il n'avait en pareil cas qu'une action en supplément

de la quarte. Sous Justinien, cette clause fut soustenue ; l'admissibilité de la *querela* est désormais subordonnée à la condition que l'enfant n'ait rien reçu *mortis causa*. Justinien surmonta donc l'inconvénient résultant de la suppression du testament, conséquence de la *querela*.

Il restait encore d'importantes réformes à faire et des progrès à réaliser. Les justes causes d'exhérédation n'étaient nullement déterminées dans le droit classique ; les centumvirs statuaient arbitrairement sur la question de savoir si l'omission ou l'exhérédation était méritée. Justinien supprima cet arbitraire en déterminant limitativement les justes causes d'exhérédation ou d'omission. Il réalisa un nouveau progrès en faisant varier la légitime suivant le nombre et la qualité des intéressés.

La législation en cette matière eût été mauvaise si, tout en restreignant la liberté du testateur, on ne s'était préoccupé de restreindre aussi celle du donateur entre vifs. Il eût été facile en effet d'échapper aux restrictions et de dépouiller les légitimaires en faisant des donations entre vifs. C'est même ce qui eut lieu pendant longtemps. A l'époque classique, les donations entre vifs ne comptaient pas pour le calcul de la quarte. Les dangers qu'elles présentaient n'avaient cependant pas échappé au législateur, puisque la loi *Cincia* (1) avait été promulguée pour les prévenir.

Mais la loi *Cincia* n'atteignait que les donations qui dépassaient la mesure (*modum*), et encore était-elle imparfaite en ce qui concernait ces donations, puisqu'elle ne donnait qu'une simple exception au disposant. En un mot, la loi *Cincia* était faite plutôt dans l'intérêt du disposant que dans celui de ses héritiers.

(1) La date est comprise entre 167 et 157.

Ces derniers ne furent sérieusement protégés que le jour où fut créée la théorie des donations inofficieuses à l'instar du testament inofficieux. La même raison d'équité s'impose dans les deux cas : on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement (1).

Dès lors, une véritable réserve fut créée au profit des héritiers ; la liberté de tester reçut une atteinte directe.

Cette législation passa en France dans les pays de droit écrit ; elle servit de base à presque toutes les législations modernes.

(1) La notion de donation inofficieuse est connue depuis Alexandre Sévère. PAUL, D.31.87.3. — PHILIP., C.3.29.1. : *ad deludendam inofficiosi querelam.*

CHAPITRE II

NATURE ET CARACTÈRES DE LA « QUERELA »

La *querela* a une nature mixte qui participe à la fois aux caractères de la *petitio hereditatis* et de l'*actio injuriarum*. Ceci apparaît lorsqu'on envisage cette action au point de vue du but qu'elle poursuit et au point de vue des motifs qui l'expliquent.

1^o D'abord, la *querela* est une *petitio hereditatis*. Le *querelans* cherche à faire tomber le testament afin de devenir héritier *ab intestat*, et de réclamer l'hérédité en cette qualité. Ainsi, déchéance des héritiers testamentaires et restitution de l'hérédité aux héritiers *ab intestat*, tels sont les deux résultats atteints en cas de réussite de la *querela*.

Les textes nous présentent en effet la *querela* comme une pétition d'hérédité. Nous y rencontrons, à propos d'elle, ces expressions significatives : *facultates vindicare, hereditatem vindicare, hereditatem petere, hereditatis petitio*. C'est ainsi que s'exprimaient Ulpien, Scaevola, Paul, Tripbonius, Septime Sévère et Antonin Caracalla (1). La loi 2 du Code (3.28. *De inofficioso testamento*) la qualifie de

(1) D.5.2.8.8. (*De inofficioso testamento*), h. t., 20-21.2-22.3.
D.37.4.20. pr. *in fine* (*De bonorum possessione contra tabulas*).
C.3.31.3. (*De petitione hereditatis*)

bonorum possessio, c'est-à-dire de pétition d'hérédité prétorienne, lorsqu'elle est intentée par un héritier du droit prétorien.

Enfin la juridiction compétente pour les actions en inofficiosité est la même que celle qui statue sur les pétitions d'hérédité, c'est le tribunal des centumvirs (1).

La *querela* a donc bien le caractère d'une pétition d'hérédité, et Vinnius le soutient avec raison contre presque tous les autres jurisconsultes de l'école hollandaise (2).

Ces derniers pensaient au contraire que la *querela* était une instance préparatoire, qui devançait la *petitio hereditatis* et permettait de l'introduire. Il fallait, suivant leur opinion, passer par la *querela* pour arriver à la *petitio hereditatis* et une double instance était nécessaire. Ils raisonnaient de la manière suivante : le parent omis ou exhérédié n'est pas héritier *ab intestat* tant que le testament n'a pas été annulé, et il faut la qualité d'héritier pour intenter une *petitio hereditatis*. Le *querelans* n'aura cette qualité qu'après avoir réussi dans sa demande. En outre, ils faisaient remarquer qu'il devait être possible d'intenter la *petitio hereditatis* contre celui qui ne possédait que *pro possessore*, tandis que la *querela* ne pouvait l'être que contre celui qui possédait *pro herede* (3).

Ces arguments tombent si l'on observe que le *querelans* prétend précisément que le testament n'existe pas, qu'il est l'œuvre d'un fon (4), et que, par suite, c'est bien en qualité d'héritier qu'il réclame

(1) D.5.2.17.pr. et C.3.31.12.pr.

(2) VINNIUS, *Juris quaestiones selectae*, I, 19.

(3) Nous verrons plus loin, en nous occupant des personnes contre lesquelles la *querela* pouvait être dirigée qu'il n'est pas rigoureusement exact de dire qu'elle ne pouvait être intentée contre celui qui possédait *pro possessore*.

(4)*quasi non sanae mentis fuisse*.. MARCELLUS, D. 5.2.5.

la succession. Le système de l'école hollandaise ne nous paraît pas sérieusement soutenable si l'on admet l'origine coutumière de la *querela* et la fiction d'insanité d'esprit qui servit à l'introduire. L'opinion des anciens jurisconsultes hollandais se comprendrait mieux si on attribuait l'origine de la *querela* à la loi *Glitia*, qui l'aurait créée de toutes pièces et lui aurait fait une place à part, lui donnant ainsi une individualité juridique distincte de la *petitio hereditatis*. Encore serait-il difficile de donner une explication aux expressions employées par les textes et de résoudre la question de la rescision partielle du testament dans certains cas.

2° Le second caractère de la *querela*, c'est d'être une sorte d'*actio injuriarum*. C'est, en effet, une « injure » qui donne ouverture à la *querela*. Cette injure a été commise par le testateur qui, sans motifs sérieux, a infligé à son parent la honte d'une exhérédation ou d'une omission. Réciproquement, l'exercice de la *querela* peut constituer une *injuria*. C'est ce qui arrive lorsqu'un héritier *ab intestat*, justement omis ou exhérédé, veut discuter le testament et cherche à infliger au défunt la honte qui s'attacherait à la rescision de son testament (1).

(1) Eisele (dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XXVIII, p. 265) — et avec lui M. Girard — a combattu cette idée et a voulu démontrer que l'inefficacité, telle qu'elle se présente au Digeste et au Code, venait en réalité de deux sources :

1° La pétition d'hérédité elle-même, qui aurait été employée à Rome seulement devant les centumvirs, pour faire tomber le testament ;

2° La *querela* proprement dite, institution provinciale et de droit extraordinaire, qui expliquerait en particulier la rescision partielle du testament. La *querela* de la codification justinienne serait ainsi le produit de la fusion de la pétition d'hérédité avec la *querela* provinciale.

Ce système a été, à son tour, attaqué très vigoureusement en 1906-1907 par MM. CHABRUN (*Essai sur la querela inof. test.*) et JOBBÉ-DUVAL (*Nouvelle Revue historique*, 23^e année, p. 576 et 29^e année, p. 755). Pour le premier, la *querela* a toujours été unique et le prétexte de la folie prouve qu'elle n'est qu'un incident de la procédure de la pétition d'hérédité. De même, M. Jobbé-Duval prétend qu'en vertu du rescrit de Valérien et Gallien (C.3.28.16) l'*actio inofficiosa* est non pas une action en justice, mais l'un des moyens que l'on peut employer pour

De là deux corollaires féconds en conséquences : La *querela* est une action subsidiaire ; elle est exclusivement personnelle.

a) Elle est subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle constitue un dernier secours (*ultimum adjutorium*) accordé à l'héritier dépouillé, et qu'elle ne lui est ouverte qu'autant qu'il ne lui reste aucun autre moyen de parvenir à l'hérédité. Son caractère injurieux suffit pour qu'on cherche à la rendre aussi rare que possible.

b) Elle est exclusivement personnelle, parce qu'elle est une action en réparation d'une injure qui est toujours personnelle à celui qui la subit, et imputable seulement à celui qui l'a commise.

De là les conséquences suivantes :

1^o La *querela* n'est pas transmissible aux héritiers, à moins que celui à qui elle appartient ne soit mort après l'avoir introduite ou s'être préparé à l'introduire.

2^o Elle ne peut être intentée malgré la personne exhérédée, fût-elle sous puissance. Ainsi le père ne peut l'intenter au nom de son fils malgré ce dernier (1).

3^o Elle s'éteint comme l'action d'injures par le pardon, par la renonciation expresse ou tacite de l'héritier exhérédé ou omis. Il convient de remarquer ici que la *querela* (étant une action d'injures) n'est pas comprise dans le gage des créanciers du *querelans* ; par suite, s'il renonce à attaquer le testament, cette renonciation ne donne pas lieu à l'exercice des actions paulienne, fabienne et calvisienne (2).

4^o Elle ne peut être dirigée que contre le tes-

trionpher dans une *petitio hereditatis*. Celui qui renonce à développer ses conclusions par suite d'un dol de l'institué peut, lorsqu'il reconnaît son erreur, *repetere inchoatam actionem* : PAUL, D.5.2.21. pr.

(1) ULPEN, D. h. l., 8. pr.

(2) ULPEN, D.38.5.1.8. (*Si quid in fraudem patroni factum sit*.)

tament de celui qui a commis personnellement l'injure. Ainsi la *querela* ne pourra être intentée directement contre une substitution pupillaire, car la substitution pupillaire est le testament du fils, tandis que l'injure résultant de l'exhérédation ou de l'omission est l'œuvre du *pater*.

5° Celui qui intente en vain une *querela* n'est responsable de l'injure commise envers la mémoire du testateur qu'autant qu'elle lui est imputable. Ainsi le tuteur qui l'exerce en vain au nom de son pupille n'encourt aucune peine ni aucune déchéance personnelle (1).

Nous nous bornons ici à citer quelques exemples, sans avoir l'intention d'indiquer toutes les conséquences qui découlent de la nature de la *querela*. A vrai dire, nous ne ferons que les détailler et les développer dans la suite.

(1) MODESTIN, D.5.2.30.1.

CHAPITRE III

DE LA PROCÉDURE DE LA « QUERELA »

Pour donner satisfaction aux héritiers *ab intestat* qui se plaignaient d'avoir été injustement exhérités ou omis, on avait le choix entre deux moyens. Le premier consistait à faire appel à l'autorité du préteur qui, en vertu de son *imperium*, décidait lequel des prétendants était le plus digne de l'hérédité, puis envoyait le plaignant en possession de l'hérédité et refusait toute action à l'héritier institué (1). C'était un cas exceptionnel ; et, pour une mesure aussi grave, on n'était pas sûr de trouver un magistrat disposé à en prendre la responsabilité (2).

Le second moyen, le plus normal et le plus usité, consistait à intenter contre l'héritier testamentaire une pétition d'hérédité, dont la *querela* n'était qu'une variante en matière de procédure (3). Le tribunal compétent en ces sortes d'affaires est celui des centumvirs.

(1) QUINTILIANUS, *Institutiones oratoriae*, III, 10, 3. D'après VALÈRE MAXIME (*Factorum dictorumque memorabilium libri*, VII, 7, 5), le préteur C. Calpurnius Piso n'hésita pas à accueillir une pareille demande.

(2) VAL. MAX. (*op. cit.* VIII, 7, 3 et 4) cite deux décrets d'Auguste ; en effet, ce n'était que l'empereur qui se sentait assez fort pour prendre de pareilles mesures.

(3) Voir *supra* l'opinion de M. Jobbé-Duval (p. 23, note 2).

1^o *Phase préparatoire*. Le demandeur notifiât au magistrat par un libellé, ou à son adversaire par une *denuntiatio*, sa plainte contre l'exhérédation dont il avait été l'objet : c'était la *praeparatio litis*. Elle produisait un effet juridique important : elle rendait transmissible le droit du plaignant (1). La notification n'était même pas indispensable : il suffisait que l'ayant droit eût fait une démarche, manifesté sa volonté avant sa mort (2). La *querela* avait souvent un autre effet : l'héritier institué n'osait pas se prévaloir du testament. S'il persistait, il passait pour un malhonnête homme, et le procès suivait son cours (3).

2^o *Phase principale*. Le demandeur dépose ses conclusions sur l'inofficiosité du testament et exerce la pétition d'hérédité. C'est une seule action (4) ; le *querelans*, par la preuve de l'inofficiosité du testament, cherche à devenir héritier *ab intestat*, afin de recueillir les biens héréditaires. La *querela* n'aurait aucune raison d'être si elle ne comprenait la *petitio hereditatis*, parce que le plaignant n'a aucun intérêt à démontrer purement et simplement l'inofficiosité du testament sans devenir réellement bénéficiaire du jugement de rescision. La *querela* est donc, chaque fois qu'on en use par voie d'action, inséparable de la *petitio hereditatis*. Nous verrons plus loin (5) qu'il n'en est pas de même lorsqu'on invoque l'inofficiosité du testament par voie d'exception.

(1) ULPEN, D.5.2.6.2. — PAUL, *ead.* 7.

(2) PAUL, D.5.2.7. : ... *comminari accusationem*.

(3) VALÈRE MAXIME (*op. cit.*) VII, 7,2 : *Heredes... sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt... Ibid.*, 1 : *Cum improbissimis heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit*.

(4) Non cependant d'après l'opinion des anciens juristes de l'école hollandaise. Ces derniers prétendaient qu'il fallait d'abord intenter la *querela*, et c'est seulement à la base de la sentence définitive de rescision qu'on pouvait user de la *petitio hereditatis*. (V. *supra*, p. 27.)

(5) V. *infra*, p. 60.

Nous avons dit que le tribunal compétent en matière de pétition d'hérédité est le tribunal des centumvirs. Rien de plus difficile que de déterminer l'époque à laquelle remonte la création de ce tribunal. D'après la majorité des auteurs, les centumvirs ont dû être institués peu après l'an 450 de Rome (1). Quoi qu'il en soit, il est certain qu'ils formaient un tribunal permanent, à la différence des juges, des arbitres ou des récupérateurs qui n'étaient désignés que pour une affaire déterminée, et dont les pouvoirs expiraient dès que la sentence était rendue.

Le tribunal des centumvirs se divisait en quatre sections appelées : *concilia* (2), *tribunalia* (3) ou *hastae* (4) ; de là l'expression de *quadruplex iudicium* (5). Sous la République, la présidence en appartenait probablement au Préteur. Depuis Auguste, nous trouvons les *decemviri litibus iudicandis* mentionnés comme présidents (6). Au temps de Pline le Jeune, il paraît certain que ce fut le préteur en présence des *decemviri* qui remplissait cette fonction (7).

(1) CHÉNON (E), *Le tribunal des Centumvirs*, 1881, p. 15, n° 7. — Suivant NIEBURR (*Histoire romaine*, trad. Golbéry, II, p. 168), il faudrait placer sous Servius Tullius la création des centumvirs. C'est aussi l'opinion de M. MAYNZ (*Cours de dr. rom.*, I, p. 190) et de ZIMMERN (*Traité des actions*, trad. L. Etienne, p. 38). — Zumpt en attribue la création à la loi des Douze Tables. D'autres auteurs pensent que l'origine de cette juridiction remonte à l'année 512 ou 513 de Rome date de la création de la 35^e tribu ; dans ce sens, KALENDER (*Droit prétorien et réponses des prudents*, 1885, p. 71), VON KELLER (*Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, trad. par Capmas, 1870, p. 26) et CUQ (*Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 814). — ORTOLAN (*Législation romaine*, 11^e éd., p. 158) la place entre les années 367 et 339 de Rome, dans la période des progrès croissants des plébéiens — M. ACCARIAS (*op. cit.*, II, p. 849) conjecture que ce tribunal prit naissance après l'année 513, mais avant la loi *Æbutia*, c'est-à-dire avant 577 ou 583.

(2) VALÈRE MAXIME (*op. cit.*), VII, 7, 1. — PLINE LE JEUNE, *Epistolae*, VI, 33.

(3) QUINTILIEN, *Institutiones oratorias*, XII, 5, 6.

(4) POMPONIUS, D.1.2.2.29 (*De origine juris*).

(5) PLINE LE JEUNE *op. cit.* IV, 24.

(6) POMPONIUS, D.1.2.2.29 (*De origine juris*).

(7) PLINE, *Epistolae*, V, 21 (9).

Les centumvirs siégèrent d'abord au Forum, et depuis César, dans la basilique Julia.

Les quatre sections de ce tribunal jugeaient-elles seules ? La question est controversée. M. Zimmermann (1) soutient que chaque conseil jugeait séparément avec l'autorité du collège entier et qu'un procès n'était porté que devant l'une des quatre sections. « Toutefois, dit-il, une même contestation pouvait occuper plusieurs collèges lorsqu'elle se subdivisait en plusieurs questions, par exemple l'action en inofficiosité, lorsque plusieurs héritiers testamentaires étaient attaqués. » M. Von Keller est aussi de cet avis (2).

Pour nous, au contraire, la *querela* était toujours portée devant les quatre sections réunies, qu'il y ait un, deux ou plusieurs défendeurs au procès. En faveur de cette opinion, nous pouvons invoquer le témoignage de Pline le Jeune. Dans sa lettre à Romanus (3), Pline lui apprend qu'il avait été chargé de plaider dans un procès dirigé contre un testament inofficieux : Attia Viriola, femme d'une naissance illustre, fut exhérédiée par son père octogénaire, onze jours après que, entraîné par une folle passion, il lui eut donné une belle-mère. Elle revendiqua *quadruplici iudicio bona paterna*. La belle-mère et Sobérinus, les deux institués perdirent le procès. Ainsi, dans cette lettre, il n'est question que de deux héritiers institués et pourtant il y eut *quadruplex iudicium*.

Le système de Zimmermann et de Keller est donc en contradiction avec l'expression *quadruplex iudicium*, car, suivant leur opinion, cette appellation devrait être limitée aux cas où quatre défendeurs à la même

(1) *Traité des actions* (trad. par Étienne), p. 42 et suiv.

(2) VON KELLER, *op. cit.*, p. 42 et suiv.

(3) *Epistolae*, VI, 33.

cause étaient appelés devant quatre sections différentes. Aussi la manière de voir de ces savants auteurs allemands entraîne-t-elle des conséquences que les textes ne confirment pas. On ne rencontre, en effet, nulle part, les expressions *duplex iudicium* et *triplex iudicium*, expressions qu'on pourrait envisager en vertu de cette opinion si le nombre des défendeurs est de deux ou de trois. Il est vrai que Quintilien parle de *duplicis iudicio de duae hastae* (1), mais cela signifie tout autre chose. Il veut dire par là : après que l'affaire avait été plaidée devant les centumvirs réunis sous la même *hasta*, les quatre tribunaux partiels se divisaient pour voter séparément. Les uns pouvaient émettre des avis définitifs sur le fond du procès, les autres demander à plus ample informé (*omplatio*). Dans ce cas, l'affaire était instruite de nouveau devant la section dont la conviction n'était pas formée, et, pour elle, la connaissance de la décision des autres sections formait un préjugé (*proejudicium*). L'assemblée générale se trouvait ainsi divisée en deux parties pendant cette seconde information ; c'est dans ce sens qu'il faut entendre l'expression *duae hastae* employée par Quintilien (2).

Les débats avaient lieu publiquement et, une fois commencés, ils ne pouvaient être renvoyés à un autre jour (3). L'instance plénière décidait avec pouvoir discrétionnaire, sans règle précise et tracée à l'avance : 1^o Si les parents qui actionnaient étaient assez proches pour être écoutés ; 2^o s'ils s'étaient ou non rendus coupables de faits justifiant l'exhérédation ; 3^o si le testateur — n'ayant pas de torts

(1) QUINTILIEN, *op. cit.*, V, 2, 1. — LATREUILLE (J.), *Histoire des institutions judiciaires des Romains*, 1870, I, p. 130.

(2) *Et partibus centumviralium quae in duas hastas divisae sunt.*

(3) PLINE, *Epist.*, I, 18 : *Judicium centumvirale differi nullo modo potest.*

à leur imputer — leur avait ou non laissé une part suffisante de sa fortune. La sentence était rendue, non d'après l'avis de la majorité des membres du tribunal, mais d'après l'avis du plus grand nombre des sections ; elle résultait donc des quatre avis qu'elles émettaient.

Mais *quid* en cas de partage : deux pour, deux contre la rescision du testament ? Suivant Pline le Jeune, la décision était, dans ces cas, favorable au *querelans* (1). Cependant Marcellus donne une solution contraire (2).

Le tribunal des centumvirs n'était pas toujours compétent en matière de contestations relatives aux testaments. Il ne pouvait juger ni les procès intéressant les habitants de provinces, parce qu'ils devaient être intentés devant le tribunal du domicile de l'institué (3), ni ceux qui concernaient les successeurs prétoriens, parce qu'ils ne pouvaient être intentés, même à Rome, dans la forme d'une action de la loi. Il paraît que l'action en *inofficiosité* fut, plus d'une fois sous l'Empire, soumise à l'*usus judex* ou jugée *extra ordinem* soit par l'empereur (4), soit par les gouverneurs de provinces. Il faut remarquer cependant que les règles établies par les empereurs, pour les causes soumises à la procédure extraordinaire, furent en partie étendues par la pratique judiciaire aux affaires déférées au tribunal des centumvirs. L'unité de jurisprudence en matière de testament inofficieux fut ainsi progressivement réalisée.

(1) PLINE, *Epist.*, VI, 33.

(2) D.5.2.10. pr.

(3) ULPYEN, *h. l.*, 29.4.

(4) PAUL (*h. l.*, 28) cite un décret d'Hadrien antérieur au sénatus-consulte Orphitien et décidant que les legs et les fidéicommiss contenus dans le testament inofficieux seront maintenus. Cette décision est incompatible avec les pouvoirs du juge dans la procédure formulaire. Il en est de même de la faculté d'interjeter appel : ULPYEN, *h. l.*, 27.3 ; 29. pr.

Appel. — Le droit d'appel ne fut reconnu que sous l'Empire. Sous la République, il n'existait qu'en matière criminelle sous la forme d'appel au peuple (*provocatio ad populum*). En matière civile, l'effet d'une sentence inique pouvait être neutralisé accidentellement par une *intercessio*, annulé par l'*in integrum restitutio* ou compensé par une action nécessaire ; mais il n'existait pas deux juridictions différentes, appelées à juger successivement la même cause.

L'appel suppose l'existence d'une hiérarchie de magistrats, la subordination du juge de première instance au juge d'appel. Cette subordination existe lorsque l'empereur délègue sa *jurisdictio* soit d'une manière permanente, soit pour une affaire déterminée (1). Le délégué impérial est investi d'une fonction ; il dit le droit, comme l'empereur, *extra ordinem* (2). Ses décisions sont susceptibles d'appel devant son supérieur hiérarchique ou devant l'empereur. Cette innovation fut introduite par Auguste (3).

Au Bas-Empire, la voie de recours normale est celle de l'appel. On peut toujours interjeter appel de la décision d'un juge inférieur en s'adressant à son supérieur hiérarchique. Le prince se trouve forcé d'organiser à ses côtés un conseil qui juge les causes d'appel qu'on lui adresse. C'est le *consistorium principis*. Ce conseil privé, où siégèrent nombre de grands jurisconsultes romains, devint rapidement le centre judiciaire et administratif de tout l'Empire.

S'il y a doute sur la possibilité d'appeler en

(1) Délégations générales aux *vice sacra judicantes*, aux préfets du prétoire ou de la ville, aux gouverneurs des provinces impériales. Délégations spéciales aux consuls (fidéicommiss).

(2) POMPONIUS, D.1.2.2.33 ; ULPEN, D.1.16.7.2.

(3) SCÉTOKE, *XII vitae imperatorum*, Auguste, 33, *in fine*.

général des décisions du tribunal centumviral (1), il n'existe plus lorsqu'il s'agit de l'action en inofficiosité ; il est certain que les jugements rendus sur la *querela* par les centumvirs étaient susceptibles d'appel. Nous avons à cet égard les textes les plus formels (2). Ulpien, dans la loi 27, paragraphe 3 du titre sur l'inofficiosité du testament (D.5.2.), nous apprend que l'institué qui, ayant perdu son procès, avait interjeté appel, conservait néanmoins la possession de l'hérédité (ce qui s'explique par l'effet suspensif de l'appel). On permit de plus au fils impubère de réclamer des aliments, que le recourant devait lui fournir jusqu'à la fin du procès.

(1) ZIMMERN, *op. cit.*, p. 196.

(2) ULPYEN, D.5.2.29.pr. — ULPYEN, D.49.1.14.pr.

CHAPITRE IV

DES TESTAMENTS INOFFICIEUX QUI NE PEUVENT ÊTRE ATTAQUÉS PAR LA « QUERELA »

En principe, tout testament inofficieux est susceptible d'être attaqué par la *querela*. Cette règle n'est cependant pas absolue ; elle souffre plusieurs exceptions :

1^o La première est relative à la substitution pupillaire dont nous avons déjà parlé un peu plus haut (1).

Cette coutume très ancienne permettait au père de faire le testament de son fils en même temps qu'il faisait son propre testament. Il institue son fils et, pour le cas où le fils mourrait avant lui ou mourrait avant la puberté, il lui donne un héritier (2). Cet usage s'explique, d'une part, par l'idée d'une extension considérable de la puissance paternelle, d'autre part, par l'intention d'assurer la continuité des *sacra*.

Lorsque le père de famille, en faisant le testament de son fils, manquait à l'*officium pietatis*, les personnes écartées injustement de la succession n'avaient pas le droit de s'en plaindre. Voici deux

(1) V. p. 30.

(2) *Tilius filius meus heres esto. Si filius meus mihi heres non erit, sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.*

espèces prévues par Ulpien : a) Un père, en testant pour son fils, omet la mère de ce dernier (1). Elle ne pourra pas intenter la *querela*, parce que l'injure ne provient pas du fait de l'enfant, le testament étant l'œuvre du père (2). b) Un père, ayant deux fils dont l'un impubère, substitue à ce dernier une *persona turpis*, et exhérède, sans juste cause, l'autre enfant. Le père meurt, peu après aussi le fils impubère. L'enfant survivant ne pourra pas attaquer le testament de son frère pour les mêmes motifs que tout à l'heure. Il peut néanmoins se prévaloir de l'exhérédation injuste et actionner directement le testament de son père. La rescision cependant ne sera que partielle, parce que la substitution reste pour partie sauvegardée (3).

2^o La seconde exception concerne le testament des militaires (4). Le testament inofficieux de ces derniers ne peut être actionné par la *querela*. Mais, pour jouir de cette faveur, il faut que le testateur décède en activité de service (*in militia*) ou dans l'année de son congé. Sous Justinien, cette faveur ne s'applique qu'aux militaires testant *in expeditionibus*.

Pour expliquer les privilèges accordés aux militaires, certains auteurs invoquent la nécessité où se trouvaient les empereurs de complaire à l'armée par laquelle ils maintenaient leur pouvoir. Quant à nous, nous croyons que l'immunité des testaments militaires remonte encore à la République. En effet, la nécessité d'exhérer ne s'appliquait jamais au testament d'un militaire ; de même la *querela* non plus ne put l'atteindre.

(1) ULPYEN, D.5.2.8.5.

(2)*quia pater ei hoc fecit.*

(3) *Eod.* : *Nisi si pro parte patris rescissum est : tunc enim pupillare valet.*

(4) ULPYEN, D.5.2.27.2. — C.3.28.9.

3^o La troisième exception date de l'Empire. Le fils de famille peut librement disposer de son pécule castrense. Ce pécule se compose de tout ce que le fils acquiert à l'occasion du service militaire (1). Cette exception est facile à expliquer : pour exercer l'action en inofficiosité, il faut que le *querelans* soit héritier légitime du *de cuius*. Or, le fils n'a point d'héritier *ab intestat* tant qu'il est sous puissance. S'il meurt sans laisser de testament, le père recueille les biens compris dans le pécule, non pas *jure hereditario*, mais *jure peculii* (2). Justinien décide que le pécule castrense du fils mort *intestat* n'appartiendrait plus au père qu'à défaut de descendants et de frères et sœurs. La prohibition d'attaquer le testament reste néanmoins en vigueur (3).

Le pécule quasi castrense, créé par Constantin en 321, est soumis aux mêmes règles que le pécule castrense. Le testament qui en règle la dévolution se trouve par conséquent à l'abri de l'action en inofficiosité (4). Les avocats, les *agentes in rebus*, les fonctionnaires rétribués par l'État, les ecclésiastiques (5), finirent par avoir aussi un pécule quasi castrense, et leur acte de dernière volonté jouit du même privilège. Justinien, par la Nouvelle 123, chapitre 19, modifie cette législation. Les enfants et les ascendants des *clerici* ont toujours droit à leur légitime.

(1) Mais exclusivement à l'occasion du service militaire. D.49.17.11 :
....., *quod nisi militaret, adquisiturus non fuisset.*

(2) D.49.17.1. et 2.

(3) *Testamentum militis filii familias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis eius per inofficiosi querelam rescindi potest.* C.3.28.24.

(4) C.12.30 (31).1.pr. (*De castre: si omnium palatinorum peculio*). — C.3.28.37.pr. et 1.

(5) C.1.3.49.(50).pr. (*De episcopis et clericis*).

CHAPITRE V

DES PERSONNES QUI ONT QUALITÉ POUR INTENTER LA « QUERELA »

Un double principe doit nous guider dans la recherche des personnes qui ont qualité pour intenter la *querela* : elle n'est accordée qu'à ceux qui viendraient à la succession *ab intestat*, mais tous les successeurs *ab intestat* ne peuvent l'intenter.

Et d'abord, il faut être héritier *ab intestat* pour avoir le bénéfice de la *querela*. En effet, pas d'intérêt, pas d'action. Celui qui ne serait pas appelé *ab intestat* à la succession n'a aucun intérêt à la rescision du testament, puisque le but poursuivi est précisément de recueillir l'hérédité *ab intestat* comme conséquence de l'annulation du testament.

Il n'y a pas lieu, en principe, de distinguer entre ceux qui sont appelés *ab intestat* par le droit civil et ceux qui ne le sont que par le préteur, car tous ceux qui peuvent obtenir une *bonorum possessio* effective (*cum re*) subissent le même préjudice du testament que les héritiers du droit civil ; d'ailleurs, nous verrons bientôt que la *querela* fut accordée aux descendants *per masculos* alors même qu'ils n'étaient pas appelés à la succession par le droit civil, et aussi aux enfants contre le testament de leur mère, même

à l'époque antérieure au sénatus-consulte Orphitien où ces enfants n'avaient *ab intestat* qu'une vocation prétorienne. Deux passages de Valère Maxime mettent ce point hors de doute (1).

Parmi les héritiers *ab intestat*, tous n'auront pas la *querela*. Les Prudents ne l'ont accordée qu'avec mesure à certains ordres d'héritiers. Et encore ne l'ont-ils étendue que peu à peu, à mesure que l'Édit du Préteur et les empereurs ont élargi le cercle des successeurs *ab intestat*.

C'est ainsi que la *querela* fut accordée en définitive à trois ordres de successibles : aux descendants, aux ascendants, et à certains collatéraux privilégiés.

Examinons maintenant, sous des paragraphes successifs, chacun des ces trois ordres.

§ 1. — *Ordre des descendants.*

« *Omnibus liberis de inofficioso licet disputare* (2). » Telle est la règle que formule Ulpien. Mais ce serait une erreur de croire qu'à l'origine la *querela* fût si libéralement accordée. Elle se rattachait à une institution plus ancienne dont elle ne se dégagea complètement que plus tard, à l'exhérédation.

C'était l'exhérédation, fait positif, qui constituait l'injure donnant ouverture à la plainte.

A. Aussi la *querela* ne protégea-t-elle d'abord que ceux des descendants qui devaient être institués ou exhérédés. Cette protection ne fut accordée à l'origine qu'aux héritiers siens, de même que la nécessité d'exhéréder.

Plus tard, quand le préteur eut exigé sans distinction l'institution ou l'exhérédation de tous les

(1) VALÈRE MAXIME, *Factorum dictorumque memorabilium libri*, VII, 7, 3 et 8, 2.

(2) ULPIEN, D. 5. 2. 1

descendants *per masculos*, les jurisconsultes accordèrent la *querela* à tous les descendants.

La *querela* fut accordée aux posthumes sans doute le jour où ils purent être institués ou exhérodés (1).

Le fils adoptif avait la *querela* contre le testament de son père adoptif (2) d'après le droit civil, parce qu'il devait être exhérodé par lui. Le fils adoptif entra en effet dans la famille de l'adoptant et y prenait exactement la même place qu'un enfant issu des *justae nuptiae*. En même temps il perdait complètement sa place dans sa famille naturelle.

Si l'adoptant, avant de mourir, avait émancipé l'adopté, ce dernier se trouvait sans famille et privé de tout droit de succession. Pour venir au secours de celui qui se trouvait en pareille situation, le Préteur lui accorda la *bonorum possessio unde liberi* sur les biens de son père naturel, et dès lors il fut placé sur la même ligne que ses frères naturels émancipés. A partir de ce jour, il eut la *querela* contre le testament de son père naturel s'il avait été injustement exhérodé. Mais si l'enfant adoptif n'avait été émancipé qu'après la mort de son père naturel, il n'avait plus à sa disposition la *bonorum possessio unde liberi*, et par suite, n'étant pas héritier *ab intestat*, il ne pouvait intenter la *querela*. Sa situation était donc sans remède.

Pourtant ce refus de la *querela* contre le testament du père naturel à l'enfant adoptif qui n'était pas sorti de la famille adoptive ne fut pas admis sans résistance, et même il subit quelques exceptions. Aux derniers temps de la République, un adopté, omis par son père naturel, obtint la rescision du testament ; le fait est rapporté par Valère Maxime (3).

(1) ULPIN, D.5.2.6.pr.

(2) Inst. 2.18.2.

(3) *Op. cit.*, VII,7,2.

A la fin du second siècle, Marcien admet la *querela* dans le même cas, mais seulement lorsque l'adoptant est pauvre, c'est-à-dire lorsque l'enfant se trouve sans ressource (1).

Dans le droit de Justinien, les règles de l'adoption sont bouleversées, et la rigueur de l'ancienne législation fait place à une théorie plus humaine. Le droit antérieur ne subsiste que si l'adoptant est un ascendant ; si c'est un *extraneus*, l'adopté reste dans sa famille naturelle et conserve, comme avant l'adoption, le droit de critiquer le testament de son père naturel. Par contre, l'adopté ne peut critiquer le testament de l'adoptant, car ce dernier n'a plus besoin de l'instituer ni de l'exhérer.

La situation d'un impubère adrogé est bien différente de celle du fils adoptif. L'adrogé n'anra pas la *querela* contre le testament de l'adrogeant, bien qu'il soit entré dans sa famille, mais cela tient un caractère subsidiaire de la *querela*. Nous verrons qu'elle ne peut être intentée par celui qui peut venir par une autre voie à la succession. Tel est le cas de l'adrogé. S'il a été omis, le testament est *injustam* d'après le droit civil et il vient directement à l'hérédité. S'il a été exhérédié on émancipé, il a toujours le droit de réclamer, par une *actio ex stipulatu*, la restitution des biens qui lui appartenaient avant l'adrogation ou qu'il a fait ensuite acquérir à l'adrogeant (2). De plus, par une *condictio ex lege*, il peut obtenir, même lorsqu'il est exhérédié avec de justes motifs, le quart de la portion qu'il aurait recueillie s'il avait succédé à l'adrogeant. C'est la *quarte*

(1) C.8.47 (48). 10.pr. (*De adoptionibus*).

(2) Cette *actio ex stipulatu* provient de l'engagement pris par l'adrogeant au moment de l'adrogation. Cette obligation est imposée depuis un rescrit célèbre d'Antonin le Pieux (GAIUS, I., 102). L'engagement est pris envers un *servus publicus* qui stipule au profit de ceux qui auraient succédé à l'adrogé s'il était resté *sui juris*. D.1.7.17.1-5. (*De adoptionibus*). *Idem* lois 18, 20, 19 pr., 22 pr.

antoniae créée par l'empereur Antonin le Pieux dont elle porte le nom. Mais elle est plutôt une charge de la succession qu'un droit héréditaire pour l'adrogé impubère ; aussi, — bien qu'en principe l'adrogé ne puisse obtenir la *querela*, — il n'est pas sans exemple qu'il ne l'ait intentée (1).

B. La *querela* ne fut pas accordée exclusivement à ceux des descendants qui devaient être institués ou exhéredés ; elle fut aussi mise à la portée de ceux que le testateur n'était pas tenu d'instituer ou d'exhéredér, et dont l'omission n'entraînait pas de plein droit la nullité du testament. Ils se trouvaient donc dénués de toute protection jusqu'au jour où la *querela* leur fut donnée. Ces descendants étaient les descendants par les femmes, les enfants et petits enfants naturels.

L'idée de copropriété de la *familia* ne pouvait intervenir en leur faveur, ce qui prouve que cette application de la *querela* est certainement postérieure à la précédente (2) ; elle repose sur une idée de raison et d'équité.

Le testateur n'était pas tenu d'exhéredér ces descendants, il pouvait arriver cependant qu'il le fit. Pline le Jeune (3) nous rapporte en effet que parfois une mère ou un ascendant maternel exhéredait ses descendants. Omis ou exhéredé, le descendant avait la *querela*, pourvu toutefois que le testateur se fût trouvé dans la possibilité de l'instituer, car autrement on n'aurait aucune critique à lui adresser.

Parmi ces descendants se trouvent les enfants naturels, qu'il faut considérer tant par rapport à leur mère que par rapport à leur père.

Par rapport à la mère, il n'y a pas lieu de distin-

(1) ULPPIEN, D.5.2.8.15. — Cf. CUQ, *op. cit.*, p. 713, note 13.

(2) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, n° 353, 2.

(3) *Epistolae*, V, 1.

guer entre les *spurii* ou *vulgo quaesiti* (1) et les enfants naturels nés d'un concubinat régulier, mais il faut faire une distinction entre l'époque antérieure au sénatus-consulte Orphitien et celle qui a suivi. Avant le sénatus-consulte Orphitien, les enfants et les petits-enfants naturels étaient appelés à la succession de leur mère à titre de cognats par le préteur. C'est seulement dans le cas où la *bonorum possessio unde cognati* pouvait leur appartenir qu'ils avaient la *querela*. Ce n'était pas le cas lorsque la mère se trouvait *in manu*. Le sénatus-consulte Orphitien les appela à la succession de leur mère comme les enfants légitimes, même lorsque leur mère était *in manu moriti*, et leur donna un rang préférable à certains agnats. La *querela* leur fut par conséquent plus souvent ouverte.

Par rapport au père, les *spurii* n'ont aucun droit à la succession *ab intestat*; par conséquent, ils ne pourront jamais critiquer son testament. Quant aux enfants nés du concubinat, ils auront la *querela* chaque fois qu'ils pourraient avoir le *bonorum possessio unde cognati*. Constantin les en priva, mais Justinien la leur restitua plus tard.

Le posthume lui-même peut attaquer le testament de ses père et mère naturels (2). Néanmoins Ulpien, qui donne cette solution, indique qu'elle peut souffrir quelques difficultés. Le doute vient de ce que le droit civil n'admet pas la possibilité d'instituer un posthume *extraneus*; mais le droit prétorien permet cette institution, par conséquent le testateur a la possibilité de la faire. S'il ne l'institue quand même pas, c'est qu'il manque à l'*officium pietatis*. Le posthume naturel a donc qualité pour intenter la *querela*.

(1) PAPINIEN, D.34.9.16.1 (*De his quae ut indignis auferuntur*).

(2) ULPIEN, D.5.2.6.pr.

Quant aux enfants adoptifs des femmes, c'est une question controversée par les interprètes modernes que de savoir s'ils avaient la *querela*. L'adoption par les femmes ne fut permise que plus tard par un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien (1). Encore n'était-ce pas une véritable adoption, car la femme n'acquerrait pas la puissance paternelle sur ses enfants adoptifs. C'est la raison qui décide Pothier à refuser la *querela* à ces derniers. Mais la raison nous paraît mauvaise, car la *querela* est à cette époque dégagée de toute attache avec la puissance paternelle, et l'adoption par les femmes avait précisément pour effet de donner un droit successoral aux enfants adoptifs. Il faut en conclure logiquement qu'ils avaient la *querela* en cas d'omission ou d'exhérédation, et leur appliquer à ce sujet les mêmes règles qu'aux autres enfants adoptifs.

Pour terminer ce paragraphe, mentionnons encore la loi 27 § 1 (D. 5.2.). Elle révèle une fraude employée par les ascendants qui voulaient faire impunément une exhérédation imméritée. Ils usaient d'un mensonge en déclarant dans leur testament que la personne qu'ils exhérédaient n'était pas en réalité leur fils. Cette affirmation n'a d'autre effet que d'obliger le fils exhérédé à en prouver la fausseté.

§ 2. — *Ordre des ascendants.*

La *querela* leur est accordée par équité. On peut s'en étonner au premier abord, car il est difficile d'accuser un fils d'avoir manqué à l'*officium pietatis* par ce fait qu'il ne prévoyait pas la survie de ses ascendants, cas contraire au cours naturel des choses. Mais les jurisconsultes ont pensé avec rai-

(1) C. 8.47. (48).5. (*De adoptionibus*).

son que si c'était le devoir des ascendants de laisser une partie de leur fortune à leurs enfants, il en était inversement de même. Il y avait là une sorte de réciprocité de devoirs, d'affection et de prévoyance (1).

Les ascendants ont donc la *querela*, mais seulement contre le testament de leurs descendants *sui juris*. Cela tient à ce que le descendant *alieni juris* ne peut tester que sur son pécule, auquel on ne succède pas *ab intestat*, le pécule revenant *jure peculii* au *paterfamilias*.

Le père émancipateur n'ayant conservé aucun lien de parenté civile avec le fils émancipé ne pouvait avoir la *querela* qu'à titre de cognat, s'il ne s'était réservé, au moyen de la clause de fiducie, les droits qu'aurait eus le *manumissor extraneus*. Mais le préteur ayant créé la *bonorum possessio unde decem personae* (2), le père émancipateur fut appelé à la succession *ab intestat* avant le *manumissor extraneus* et eut la *querela* de préférence à lui (3). La clause de fiducie devint dès lors inutile pour assurer au père la *querela*. Elle tomba bientôt en désuétude et le père conserva néanmoins les droits attachés à la qualité de patron (4).

En conséquence, le jour où fut créée la *bonorum possessio dimidiaie partis* au profit du patron, ce fut le père émancipateur qui en profita à l'exclusion du *manumissor*. Cette *bonorum possessio* donnait à son bénéficiaire le droit de prendre la moitié de la succession à l'encontre des héritiers institués, et de venir en concurrence avec eux (5). Logiquement,

(1) PAPINIEN, D.5.2.15.pr. et D.37.6.7.1.

(2) Inst. 3.9.2. (*De bonorum possessionibus*).

(3) MODESTIN, D.5.2.30.pr.

(4) Sous Justinien, le contrat de fiducie est toujours sous-entendu; Inst. 1.12.6 (*Quibus modis jus potestatis solvitur*). — C.8.48 (49). 6 (*De emancipationibus liberorum*).

(5) ULPYEN, D.38.2.3.12 (*De bonis liberorum*). — Inst. 3.7.1. (*De successione liberorum*). — GAIUS, III, 41. — PAPINIEN, D.5.2.16.1.

le père émancipateur aurait dû cesser de pouvoir intenter la *querela* à cause de sa nature subsidiaire : il pouvait arriver à la succession en vertu de cette *bonorum possessio* sans faire tomber le testament tout entier. Nous avons vu qu'après quelques hésitations on avait refusé la *querela* à l'impubère adrogé parce qu'il avait la quarte antonine, bien que cette quarte fût plutôt une charge de la succession qu'un droit héréditaire. A plus forte raison, semble-t-il, on aurait dû la refuser au père émancipateur. Il en fut autrement, et le nouvel avantage résultant pour lui de la *bonorum possessio dimidiaie partis* ne lui fit pas perdre son droit à la *querela* qui, dans certains cas, pouvait lui être avantageuse et lui procurer la succession tout entière. Parfois aussi, il préféra la *bonorum possessio*, soit parce qu'en dehors d'elle il ne pouvait obtenir que la quarte légitime, soit parce qu'elle le dispensait de faire la preuve de l'injustice de l'omission. Si nous voulons chercher le motif de cette différence de traitement, peut-être le trouverons-nous dans la différence de qualité en vertu de laquelle le père émancipateur tient son droit de chacun de ces deux avantages différents.

C'est en qualité d'ascendant qu'il a droit à la *querela*, c'est en qualité de patron qu'il a droit à la *bonorum possessio dimidiaie partis*. On ne peut donc pas dire que ces deux bénéfices soient accordés à la même personne juridique, et que le père ait, en cette qualité d'ascendant, une autre voie que la *querela* pour parvenir à la succession. Au contraire, l'impubère adrogé n'aurait puisé son droit à la *querela* que dans sa qualité d'adrogé, qui lui procurait déjà pour parvenir à la succession le bénéfice de la quarte antonine.

La mère n'avait jamais la *querela* d'après le droit civil. En effet, ou bien elle était étrangère, ou bien

elle était *in manu mariti*, c'est-à-dire *loco filiae* par rapport à ses enfants. Or, nous verrons plus loin que les sœurs même agnates n'avaient pas la *querela*.

Le préteur lui donna la *bonorum possessio unde cognati*, et elle put avoir la *querela*, mais elle ne venait qu'après les agnats.

Le sénatus-consulte Tertullien la plaça au rang des agnats. Primée par le frère, elle vint en concours avec la sœur et prima tous les autres agnats. Le préteur lui accorda alors la *bonorum possessio unde liberi*. Le *jus liberorum* exigé d'elle par le sénatus-consulte fut supprimé par Justinien (1).

§ 3. — *Ordre des collatéraux.*

La *querela* des collatéraux est très caractéristique. Elle n'est accordée qu'à certains collatéraux privilégiés, les frères et sœurs consanguins, et seulement dans un cas tout spécial, le cas où les personnes instituées sont des indignes (*personae turpes*) (2).

A. Il paraît que la *querela* des collatéraux dérive de l'idée antique de copropriété familiale. C'est dire qu'elle est fort ancienne. Cette ancienneté est prouvée par le fait que la *querela* n'était accordée qu'aux frères et sœurs consanguins, ce qui suppose l'idée ancienne de copropriété subsistant encore au moment de son introduction (3). Historiquement, il faudrait la placer entre la *querela* des héritiers siens et l'extension de la *querela* aux autres descendants. Si nous en traitons en dernier lieu, c'est que nous avons dû préférer l'ordre de dévolution de la *querela* à l'ordre historique.

(1) Inst. 3.3.4 (*De senatus-consulto Tertulliano*).

(2) Code Théodosien, 2.19.1. — VAL. MAX., VII, 8.4 : *Et erant ab eo (fratre) instituiti heredes... humiles ; ut,.... praelatio contumeliosa videri posset.*

(3) VALÈRE MAXIME, VII, 8.4.

Ce n'est, en effet, qu'à défaut de descendants et d'ascendants que les collatéraux privilégiés pourront l'intenter. Cela tient à ce que la *querela*, ne pouvant être intentée que par les héritiers *ob intestat*, suit nécessairement l'ordre de dévolution de l'hérédité elle-même.

Ainsi, à mesure que la *querela* fut accordée successivement à différentes classes de successibles, ceux-ci appelés *ab intestat* de préférence aux frères et sœurs, obtenaient également la *querela* de préférence à ces derniers, de telle sorte que ces collatéraux venus les premiers à la *querela* dans l'ordre historique ne l'obtenaient qu'en dernier lieu, et à défaut des autres, par ordre de dévolution.

Il y avait lieu à dévolution de la *querela* d'un ordre à l'autre, lorsqu'il n'existait pas de successibles de l'ordre précédent, ou bien lorsque les successibles de l'ordre précédent mouraient avant de l'avoir intentée ou refusaient de l'intenter (1).

Nous croyons même pouvoir affirmer que, dans le même ordre, il y avait dévolution de la *querela* de degré à degré (2). Pothier, le premier qui donne cette solution (3), se fonde seulement sur la corrélation intime qui existe entre la succession *ob intestat* et la *querela* ; mais comme il ne cite aucun texte, son opinion est contredite par plusieurs auteurs (4).

Nous croyons pouvoir appuyer l'opinion qui admet la dévolution de degré à degré sur un rescrit de Dioclétien et Maximien (5). Ce rescrit décide que les

(1) PAPINIEN, D.5.2.14. — Cf. PAUL, D. h. t., 31. pr.

(2) CUG, *op. cit.*, p. 713. — VINNIUS, *Juris quaestiones selectae*, I, 20. VERNET, *Traité de la quotité disponible*, p. 115. — BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 81, note 1.

(3) POTHIER, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae cum legibus c. dicis et novellis*. III, n.10, note 4.

(4) MACHELARD, *Dissertations*, p. 612. — SCHULTING, *Notae ad Digesta*.

(5) C.3.28.21.

enfants du frère et de la sœur attaquent inutilement le testament de leur oncle paternel ou maternel et de leur tante paternelle ou maternelle, et ceci par le motif que la *querela* n'est accordée qu'au frère et à la sœur dans l'ordre des collatéraux. En décidant qu'il n'y a ni dévolution ni représentation dans cet ordre, les empereurs supposent qu'il y a dévolution de degré en degré dans les autres.

L'agnation devait exister entre les frères et sœurs consanguins pour que la *querela* fût admise. C'est expressément dit dans une constitution de Constantin rapportée au Code Théodosien (1). Justinien reproduit dans son code le texte de Constantin (2), mais, par une interpolation, il enlève la nécessité de l'agnation. Cette interpolation s'explique par le désir qu'avait Justinien de mettre ce texte en harmonie avec la législation nouvelle, car Justinien avait déjà décidé que tous les frères et sœurs consanguins, qu'ils fussent agnats ou non, auraient la *querela* (3). Ainsi, avant Justinien, un frère consanguin émancipé du vivant du *pater*, et qui par suite avait perdu sa parenté civile, ne pouvait plus tard, après la mort du *pater* et après celle de son frère resté en jouissance jusqu'à la mort du *pater*, intenter la *querela*. Et pourtant, ce frère aurait été appelé à la succession civile depuis la constitution d'Anastase (4).

De même encore, le fils donné en adoption n'aurait pu, avant Justinien, intenter la *querela* contre le testament de son frère naturel, eût-il été émancipé avant la mort de ce dernier. Il le put à partir de Justinien.

Mais la *querela* fut toujours énergiquement refusée

(1) C. Théod. 2.19.1.

(2) C.3.28.27.

(3) Inst., 2.18.1.

(4) An 498.

aux collatéraux autres que les frères et sœurs, et même aux frères et sœurs utérins (1).

B. La turpitude de la personne instituée, exigée comme condition spéciale de l'exercice de la *querela* des collatéraux, la distingue nettement de la *querela* accordée aux autres ordres. Cette condition est vraisemblablement aussi ancienne que la *querela* des collatéraux elle-même et a été sans doute la raison qui lui a donné naissance. Pothier se trompe quand il attribue cette condition aux exigences de Paul et d'Ulpien, car Valère Maxime nous montre qu'elle était déjà requise à son époque (2).

Il nous reste à préciser en quoi consistait cette turpitude. Était *turpis* la personne dont l'*existimatio* n'était pas *integro*, c'est-à-dire dont la réputation n'était pas intacte ou dont la condition ou les origines étaient viles. Il ne faut donc pas confondre l'*existimatio* avec le *caput* (3). *Caput* désigne l'état, la capacité. La *capitis diminutio*, c'est la mort civile, partielle ou totale. Ainsi le *capite minutus* est mort pour la *familia* s'il n'a encouru que la *minima diminutio* ; il est mort pour la cité s'il a encouru la *media* ; il est mort pour la société tout entière s'il a encouru la *maxima capitis diminutio*. Il est certain que l'*existimatio* d'une personne qui a encouru les deux plus graves *capitis diminutiones* n'est plus entière, mais la première n'influe en rien sur son honneur. La note d'infamie du censeur sera cause de turpitude, et généralement toutes les déchéances légales qui sont la suite d'un délit ou de certaines professions telles que celles de gladiateur, d'histrion (4). L'origine

(1) ULPYEN, D.5.2.1.

(2) VAL. MAX., VII, 8.4. An 20-30 environ.

(3) ACCARIAS, *op. cit.*, I, n° 178, note 1.

(4) CALLISTRATUS, D.50.13.5.1 à 3 (*De variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicitur*). — PAULUS, D.4.5.5.2 (*De capite minutus*).

servile suffisait même à constituer la turpitude, le testateur eût-il institué son propre affranchi (1). Néanmoins, le fait du testateur d'avoir institué un de ses propres esclaves ne donnait pas ouverture à la *querela* des frères et sœurs (2), car si le testateur l'a fait, c'est sans doute pour s'éviter le déshonneur de la vente de ses biens en son nom personnel, en s'assurant un héritier nécessaire.

(1) C.3.28.27.

(2) *Idem, in fine.*

CHAPITRE VI

CONTRE QUI LA « QUERELA » PEUT ÊTRE INTENTÉE

La *querela* ayant pour but de faire tomber le testament doit être dirigée contre ceux qui détiennent les biens héréditaires par l'effet du testament. Étant une pétition d'hérédité par laquelle on réclame l'ensemble des biens héréditaires, elle doit être dirigée contre ceux qui, par l'effet du testament, recueillent l'ensemble de ces biens.

Elle ne saurait donc être intentée contre un légataire ou contre un fidéicommissaire qui ne recevrait les biens qu'à titre particulier. C'est donc à tort qu'on a dit que la *querela* pouvait être accordée contre toute personne qui possédait tout ou partie de la succession à quelque titre que ce fût. Cette formule est beaucoup trop générale. Aucun texte ne permet de diriger la *querela* contre un possesseur à titre particulier des biens héréditaires, et le caractère de l'action s'y oppose absolument. C'est une pétition d'hérédité, et non une revendication.

Il est vrai que les légataires pourront intervenir dans l'instance engagée entre le *querelans* et l'institué pour y défendre leurs intérêts (1). On leur per-

(1) ULPIN D.5.2.29.pr.

met même d'interjeter appel de la sentence à laquelle ils n'ont pas été parties (1). Mais cette intervention des légataires n'est même pas nécessaire pour que la sentence leur soit opposable. Leur droit tombe en effet avec celui de l'institué, tandis que le droit de l'institué ne serait pas atteint si la *querela* pouvait être dirigée contre un légataire à titre particulier. La *querela* manquerait donc son but en laissant subsister l'institution d'héritier alors qu'elle est ouverte précisément pour la faire tomber.

1° C'est donc l'institué qui, le premier, a qualité pour défendre à la *querela*. Peu importe, du reste, la qualité de cet institué, « qu'il soit un des enfants, un étranger ou même un membre de la communauté » (2).

Voici deux applications de ce principe :

a) Un fils avait omis sa mère (Flora), pour instituer sa propre sœur (fille de Flora). Bien que parfaitement valable en lui-même, à raison de la personne instituée, ce testament peut être attaqué (3).

b) La *querela* peut être dirigée contre l'empereur lui-même (4). Cela se justifie très bien, car l'injure résultant de l'exercice de la *querela* ne s'adresse qu'à la mémoire du testateur et nullement à la personne de l'institué.

Il n'y a qu'une hypothèse où l'on tienne compte de l'*existimatio* de l'institué, c'est celle où les *querelantes* sont frères ou sœurs consanguins du défunt. Nous l'avons étudiée dans le chapitre précédent.

2° La *querela* peut aussi être intentée contre les personnes qui détiennent l'hérédité à titre universel à la place de l'institué ou à son défaut. Ainsi elle

(1) ULPEN, D.49.1.14.pr. (*De appellationibus et relationibus*).

(2) PAUL, D.5.2.31.1.

(3) C.3.28.17.

(4) ULPEN, D. h. t., 8.2.

peut être dirigée contre le fisc qui a recueilli la succession vacante (1).

Pour le même motif, la *querela* pourra être dirigée contre un fidéicommissaire (mais ceci doit s'entendre seulement du fidéicommissaire à titre universel), que ce fidéicommissaire possède *pro herede* ou *pro possessore* (2). Sa possession est en effet la conséquence du testament.

En vertu du même principe, il peut même arriver que la *querela* soit dirigée contre le *bonorum possessor contra tabulas* par l'héritier du droit civil. Voyons comment peut se produire ce curieux résultat. Tryphoninus nous présente l'espèce suivante (3) : Un père de famille a deux enfants, il émancipe l'un d'eux. Puis il teste et omet le fils émancipé, tandis qu'il exhérède le fils en puissance. Si les héritiers externes institués refusent de faire adition, le testament tombe et le fils exhérédé viendra *ab intestat* à l'hérédité en qualité d'héritier légitime, le fils omis (l'émancipé) en qualité d'héritier prétorien. Mais, si les institués font adition et que le fils émancipé et omis obtienne contre eux la *bonorum possessio contra tabulas*, ce dernier recueillera toute la succession. Si dans la suite le fils exhérédé veut se plaindre, il faut qu'il intente la *querela* contre son frère, c'est-à-dire contre l'héritier *ab intestat* du droit prétorien qui défendra à l'action. Cela découle du caractère de pétition d'hérédité de la *querela* et cela n'est pas contraire au but immédiat qu'elle poursuit, la rescision du testament, car le testament, bien que dénué de tout effet *jure praetorio*, est encore valable *jure civili*. Si la *querela* réussit, elle détruira l'effet de l'adi-

(1) C. h. t., 10. Le légitimaire exerce la *petitio hereditatis* contre le fisc et soulève la question d'inofficiosité devant le procureur impérial.

(2) C. 3.28.1.

(3) TRYPHONINUS, D.37.4.20.pr. (*De bonorum possessione contra tabulas.*)

tion, et par suite celui de l'exhérédation ; la succession *ab intestat* s'ouvrira tant au point de vue du droit civil qu'au point de vue du droit prétorien. Elle se partagera entre les deux enfants comme dans l'hypothèse où l'adition n'avait pas été faite par les institués.

Il peut encore arriver qu'un *bonorum possessor contra tabulas* vienne en concours avec un institués ; c'est ce qui a lieu dans le cas exceptionnel d'une *bonorum possessio dimidiaie partis*, accordée au père émancipateur, *jure manumissionis* ; si nous supposons que l'institués soit un *extraneus* et qu'il y ait une fille exhérédée, cette dernière aura la *querela* (1).

Le succès de la *querela* aura pour effet de faire tomber à la fois l'institution et, par voie de conséquence, la *bonorum possessio dimidiaie partis*. Mais, contre qui la fille pourrait-elle diriger son action ? Évidemment, elle peut agir contre l'institués qui détient encore la moitié de la succession (après que le père émancipateur a obtenu du préteur la *bonorum possessio dimidiaie partis*). Quant au *bonorum possessor*, aucun principe ne nous paraît s'opposer à ce qu'elle (la fille) mette aussi en cause ce dernier, car si un légataire peut intervenir au procès, à plus forte raison est-ce le cas pour le *bonorum possessor*. Mais la fille pourrait-elle actionner le père émancipateur seul ?

M. Accarias paraît le croire (2). Pour nous, cette opinion est difficilement admissible, car le défendeur naturel à la *querela*, c'est l'institués. Si on admet, comme nous le verrons plus loin, que les légataires se voient opposer la sentence rendue contre l'institués, — sentence à laquelle ils (les légataires) n'ont pas été parties, — c'est par dérogation au principe

(1) PAPINIEN, D.5.2.16.1.

(2) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, n° 356, note 2, p. 896.

de l'effet relatif de la chose jugée. Cette dérogation s'explique par l'idée que l'institution est la base du testament, et qu'en son absence les dispositions accessoires s'évanouissent. Mais cette raison n'existe plus dans notre hypothèse ; elle s'oppose même absolument à ce que l'institué puisse être dépouillé par un moyen indirect, c'est-à-dire par voie de conséquence de la réussite de la *querela* intentée contre un autre intéressé. C'est donc contre l'héritier institué que la fille devra exercer son action.

3° On peut user de la *querela* aussi par voie d'exception. Ce cas se présente lorsque l'enfant exhérédié est en possession des biens héréditaires et que l'institué exerce contre lui la pétition d'hérédité. L'enfant peut soulever la question d'inofficiosité pour défendre ses droits (1).

(1) ULP IEN, D.5.2.8.13 : *in modum contradictionis*. Dans la procédure extraordinaire, la *contradictio* contient l'exposé des moyens invoqués par le défendeur pour résister à la demande formée contre lui (Cuv., *op. cit.*, p. 391).

CHAPITRE VII

CONDITIONS GÉNÉRALES D'EXERCICE ET DE SUCCÈS DE LA « QUERELA »

Bien que nous supposions la *querelo* intentée par une personne ayant qualité, l'action pourra, suivant les circonstances, être écartée par le magistrat ou bien échouer devant les centumvirs, si elle ne satisfait pas à des conditions rigoureuses de droit et de fait. Ces conditions ou restrictions apportées à l'exercice de la *querela* sont la sauvegarde de la liberté de tester que cette action aurait pu compromettre si elle avait été trop libéralement accordée. Nous avons vu, dans les chapitres précédents, comment les Prudens avaient donné satisfaction aux intérêts des héritiers *ob intestat*. Nous allons voir maintenant comment ces intérêts ont été conciliés avec l'intérêt d'ordre public qui s'attachait à la liberté de tester.

Trois conditions sont requises pour l'admission et le succès de la *querelo* : 1^o Que le plaignant ne puisse arriver à l'hérédité par une autre voie ; 2^o Que l'omission ou l'exhérédation laisse supposer une *injuria* chez le testateur ; 3^o Que sa quarte légitime ne lui ait pas été laissée *mortis causo*.

*Première condition :**La querela doit être un suprême moyen.*

Cette condition est exigée pour l'admission même de la *querela*. Si elle n'est pas remplie, une fin de non-recevoir absolue s'élève contre l'action qui doit être écartée *in limine litis* (1).

Ainsi, par nature, la *querela* est un *ultimum adiutorium*. Cela tient à son énergie, aux graves conséquences qu'elle entraîne : scandale public, atteinte à la mémoire du défunt, rescision du testament avec lequel tombent rétroactivement les droits de l'institué, des légataires, des fidéicommissaires et des affranchis. Cela tient aussi à la timidité respectueuse avec laquelle les Prudents corrigent le droit civil dans ses écarts. Lorsque les nécessités de la pratique les obligent à en méconnaître les principes, ils consentent à le faire en colorant leur défection sous une apparence juridique, mais ils renoncent au subterfuge pour rentrer dans le droit chaque fois que le droit peut leur suffire pour arriver au résultat nécessaire. Aussi refusent-ils la *querela* si le plaignant trouve une ressource dans la législation civile ou prétorienne.

Voici quelques espèces où la condition ci-dessus fait défaut.

1^o La *querela* sera refusée au fils émancipé *omis* par son père, du jour où le prêteur aura donné à l'émancipé la *bonorum possessio contra tabulas*. Au contraire, le fils émancipé *exhéredé* aurait la *querela* parce que la *bonorum possessio* lui ferait défaut (2).

2^o La *querela* sera refusée à la fille qui a été *omise*.

(1) Inst. 2.17.2. (*Quibus modis testamenta infirmantur*). — C. 6.28.4 (*De liberis praeteritis vel exhereditatis*).

(2) PAUL, D.5.2.23.pr.

Elle a la ressource du *jus accrescendi* qui lui est ouverte par le droit civil (1) ou de la *bonorum possessio* qui lui est accordée par le préteur (2).

3^o La *querela* sera refusée à celui qui peut prendre part à la succession à titre d'héritier légitime lorsque le testament est nul ou lorsque l'héritier a refusé de faire adition (3).

4^o Enfin nous avons vu qu'Ulpien refuse la *querela* même à l'impubère adrogé, parce que le rescrit d'Antonin le Pieux lui donne un droit sur la succession de l'adrogeant (4). C'est là une conséquence extrême de l'exigence de la condition qui nous occupe, puisque la quarte antonine est plutôt une créance de la succession qu'un droit héréditaire. Aussi Ulpien, après avoir donné cette décision, reconnaît-il que si, contrairement à son avis, la *querela* avait été donnée et qu'elle eût échoué, l'adrogé conservait le droit de réclamer la quarte antonine.

Nous avons vu également que l'absence de toute autre voie de recours ne semblait être exigée qu'autant que c'était bien à la même personne juridique que ce recours appartenait. Nous nous sommes fondés pour le décider sur l'exemple du père émancipateur qui a le choix entre la *querela* et la *bonorum possessio dimidiae partis*, pour ce motif, croyons-nous, que l'une lui appartient à titre de cognat et l'autre à titre de patron.

(1) GAIUS, II, 124.

(2) ULPIEN, D.37.11.2.pr. (*De bonorum possessione secundum tabulas.*)

(3) ULPIEN, D.5.2.8.10.

(4) *Idem*, h. l., 8.15.

Deuxième condition : Existence d'une injuria.

L'*injuria*, consistant dans la violation de l'*officium pietatis*, suppose chez le testateur la volonté de causer un tort à son successible en le dépouillant. Elle comprend donc deux éléments dont la réunion est nécessaire : la volonté coupable et le tort immérité.

I. Premier élément de l'injuria. Volonté coupable.
Cet élément fait défaut quand l'omission ou l'exhérédation est faite dans l'intérêt de l'enfant ; par exemple, pour lui éviter les embarras d'une liquidation compliquée. En pareil cas, le père exhérède son fils et grève l'institué d'un fidéicommiss (1).

La volonté coupable doit être personnelle à celui dont le testament est attaqué, nul ne pouvant se voir reprocher une *injuria* qu'il n'a pas commise. Par suite, la *querela* sera refusée au successible de l'impubère omis ou exhérédé dans une substitution pupillaire. On sait que la substitution pupillaire est le testament d'un impubère fait à l'avance par le *paterfamilias* pour le cas où son fils lui survivrait et mourrait ensuite impubère. L'impubère n'étant pas l'auteur de son propre testament n'a pu commettre aucune faute personnelle, et si le *paterfamilias* en a commis une, on ne peut en faire retomber la conséquence sur l'impubère.

En pareil cas, le *querelans* ne peut avoir qu'une ressource, c'est d'attaquer le testament du *paterfamilias*, s'il se trouve dans les conditions voulues pour le faire, et alors la substitution pupillaire tombera par voie de conséquence.

Par exception à la règle qui exige la volonté coupable chez le testateur pour l'admission de la

(1) ULPIN, D.28.2.18 (*De liberis et postumis*). — ULPIN, D.38.2.12.2 (*De bonis liberorum*).

querela, on l'admet dans le but de réparer une omission qui est la suite d'une erreur chez le testateur. Ainsi une mère, croyant son fils décédé, l'a omis et a institué un étranger. Le fils absent vient à reparaître. Il peut intenter la *querela*. Il en serait autrement si la mère l'avait omis dans un testament où elle avait institué ses autres enfants; on lui donnerait en pareil cas le *jus accrescendi* qui lui permettrait de venir accroître le nombre des institués sans avoir l'inconvénient de faire tomber le testament (1).

II. *Deuxième élément : tort immérité.* Le testateur qui a eu de justes motifs d'omission ou d'exhérédation a fait une œuvre inaccessible à la critique. Il conserve le pouvoir de faire son testament comme il l'entend, et ce n'est que par exception que ce dernier est attaquant lorsqu'il contient une injustice. Le testateur n'a pas besoin d'écrire dans le testament le motif qui l'a porté à dépouiller son successeur. Cela résulte, croyons-nous, de la législation des *Novelles de Justinien*, qui impose la nécessité de faire connaître le motif d'exhérédation, ce qui laisse supposer que précédemment cette condition n'était pas exigée.

Nous sommes amenés à nous demander qui doit faire la preuve de la validité ou de l'invalidité du testament. Nous rechercherons ensuite quels sont les justes motifs d'omission ou d'exhérédation.

1° D'abord, à qui incombe le fardeau de la preuve : au *querelans* ou à l'institué ?

Si l'on s'en tient aux principes, au *querelans*. En effet, la règle c'est la liberté du testateur; il faut donc prouver qu'il en a usé injustement pour qu'on en détruise les effets. D'un autre côté, si le *querelans* est demandeur au procès d'invalidité

(1) ULPPIEN, D.5.2.27.4.

sité (il peut être défendeur s'il invoque l'inofficiosité du testament par voie d'exception contre celui qui exerce la pétition d'hérédité) (1), on doit lui appliquer la règle : *actori incumbit probatio*. Si le testament contient l'indication du motif d'exhérédation, le *querelans* n'a qu'à faire la preuve d'un fait positif, celui de la nature mensongère de ce motif. Si le testament ne contient pas l'indication du motif, le *querelans* devra faire la preuve d'un fait négatif, savoir : l'absence de toute juste cause d'exhérédation.

L'administration de ces preuves nous paraît au premier abord très difficile. Mais, en réalité, nous ne pensons pas que la situation du *querelans* eût été si dure. L'absence de motif exprimé sera sans doute une présomption de fait en sa faveur, et s'il se présente d'ailleurs comme un homme honorable, d'une *existimatio* parfaite, sa preuve se trouvera faite par là même, à moins que son adversaire ne la détruise en établissant directement l'existence d'un juste motif.

Telles sont les solutions commandées par le droit commun. Elles ont été vivement combattues (2), et on leur oppose la doctrine suivante :

Ou bien le *querelans* est un descendant ou un collatéral, et alors la preuve est à sa charge. Ou bien, au contraire, c'est un ascendant, et alors le *querelans* est déchargé de la preuve parce qu'il existe une présomption *juris tantum* que son omission est injuste. Le droit commun ne devrait dans ce système être appliqué que si le *querelans* est un descendant ; on y déroge lorsque le *querelans* est un ascendant.

On prétend fonder cette dérogation sur un texte du Code Théodosien reproduit dans une loi de Jus-

(1) V. *supra*, p. 60.

(2) BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 131. — VERNET, *Traité de la quotité disponible*, p. 120.

tinien (1). Constantin, dans cette constitution, commence par déclarer que « les enfants qui attaquent comme inofficieux le testament de leurs parents doivent auparavant prouver qu'ils n'ont jamais cessé de leur porter tout le respect que la nature impose, etc. ». Voilà, dit-on, l'application du droit commun de la preuve en ce qui concerne les enfants. Constantin continue : « Mais si une mère intente l'action d'inofficiosité contre le testament de son fils, on doit s'informer avec diligence si le fils n'a eu aucun motif de plainte contre sa mère, etc. (2) » Voilà, dit-on, la dérogation au droit commun, pour le cas où le *querelans* est un ascendant.

Nous ne pouvons admettre que le texte de Constantin soit assez formel pour qu'on dise qu'il établit une exception en faveur des ascendants. Constantin veut simplement dire qu'il y a des cas où un fils pourra avoir de justes causes de ne rien laisser à sa mère elle-même. Telle est l'idée qui inspire la seconde partie du texte : « Mais si une mère... » Dans la première partie, il se borne à indiquer que l'inofficiosité du testament suppose l'absence de justes motifs d'exhérédation ou d'omission, et s'il parle de la preuve, ce n'est qu'incidemment et en faisant application du droit commun.

Il n'est pas nécessaire, croyons-nous, de nous attarder à montrer que les considérations morales, par lesquelles on voudrait confirmer l'argument de texte en faveur de l'opinion qui établit une exception, ne sont nullement décisives. On fait remarquer, en effet, que l'affection des ascendants pour leurs descendants doit faire présumer la justice de l'acte qui a dépouillé ces derniers, tandis que, en général, l'affection filiale n'est un sentiment puissant que

(1) C. 3.28.28.

(2) V. le texte ; la traduction n'est pas fidèle.

chez les natures d'élite; l'omission d'un ascendant peut alors s'expliquer plus naturellement par l'imprévoyance d'un fils que par les torts d'un père. Nous ne contesterons pas que nos affections suivent plus facilement la pente des générations qu'elles ne la remontent, mais nous nous refusons à fonder une distinction de droit positif sur cette distinction plutôt arbitraire que réelle.

2^o Quels sont les justes motifs d'exhérédation ou d'omission dont le *querelans* doit prouver l'absence, et sans lesquels le tort qu'il éprouve est immérité ?

Ces motifs ne sont pas déterminés dans le droit classique. Ils sont laissés à l'appréciation du testateur, et ensuite à l'appréciation des centumvirs qui jugeront l'affaire.

Néanmoins, les jurisconsultes introduisent quelques règles qui devront guider l'arbitraire du juge dans ses appréciations. Il devra s'enquérir de la conduite du *querelans* à l'égard du testateur, de sa conduite générale, et enfin se préoccuper du ressentiment que le sonci de sa propre dignité pouvait inspirer au testateur.

Ainsi les attentats ou les injures du *querelans* envers le testateur lui feront rejeter sa demande. La défense de tester faite par le *querelans* à celui qui l'aura ensuite exclu de sa succession suffira pour constituer cette injure (1).

La fille prostituée, le fils gladiateur ne pourront prétendre que leur exclusion est imméritée (2), à moins que le testateur lui-même n'eût exercé ces honteuses professions.

Le petit-fils issu d'un mariage honteux, auquel le grand-père n'aurait pas consenti, ne pourrait triompher dans l'instance en inofficiosité contre le

(1) C. 3.28.23.

(2) C. h. l., 11 et 19.

testament de ce dernier. Son origine et les souvenirs douloureux que rappelle sa naissance suffisent à motiver le ressentiment du testateur. Moins rigoureux, le prêteur vient au secours du petit-fils qui n'a pas personnellement démérité au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas* (1). Justinien lui restitue même la *querela* (2).

Les exemples que nous venons de citer se réfèrent tous aux causes légitimes d'exhérédation d'un descendant par ses ascendants. Constantin nous indique les causes les plus fréquentes d'exhérédation légitime des ascendants : actions indécentes ou malhonnêtes, embûches tendues, actes d'inimitié manifeste (3).

Troisième condition :

Le querelans n'a pas reçu sa légitime mortis causa.

On dut admettre de très bonne heure que le successible exhérédé, qui avait reçu à titre de legs ou de fidéicommiss la portion à laquelle il aurait eu droit *ab intestat*, ne pouvait intenter la *querela*. Il n'avait aucun intérêt à le faire, car dans la majorité des cas le testateur ne faisait que lui éviter les embarras d'une liquidation compliquée. L'*officium pietatis* n'était pas violé.

Mais si le successible n'avait reçu à ce titre qu'une part inférieure à celle qu'il aurait reçue *ab intestat*, fallait-il accueillir son action et rescinder le testament ? Le successible pouvait-il prétendre que l'*officium pietatis* avait été violé à son égard ? C'était une question d'appréciation ; la demande dans

(1) ULPPIEN, D.37.4.3.5 (*De bonorum possessione contra tabulas*).

(2) C.3.28.33.

(3) C. h. l., 28 *in fine*.

ces conditions devait être recevable, les centumvirs appréciant toutefois si elle était fondée.

D'autre part, fallait-il absolument refuser la *querela* aux personnes qui n'avaient pas besoin d'être exhérédiées, sous prétexte qu'elles n'avaient pas été omises, parce que le testateur leur avait laissé une part très minime ?

Refuser la *querela* en pareil cas, c'eût été se prêter à toutes les fraudes par lesquelles le testateur aurait pu se soustraire au contrôle. L'action fut donc donnée, et les centumvirs eurent encore à apprécier, dans ce cas, si l'*officium pietatis* pouvait être considéré comme rempli sérieusement par le testateur.

La question devait donc bientôt se poser ainsi :

Le *querelans* a-t-il été dépouillé ou non ?

Le testateur lui a-t-il laissé ou non une portion de ses biens assez considérable par rapport à sa fortune ?

S'il l'a laissée, par legs, par fidéicommiss, ou par donation à cause de mort, la *querela* ne peut réussir. Cette portion de biens, c'est la *légitime*, et sa présence met obstacle au succès de l'action ; son absence est requise pour être recevable.

L'appréciation à laquelle donnait lieu la nécessité de cette condition dans l'exercice de la *querela* était très arbitraire, et pouvait varier suivant les cas. Nous verrons dans le chapitre suivant comment cet arbitraire prit fin par la détermination de la quotité de la *légitime*, qui fut fixée d'une manière invariable au quart de la portion que le *querelans* aurait reçue *ab intestat*. Dès lors la *légitime* prend le nom de *quarte légitime*.

CHAPITRE VIII

DE LA QUARTE LÉGITIME

La quarte légitime domine en importance cette étude, car son examen nous conduit à résoudre certains problèmes auxquels a donné naissance l'application de la réserve dans les législations modernes. Pour plus de clarté, nous diviserons ce chapitre en quatre paragraphes.

§ 1. — Origine et caractères de la quarte légitime.

§ 2. — Conditions qu'elle doit remplir.

§ 3. — Calcul de la quarte légitime.

§ 4. — Sanction.

§ I. — *Origine et caractères.*

A. Comment expliquer cette détermination du quart des biens ? Cette quotité fixe a sans doute amené Cujas à penser que la quarte devait son origine à une loi (1). Il y a toujours dans un chiffre quelque chose d'arbitraire, et, si on considère que

(1) Cujas attribue la création de la quarte légitime à une constitution de Marc-Aurèle (*Comm. des Pand.*, III, p. 593, note 1), alors que PLINE LE JEUNE (*Epist.* V, 1.) la mentionne déjà 60 à 80 ans (sous Trajan) avant.

ce chiffre une fois déterminé va supprimer la libre appréciation du juge, on est tenté d'en attribuer la fixation à un pouvoir supérieur, à la loi. Mais un rapprochement va faire saisir la raison d'être de cette quotité et toute difficulté sur son origine coutumière disparaîtra.

On avait dû se préoccuper, dans l'intérêt du maintien des testaments, de la condition faite à l'institué qui se trouvait parfois tellement grevé de legs et de fidéicommiss, qu'il avait intérêt à ne pas faire adition. Le défaut d'adition entraînait la chute du testament. Lorsque l'institué était un héritier nécessaire, on devait s'inquiéter dans son intérêt des charges excessives qui pouvaient équivaloir, en fait, à une exhérédation. Les lois *Furia* et *Voconia* furent promulguées pour obvier à ce double inconvénient (années 571 et 585). Mais elles n'atteignirent qu'imparfaitement leur but, parce qu'elles permettaient encore au testateur de faire des legs (1) jusqu'à épuisement complet ou presque complet de sa fortune (2) et ne donnaient pas toujours à l'institué un intérêt suffisant pour le décider à faire adition (3). Les mêmes besoins donnèrent donc naissance à une nouvelle loi, la loi *Falcidia*, en l'an 714 de Rome. Cette loi défendait de léguer plus des trois quarts de l'hérédité, de sorte que les institués étaient toujours sûrs d'avoir un quart des

(1) La loi *Furia testamentaria* décide que chaque légataire ne peut pas avoir plus que mille as. La loi *Voconia* (proposée par le tribun Voconius Saxa) défend de laisser à aucun légataire plus qu'il ne doit rester à l'institué. (Inst. 2.22.pr. *De lege Falcidia*.)

(2) La loi *Furia* laisse au testateur le pouvoir, en multipliant le nombre des legs de mille as, d'épuiser complètement sa fortune. La loi *Voconia* ne donne pas à l'institué un intérêt suffisant pour accepter la succession, car si le *de cuius* laisse un nombre considérable de légataires, la part de l'institué se réduit à une quantité insignifiante. (GALUS, II, 225 et 226.)

(3) N'étaient exceptés de ces dispositions que les cognats du testateur jusqu'au sixième degré et, en septième degré, l'enfant du *sobrinus* ou de la *sobrina* [*Fragmenta Vaticana*, 301].

biens du testateur (1). Mais, dès que ce quart leur était laissé, ils n'avaient plus le droit de se plaindre.

La *Falcidie* était invariable quelle que fût la qualité de l'institué, héritier sien ou *extraneus*.

On peut déjà pressentir comment l'établissement de la quarte falcidie va obliger les jurisconsultes à reconnaître que la légitime existe dès que le testateur aura laissé au légataire le quart des biens que ce dernier aurait eus *ob intestat*, car le fils exhéredé ou omis ne peut évidemment avoir plus de droits que celui qui a été institué. Or, l'institué n'avait pas à se plaindre lorsque, ayant été institué pour toute sa part *ob intestat*, il avait été grevé de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution.

Voilà l'origine de la quarte légitime, et le langage juridique en conserve le souvenir, car parfois on l'appelle du nom de *quarte falcidie*. Arcadius, Honorius et Justinien se servent encore improprement de cette expression (2).

Nous serons d'ailleurs obligé, avec la plupart des commentateurs modernes, de nous reporter aux règles de la falcidie pour le calcul de la quarte légitime.

La quarte légitime mit donc fin à un arbitraire qui durait depuis longtemps. L'idée d'une légitime est certainement antérieure à la fixation de sa quo-

(1) M. Cuvq (*op. cit.*, p. 776, note 7) mentionne un cas où la loi pourrait manquer son but : celui où le testateur a légué une somme d'argent alors que sa fortune se compose d'objets susceptibles de déperir. Si ces objets périsaient dans l'intervalle qui sépare le décès de l'adition, comme le calcul de la quarte doit se faire en se reportant au jour du décès, l'héritier n'aura plus son quart et restera tenu de payer le legs : il est à craindre qu'il ne renonce à la succession. Mais, dit Justinien (*Inst.* 2.22.2. *De lege Falcidia*), les légataires n'hésiteront pas à s'arranger avec lui pour éviter de tout perdre.

(2) C.3.28.31. — C.9.8.5.3 (*Ad legem Juliani majestatis*). — On rencontre pour la quarte légitime les dénominations suivantes : *Quarta* (D.5.2.8.9. — C.3.28.8. pr.), *quarta legitimae partis* (*Inst.* 2.18.3), *quarta bonorum pars* (C.3.28.6), *legitima* (C.3.28.33), *Falcidia* (C. 3.28.31. — C. 3.36.21, *Familiae eriscundae*), etc.

tité, et l'introduction de la *querela* a dû elle-même de beaucoup précéder l'idée de la légitime. Si on admet que la légitime fut fixée au quart, par une conséquence nécessaire de la loi *Falcidia*, c'est-à-dire peu de temps après l'année 714, on doit faire remonter bien haut l'origine de la *querela*.

B. En empruntant à la *falcidie* sa quotité, la légitime revêt en même temps son caractère et devient invariable, quelle que soit la qualité du légitimaire, quel que soit l'ordre auquel il appartienne. Comme la *falcidie*, elle reste individuelle.

La présence de la quarte légitime rend le testament inattaquable de même que la quarte *falcidie*, assurée à l'institué, impose à ce dernier de garder le silence. L'arbitraire du juge, qui doit statuer sur l'inofficiosité, se trouve ainsi anéanti en grande partie. Son pouvoir se réduit à l'appréciation des justes motifs d'omission ou d'exhérédation.

Passons à une autre question : quelle est la nature de la légitime ? Est-ce une *pars bonorum* ou bien est-ce une *pars hereditatis* ? L'intérêt de la question est considérable : dans le premier cas, le légitimaire, simple créancier de la succession, n'est tenu des dettes qu'*intra vires bonorum*, dans le second, il répond indéfiniment, *ultra vires*.

Les auteurs (1) qui soutiennent que la légitime est une *pars bonorum* se fondent sur plusieurs textes qui l'appellent *pars bonorum* (2).

Ceux qui attribuent à la légitime une nature de *pars hereditatis* argumentent de la manière suivante :

La légitime est le quart de la part que le légitimaire

(1) VOET *Commentarius ad Pandectas*, t. De *inofficioso testamento*, n° 44. — VERNET, *Traité de la quotité disponible*, p. 187. — BEAUTEUPS-BEAUPRÉ, *De la portion de biens disponibles et de la réduction*, t. I, n° 24, p. 21.

(2) C.3.28.6. — Les lois 2 et 5 du titre de *inofficiosis donationibus* (C.3.29) nous présentent la légitime comme une dette du défunt : *partem debitae* ; *debitum bonorum*.

naire aurait eue, si le *de cuius* était mort intestat ; donc elle est une quote-part de l'hérédité.

La *querela*, étant une pétition d'hérédité, n'appartient qu'aux héritiers qui n'ont pas reçu leur quarte ; par conséquent, la légitime ne saurait être autre chose qu'une partie de l'hérédité.

Les Institutes de Justinien appellent la légitime expressément *pars hereditatis* (1).

Pour nous, la question ne comporte pas une solution absolue. En adoptant un système intermédiaire, nous croyons qu'on peut très bien concilier les textes qui paraissent se contredire. En effet, d'après le droit du Digeste, des Institutes et même du Code, la légitime pouvait être laissée aux enfants, soit à titre d'institution, soit à titre de legs ou de fidéicommiss ou par donation à cause de mort (2). Lorsqu'elle est laissée à titre de legs, de fidéicommiss ou de donation à cause de mort, la légitime n'est évidemment pas une portion d'hérédité, elle est, comme le legs, une *delibatio hereditatis* (3) et les textes ont raison de la qualifier, dans ce cas, *pars bonorum*. Au contraire, lorsqu'elle est laissée à titre d'institution, elle se confond alors avec la succession et constitue une quote-part de l'hérédité. Les textes qui la désignent *pars hereditatis* ont trait à ce second cas.

§ 2. — Conditions d'existence.

La quarte légitime n'existe pas si elle n'est pas laissée intégralement. De là les conséquences suivantes : il faut qu'elle soit laissée en pleine propriété, purement et simplement, sans que le légitimaire

(1) Inst. 2.18.3.

(2) Inst. h. t., 6. : sive jure hereditario sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit.

(3) FLORENTINUS, D.30.116.pr. (*De legatis et fideicommissis*.)

puisse subir une éviction. Reprenons ces conditions.

1^o *La quarte légitime doit être laissée sans modalités.* Les modalités diminuent, en effet, la valeur de la quarte. Le légitimaire qui l'obtient sous une condition quelconque peut intenter la *querela* ; il a droit à sa quarte purement et simplement. Il n'y a d'exception que pour le cas où la modalité est imposée dans l'intérêt du légitimaire.

Mais si une femme institue ses enfants à condition qu'ils soient émancipés, — ceci à cause de la mauvaise conduite de son mari (1), — les enfants ne pourront pas se plaindre, parce que la condition a été inscrite dans leur intérêt (2).

Le légitimaire qui a reçu sa quarte à terme peut aussi actionner le testament pour cause d'inofficiosité.

De même encore, si la quarte a été laissée à l'ayant droit, à charge pour lui de la restituer à son décès à un fidéicommissaire, le légitimaire n'a pas l'intégrité de ses droits.

Néanmoins, ces principes ne doivent pas être entendus trop rigoureusement. Tout ce qu'on exige, c'est que la quarte soit entière. Or la quarte est une valeur. Peu importe donc que la disposition faite au profit du légitimaire soit grevée de certaines charges ou conditions, si telle qu'elle est, et dans son ensemble, cette disposition équivaut à la quarte pure et simple.

Ainsi, un légitimaire à qui sa part n'aurait procuré que le sixième des biens du testateur ne peut pas réclamer si ce dernier l'a institué pour moitié à condition de rendre l'hérédité au bout d'un certain temps (3).

(1) *.....de mariti moribus secus suspicetur.*

(2) C.3.28.25.

(3) ULPYEN, D.5.2.8.11.

De même, un fils institué pour moitié, qui a été obligé de restituer au bout de dix ans, ne peut attaquer cette disposition, parce que, pendant la durée de dix ans, il a pu percevoir les fruits de la portion qui lui a été laissée en sus de sa quarte et qu'on estime que cette accumulation des fruits équivaut à la quarte (1).

De même encore, si un père institue son fils pour moitié, sa fille pour un tiers, son épouse pour un sixième, et charge son fils et sa femme de remettre leur part à leurs cohéritiers survivants au cas où ils prédécéderaient, la fille, bien qu'instituée pour une portion inférieure à sa quarte, ne pourra critiquer le testament, car la chance qu'elle court de recueillir les parts des autres cohéritiers est considérée comme équivalant à la diminution qu'elle subit sur sa quarte (2).

Justinien supprima ces évaluations aussi dangereuses qu'arbitraires en décidant que la quarte devait être laissée entière, sans modalité aucune (si ce n'est toutefois celle qui peut être inscrite dans l'intérêt du légitimaire). En conséquence, il réputa non écrites ces modalités pour la portion des biens qui forme la légitime, et ne les laisse subsister que pour le surplus (3).

2^o *Le légitimaire ne doit pas pouvoir être privé de sa quarte par une éviction.* Le légitimaire peut se trouver évincé lorsque sa quarte lui a été laissée par un legs portant sur la chose d'autrui.

De deux choses l'une : ou le legs est nul, ou il est valable (4).

(1) ULPIN, D. 5.2.8.11.

(2) C. 3.28.12.

(3) C. h. t., 36.1.

(4) La chose peut appartenir soit à l'héritier, soit au testateur, soit à autrui. On ne peut léguer au légataire sa propre chose, à cause de la règle Catonienne (CELSUS, D.34.7.1.pr. *De regula Catoniana*). Le legs

Si le legs est nul *ab initio*, le légataire peut actionner pour cause d'inofficiosité, parce qu'il n'a rien reçu. Il se considère omis ou exhérédé.

Si le legs de la chose d'autrui est valable en lui-même, mais que le propriétaire vienne à évincer le légataire, ce dernier ne peut plus se considérer omis ou exhérédé, parce qu'il a un droit de recours contre l'institué en exécution de son legs (1).

Justinien abandonne ce principe et considère le légataire évincé comme n'ayant pas eu sa quarte complète.

Nous verrons un peu plus loin que la sanction de la légitime n'était pas du tout la même lorsque la

de la chose d'autrui n'est valable que si le testateur a su que la chose était à autrui : l'héritier doit acquérir la chose pour la remettre au légataire ; s'il n'y parvient pas, il doit lui en payer la valeur (ULPIEN, D. 30.39.7. *De legatis et fideicommissis*. — Inst. 2.20.4. *De legatis*). Si le testateur a ignoré que la chose fût à autrui, l'héritier n'est pas tenu d'acheter la chose ; on n'a pas voulu lui imposer une charge dont le testateur n'a pas mesuré la portée. D'après Neratius, le legs est présumé valable jusqu'à preuve contraire ; l'héritier (l'institué) écarte la demande du légataire par une exception de dol en prouvant que le testateur croyait que la chose était à lui (PAPINIEN, D. 31.67.3. *De legatis et fideicommissis*). Mais d'après MARCIEN (D. 22.3.21.), dont l'opinion a été consacrée par Justinien (Inst. 2.20.4), le légataire doit prouver que le testateur savait que la chose n'était pas à lui. Tant que cette preuve n'est pas faite, on présume que le testateur a choisi la formule *per vindicationem* parce qu'il se croyait propriétaire de la chose. Cette solution a été étendue au legs *per damnationem* bien qu'il n'y eût pas même raison de décider. On a transformé dans tous les cas la question de droit en une question de fait. (GÉRARDIN, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, XI, 718.)

(1) Si le legs est fait *per vindicationem*, le législateur peut agir par la *rei vindicatio*. (Il faut remarquer que le legs de la chose d'autrui était nul avant le sénatus-consulte Néronien.) L'inexécution d'un legs *per damnationem* ouvre contre l'héritier, d'après la loi des Douze Tables, la *legis actio per manus injectionem*. Depuis la procédure formulaire, l'action contre l'héritier est une action personnelle ordinaire, l'*actio ex testamento*. La sanction du legs *sinendi modo* est aussi l'*actio ex testamento*. En ce qui concerne la sanction du legs *per praeceptionem*, les Sabiniens et les Proculiens ne sont pas d'accord. Les Sabiniens pensaient que le legs ne pouvait être adressé qu'à un héritier, puisqu'il s'agit d'un legs de préciput qui veut dire « prendre avant » le partage de l'hérédité. Le légataire obtiendra la délivrance du préciput par l'action en partage, *actio familiae erciscundae*. Les Proculiens déclaraient que ce legs pouvait être fait à n'importe qui, soit à un étranger, comme legs *per vindicationem*, soit à l'un des héritiers (GAJUS, II, 221-222).

quarte était incomplète et lorsque le légitimaire a été omis. Il y a donc, au point de vue de la sanction, un grand intérêt à savoir si le legs de la chose d'autrui, — objet de l'éviction, — est nul ou valable.

Anciennement, la validité du legs de la chose d'autrui dépendait de la formule employée. Fait *per damnationem*, le legs était valable; il était nul, s'il avait eu lieu *per vindicationem*, *sinendi modo* ou *per praeceptionem*.

Depuis le sénatus-consulte Néronien, le choix de la formule est indifférent : on devait rechercher l'intention du testateur. S'il a su que la chose était à autrui, le legs est valable (1), s'il ne l'a pas su, le legs est nul, parce qu'alors, dit-on (2), on ne sait pas ce que le testateur aurait fait s'il avait su que la chose avait été à lui. Par exception, le legs de la chose d'autrui est valable, même en cas d'erreur, — c'est-à-dire dans le cas où le testateur ignore que la chose est à autrui, — s'il est fait à un des proches du disposant ou à sa femme (3) ; on présume que le testateur n'aurait pas hésité à imposer cette charge à l'institué, quelque lourde qu'elle pût être.

À partir de cette exception introduite par une constitution d'Alexandre Sévère, les legs de la chose d'autrui faits aux légitimaires furent toujours valables ; l'éviction ne les fit plus considérer comme omis, mais seulement comme n'ayant pas reçu leur quarte.

(1) ULPEN, D. 30.39.7 (*De legatis et fideicommissis*) ; Inst. 2.20.4 (*De legatis*).

(2) COLLINET-GIFFARD, *Précis Dalloz, Droit romain*, I, n° 924, p. 435.

(3) ALEX., C. 6.37.10 (*De legatis*).

§ 3. — *Calcul de la quarte légitime.*

La légitime étant une portion de biens de la succession que le *de cuius* doit laisser *mortis causa*, devrait se calculer, — si on s'en tenait aux principes, — sur l'actif brut de la succession. Le principe, en effet, c'est que le légitimaire a droit au quart de la portion qu'il aurait reçu *ab intestat*. Or, il aurait reçu *ab intestat* une portion grevée de dettes.

Néanmoins, ce n'est pas ainsi qu'on calcule la quarte légitime du jour où sa quotité est fixée. Elle suit pour le calcul les mêmes règles que la falcidie ; les textes qui contiennent ces règles ont été étendus à la légitime (1). Nous avons tiré de cette extension même un argument pour la thèse que nous avons adoptée : que la légitime, comme la *querela inofficiosi testamenti*, est l'œuvre des Prudents.

Le calcul de la quarte falcidie comprend deux opérations qui, dans l'opinion qui a prévalu (2), doivent être faites en se reportant au jour du décès. La première consiste à déterminer la valeur de la succession, dettes déduites, et à diviser cette valeur par 4. La seconde opération consiste à rechercher la valeur de ce que l'héritier acquiert à titre d'héritier, déduction faite des charges qui lui incombent. Cette opération terminée, on examine si le résultat obtenu est inférieur ou supérieur à celui de la première : si l'actif net qui reste à l'héritier est inférieur au quart de l'actif net de la succession, la loi *Falcidia* est applicable.

A. Le calcul de la quarte légitime s'opère d'après les mêmes règles. Nous sommes en présence des opérations suivantes :

(1) ULPPIEN, D. 5.2.8.9. — C. 8.57.2 (*De mortis causa donationibus*).

(2) MARCELLUS, D. 35.2.56.pr. (*Ad legem Falcidiam*). — GAIUS, h. l., 73.pr.

1^o On forme masse de tous les biens laissés par le testateur au moment du décès.

Cette masse comprend tous les biens corporels, les créances, même celles du défunt contre le légitimaire. Elle comprend tous les biens qui sont l'objet des dispositions testamentaires, et même ceux qui ont été l'objet d'une donation à cause de mort ; ces biens ne sont pas encore sortis du patrimoine au moment du décès.

La masse de l'actif brut comprend encore toutes les augmentations ou améliorations apportées aux biens avant le décès, et aussi celles qui, — bien que postérieures au décès, — sont purement fortuites.

Il n'est pas rigoureusement exact de dire que tout s'apprécie au jour du décès : les événements postérieurs peuvent nuire ou profiter à l'héritier (1). Ainsi la masse ne comprend pas les augmentations ou améliorations survenues depuis la mort par le fait de l'héritier qui le plus souvent est possesseur des biens de la succession. On fait également abstraction des détériorations postérieures au décès qui viennent de son fait. Le pécule des esclaves s'apprécie au moment de l'adition (2).

La masse brute ne comprend pas les biens donnés entre vifs par le *de cuius* (3), puisqu'ils ne sont plus dans le patrimoine au jour du décès.

Il y avait là un grand inconvénient ; par donations entre vifs, on pouvait disposer d'une portion de biens supérieure à celle dont on aurait pu disposer par testament. Les donations jouissaient donc de plus de liberté que les actes de dernière volonté, malgré les précautions de la loi *Cincia*. Si on veut

(1) MAECIANUS en donne de nombreux exemples (D. 35.2.30.pr. *Ad legem Falcidiam*).

(2) JULIANUS, D. h. l., 83. — MARCELLUS est d'un avis opposé, mais il reconnaît que l'opinion contraire est dominante (A. l., 56.pr.).

(3) MODESTIN, D. 5.2.11.

en donner une explication, peut-être la trouve-t-on dans la question de l'injure. Il était facile de voir une injure dans une exhérédation imméritée pour le parent auquel un étranger avait été préféré ; il était difficile d'en voir une dans la générosité d'un donateur qui s'était à lui-même préféré le donataire.

Mais il cessa bientôt d'en être ainsi, et les biens donnés entre vifs durent entrer en ligne de compte lors de la formation de la masse qui devait servir de base au calcul. Cela arriva sans doute le jour où Alexandre Sévère permit d'attaquer les donations entre vifs comme inefficaces.

Quant à l'estimation des biens de la masse, on évalue les corps héréditaires d'après leur valeur marchande, et non d'après leur valeur relative (1) ; les créances, d'après la solvabilité du débiteur ou d'après leur valeur vénale (2). Seules les créances contre l'héritier sont comptées pour leur valeur nominale (3).

2^o La masse brute une fois composée, on déduit les dettes, même celles dont le testateur était tenu envers l'héritier, la valeur des affranchissements (4), les frais de liquidation, les frais funéraires, et même, suivant Sabinus, les frais d'érection d'un monument (5).

La déduction de la valeur des affranchissements s'explique par l'indivisibilité de la liberté. La loi *Falcidia* ne s'appliquait pas aux affranchissements.

(1) ULP IEN, D. 35.2.62.1 (*Ad legem Falcidiam*) ; PAUL, *cod.* 63.

(2) PAUL, D. h. t., 63.2 ; ULP IEN, 82. Pour les créances conditionnelles, GAULUS (*h. t.*, 73.1) indique deux autres modes de procéder. Quant aux créances naturelles, JULIEN (ap. Paul, *h. t.*, 1.18) les traite comme les dettes conditionnelles, car elles augmentent ou non l'actif de la succession *ex eventu*. Pour les obligations solidaires, Julien (63.pr.) distingue suivant qu'il y a ou non société.

(3)*ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est* : ULP IEN, D. h. t., 82.

(4) ULP IEN, D. 5.2.8.9.

(5) Cf. MARCELLUS (ap. Paul), D. 35.2.1.19 ; *cod.* 2.

Si la somme laissée à l'institué était insuffisante, les legs pouvaient être réduits, mais les affranchissements restaient intacts. Appliquée au calcul de la quarte légitime, cette règle était très dure pour le légitimaire, car si on suppose que le patrimoine du défunt se compose uniquement d'esclaves, il pouvait se trouver complètement dépouillé. La loi *Fufia Caninia* (1), promulguée trente-huit ans après la loi *Falcidia* (en 752), réduit le nombre des abus dans une certaine mesure. Justinien, qui fit disparaître les entraves à la liberté d'affranchir par testament, l'abolit (2).

B. L'actif net une fois déterminé, il faut voir si le nombre des légitimaires est un ou plusieurs.

1° S'il n'y a qu'un seul légitimaire : on détermine le quart de l'actif net, et on examine si ce quart

(1) La loi *Fufia Caninia* ne permet d'affranchir par testament qu'une partie des esclaves, au maximum cent ; elle prescrit en même temps de les affranchir nominativement. Si le maximum est dépassé, les premiers nommés obtiennent seuls la liberté. La loi *F. C.* ne s'applique qu'à ceux qui ont plus de deux esclaves. Quelle est la situation du légitimaire, si le testateur qui n'a que deux esclaves formant tout son patrimoine les affranchit tous les deux ? Est-il dépourvu dans ce cas de toute protection ? Si le fils — sous puissance — est institué, sa situation est sans remède, puisque, en qualité de *heres necessarius*, il est incapable de répudier l'hérédité pour faire tomber le testament et les affranchissements. Il ne peut non plus intenter la *querela*, parce qu'il a à sa disposition la quarte *falcidia* ; or la *Falcidia* ne s'applique pas aux affranchissements. Si, au contraire, l'institué est un fils sorti de la puissance paternelle, il peut répudier la succession pour faire tomber les affranchissements ; il recueille ensuite la succession comme héritier *ab intestat*. C'est Ulpian qui prévoit cette lâcheuse situation : *....sed an et libertates quartam minuunt, videndum est. Et numquid minuunt ? nam si, cum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit : potest dici deductis libertatibus quartam in eundem. Cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet ut, qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querelam excludat : nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus merito omittit hereditatem et ad substitutum transmittens querelam inofficiosi instituet, vel ab intestato citra edicti poenam habeat hereditatem* (D. 5.2.8.9.). Ce texte a été certainement modifié par des interpolations ; il devait contenir originellement le mot *duos*, car à l'époque d'Ulpian la loi *Fufia Caninia* était encore en vigueur, et elle ne permettait d'épuiser le patrimoine par des affranchissements que si le testateur n'avait qu'un ou deux esclaves formant toute la succession.

(2) Inst. 1.7.

est supérieur ou inférieur à la part laissée par le testament (à titre d'institution ou par legs, fidéicommiss et de donation à cause de mort). Si cette part reçue est inférieure au quart de l'actif net, le légitimaire, — sa quarte n'étant pas complète, — peut se plaindre.

Nous avons vu que les donations entre vifs ne s'imputent pas sur la quarte. On en trouve cependant quelques exceptions. On s'était demandé si un donateur ne pouvait pas valablement imposer la condition que la libéralité faite par lui soit imputée sur la quarte. Cela n'aurait eu rien de contraire aux principes quant aux pactes sur succession future. Ulpien pense que la chose est permise (1). Mais Paul et Papinien sont d'avis contraire (2). Justinien consacre l'opinion de ces derniers, dans la crainte que si une semblable convention était permise, elle ne fût pas faite en pleine liberté par l'enfant donataire (3). Déjà Septime Sévère avait donné cette même décision (4).

Certaines donations entre vifs furent de plein droit imputables sur la quarte. Ainsi les donations *ante nuptias* (5), et peut-être même avant elles les donations *dotis causa*. L'empereur Zénon, en déclarant imputables les donations *ante nuptias*, semble ne le faire qu'en leur appliquant une règle déjà suivie pour les donations *dotis causa*. Justinien ne fait qu'étendre le nombre de ces exceptions. Ainsi il déclare imputable la donation faite à un fils *ad emendam militiam* (6).

(1) ULP. D. 5.2.25. pr.

(2) Sent. IV, 5.8. — PAPIEN, D. 38.16.16 (*De suis et legitimis hereditibus*).

(3) C. 3.28.35. 1 et 2.

(4) C. 6.20.3 (*De collationibus*).

(5) C. 3.28.29. pr.

(6) C. 3.28.10.

2° Si nous sommes en présence de plusieurs légitimaires, trois opérations s'imposent :

La détermination de la part *ab intestat* sur l'actif net de chacun des légitimaires ;

La fixation de la valeur des biens reçus qui doivent s'imputer sur la quarte ;

L'examen du rapport entre la part *ab intestat* et la valeur des biens reçus par chacun des légitimaires.

Reprenons ces trois opérations.

a) La part que chaque légitimaire recevrait sur la masse, — calculée comme nous venons de l'indiquer, — dépend du nombre des légitimaires. Il faut donc rechercher quels légitimaires doivent être comptés pour ce calcul. Faut-il compter les enfants indûment exhérédés et renonçants ? En d'autres termes, la légitime est-elle conjonctive et solidaire, ou disjonctive et purement individuelle (1) ?

Tous les enfants doivent être comptés, à l'exception de ceux qui ont renoncé à intenter la *querela*, alors qu'ils pouvaient l'intenter. Or, nous verrons dans le paragraphe suivant que, depuis l'établissement de la quarte, le nombre de ceux qui pouvaient intenter la *querela* — et par suite, y renoncer — était fort restreint. C'étaient ceux-là seulement qui avaient été totalement omis ou exhérédés. Ceux qui avaient reçu quelque chose *mortis causa* n'avaient droit qu'à une action en complément ; le bénéfice de la *querela* leur était refusé. Ils ne se trouvaient donc pas, s'ils renonçaient à cette action en complément, dans les conditions voulues pour ne pas être comptés dans le calcul de la quarte.

Ces solutions nous sont fournies implicitement par des textes divers.

(1) L'intérêt de cette question aura plus d'importance au cours de l'étude de la Nouvelle 115 qui a fait la légitime variable avec le nombre des enfants.

Papinien (1) suppose un enfant complètement dépourvu qui pouvait intenter la *querela* et qui y a renoncé. On ne le comptera pas, de même qu'on ne le compterait pas s'il échouait dans la *querela* (2). Cela tient à ce que, dans cette hypothèse, il s'agit d'une renonciation à une espèce de *petitio hereditatis*; or, par cette action, ses ayants cause sont appelés conjointement et solidairement. Par conséquent, la renonciation des uns ou leur échec dans la *querela* doit donner à l'enfant qui réussit toute la succession par droit d'accroissement ou, mieux encore, par droit de non-décroissement, comme s'il était seul survivant du *de cuius* (3).

Ulpien (4), au contraire, suppose un enfant écarté de la succession parce qu'il a reçu sa quote. Il ne sera pas compté pour le calcul de la quote, si le testament vient à être critiqué par un autre enfant qui n'a pas la sienne.

Le principe est donc que celui qui ne peut, ne veut ou renonce à intenter la *querela* (de même que celui qui échoue après l'avoir intentée), ne compte pas dans le calcul de la quote. En se tenant à ce principe, les difficultés qui paraissent naître du rapprochement des solutions données par Papinien et Ulpien, se trouvent conciliées.

Quant à la question de savoir si la légitime est susceptible d'accroissement ou, en d'autres termes, si elle est coactive et solidaire, il faut répondre négativement. Si on suppose, en effet, qu'un légitimaire renonce non pas à la *querela*, mais à la légitime même qu'on lui a laissée, cette part n'augmentera pas celle de ses frères, elle restera à l'institué. Cette solution est aussi conforme à l'intention

(1) PAPINIEN, D. 5.2.16.pr.

(2) PAUL, D. h. t., 23.2.

(3) *Idem*, 17.pr.

(4) ULPIEN, D. h. t., 8.8.

du disposant, car pourquoi aurait-il eu soin de laisser à son enfant la quarte légitime ? De plus, le système qui admettrait l'accroissement arriverait à un résultat désolant pour le testateur qui, bien qu'il eût observé toutes les règles pour assurer le maintien de ses dispositions, pouvait cependant craindre qu'elles perdissent leur effet, si l'un de ses héritiers légitimaires renonçait par plaisir à la portion légitime qui lui avait été laissée (1).

Nous en concluons que si l'enfant renonce à la légitime qui lui était laissée, le bénéfice de la renonciation est pour l'institué et qu'il n'y a lieu à accroissement ni au profit des enfants qui exercent la *querela*, — aucune vocation conjointe n'existant entre eux et le légitimaire, — ni au profit des autres légitimaires. La légitime, à l'exemple de la quarte falcidie, est accordée individuellement à chaque enfant et non pas collectivement, parce qu'elle est le quart de la portion que chacun eût dû avoir *ab intestat*.

b) La part *ab intestat* une fois déterminée pour chacun des légitimaires qui doivent être comptés pour le calcul, on procède à la fixation de la valeur des biens imputables sur la quarte. Cette fixation de valeur se fait pour chaque légitimaire séparément, et d'après les mêmes règles que nous avons déjà examinées, dans le cas où il n'y a qu'un seul légitimaire (2).

c) La troisième et dernière opération pour le calcul de la quarte consiste dans l'examen du rapport qui existe entre la part *ab intestat* et la valeur des biens laissés à chacun des légitimaires. Il s'agit de comparer les chiffres qu'on a obtenus dans les deux premières opérations. Pour que la légitime soit

(1) RAGON, *Théorie de la rétention et de l'imputation*, n° 49, p. 58.
LABBÉ, *De la manière de calculer la réserve*, n° 14 et suiv.

BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, n° 119, p. 106.

(2) V. *supra*, p. 88.

complète, la part *ob intestat* de chacun des légitimaires doit être au maximum quatre fois plus grande que la valeur des biens qu'il a reçus.

§ 4. — *Sonction de la légitime.*

Mettons-nous en présence d'un légitimaire qui n'a pas reçu sa quote légitime et recherchons ses droits.

Deux hypothèses : ou bien il n'a rien reçu *mortis causa*, ou bien il a reçu quelque chose d'inférieur à sa quote.

1^o *Le légitimaire n'a rien reçu.* En ce cas, le légitimaire pourra intenter la *querela*, dont nous verrons plus loin les effets.

2^o *Le légitimaire a reçu quelque chose d'insuffisant pour constituer sa légitime.* Un testateur, qui ne voulait laisser à l'un de ses héritiers légitimaires que sa quote, pour mettre son testament à l'abri de toute critique, n'était pas toujours sûr d'atteindre son but. En effet, il calculait la légitime d'après la valeur de ses biens à l'époque de la confection du testament, tandis que la question portée en justice se jugeait d'après l'état de la fortune et la valeur des biens à la mort du testateur. Or, dans l'intervalle de ces deux époques, il pouvait arriver que son patrimoine augmentât par de nouvelles acquisitions, de sorte que la portion laissée dans le testament n'équivalait plus au quart de la succession. Sans doute, rien ne l'empêchait de refaire son acte de dernière volonté, mais s'il était surpris par la mort ou bien si l'augmentation ne se produisait qu'à la veille de son décès, le testament se trouvait, sous l'empire du droit classique, forcément sujet à la *querela*, à moins que, par respect pour la mémoire

du défunt, le légitimaire se contentât d'obtenir le complément de sa quarte de la part de ses cohéritiers.

Peu importait donc que la différence entre la quarte laissée par le testament et celle à laquelle il avait droit d'après la valeur des biens au moment de la mort fût minime : on considérait l'enfant comme n'ayant rien reçu et l'action en inofficiosité lui était ouverte.

Ce fut Constantin qui apporta un remède à cet inconvénient (1). Il décide que l'action en complément seule pourrait être intentée au cas où le testateur a inséré dans son testament la clause que, s'il y a insuffisance de la quarte, elle devra être complétée *boni viri arbitratu* (2).

Justinien va plus loin et supprime le concours entre les deux actions, présument la clause visée par Constantin. A partir de ce moment, le légitimaire qui a reçu quelque chose n'a qu'une seule ressource : l'action en complément (3).

Il paraît qu'aucune action spéciale n'existe pour réclamer ce complément ; au moins les textes n'en font pas mention. Elle devait donc s'obtenir au moyen d'une *conditio ex lege* (4).

La *querela* et l'action en complément se distinguent sous de nombreux rapports :

1^o La *querela* est une action réelle, une espèce de *petitio hereditatis*, ayant pour but de faire rescinder le testament et d'ouvrir la succession *ab intestat*. L'action en complément est une action personnelle dont le but consiste à procurer au légitimaire l'intégralité du quart de sa part héréditaire, sans porter atteinte au testament.

(1) D'après M. Cuq, cette institution date de 361, c'est-à-dire 24 ans après la mort de Constantin.

(2) C. Théodosien, 2.19.4.

(3) C. 9.28.30. — Inst. 2.18.3.

(4) PAUL, D. 13.2.

2° Le légitimaire qui intente la *querela* est traité comme cohéritier ; il peut réclamer une portion de biens en nature. Le demandeur à l'action en complément est considéré comme créancier de la succession ; par conséquent, il n'est pas admis à exiger une part des biens en nature.

3° La *querela* ne passe aux héritiers du légitimaire que sous certaines conditions dont nous nous occuperons plus tard. L'action en complément se transmet toujours.

4° Le légitimaire qui échoue dans la *querela* perd les libéralités à lui faites par le testament. Le rejet de l'action en complément n'influe pas sur la validité des dispositions testamentaires faites en faveur du légitimaire.

5° La *querela* est une action *vindicatam spirans*. L'action en complément ne porte aucune atteinte à l'honneur et à la mémoire du défunt.

6° Nous avons démontré que lorsqu'il s'agit de la *querela*, la preuve de l'exhérédation imméritée incombe toujours au demandeur (1). Pour l'action en complément, il faut faire une distinction : si le légitimaire est qualifié d'ingrat dans le testament, il doit prouver que l'accusation du défunt n'est pas fondée ; si le testateur lui a laissé quelque chose d'insuffisant pour constituer sa quote, le légitimaire a droit au complément sans faire aucune preuve. Le défendeur même n'est pas admis à démontrer la mauvaise conduite du légitimaire envers le défunt (2).

7° La *querela* s'éteint par un délai de cinq ans à partir de l'adition de l'hérédité (3). L'action en

(1) V. pp. 66 et 68.

(2) C. 3.28.30.1.

(3) Ce délai fut primitivement de deux ans.

complément est perpétuelle (prescriptible par trent ans depuis Théodose II) (1).

Justinien exige que la légitime soit complétée avec les biens du défunt sans qu'on tienne compte cependant des biens que le fils a acquis indépendamment de l'hérédité (*aliunde*), au moyen d'une substitution ou par suite d'un accroissement en matière d'usufruit (2).

(1) MM. DEMANGEAT (*Cours de droit romain*, t. I, p. 746), MAYNZ (*Cours de droit romain*, t. III, p. 392), FRANCKE (*Das Recht der Notherben*, p. 335) et ARNDTS (*Lehrbuch der Pandekten*, p. 1033) soutiennent que l'action en complément se prescrit également, comme la *querela*, par un délai de cinq ans. Ils invoquent la loi 34 au Code, liv. III, titre 28 (*De inof. test.*) :*tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competeat : et perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superest vel repudiavit querelam vel quinquennium tacuit, scilicet post aditam hereditatem*. Il font remarquer que la phrase : *nisi pater adhuc superest vel repudiavit vel quinquennium tacuit* se réfère à la phrase : *repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competeat*, où il est question de l'action en complément. Cette opinion est difficilement admissible. Justinien, dans cette constitution, s'occupe principalement de la transmission de la *querela* au petit-fils ; de l'action en complément il ne parle qu'incidemment. Il n'est pas exact de prétendre que les mots *nisi pater superest*, etc., se rapportent à cette action ; il paraît plutôt qu'ils se réfèrent à la phrase qui les précède immédiatement : *et perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus*, qui fait allusion à la *querela* (cf. loi 30. pr. et 1, C. h. t.)

(2) C. h. t. 36.1 b : *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex jure adirendi, puta usus fructus*. En parlant de substitution, Justinien vise la substitution fidéicommissaire faite par le testateur au profit de son fils. En effet, le fiduciaire devenant propriétaire des biens compris dans le fidéicommissaire, le légitimaire ne tient plus alors son droit directement du défunt. Nous rencontrons ici une grave contradiction, car les biens reçus *mortis causa*, à n'importe quel titre, doivent s'imputer sur la quarte. Sous Justinien, le fidéicommissaire est toujours *loco heredis* ; une raison de plus pour que les biens accueillis par substitution fidéicommissaire soient imputés sur la légitime. Quant à l'accroissement en matière d'usufruit, l'empereur vise le cas suivant : la nue propriété d'un fonds a été léguée au légitimaire, et l'usufruit à un tiers. L'usufruit prend fin, soit par l'arrivée du terme imposé par le testateur, soit par la mort de l'usufruitier : ce droit retourne alors au légitimaire, mais comme il ne recueille pas *ex ipsa substantia patris*, l'usufruit ne sera pas compris dans sa quarte.

CHAPITRE IX

EFFETS DE LA « QUERELA »

Mettons-nous en présence d'un légitimaire qui remplit toutes les conditions pour qu'il puisse intenter la *querela*, et qui actionne devant le tribunal des centumvirs. Le but qu'il poursuit, c'est la rescision du testament. S'il atteint ce but, l'effet de son action sera complet ; mais il est possible que cet effet ne soit que partiel, et que la *querela* ne réussisse que contre quelques-uns des institués. Il se peut enfin qu'il échoue complètement. Nous devons parcourir successivement ces trois hypothèses qui formeront la division de ce chapitre.

§ 1. — La rescision n'est pas prononcée.

§ 2. — La rescision est totale.

§ 3. — La rescision est partielle.

§ 1. — *La rescision n'est pas prononcée.*

En pareil cas, l'addition d'hérédité conserve toute sa force et le testament s'exécutera comme si la *querela* n'avait pas été intentée. Telle est du moins la règle ; nous verrons cependant qu'elle subit un tempérament considérable.

Avant d'indiquer ce tempérament, remarquons que la loi 3, C. *De petitione hereditatis* (3.31) suppose le concours de la *querela* avec la pétition d'hérédité en faveur de la même personne, mais *ex alia causa*. Cette solution est étonnante au premier abord, car nous savons que la *querela* est un *ultimum subsidium* qui n'est accordée que s'il n'existe pour le légitimaire aucun autre moyen de parvenir à l'hérédité. Pour concilier la décision de la loi 3 avec cette règle, il faut supposer : ou bien que la *querela* aurait été admise par erreur alors qu'il existait pour le légitimaire un autre moyen de parvenir à l'hérédité, ou bien que ce dernier aurait acquis un nouveau titre pour y parvenir depuis que l'instance a été terminée. C'est ce qui arriverait par exemple si le *querelans*, débouté de sa demande, venait à hériter de l'institué.

Voyons maintenant le tempérament apporté à la règle que le testament doit s'exécuter comme si la *querela* n'avait pas été intentée. Il concerne les dispositions à cause de mort, faites au profit du réclamant lui-même. Le fisc s'en empare, ainsi que de la quarte à laquelle il aurait un droit d'après la loi Falcidie (1). C'est une règle générale que celui qui attaque un testament, et échoue, perd les libéralités qui lui ont été laissées par le testateur : cette règle était même si énergique qu'on avait débattu la question de savoir si elle ne devait pas être étendue à l'héritier sien qui s'abstenait. Cette opinion ne put prévaloir (2), mais elle nous fait voir la généralité et la sévérité de la règle.

La sanction devait donc opérer avec une extrême rigueur lorsqu'il s'agissait du *querelans* qui n'a pas réussi dans sa demande. En effet, si l'exhérédation

(1) ULPIN, D. 5.2.8.14.

(2) PAPINIEN, D. 30.87.

ou l'omission imméritée constituait une injure pour l'héritier, à plus forte raison la *querela*, intentée sans justes motifs, devait être considérée comme une injure à l'égard du testateur. Le *querelans* qui a échoué dans sa demande a donc commis une faute, même s'il n'a été qu'imprudent.

Il y a ici une idée analogue à celle qui plus tard, sous les empereurs, permettra de faire révoquer une donation pour cause d'ingratitude du donataire.

Le *querelans* qui échoue ne perdrait pas la quote antonine s'il y avait droit, car il ne la tient pas de la volonté du défunt, mais de la loi. La quote antonine n'est pas une libéralité, mais une dette de la succession (1).

Pour que le *querelans* perde les libéralités contenues à son profit dans le testament, il faut la réunion de trois conditions : qu'une faute lui soit imputable, qu'il ait persévéré dans sa demande jusqu'à la sentence, et enfin que les libéralités en question lui aient été léguées personnellement. Reprenons ces trois conditions.

1^o Il faut qu'une faute lui soit imputable. Ainsi la déchéance ne s'appliquerait pas au tuteur légal qui aurait succombé dans l'action en inofficiosité intentée par lui en sa qualité de tuteur au nom de son pupille (2).

De même cette déchéance ne s'appliquerait pas à l'héritier ou à l'adrogéant qui, en cas de décès du réclamant, aurait continué l'action. Ainsi, si nous supposons qu'un testateur ait laissé un legs à *Primus*, et que *Primus* devienne héritier du fils du testateur décédé après avoir intenté la *querela*, *Primus* pourra continuer l'action intentée par son auteur sans rien avoir à craindre. Telle est la décision de Trypho-

(1) ULPIN, D. 5.2.8.15.

(2) Inst. 2.18.5.

ninus (1). Elle s'explique par le fait que l'adrogéant n'a pas intenté l'action spontanément, et qu'il estime que c'est pour lui un devoir moral de poursuivre l'instance engagée par son auteur.

2^o Il faut que le *querelans* ait persévéré dans sa demande. Il ne saurait donc être question pour lui de déchéance ou, mieux, de confiscation, s'il s'est désisté avant la sentence, s'il est mort avant qu'elle fût rendue, ou s'il s'est absenté.

Le *querelans* échappe à la confiscation même si son désistement n'était pas volontaire, comme en cas d'absence ou de prédécès. On peut supposer qu'il se serait désisté si la mort ou l'absence n'étaient pas intervenues.

3^o Il faut que la chose ait été léguée personnellement au *querelans*. Si ce dernier avait été chargé de remettre la chose à un tiers, ce tiers ne devait pas souffrir de la faute du *querelans*.

Par conséquent, si nous supposons un institué, chargé d'un fidéicommiss universel, qui vient à succomber dans l'action en inoffiosité, son institution ne tombera pas, ni le fidéicommiss ; il ne perdra que le bénéfice que la loi Falcidia lui aurait procuré (2).

§ 2. — *La rescision est totale.*

Le plus souvent la rescision, lorsqu'elle est prononcée, est totale. La règle, c'est la rescision totale. Nous n'avons donc pas à énumérer les cas où elle a lieu ; nous déterminerons plus loin les exceptions où la rescision est partielle.

Pour plus de clarté, attachons-nous à l'hypothèse très simple d'un seul *querelans* et d'un seul institué,

(1) TRYPHONINUS, D. 5.2.22.2.

(2) ULPIN (ap. Papinien), D. 5.2.3.14.

— le *querelans* est l'enfant du testateur et l'institué est un *extraneus*.

L'effet du jugement sera l'annulation du testament (1), et les choses se passeront comme si le défunt était mort intestat.

Il faut reconnaître que c'était un résultat rigoureux, surtout pour les Romains qui faisaient tout leur possible pour ne pas mourir intestat. On doit cependant reconnaître aussi qu'au point de vue préventif, cette sévérité était un très bon moyen pour retenir les pères de commettre des injustices envers leurs proches.

La rescision du testament profitera aux héritiers *ab intestat*. Elle pourra profiter à celui qui intente la *querela*, mais à condition qu'il soit du degré le plus proche. En général, ce sera lui qui profitera de la sentence, soit exclusivement, soit avec d'autres héritiers du même ordre et du même degré. Il peut arriver cependant que le *querelans* ne soit pas en ordre utile pour succéder, et que le défendeur, — soit par négligence, soit par une trop grande confiance dans l'injustice de la demande, — ne lui ait pas opposé cette fin de non-recevoir ; l'instance, ne pouvant pas y suppléer, adjugera le bénéfice de la demande au *querelans*. En pareil cas, la victoire du *querelans* pourra profiter à ceux qui ont droit de recueillir l'hérédité *ab intestat* ; il aura en définitive travaillé pour les autres, malgré le principe de la relativité de la chose jugée (2).

(1) *Idem*, 8.16.

(2) ULPEN, D. 5.2.6.1. On pourrait se demander si le *querelans*, qui se trouve ainsi évincé par un successeur *ab intestat* qui lui est préféré par suite de son rang, n'aurait pas le droit d'opposer à ce dernier le moyen de défense tiré de ce que l'exhérédation était juste à son égard. Nous ne le croyons pas, parce que cette exception est essentiellement personnelle à l'institué et ne peut être invoquée que pour assurer l'exécution des dispositions testamentaires : or, il n'en est pas ainsi lorsque c'est le *querelans* triomphant qui défend la succession contre l'action d'un autre successible *ab intestat*. On ne comprendrait pas que le tes-

Examinons les conséquences de l'annulation du testament. Il tombe avec tous ses accessoires, codicilles, fidéicommiss, legs et affranchissements. Les legs et affranchissements tombent de plein droit. Quant aux fidéicommiss, ils tombent également, enssent-ils été laissés *ab intestat*, c'est-à-dire avec l'intention chez le disposant de les mettre au besoin à la charge de l'héritier *ab intestat*. Cela tient à la fiction qui répute le testateur fou (1).

L'annulation des legs et des affranchissements présente une anomalie juridique, car le procès en inofficiosité a pu ne se débattre qu'entre l'héritier *ab intestat* et l'institué, sans que les légataires y aient été parties. Néanmoins, la sentence leur est opposable. C'est une dérogation manifeste au principe : « *Res inter alios iudicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* » Pourquoi cela ? Est-ce parce que les légataires sont réputés représentés à l'instance par l'institué ? Nous ne le croyons pas, parce qu'une pareille fiction est par trop contraire à la réalité des faits ; les légataires et les fidéicommissaires ont tout à craindre d'une collusion frauduleuse entre l'institué et le *querelans*. Il vaut mieux dire simplement, avec les jurisconsultes romains, qu'en cette matière le juge ou le tribunal de centumvirs fait le droit (2). Ils ont dérogé au principe rationnel de l'effet relatif de la chose jugée pour obéir au principe arbitraire qui subordonne toutes les dispositions testamentaires à l'institution (3).

Mais cette doctrine n'est appliquée qu'autant que

tament, une fois rescindé, puisse produire un effet, et on comprendrait encore bien moins que celui qui, précisément, a fait rescinder cet acte puisse être admis à l'invoquer pour se défendre.

(1) CLAUDIUS (ap. Scaevola), D. 32.36 (*De leg. et fideicom.*).

(2) PAUL, D. 5.2.17.1. — ULPYEN, D. 49.1.14. pr. :*an ius faciat iudex.*

(3) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, n° 356.

l'institué se défend. On l'écarte lorsqu'il ne s'est pas présenté pour répondre à la demande (1).

C'est qu'ici le danger d'une collusion frauduleuse entre le *querelans* et l'institué devient probable.

Enfin, même si l'institué se défend, on permet aux légataires et aux esclaves affranchis d'intervenir dans l'instance, et même d'interjeter appel de la sentence rescisoire (2).

L'annulation des affranchissements, conséquence logique de la nullité de l'institution, est elle-même contraire à cet autre principe juridique que la liberté n'est pas révocable : *libertas semel data non revocatur*.

Pratiquement, la révocation des legs ne donnera lieu à aucune difficulté si les legs n'ont pas encore été acquittés. La révocation des affranchissements n'en présentera aucune s'ils n'ont pas été encore réalisés, ce qui pourra arriver lorsqu'ils auront été imposés par fidéicommiss. Mais les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de legs qui ont été exécutés avant la sentence ou d'affranchissements déjà opérés.

A. Occupons-nous d'abord des legs, et supposons qu'ils aient été acquittés par l'institué. La rescision a lieu ; ces legs tombent, ils sont sujets à répétition. Mais il est possible que les légataires se trouvent insolvable ; qui supportera cette insolvabilité ? Sera-ce l'institué, ou bien l'héritier *ab intestat* qui a triomphé dans la *querela* ? Qui devra exercer à ses risques l'action en répétition ?

La question n'est pas susceptible de recevoir une solution absolue. Il faut faire des distinctions (3).

Ulpien distingue suivant que l'institué est de bonne ou de mauvaise foi. L'institué de bonne foi

(1) ULPEN, D. 49.1.14.1 (*De appellationibus et relationibus*).

(2) ULPEN, D. 5.2.29. pr. — ULPEN, D. 49.1.14. pr. (*De appeh.*).

(3) ULPEN, D. 5.2.8.16.

est celui qui pouvait se croire légitimement et définitivement héritier. L'institué est de mauvaise foi, au contraire, lorsqu'il pouvait avoir un doute sérieux sur la légitimité de sa vocation et qu'il a néanmoins délivré le legs.

Le titre qui autorise l'héritier testamentaire à se mettre en possession de l'hérédité établit suffisamment sa bonne foi, pourvu toutefois que les legs aient été acquittés avant l'introduction de l'action.

Au contraire, le seul fait d'avoir acquitté les legs alors qu'il savait l'instance introduite suffira pour constituer l'institué de mauvaise foi.

1^o Supposons l'institué de mauvaise foi. C'est lui qui supportera les risques de l'insolvabilité des légataires. Il doit, en effet, restituer l'hérédité tout entière. On lui réclamera d'abord tout ce qu'il détient encore des biens héréditaires, tout ce qu'il a pu acquitter en fait de libéralités, tout ce qu'il a dépensé sans profit pour l'hérédité, — même si ces dépenses ont été employées à réparer ou entretenir les biens héréditaires, — si ces frais ne sont pas compensés par une plus-value ; on lui réclamera même tout ce qu'il aurait pu recueillir en sa qualité d'institué, s'il avait été diligent, et qu'il a négligé de recueillir. C'est lui qui doit répéter les legs acquittés, et à ses risques (1).

2^o Si l'institué est de bonne foi, la situation change complètement. Les risques résultant de l'insolvabilité des légataires sont pour l'héritier *ab intestat*.

Si l'héritier de bonne foi a acquitté les legs avec ses propres deniers, on lui devra le remboursement de ses avances. Il aura même un droit de rétention sur les choses héréditaires qui lui garantiront ce remboursement.

(1) PAUL, D. 5.2.7

S'il a payé avec les deniers de la succession, il ne sera tenu que de céder à l'héritier *ob intestat* son action en répétition contre les légataires. C'est ce qui résulte d'un fragment de Gaius : *Sed cum cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopinam eius, cui salutum est legatum, nihil repeti possit, et ideo secundum senatus consulti sententiam subveniendum ei est, ut ipso quidem ex retentione rerum hereditarium sibi satisfaciatur, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat* (1).

Gaius, dans ce texte, en disant qu'on vient au secours de l'institué en lui permettant de céder ses actions à l'héritier *ob intestat* pour se décharger de toute responsabilité, fait allusion à un sénatus-consulte. Il s'agit du sénatus-consulte Juventin, rendu sous le règne d'Adrien (117 à 138). Ce sénatus-consulte décida que les possesseurs de bonne foi d'une hérédité, lorsqu'ils venaient à être évincés, n'étaient tenus de restituer que ce dont ils s'étaient enrichis (2). Or, dans l'espèce, l'institué ne s'est enrichi de quoi que ce soit, si ce n'est de l'action en répétition qui lui appartient contre le légataire, puisque le legs est nul. C'est donc seulement cette action en répétition qu'il est tenu de restituer. L'institué la transmet à l'héritier *ob intestat* en le constituant *procurator in rem suam* (3).

Ce mécanisme fut simplifié. Un rescrit de l'empereur Adrien rendit inutile cette cession, en accordant directement à l'héritier *ob intestat* une *actio indebiti utilis* contre les légataires et les fidéicommissaires.

(1) GAIUS, D. 5.3.17 (*De hereditatis petitione*).

(2) ULPYEN, D. 5.3.20.6 (*De her. pet.*).

(3) ACCARIAS, de la *procuratio in rem suam* et de la cession des actions (*Précis de droit romain*, t. II, p. 551, n° 640).

L'institué donnait mandat à l'héritier *ob intestat* d'intenter la *condictio* comme s'il agissait dans sa propre affaire, en le dispensant seulement de lui rendre compte des résultats qu'il obtiendrait.

B. Les affranchissements tombent ; mais cette règle, — contraire aux principes romains quant à la liberté, — souffre plusieurs exceptions.

Une première exception a lieu lorsque le testament a été rescindé à la suite d'une demande intentée après l'écoulement du délai légal de cinq ans. Nous verrons que la *querela* n'avait été admise dans cette hypothèse que par faveur, et seulement *ex magna et justa causa*. Elle a pour effet, si elle réussit, de faire tomber le testament, mais les affranchissements ne sont pas révoqués si le *querelans* obtient vingt sous d'or (prix moyen) par esclave (1).

Une seconde exception au principe se rencontre dans le cas d'un affranchissement par fidéicommiss. La liberté accordée pourra être maintenue, à condition que l'héritier chargé du fidéicommiss reçoive vingt sous d'or par esclave (2). Ainsi les libertés fidéicommissaires sont mieux sauvegardées que les libertés directes (3).

Il y a une troisième hypothèse où les affranchissements sont maintenus, mais l'exception n'est pas spéciale comme les précédentes aux affranchissements ; les legs sont également maintenus. Il s'agit d'une mère qui a omis son fils en le croyant mort. Le fils absent revient, intente la *querela* et obtient la rescision du testament. L'empereur Adrien maintient les legs et les affranchissements (4).

Enfin, voici une dernière hypothèse où l'on vient au secours de l'institué, mais il faut bien se garder de la présenter comme une exception au principe que les affranchissements tombent. Il s'agit d'une personne, instituée sous la condition qu'elle affran-

(1) ULPPIEN, D. 5.2.8.17. — V. DAREMBERG et SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines au mot aureus*.

(2) MODESTIN, D. h. l., 9.

(3) PAUL, *Idem*.

(4) *Idem*, 28.

chira un de ses propres esclaves, l'esclave Stichus. La condition ayant été accomplie, et par suite Stichus affranchi, le testament vient à être rescindé. L'affranchissement ne peut pas tomber. En effet, Stichus n'a pas été affranchi par le testament, et par suite le maintien ou la rescision du testament sont indifférents au maintien de sa liberté. Il a été affranchi par son propre maître et cet affranchissement est définitif. Le maître, puisqu'il ne profite pas du testament, sera indemnisé par l'affranchi (1).

Il y a encore un effet anormal, — mais non sans exemple, — de la *querela* que nous devons signaler. Il peut se faire qu'elle aboutisse à faire tomber, par voie de conséquence, le droit d'un héritier *ab intestat*. C'est ce qui arrive lorsqu'un héritier du sang a obtenu du préteur une *bonorum possessio contra tabulas cum re* avant que la *querela* ait été intentée. Nous avons déjà eu à nous occuper de ces hypothèses à propos des personnes qui avaient qualité pour défendre à l'instance en inofficiosité (p. 52, n° 2). Il importe ici de les préciser davantage.

Envisageons d'abord l'hypothèse que nous présente Papinien (2).

Le testateur est un fils émancipé qui laisse à son décès une fille qu'il exhérède et son père qu'il omet. L'institué n'est donc ni le père ni la fille. Supposons, pour plus de simplicité, que ce soit un *extraneus*.

Le père émancipateur ne peut avoir la *querela* contre le testament parce qu'il existe un successible *ab intestat* dans l'ordre des descendants ; mais il a, *jure manumissionis*, la *bonorum possessio dimidia partis contra tabulas*, en vertu de laquelle il peut prendre la moitié de la succession en concours avec l'institué. Le préteur qui lui accorde cette *bonorum*

(1) ULPIN, D. 5.2.26.

(2) D. A. 4, 16.1.

possessio ne statue que sur ses droits de père émancipateur et nullement sur le caractère officieux ou inofficieux du testament, qui conserve momentanément effet pour partie : « ... de jure patris, non de jure testamenti quaesitum est, » dit Papinien.

La fille exhérédée intente ensuite la *querela* contre l'institué, et réussit à faire rescinder le testament. Tout se passe alors comme si le défunt était mort intestat. Or, à défaut de testament, et en vertu du droit prétorien, la fille exclut le père émancipateur. Elle est admise en effet à obtenir la *bonorum possessio unde liberi* qui prime la *bonorum possessio dimidiae partis* (1).

Ainsi, par l'effet indirect de la *querela*, la plaignante va recueillir l'hérédité entière, et fait évanouir rétroactivement les droits d'un héritier *ab intestat* du droit prétorien.

Dans une hypothèse prévue par Tryphoninus (2), le même effet se produit d'une manière encore plus curieuse. La *querela* va aboutir à dépouiller seulement en partie l'héritier *ab intestat* du droit prétorien qui avait recueilli toute l'hérédité, et elle est dirigée directement contre lui. Il s'agit du testament d'un père qui a institué un étranger en exhérédant son fils sous puissance et en omettant son fils émancipé. Le fils émancipé et omis obtient contre l'institué qui a fait adition l'hérédité entière *jure praetorio*. Puis le fils exhérédé intente la *querela* contre son frère qui détient l'hérédité, et qui seul a intérêt à défendre à l'action. Il réussit, l'institution est rescindée, et la succession s'ouvre *ab intestat* tant au point de vue du droit civil qu'au point de vue du droit prétorien. Le fils héritier sien y par-

(1) Inst. 3.7.1. — GAIUS, Inst., 3.41. — ULPYEN, Reg., 29.1.

(2) TRYPHONINUS, D. 37.4.20.pr. (*De bonorum possessione contra tabularum*).

vient à titre d'héritier légitime, le fils émancipé à titre de *bonorum possessor*. Ce dernier conserve donc la moitié de la succession.

§ 3. — *La rescision est partielle.*

La *querela* n'atteint pas toujours d'une manière complète son but. Souvent, la rescision du testament ne sera que partielle, et c'est alors que se présentent les effets les plus intéressants de la *querela*. Cette possibilité et cette fréquence d'une rescision partielle tiennent à des causes variées ; d'abord au principe que le *querelans* ne peut obtenir plus que ses droits d'héritier *ob intestat* ; puis à ce que l'institué ne peut être dépouillé au delà de la quotité pour laquelle l'institution est jugée inofficieuse ; troisièmement à ce que certains institués sont attaquables par la *querela*, tandis que d'autres ne le sont pas ; enfin au principe de l'effet relatif de la chose jugée qui peut avoir comme conséquence que le *querelans* triomphe dans une première instance contre un institué et succombe dans une autre instance contre un institué différent.

Sans avoir la prétention d'indiquer tous les cas de rescision partielle, parcourons les plus importantes à titre d'exemples.

1^o Un frère du testateur intente la *querela* contre deux institués dont l'un est une *persona turpis*, tandis que l'*existimatio* de l'autre est intacte. La *querela* ne réussira que contre le premier. Son effet sera donc de faire tomber le testament pour partie ; le défunt sera considéré mort partie testat, partie intestat, contrairement à la règle générale : *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest* (1).

(1) ULP. D. 5.2.24.

2^o Un père a deux filles. Il omet l'une d'elles dans son testament et institue la seconde conjointement avec un *extraneus*. Supposons que la fille instituée ait plus que sa légitime, et n'ait par conséquent aucun motif de plainte. Elle fait adition ainsi que l'*extraneus*. La fille omise intente la *querela*. Elle ne peut faire tomber le testament que pour moitié, puisqu'elle n'est appelée *ob intestat* que pour moitié (1).

3^o Un père exhérède ses deux fils et institue un *extraneus*. En pareil cas, il peut y avoir rescision partielle de deux manières : soit qu'un seul des deux fils exhérédés intente la *querela* et obtienne gain de cause (2), soit que les deux fils l'intentent, mais qu'un seul le fasse avec succès (3).

4^o Il peut arriver que la même personne vienne à l'hérédité à la fois en vertu du testament et en vertu de sa qualité d'héritier *ob intestat*.

C'est ce qui aura lieu lorsqu'un père aura omis l'une de ses filles et institué l'autre conjointement avec un *extraneus*, mais pour une portion inférieure à la moitié de la succession, — pour un quart par exemple. L'action de la fille omise ne pouvant être dirigée que contre l'institué étranger, le testament ne sera rescindé que pour trois quarts. A qui ces trois quarts reviendront-ils ? La fille qui a intenté la *querela* ne pourra profiter que d'une moitié, puisqu'elle n'est appelée *ob intestat* que pour moitié. Reste un quart qui profitera à la sœur qui a déjà reçu un quart par testament et qui se trouvera ainsi à la fois héritière testamentaire et *ob intestat*. En effet, dans cette hypothèse, il n'y a aucune cause d'exclusion de ce concours de qualités, puisque la fille n'a pas entendu renoncer à l'hérédité en

(1) PAUL, D. 5.2.19.

(2) PAPIN. EN, D. h. t., 16. pr.

(3) PAPINIEN, D. 44.2.29.pr. (*De exceptione rei judicatae*).

acceptant sa quote ; elle croyait le testament valable (1).

La conséquence directe de ce que le défunt est mort partie testat, partie intestat, c'est que le *querelans* devient cohéritier de l'institué. Tous deux se trouvent ensemble dans l'indivision par rapport aux choses corporelles de l'hérédité.

Au contraire, les dettes et les créances héréditaires se divisent entre eux de plein droit, proportionnellement à leur vocation. Si nous supposons, pour plus de simplicité, un seul *querelans* en présence d'un seul institué et ayant tous deux des droits égaux, chacun d'eux sera poursuivi pour moitié par les créanciers du défunt ; de même chacun d'eux pourra poursuivre pour moitié les débiteurs héréditaires.

Les dispositions accessoires du testament doivent suivre le sort de l'institution : elles ne doivent être ni annulées ni maintenues pour le tout. Tel est le principe qui devra être suivi chaque fois que la nature de ces dispositions n'y mettra pas un obstacle absolu.

Ainsi les legs seront maintenus pour partie et réduits pour partie. Ces legs ne sont pas opposables à l'héritier légitimaire, mais seulement à l'institué qui doit les exécuter pour une partie proportionnelle aux droits qu'il conserve sur l'hérédité. Leur réduction est, en effet, proportionnelle à la part acquise au *querelans* (2).

Mais il se peut que cette division soit impossible à raison de la nature même de la disposition.

Supposons que l'objet du legs soit indivisible, qu'il s'agisse, par exemple, d'une servitude ; la réduction en nature est impossible. Le legs sera-t-il

(1) PAUL, D. 5.2.19.

(2) PAPINIEN, D. 31.76.pr. (*De legatis et fideicommissis*).

maintenu ? Assurément le legs produira toujours quelque effet, mais la servitude sera-t-elle constituée ? Cela dépend avant tout du légitimaire, car la servitude ne peut pas être constituée malgré lui.

S'il se refuse à la laisser établir, il devra fournir au légataire la valeur estimative de la portion pour laquelle le legs n'est pas annulé.

Si le *querelans* consent au contraire à ce que la servitude soit constituée, il peut exiger que le légataire lui fournisse une indemnité représentative de sa part.

Le légataire n'est pas libre de refuser de fournir cette indemnité. Il ne peut pas refuser l'exécution du legs qui lui est offert en disant qu'il ne voulait qu'une indemnité représentative de sa part ; il serait repoussé par une exception de dol. Le légataire doit donc, s'il ne veut perdre complètement les avantages de son legs, subir le choix du *querelans* (1).

Il y a d'autres dispositions pour lesquelles la division est impossible. Tels sont les affranchissements, les nominations de tuteurs, les substitutions pupillaires.

Les substitutions pupillaires, les datations de tuteur sont maintenues pour le tout. Il est en effet impossible de les réduire, il est inutile de les annuler, car elles ne nuisent en rien au légitimaire.

Il en est différemment des affranchissements, qui sont très onéreux pour le légitimaire. Faut-il les maintenir ou les annuler ? On suivra une règle analogue à celle indiquée plus haut pour le legs d'une chose indivisible. Les affranchissements subsisteront, mais chaque affranchi devra dédommager le légitimaire en lui donnant une portion du prix de sa propre valeur, portion proportionnelle au droit qui revenait sur lui au *querelans* (2).

(1) PAPINIEN, D.31.76.pr. (*De leg. et fideicom.*).

(2) PAPINIEN, D. 44.2.29.pr. (*De exceptione rei judicatae*). — MARCELLUS, D. 5.2.10.1. — C. 3.28.13.

CHAPITRE X

DES MODES D'EXTINCTION DE LA « QUERELA »

Nous avons vu que la *querela* participe à la fois aux caractères de la pétition d'hérédité et aux caractères de l'action d'injures. En ce qui concerne son extinction, suivra-t-elle les règles de ces deux actions ?

Les actions civiles sont perpétuelles ; la *querela* est une action civile. Rentrera-t-elle, quant à son extinction, dans le rang des actions civiles ?

Il est facile de prévoir dès maintenant que la *querela* sera sujette à de nombreuses causes d'extinction et que sa durée ne saurait être indéfinie. Elle se rapproche trop, pour qu'il en soit autrement, de l'action d'injures ; les mêmes motifs qui limitaient la durée de cette dernière action commandaient de limiter la durée de la *querela*. D'autre part, si la *querela* constitue une pétition d'hérédité, n'oublions pas que cette sorte de pétition d'hérédité s'est introduite par suite de l'intervention des Prudents, et qu'elle corrige en réalité le droit civil primitif. Tout en étant une action civile, elle a des allures prétorienes. C'est assez pour faire pressentir les nombreuses causes d'extinction auxquelles elle est sujette.

Ces causes d'extinction peuvent être ramenées à trois :

1^o Expiration des délais ;

2^o Mort du *querelans* ;

3^o Renonciation.

Nous en traiterons séparément.

§ 1. — Expiration des délais.

La *querela* n'est donc pas perpétuelle. Il paraît qu'elle s'éteignit d'abord par une prescription de deux ans (1). Plus tard, ce délai fut porté à cinq ans (2).

(1) Une phrase d'une lettre de Pline le Jeune (*Epist.* V, 1.) *scis te non subscripsisse mecum et iam biennium transisse omniaque me usucapisse* a fait croire à la presque unanimité des auteurs que le délai de prescription de la *querela* fut primitivement de deux ans. On fait remarquer à cet effet que l'*usucapio pro herede* s'accomplissant par un an, Pline n'a pu faire allusion qu'à la durée de la *querela*. Pour nous, cette opinion est difficilement admissible. Nous croyons au contraire que le temps requis pour la prescription fut dès le début de cinq ans. Si on lit attentivement la phrase précitée, on peut constater que Pline n'a pas en vue la prescription de la *querela*, mais l'*usucapio* des choses héréditaires. Voici une analyse succincte : Pomponia Gratilla avait exhéredé son fils Curianus en instituant Pline et quelques autres. Curianus intente la *querela*, mais, à raison de certains faits antérieurs, il n'assigne devant le tribunal des centumvirs que les cohéritiers de Pline, en laissant ce dernier de côté. Les institués, craignant un procès capital, souhaitent une transaction et prient Pline de traiter avec Curianus. Pline lui adresse les mots suivants : *Si mater, inquam, te ex parte quarta scripsisset haeredem, num queri posses ? Quod si haeredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te, quam quarta, remaneret ? Igitur sufficere tibi debet, si, exheredatus a matre, quartam partem ab heredibus eius accipias, quam tamen ego augebo. Scis, te non subscripsisse mecum, iam biennium transisse, omniaque me usucapiss.* (Traduction libre : Si votre mère vous eût institué pour un quart de ses biens, ou même si elle vous eût fait son unique héritier, mais que par des legs elle vous eût fort chargé qu'il ne vous en restât que le quart, auriez-vous droit de vous plaindre ? Vous devez être content si, exhéredé de votre mère, ses héritiers vous abandonnent le quart de ce qu'ils ont reçu. Je veux pourtant encore y ajouter du mien. Vous savez que vous ne m'avez point assigné, puisque (que) déjà deux années se sont écoulées et que j'ai tout usucapé). Ainsi c'est bien à l'*usucapio* de sa portion héréditaire et non à la prescription de la *querela* que Pline fait allusion. Nous objectera-t-on que l'*usucapio* s'accomplit par un an ? Nous pouvons répondre que si Pline parle d'un *biennium*, c'est que deux ans s'étaient écoulés depuis l'adition d'hérédité et qu'il fait remarquer au plaignant qu'il (Pline) peut invoquer, pour mettre sa part héréditaire à l'abri de toute réclamation, une possession bien plus longue que celle exigée à cet effet. D'ailleurs, comment concevoir, si l'opinion générale est exacte, que tous les textes qui déclarent la *querela* éteinte par cinq ans ne fassent la moindre allusion à un délai antérieur moins long et au changement qui s'en est opéré ? (Hусснкк, *Ueber die usucapio pro herede* dans le *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften*, t. XIV, p. 152, note).

(2) ULPEN, D. 5.2.8.17.

Par exception, la *querela* peut être admise même après l'expiration du délai de cinq ans depuis l'adition, dans les deux cas suivants :

1^o Lorsque le légitimaire a été empêché d'agir dans le délai quinquennal par des circonstances très graves et fort légitimes (*ex magna et justa causa*). Citons comme exemple le cas d'un fils qui, omis par erreur dans le testament maternel, revient de sa captivité cinq ans après le décès de sa mère (1). Nous avons vu que dans ce cas l'effet de la *querela* était moins absolu que si elle avait été intentée dans les délais, car les affranchis par le testament conservaient leur liberté, à charge pour chacun d'eux de payer au *querelans* vingt sous d'or (2).

2^o La prescription ne court pas contre les mineurs de vingt-cinq ans, elle ne commence que du jour où ils ont atteint l'âge de la majorité ; dès lors, il n'est pas nécessaire de leur accorder l'*in integrum restitutio*, lorsqu'ils ont laissé passer le délai de cinq ans depuis l'adition (3).

Mais quel est le point de départ du délai ? Cette question a soulevé une controverse (4). Modestin faisait courir le délai du jour de la mort du testateur en raisonnant par analogie de l'action d'injures ; mais sa décision ne tenait pas compte des circonstances spéciales où se trouvait le *querelans*, qui ne pouvait intenter son action avant que l'adition eût été faite. Aussi Ulpien fait-il courir le délai du jour de l'adition. L'opinion d'Ulpien était plus logique, mais elle avait l'inconvénient de prolonger le délai outre mesure, et de retarder la fixation définitive de l'hérédité dans le cas où l'institué ne se

(1) PAUL, D. 5 2 28.

(2) ULP. D. h. t., 8.17.

(3) C. 2.40 (41).2. (*In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est*).

(4) C. 3.28.36.2.

pressait pas de faire adition. Justinien, tout en adoptant l'opinion d'Ulpien, décida que l'institué devrait prendre parti dans un temps déterminé. Il fixa ce temps à un an pour le cas où l'institué habitait une autre province que le légitimaire et le réduisit à six mois pour le cas où ils habitaient la même province.

§ 2. — La mort du querelans.

L'action d'injures s'éteint par la mort de l'offensé ; de même la *querela* par la mort du légitimaire.

Toutefois, on se montre moins rigoureux en ce qui concerne la *querela*, car les héritiers du *querelans* sont admis à suivre l'action déjà intentée. De plus, ils peuvent l'intenter eux-mêmes si leur auteur a manifesté l'intention de l'intenter, et s'il est mort en persévérant dans cette intention (1).

Un texte des sentences de Paul semble contredire cette doctrine (2). Le jurisconsulte soutient en effet, dans ce texte, que la pétition d'hérédité s'éteint par la mort de l'héritier survenue avant la *litis contestatio*. Il faut entendre ici sous pétition d'hérédité la *querela*, parce que la première est une action perpétuelle. Or, comment concilier le texte de Paul avec les fragments du Digeste et du Code qui décident que la *querela* n'est pas éteinte par la mort du légitimaire, pourvu que ce dernier ait commencé les poursuites ou que la mort l'ait surpris se préparant à les commencer ? Il est probable que Paul a seulement voulu poser la règle générale pour l'extinction. Peut-être aussi n'a-t-il pas pris le mot *litis contestatio* dans son sens technique, et que

(1) ULP IEN, D. 5.2.6.2. — PAUL, D. A. t., 7. — C. 3.23.5.

(2) PAUL, Sent. 1, 13.4.

la *litis contestatio* équivalant ici à la *litis praeformatio* (1).

Cette cause d'extinction était encore très rigoureuse lorsque le légitimaire était mort avant d'avoir pu intenter la *querela* ou se préparer à l'intenter, c'est-à-dire avant que l'institué eût fait aditum. Les héritiers du légitimaire se trouvaient dans ce cas frustrés. Justinien vint à leur secours en leur transmettant la *querela*, mais il fallait pour cela que le légitimaire fût un descendant du testateur ; même dans ce cas, la transmission de l'action n'avait lieu qu'au profit des descendants du légitimaire (2).

§ 3. — Renonciation.

La renonciation à l'exercice de la *querela* suppose soit le pardon ou l'oubli de l'injure encourue, soit la renonciation d'une juste cause d'exhérédation ou d'omission. Dans tous les cas, elle doit entraîner l'extinction définitive de la *querela*.

Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse quand le légitimaire a déclaré formellement son intention.

Elle est tacite quand il a accompli certains actes qui supposent nécessairement cette intention.

Nous avons peu de chose à dire de la renonciation expresse ; elle doit être volontaire et libre. Elle ne serait pas libre si elle avait été obtenue par violence. Aussi les renonciations faites du vivant du testateur sont-elles facilement suspectes ; on a lieu de redouter la contrainte exercée par ce dernier ; l'inscription de la renonciation sur le testament constitue une présomption de l'existence de cette contrainte.

(1) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 1, p. 900, n° 358, note 2.

(2) C. 3.28.34 pr. et 36.2.

Nous devons maintenant nous occuper des faits qui supposent une renonciation tacite. Elle résulte : 1^o d'un désistement ; 2^o d'une transaction ; 3^o de tout acte impliquant adhésion au testament.

1^o *Désistement*. Le *querelans* qui s'est désisté de sa poursuite n'est plus recevable à en intenter une nouvelle. Il a manifesté par là, ou qu'il pardonnait l'injure, ou qu'il reconnaissait la cause de l'exhérédation comme juste (1).

Néanmoins, les poursuites pouvaient être reprises si le désistement avait été obtenu par dol (2).

2^o *Transaction*. La transaction qui a pour objet de mettre fin à la *querela* peut conduire à deux situations. Ou bien le légitimaire renonce à ses droits, moyennant une somme ou une portion de l'hérédité qui lui est remise par l'institué, — ou bien ce dernier remet l'hérédité entière au *querelans* contre un avantage que lui fait ce dernier.

La transaction se distingue des autres renonciations tacites en ce qu'elle n'a pas pour cause unique la crainte de succomber dans l'instance, ni la volonté de pardonner ou d'oublier une injure. C'est une renonciation en faveur de l'institué moyennant un avantage, et par suite elle ne saurait être considérée comme impliquant nécessairement la reconnaissance du bien-fondé de l'exhérédation ou de l'omission.

Il en résulte qu'elle n'éteint pas immédiatement et définitivement la *querela* lorsqu'elle est faite par une simple convention, insuffisante pour faire naître une action au profit du *querelans*. La *querela* pourra être reprise tant que l'institué n'aura pas exécuté la convention (3).

Mais lorsque la transaction est parfaite, soit que

(1) ULPIN, D. 5.2.8.1.

(2) PAUL, D. h. t., 21.pr.

(3) ULPIN, D. h. t., 27.pr.

l'institué l'ait exécuté, soit que le légitimaire ait été muni d'une actinn lui permettant de la faire respecter, elle produit entre les parties les mêmes effets qu'un jugement qui aurait statué sur la *querela*.

A l'égard des tiers, il n'en est pas de même. La transaction ne produit aucun effet à leur égard, tandis que la sentence rendue sur la *querela* est productive d'effets même contre les légataires étrangers au débat.

Ainsi la transaction passée entre l'institué et le légitimaire ne sera opposable ni aux légataires ni aux fidéicommissaires. L'institué les aurait représentés aux débats, il est vrai, contrairement au principe de l'effet relatif de la chose jugée ; mais si, par dérogation au droit commun, il est leur mandataire légal pour le procès, il n'est pas leur mandataire pour la transaction. En dehors de l'exception, il faut revenir au droit commun ; or le droit commun est exprimé par la maxime : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest*.

Pour obvier à cet inconvénient, l'institué qui voudra éviter les poursuites des légataires et des fidéicommissaires pourra les faire intervenir à la transaction ; il obtiendra sans peine leur adhésion si ses craintes à l'égard de la rescision du testament sont fondées.

3^o *Actes divers impliquant adhésion au testament.* Ces actes sont aussi nombreux que variés, et nous ne pouvons que citer des exemples qui n'ont rien de limitatif. On peut dire néanmoins, d'une manière générale, que le légitimaire qui consent à tirer un profit du testament renonce par cela même à l'attaquer (1).

(1) PAUL, D. 5.2 23.1.

Cependant, le légitimaire n'est pas déchu de la *querela* lorsque le profit qu'il tire du testament est indépendant de sa volonté. C'est ce qui arriverait si le testateur, étant créancier du légitimaire, avait fait remise de dettes à l'un des codébiteurs solidaires de ce dernier.

La remise profiterait au légitimaire, mais indirectement, sans sa volonté ; pour qu'on puisse induire son adhésion au testament, il faut un acte volontaire de sa part, un consentement formel à un profit tiré de ce testament (1).

Parcourons quelques hypothèses.

Le légitimaire qui achète ou loue de l'institué une chose héréditaire renonce par cela même à la *querela*. Son acte suppose en effet qu'il reconnaît l'institué pour continuateur de la personne du défunt.

De même encore, s'il réclame à l'institué une dette du défunt ou, à l'inverse, s'il paie entre ses mains ce dont il était débiteur envers le défunt. Tous ces actes n'auraient pas, en effet, leur raison d'être, si c'était lui qui devait hériter (2).

Le légitimaire serait encore présumé renonçant à la *querela* s'il avait accepté un legs compris dans le testament, même si ce legs ne lui avait pas été fait personnellement, mais à une personne en sa puissance (3).

Il en serait de même si le légitimaire soutenait comme avocat ou comme *procurator ad litem* la demande d'un légataire (4).

C'était une question controversée que de savoir si le légitimaire exhérédé pouvait intenter la *querela* après avoir hérité d'une personne qui avait reçu un legs du testateur, et après avoir réclamé ce legs.

(1) MODESTIN, D. 5.2.12.3.

(2) PAUL, D. h. t., 23.1. — ULPIN, D. h. t., 8.1.

(3) MODESTIN, D. h. t., 12.2.

(4) PAUL, D. h. t., 32.pr.

La législation romaine était tellement rigoureuse pour les demandes qui tendaient à l'annulation d'un testament qu'on pouvait en douter. D'autre part, il était difficile d'induire une renonciation d'une pareille réclamation, puisque le légitimaire ne réclamait pas le legs en son propre nom.

Dans le doute, Paul conseille au légitimaire qui veut user de la *querela* de ne pas réclamer le legs (1).

L'affranchissement par le légitimaire omis ou exhéredé d'un de ses esclaves institué par le testament implique renonciation. En effet, si cet esclave n'avait pas été affranchi, le légitimaire aurait été dans l'impossibilité d'intenter la *querela*. Le légitimaire le reconnaît implicitement en affranchissant l'esclave dans le but de se procurer la *querela*. Mais sa fraude ne saurait nuire aux légataires qui ont intérêt au maintien du testament, et elle ne saurait non plus rendre inofficieux un testament où l'*officium pietatis* n'a pas été violé. Tout au contraire, sa fraude est la reconnaissance de l'absence de tout vice d'inofficiosité, et elle ne portera préjudice qu'à lui-même. En affranchissant l'esclave institué, il se prive donc du bénéfice de l'institution sans acquérir pour cela le *querela* (2).

Les causes de renonciation à la *querela* s'appliquent également à l'action en complément de la quote. Justinien est formel sur ce point (3). Mais les textes sont muets en ce qui concerne les autres causes d'extinction. Nous pensons qu'elles s'appliquent également à l'action en complément. On peut, en effet, constater en les analysant qu'elles sont en réalité des renonciations présumées. Pourquoi la *querela* s'éteint-elle par le délai de cinq ans, si ce

(1) PAUL, D. h. l., 32.1.

(2) MODRSTIN, D. h. l., 12. pr.

(3) C. 9.28.35.2.

n'est parce que le légitimaire qui est resté cinq ans dans l'inaction est présumé avoir oublié l'injure à lui faite ? Pourquoi s'éteint-elle par la mort du légitimaire décédé sans s'être préparé à l'intenter, si ce n'est parce qu'il est présumé avoir pardonné au défunt, ou avoir reconnu la justice de son omission ou de son exhérédation ? Donc, pas de raison d'établir une différence entre la renonciation et les autres causes d'extinction de la *querela*. Si les renonciations expresses ou tacites éteignent à la fois la *querela* et l'action en complément, il doit en être de même des renonciations présumées, c'est-à-dire de l'expiration des délais et de la mort du légitimaire.

TROISIÈME PARTIE

**LA QUERELA ET LA LÉGITIMITÉ
DANS LE SYSTÈME DES NOVELLES**

Nous avons signalé, chemin faisant, la plupart des modifications apportées par la législation du Bas-Empire. En particulier, nous avons vu que l'usage de l'action en inofficiosité a été restreint : depuis Constantin, l'action n'est plus recevable lorsque le légitimaire a reçu quelque chose du testateur (1). L'application de cette règle est d'ailleurs subordonnée à la condition que le testateur ait prescrit de compléter la quarte *boni viri orbitatu*. On avait jugé excessif qu'il fût permis d'attaquer un testament, lorsque le légitimaire avait un peu moins que sa quarte, sans tenir compte d'une erreur commise par le testateur dans l'estimation de sa fortune, ou d'une plus-value postérieure à la confection du testament. Depuis 528, la clause prescrivant de compléter la quarte est toujours sous-entendue (2).

Désormais le légitimaire qui a reçu quelque chose du testateur n'a qu'une action en complément de la quarte. Il est traité comme un créancier de la succession : il fait valoir son droit contre l'institué par une action personnelle (*condictio ex lege*). L'action en inofficiosité n'est admise que si le légitimaire n'a rien reçu.

D'autre part, nous avons vu que les règles sur

(1) D'après M. Cuq, cette importante innovation fut introduite en 361, c'est-à-dire vingt-quatre ans après la mort de Constantin.

(2) V. *supra*, p. 89.

l'action en inofficiosité ont subi d'importantes modifications soit quant aux personnes admises à exercer la *querela*, soit quant au calcul, soit enfin quant à la prescription : l'enfant omis est assimilé à l'enfant exhéredé ; les frères et sœurs consanguins ont droit à la *querela*, alors même qu'ils viennent à la succession à titre de cognats (1). La *querela* se transmet aux descendants lorsque l'ayant droit meurt pendant que l'institué délibère. Dans le calcul de la quarte, on ne compte pas seulement ce que le plaignant a reçu à cause de mort : on y joint ce qu'il a reçu à titre de dot, de donation *ante nuptias*, ou pour acheter une charge (2). La prescription de cinq ans court, non plus de la mort du testateur, mais du jour de l'adition, qui doit avoir lieu dans les six mois ou dans l'année du décès, suivant que l'institué habite ou non la même province que le légitimaire.

La loi 33 pr. (C. *De inofficioso testamento*, 3.28) prononce une peine contre l'institué qui, après s'être refusé à payer la quarte, succombe au procès de la *querela* intenté contre lui par l'héritier *ab intestat*. Cette peine est pécuniaire. Elle oblige l'institué qui l'a encourue à restituer non seulement ce dont il était grevé par le testament, mais encore un tiers en sus de la valeur de cette quantité.

Enfin la loi 13 (C. *De haereticis*, 1.5) décide que les fils orthodoxes, exhéredés même justement par un père hérétique, peuvent néanmoins obtenir leur quarte légitime.

A l'inverse, un père orthodoxe pouvait exhéredé, même sans juste cause, son fils hérétique. Une pareille décision, est-il besoin de le dire, n'a rien de juridique, mais elle est en conformité avec l'es-

(1) V. *supra*, p. 53.

(2) *Zeno*, C. 3.28.29. — *JUSTINIEN*, *cod.* 30.2. V. *supra*, p. 85.

prit général qui animait les lois de Justinien à l'égard des hérétiques.

Les innovations les plus importantes résultent des Novelles. La théorie de l'inofficiofité et de la légitime y est presque entièrement réformée. Deux nouvelles s'occupent spécialement de cette matière, la nouvelle 18 (ch. I à V) et la nouvelle 115 (ch. III et IV). Une autre nouvelle, la nouvelle 117, contient aussi sur ce sujet une importante disposition.

Ces nouvelles attestent chez Justinien la préoccupation de mettre le droit successoral en harmonie avec le droit naturel. Il est frappé de l'idée profondément juste que l'ancien système ne protège pas suffisamment les intérêts des légitimaires et que, d'autre part, il fait courir de trop grands dangers au testament ; qu'il ne tient pas assez compte de l'intérêt des légataires et qu'il est inhumain en ce qui concerne les esclaves dont les affranchissements peuvent être révoqués.

Nous avons déjà vu que Justinien avait essayé de tirer tout le parti possible de cet ancien mécanisme en l'améliorant de tout son mieux par une série de tâtonnements, suivant en cela la méthode des jurisconsultes. Mécontent de ses essais plus ou moins conformes aux principes et à la mentalité de son époque, il va se montrer novateur plus hardi, et, s'inspirant avant tout des idées de justice et d'équité, il va faire une œuvre durable.

La légitime sortira de la législation des Novelles augmentée, fortifiée, mieux garantie. Elle sera étendue à la veuve. D'individuelle qu'elle était, elle deviendra collective. D'autre part, si la liberté du testateur se trouve entravée pour le mal, ses volontés légitimes seront mieux garanties contre les hasards de procès scandaleux dont il supprime en grand nombre les occasions. Enfin les légataires

seront sûrs de conserver les libéralités du défunt dans la limite du disponible, et surtout les affranchissements seront respectés.

Pour plus de clarté, nous diviserons cette étude en deux chapitres :

Chapitre premier. — Nouvelle 18.

Chapitre II. — Nouvelle 115.

Nous nous occuperons incidemment des autres nouvelles qui intéressent notre sujet.

CHAPITRE PREMIER

NOVELLE 18

Ce fut d'abord de la légitime que Justinien se préoccupa. Avant la rédaction de la nouvelle 18, la légitime était individuelle et indépendante du nombre des légitimaires. Elle était pour chaque enfant du quart de la portion qu'il aurait eue *ab intestat*. Justinien augmente sa quotité. Il la fixe au tiers de l'hérédité lorsque le nombre des enfants ne dépasse pas quatre. Il la porte jusqu'à la moitié, lorsqu'il y a cinq enfants ou plus. Cette légitime est assurée collectivement aux enfants.

Les auteurs critiquent la combinaison de Justinien, parce qu'elle amène, dans un cas particulier, à un résultat illogique (1). Il peut arriver que chaque légitimaire obtienne plus quand ils sont plus nombreux que quand ils le sont moins. En effet, s'il y a quatre enfants, la légitime est d'un tiers, et chacun aura droit à un quart de ce tiers, c'est-à-dire à un douzième ; en supposant qu'il y en ait cinq, la

(1) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, p. 902. — BROCHER, *Étude historique et philosophique sur la légitime*, p. 90. — DEMANGEAT, *Cours de droit romain*, t. I, p. 753. — M. BOISSONADE (*Histoire de la réserve héréditaire*, p. 134) fait remarquer que cette singularité ne se perpétue pas ; ainsi, avec six enfants, la part de chacun n'est déjà que d'un douzième, comme s'ils étaient quatre, et, dès le nombre de sept enfants, elle commence à être inférieure, ainsi qu'il convient.

légitime étant de moitié, chaque enfant recevra le cinquième de cette moitié, c'est-à-dire un dixième, en d'autres termes, une part plus forte que dans la première hypothèse.

La légitime ainsi fixée se partagera entre les enfants de telle sorte que chacun ait pareille quantité et qualité de biens (1). Elle est mieux assurée encore par l'obligation pour le testateur de la laisser en pleine propriété (2). Justinien ne permet pas de compenser en nue propriété ou en usufruit ce qu'on enlève en pleine propriété au légitimaire. Il est vrai que, dans l'hypothèse qu'il vise, il n'est question que d'une compensation en nue propriété, mais sa prohibition est néanmoins générale. Voici, du reste, cette hypothèse. Il s'agit d'un père qui a institué son fils pour la totalité, mais qui a légué l'usufruit de ses biens à son épouse. Justinien condamne cette répartition, parce qu'elle enlève aux enfants les aliments nécessaires à leur subsistance et fait dépendre leur nourriture de tous les jours du caprice d'une femme qui très souvent n'est pas la mère des enfants du défunt. Il veut que, désormais, la légitime soit laissée en pleine propriété.

Ce motif ne s'appliquerait pas à l'hypothèse inverse où le père aurait légué la nue propriété à un *extraneus* (p. ex.). Mais la prohibition pourrait alors parfaitement se justifier par un autre motif, savoir : le désir d'éviter des évaluations qu'un testateur, même bien intentionné, aurait pu mal faire lui-même, s'exposant ainsi à voir briser son testament au cas où l'usufruit laissé au légitimaire serait jugé insuffisant pour constituer sa légitime.

La légitime se trouve encore indirectement augmentée dans un cas spécial. C'est le cas où le tes-

(1) Nouvelle 18, chap. 1.

(2) Nov. 18, chap. III.

tateur a un fils décurion ou une fille qui épouse un décurion. Il lui est alors interdit de faire au profit d'un étranger une disposition dépassant trois onces, c'est-à-dire un quart de la succession (1). Cette disposition s'explique par la situation pécuniaire tout exceptionnelle des décurions à Rome, et par le mode habituel de recrutement des curies qui s'opérait pour beaucoup par l'oblation que les parents faisaient de leurs enfants (2).

Justinien complète le système de la légitime en donnant une réserve à la veuve (3) qui n'a pas eu de dot, c'est-à-dire qui se trouve sans moyens d'existence. Il a soin de dire que cette légitime doit se restreindre à la veuve, et qu'en aucun cas elle ne saurait appartenir au mari.

La quotité en est variable suivant le nombre des enfants issus du mariage et elle diminue avec le nombre des enfants. Elle est d'un quart en pleine propriété s'il n'y a pas d'enfants issus du mariage ; d'un quart en usufruit sur les biens du mari s'il existe un, deux ou trois enfants ; d'une part virile seulement s'il en existe un plus grand nombre.

Il nous reste à examiner plusieurs questions que le texte des Nouvelles ne résout pas expressément.

A. Comment sont comptés les petits-enfants, dont le père est prédécédé, pour le calcul de la légitime, lorsqu'ils viennent en concours avec des frères et des sœurs de leur père ?

(1) *Eod.*, chap. 11.

(2) Il faut voir, dans cette décision, une de ces nombreuses faveurs dont on combla les membres des curies pour les récompenser des charges énormes qui leur incombaient. En effet, outre les jeux et les spectacles publics qu'ils devaient donner à leurs frais, ils étaient responsables de la perception de l'impôt foncier et de la capitation ; ils supportaient l'insolvabilité des contribuables. Il faut ajouter à cela qu'ils étaient tenus de payer tous les ans à la curie le quart de leurs revenus, et à l'empereur une somme d'argent plus ou moins considérable, appelée *aurum coronarium*, à l'occasion de certains événements solennels (C. Théod. 12.13.3.)

(3) Nouvelle 117, chap. v.

Bien que la question ait été controversée (1), nous n'apercevons aucune raison pour les compter par tête comme des enfants. Notre avis est qu'il faut les compter par souche, chaque souche représentant le père prédécédé. En un mot, il faut appliquer le système de représentation de la nouvelle 118 (2).

B. Faut-il admettre la même augmentation de la légitime pour le cas où les légitimaires sont des ascendants ou des frères ou sœurs que pour le cas où les légitimaires sont des enfants ?

Trois systèmes en présence :

1^o Dans le premier système, on soutient la négative : la légitime des ascendants et des frères et sœurs est du quart, comme elle l'était auparavant. En effet, dit-on, la nouvelle 18 ne s'occupe que de la légitime des descendants et nullement de celle des ascendants et des frères et sœurs ; Justinien veut favoriser les enfants. La réforme ne se rapportant donc qu'à la légitime des descendants, celle des autres légitimaires reste soumise aux anciennes règles. De plus, ajoute-t-on, dans la nouvelle 66 (pr.), Justinien, en faisant allusion à l'élévation de la quotité légitime, ne parle que des descendants.

2^o Dans un second système, on fait une distinction : l'augmentation profite aux descendants et aux ascendants, mais non pas aux frères et sœurs. Justinien décide expressément qu'elle ne s'appliquera qu'à ceux qui dès le début, et en vertu de

(1) DEMANGEAT, *Cours de droit romain*, t. 1, p. 694.

(2) Dans ce sens : ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 1, p. 902, note 1. — BROCHER, *Étude historique et philosophique sur la légitime*, p. 90. — BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 133 (a). — CUÉNOT, *Des droits de légitime et de réserve*, p. 134. Voici ce que dit M. Mayns sur cette question : « On cherche en vain un principe certain qui puisse nous guider dans ce sens. Les juristes des pays où le droit romain est encore en vigueur, forcés de trouver un expédient, se sont livrés à des tentatives plus ou moins variées que nous nous dispenserons de relater, laissant à l'imagination de nos lecteurs la liberté de combler cette lacune. » (*Cours de droit romain*, t. III, p. 384, note 12.)

l'ancienne législation, avaient droit d'invoquer l'infirmité des testaments (1) ; or, les frères et sœurs n'avaient pas dès l'origine la *querela* ; cette faveur ne leur fut accordée que postérieurement ; quant à eux, l'ancienne quarte reste donc en vigueur.

3^o Le troisième système soutient que l'augmentation de la quotité légitime est une mesure générale. Nul doute, en effet, que la légitime des ascendants et des collatéraux ne soit devenue collective comme celle des enfants. Or, en fixant une quotité nouvelle, et en proclamant implicitement le principe de la légitime collective, Justinien a rendu ces deux dispositions indivisibles et par suite également générales.

D'ailleurs Justinien, à la fin du chapitre premier de la nouvelle 18, nous dit que le bénéfice des dispositions qui y sont contenues doit être étendu à toutes les personnes qui avaient la *querela*. « *Hoc servando in omnibus personis, in quibus ob initio antiquae quartae ratio de inofficiosa lege decreto est.* »

Les arguments du second système ne sont pas sérieusement soutenables si on admet que Justinien parle de l'*antiqua quarta* en rapport avec l'infirmité des testaments. Or, la *querela* des frères et sœurs est certainement antérieure à l'établissement de la quarte légitime ; par conséquent, — en partant du moment de l'existence de cette quarte (*ab initio antiquae quartae*), — la disposition doit nécessairement s'appliquer aussi bien aux descendants et ascendants qu'aux frères et sœurs (pourvu que l'institué soit une *persona turpis*).

Cette opinion est d'ailleurs confirmée par une scholie des Basiliques (2).

(1) Nov. 18, chap. 1, *in fine* : *ab initio antiquae quartae ratio de inofficiosa lege decreta est.* En ce sens, VOET, *Commentarius ad Pandectas, de inofficioso testamento*, §, n^o 6.

(2) FABROTUS, *Basiliques*, p. 483 : (trad.) *Integrior textus Novella-*

C. La légitime des ascendants sera-t-elle toujours égale au tiers de la succession, ou bien pourra-t-elle être aussi de la moitié ?

Il faut distinguer deux hypothèses : 1° Les ascendants sont seuls appelés à la succession *ob intestat*. 2° Ils concourent avec des frères et sœurs.

1° *Ascendants seuls*. Lorsqu'ils sont au premier ou au second degré, pas de difficulté, car leur nombre, ne dépassant jamais le chiffre de quatre, ils ne pourront réclamer que le tiers de la succession. Mais s'ils sont au troisième degré, il peut arriver qu'ils soient plus nombreux. Cette hypothèse est sans doute extrêmement rare, mais elle n'est pas impossible. La légitime sera-t-elle du tiers ou de la moitié de la succession ? Nous estimons que les bisauls ne peuvent réclamer plus que le tiers, car, si nous avons admis, en vertu de la nouvelle 118, la dévolution par souche pour la ligne descendante, il doit en être de même pour la ligne ascendante. On concevrait d'ailleurs difficilement que les enfants fussent obligés de laisser à leurs ascendants d'un degré plus éloigné une portion de bien plus forte que celle dont leurs père et mère auraient dû être satisfaits.

2° *Les ascendants concourent avec les frères et sœurs*. Supposons que le nombre des ascendants, joint à celui des frères et sœurs, soit supérieur à quatre ; il s'agit de savoir si la légitime sera d'un tiers ou d'une moitié. La question est controversée. Certains auteurs se prononcent dans le dernier sens ; d'autres au contraire estiment que, dans ce cas, la légitime ne sera que d'un tiers, parce que les frères

rum habet quadrantis idque retinet scholium vetus : hanc portionem legitimam in descendantibus, ascendentibus, fratribus ausit Nov. XVIII cap. 1. — En ce sens : ACCARIAS, op. cit., t. I, p. 902. — DEMANGEAT, op. cit., t. I, p. 753. — BROCHER, Étude hist. et phil. sur la légitime, p. 91. — BOISSONADE, op. cit., p. 137. — ORTOLAN, Expt. des Inst., t. II, p. 540. — MAYNZ, op. cit., t. III, p. 384, note 11.

et sœurs ne doivent pas être pris en considération. D'autres enfin proposent une distinction : les ascendants et les frères et sœurs sont-ils institués dans le testament ? la légitime sera de la moitié ou du tiers, suivant que leur nombre dépasse ou ne dépasse pas le chiffre quatre. Les frères et sœurs sont-ils omis ? on fait une nouvelle distinction. L'*extraneus* institué est-il une personne honorable ? les frères et sœurs ne comptent pas, et la légitime sera du tiers ; est-il au contraire une *persona turpis* ? les frères et sœurs font nombre et la portion réservée sera de la moitié (1).

Nous avons vu que, sous l'empire du droit classique, la légitime ne pouvait être réclamée par les frères et sœurs qu'à défaut de descendants et d'ascendants. Cela tenait à ce que la *querela*, — ne pouvant être intentée que par les héritiers *ab intestat*, — suivait nécessairement l'ordre de dévolution de l'hérédité elle-même (2).

Il n'en est plus de même depuis Justinien. Les nouvelles 118 et 127 (la première de 543, la seconde de 548) refondent complètement le régime successoral ; les frères et sœurs germains concourent désormais avec les ascendants et le partage a lieu par tête.

Nous démontrerons dans un instant que la nouvelle légitime, de même que l'ancienne, n'est qu'une portion de la part héréditaire *ab intestat* ; or, pour déterminer cette part, il faut nécessairement tenir compte de tous ceux qui sont appelés à la succession *ob intestat*. Donc, dans notre hypothèse, les frères et sœurs doivent être comptés pour fixer la quotité de la quarte chaque fois que l'institué est une *persona turpis*. Si l'institué est une personne

(1) NICOLESCO (O.), *Querela inofficiosi testamenti*, thèse, p. 243.

(2) V. *supra*, p. 52.

honorables, les frères et sœurs, — bien qu'ils eussent une vocation conjointe avec les ascendants, — ne sont pas pris en considération puisqu'ils ne peuvent pas intenter la *querela* pour faire valoir leur droit.

Exemple : un enfant meurt en laissant quatre aïeux et deux frères ; l'institué est une *persona turpis*. La légitime sera de la moitié et se partagera en six parts égales. Si, au contraire, l'institué est une personne dont l'*existimatio* ne laisse rien à désirer, la légitime sera du tiers et se partagera en quatre parts égales entre les aïeux ; les frères et sœurs ne peuvent rien réclamer.

D. La nouvelle légitime est-elle une part de la succession entière, ou bien est-elle, comme l'ancienne, une fraction de la part héréditaire *ab intestat* ?

Voici l'intérêt de la question : un testateur dont la fortune s'élève à 12.000 laisse son père qu'il institue pour 30, par exemple, et son frère qu'il institue pour le reste. Décide-t-on que la légitime est une part de la succession entière ? le père aura 4.000 (le tiers de 12.000) ; décide-t-on, au contraire, qu'elle est une fraction de la part héréditaire *ab intestat* ? le père ne pourra réclamer que 2.000, puisque, à défaut de testament, il serait venu à la succession en concours avec le frère et que chacun aurait recueilli 6.000.

« Le système de Justinien, dit M. Troplong, eut ce remarquable résultat que la légitime ne fut plus, comme auparavant, une assignation personnelle, réglée sur la part que chaque enfant aurait eue *ab intestat*, mais une quote des biens pris collectivement et en masse, *non portio portionis, sed quota bonorum* ; ce qui était fort différent, car dans le système de Justinien, la part des renonçants accroissait aux

autres enfants, tandis que, dans le système précédent, elle accroissait à l'héritier institué (1). »

A notre avis, la légitime de la nouvelle 18 n'est qu'une fraction de la part héréditaire *ob intestat*, et nullement une part de la succession entière.

Cette opinion est confirmée par plusieurs textes (2) qui prouvent que Justinien a voulu maintenir le droit classique sur ce point. Dans la nouvelle 18, il ne se proposait d'autre but que d'élever le taux de l'ancienne légitime, qu'il estimait trop inférieur, et de le faire dépendre du nombre des héritiers appelés en bénéfice (3).

Bien que la légitime ne soit qu'une portion de l'hérédité *ob intestat*, cela n'exclut pas qu'elle soit en même temps collectivement accordée aux légitimaires. Exemple : un testateur, dont la fortune s'élève à 18.000, laisse cinq enfants. La légitime est de moitié, donc de 9.000 pour tous les cinq enfants collectivement. La légitime pour chacun séparément est de 1.800 (cinquième partie de 9.000). En effet, la part héréditaire *ob intestat* de chacun des enfants étant de 3.600 (cinquième partie de 18.000), la légitime sera de la moitié de ce chiffre, donc 1.800. Qu'on prenne les enfants séparément ou collectivement pour le calcul de la part *ab intestat* et pour la légitime, le résultat sera toujours le même.

E. Le légitimaire renonçant doit-il compter pour le calcul de la légitime ?

Nous avons déjà étudié cette question à l'époque du droit classique et nous n'avons aucune raison pour

(1) TROPLONG, *Commentaire du titre des donations et testaments*, t. II, n° 742.

(2) C. 3.28.31 :*sed quod deest legitimæ portioni, id est quartæ partis ab intestato successionis, tantum repletur*.... C. 6.20.21.1 (*De collationibus*) :*quartæ partis ab intestato successionis computetur*... Nov. 1, chap. 1, 1. :*tantum accipiat solum, quantum lex ei dari secundum quartam aut ab intestato partem concedit*.

(3) Ceci résulte non seulement de la préface de la nouvelle 18, mais aussi de la nouvelle 39, chap. 1.

nous départir de la solution que nous avons donnée alors (1). Le principe est le même : celui qui ne peut, ne veut ou renonce à intenter la *querela*, de même que celui qui échoue dans l'instance en inofficiosité, ne compte pas pour le calcul de la quarte. Si, au contraire, le légitimaire renonce non pas à la *querela*, mais à la légitime elle-même qu'on lui a laissée, il sera néanmoins compté pour le calcul et sa part profitera à l'institué. Exemples : le nombre des enfants est de cinq ; l'un des enfants a été justement exhéredé et il échoue dans l'action en inofficiosité. La légitime ne sera que du tiers pour les autres enfants, comptés collectivement, puisque le cinquième est considéré comme inexistant. Si, au contraire, le *de cuius* a eu soin de laisser la moitié de ses biens à ses cinq enfants, comptés collectivement, et que l'un d'eux renonce à sa part virile (à un dixième dans notre exemple), la légitime collective (qui est de la moitié pour cinq enfants) ne subira pas la réduction de la moitié au tiers, car l'enfant renonçant doit compter pour le calcul. Sa part (un dixième) profitera tout simplement à l'institué, et les quatre autres enfants garderont leurs parts calculées sur le nombre de cinq.

Ce principe, que la part du renonçant profite à l'institué, paraît être au premier abord en contradiction avec la nature collective de la nouvelle légitime. En effet, à supposer qu'elle soit accordée à tous les enfants collectivement, la part du renonçant devrait accroître celle des autres enfants et non pas celle de l'institué, puisqu'il est indifférent que le nombre des ayants droit varie entre un et quatre, ou entre cinq et plus ; la légitime du tiers ou de la moitié leur appartient collectivement.

(1) V. *supra*, p. 86.

Il n'en est cependant pas ainsi, car, comme nous l'avons vu, la nouvelle légitime, de même que l'ancienne, est une fraction de la part héréditaire *ob intestat* et le caractère collectif ne doit s'entendre qu'au chiffre, qui est du tiers pour un à quatre légitimaires et de la moitié pour cinq au plus. Exemple : la fortune du *de cujus* est de 18.000, le nombre des légitimaires de cinq ; la légitime collectivement est de 9.000 (moitié de 18.000) et chaque enfant en reçoit le cinquième, c'est-à-dire 1.800. Cette part est en même temps la moitié de la portion *ob intestat* (3.600). Un légitimaire renonce à ces 1.800, qui profiteront à l'institué. Les autres gardent sans aucun changement leurs parts calculées sur le nombre des cinq légitimaires.

CHAPITRE II

NOVELLE 115

Il semble au premier abord que les intérêts des légitimaires soient contraires à ceux du maintien du testament ainsi qu'aux intérêts des légataires et des affranchis. Justinien a su néanmoins faire la part de ces intérêts divers, et tandis que, dans la nouvelle 18, il s'occupe surtout des légitimaires, dans la nouvelle 115 il cherche à assurer l'exécution des volontés du testateur et de sauvegarder les intérêts des légataires et des affranchis.

Ces différentes réformes présentent un ensemble harmonieux, et on ne peut s'étonner de l'influence considérable qu'elles ont exercée sur presque toutes les législations modernes.

Les dispositions de la nouvelle 115 peuvent se ramener à trois principales :

1^o Réformes concernant les justes causes d'exhérédation ou d'omission. Sanctions.

2^o De la forme en laquelle la légitime doit être laissée.

3^o Effets de la *querela* suivant la nouvelle 115.

Nous nous en occuperons en trois paragraphes successifs.

§ I. — Réformes concernant les justes causes d'exhérédation ou d'omission. — Sanctions.

Dans la législation antérieure aux Nouvelles, le tribunal des centumvirs avait plein pouvoir pour apprécier si l'exhérédation ou l'omission du *querelans* était justifiée. Il prenait en considération les différentes circonstances, la conduite du *querelans*, les devoirs du testateur, et jugeait souverainement, mais aussi arbitrairement sur les torts imputables au légitimaire. Justinien met fin à cet arbitraire. Désormais, les causes d'exhérédation ou d'omission légitimes sont limitativement déterminées. Du même coup, l'arbitraire du juge et l'arbitraire du testateur sont supprimés. Le testateur qui exhérède un légitimaire devra inscrire dans le testament la cause qui l'y autorise, s'il veut que son acte de dernière volonté ne puisse souffrir aucune atteinte. Mais cette précaution prise, il est sûr que sa volonté sera respectée, le rôle du juge se bornant à la simple vérification de l'exactitude du fait affirmé par le testateur.

A. La nouvelle 115 (chap. III) énumère quatorze causes d'exhérédation dans l'ordre des descendants et huit dans l'ordre des ascendants (chap. IV). La nouvelle 22 (chap. XLVII) indique trois justes causes d'exhérédation des frères et sœurs.

Il paraît que l'énumération de ces causes est limitative (1), et que le tribunal des centumvirs a perdu le pouvoir d'en admettre d'autres que celles qui sont énumérées par la nouvelle. M. Vangerow soutient que ces causes d'exhérédation, bien qu'elles

(1) Nov. 115, chap. III, pr. *in fine* : *ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentur.* (Ce texte est glosé.)

soient limitativement déterminées par le texte de la loi, peuvent cependant être interprétées dans un sens très large ; le testateur n'a qu'à emprunter ses motifs d'exclusion uniquement à la nouvelle et non à d'autres lois. Sans doute, le testateur ne peut invoquer à l'appui de l'exhérédation ni des motifs très généraux, tels que l'ingratitude ou l'inconduite de ce légitimaire, ni des motifs tout à fait différents de ceux qui sont énumérés par la nouvelle. Mais il est libre d'invoquer des motifs qui présentent avec ceux que mentionne le texte de la loi des analogies certaines. Ainsi le descendant peut être exhérédé non seulement s'il n'a pas cautionné l'ascendant (1) pour le faire sortir de la prison, mais encore s'il a lui-même provoqué l'emprisonnement de son ascendant (2).

B. Supposons que le testateur ait omis ou exhérédé son descendant (ou inversement) sans indiquer le motif de l'exclusion, ou bien que la cause invoquée ne soit pas conforme à la vérité. Que devient le testament ? La réponse se trouve au chapitre IV de la nouvelle 115 : *Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur res eius dari disponimus...* (paragr. 9).

Les interprètes sont loin de s'accorder sur la manière dont il faut entendre ce texte. Aussi existe-t-il sur ce point une vive controverse, et un grand nombre de systèmes ; nous nous bornerons à indiquer les trois principaux : le système de la nullité, de l'inofficiosité, et le système mixte.

1° *Système de la nullité.* Dans ce système, on sou-

(1) 8° cause d'exhérédation.

(2) VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, par. 484. — V. aussi VOET, *Comm. ad tit. de inof. test.*, 5.2. n° 24. — VINNIUS, *Comm. ad Inst.*, II, 18.pr.

tient que les institutions d'héritiers sont nulles de plein droit, et les héritiers *ab intestat* n'ont qu'à faire valoir leur droit à l'aide d'une simple *petitio hereditatis*. Quant à la *querela*, elle devient inutile. L'action que le légitimaire intentera et que l'on désigne sous le nom de la *querela inoficiosi ex jure novo* ou d'*actio nullitatis ex jure novo* n'est donc autre chose que la pétition d'hérédité ordinaire, elle ne s'éteint plus par un délai de cinq ans, mais par trente ans, elle n'a plus le caractère d'*actio vindicatum spirans*, et se transmet d'après les règles ordinaires. Tel est en un mot le système qu'on appelle le système de la nullité et qui triomphe en Allemagne ; il est enseigné en effet, par la presque unanimité des auteurs. Les arguments qu'ils invoquent sont les suivants :

a) La phrase *nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus* signifie que le testament est nul et qu'il y a lieu à l'ouverture de la succession légitime. Justinien ne dit pas que le testament pourra être attaqué et annulé, mais qu'il n'aura aucune force, c'est-à-dire qu'il sera nul.

b) L'empereur édicte certaines prohibitions dans la nouvelle 115, qu'il veut qu'on respecte. Celui qui enfreint ces prescriptions doit être puni ; la peine doit consister naturellement dans la nullité des dispositions qui violent ces prohibitions (1).

Les partisans de ce système se divisent, lorsqu'il s'agit de savoir par qui pourra être invoquée la nullité. Wangerow, Thibault et Keller (2) soutiennent

(1) BLUNTSCHLI, *Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen*, p. 215 : *Wird seinem Verbot nicht gehorcht, so soll zur Strafe des Ungehorsams die ganze Erbeinsetzung nicht gelten*.

(2) WANGEROW, *op. cit.*, t. II, § 485, note 1. — THIBAULT, *System des Pandektenrechts*, § 819. — KELLER, *Pandekten*, § 513. — V. dans le même sens : MAREZOLL, *Droit privé des Romains*, trad. PELLAT, p. 552. — ACCARIAS, *op. cit.*, t. I, p. 967.

que la nullité peut être invoquée non seulement par le légitimaire exclu, mais aussi par tous les héritiers *ab intestat*. C'est la conséquence nécessaire de l'idée que le *de cuius* est réputé mort sans avoir laissé de testament. C'est le système désigné sous le nom de *système de la nullité absolue*. D'autres auteurs, comme Bluntschli, Francke et Mühlenthal (1) pensent au contraire que la nullité ne devra être invoquée que par le légitimaire lésé; si ce dernier s'abstient d'attaquer le testament, il reste indubitablement valable. C'est le *système de la nullité relative*.

Pour nous, aucune des deux variantes de ce système n'est admissible; cependant, si nous devons en choisir une, la première nous paraît préférable puisque les conséquences qu'on en tire nous semblent plus conformes à l'idée d'une nullité de plein droit que celles qui découlent de la seconde.

2^o *Système de l'inofficiosité*. Dans ce système, on soutient que le testament est simplement inofficieux et que, par conséquent, l'institution d'héritier n'est pas nulle de plein droit. Le légitimaire lésé devra le faire rescinder; il intentera à cet effet l'ancienne *querela*, qui subsiste dans la législation des Nouvelles, sinon avec tous les effets, du moins avec tous les caractères que les jurisconsultes classiques lui ont attribués.

Ce système, qui remonte à Bulgare (2), et qui est connu sous le nom de système de l'inofficiosité, domine en France. Voici les arguments qui servent d'appui à cette doctrine :

(1) BLUNTSCHLI, *op. et loc. cit.* — FRANCKE, *Das Recht der Notherben*, § 23. — MUERLENBRUCH, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* de Glück, t. XXXVII, p. 298. — Voyez aussi : ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 599. — BROCHER, *Étude historique et philosophique sur la légitime*, p. 97. — RIVIER, *Traité des successions à cause de mort*, § 34, p. 223.

(2) L'un des quatre principaux glossateurs (Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo), connus sous le nom des *quatre docteurs*.

a) Le passage du paragraphe 9 (nov. 115, chap. iv), *rescisso testamento* ne se comprendrait pas si le testament était nul de plein droit, car ce qui est nul, inexistant, ne peut être rescindé. Les auteurs du système de la nullité prétendent que c'est par pure inadvertance que ces expressions ont été employées et que dès lors il ne faut leur attribuer aucune importance. Cela est d'autant moins vrai qu'on retrouve les mêmes expressions à la fin du chapitre III : *non rescissum testamentum*, et, un peu plus haut, *testamento evacuato*, ce qui prouve que Justinien, on du moins les rédacteurs de ses lois savent ce qu'ils disent et connaissent le droit de leur temps ; s'ils se sont servis de ces expressions, c'est qu'évidemment la *querela* était l'action à laquelle devait recourir le légitimaire lésé.

b) La nouvelle 115 n'a pas fait disparaître l'ancienne *querela*, car Justinien n'aurait pas manqué de constater avec son emphase ordinaire l'abrogation d'une institution qui subsistait depuis des siècles.

c) Quel est le fondement des dispositions contenues dans la nouvelle 115 ? Ce fondement, c'est l'intérêt exclusif des légitimaire ; or, le système de la nullité est contraire à ce point de vue, car elle favorise tous les héritiers *ab intestat*.

d) Le système de la nullité méconnaît le but de la réforme justinienne et dépasse les intentions du législateur. En effet, de quel droit prétend-on annihiler une disposition de dernières volontés dont personne ne se plaint ? A quel titre veut-on faire profiter d'une nullité, exclusivement introduite en faveur du légitimaire irréprochable, des personnes auxquelles le testateur ne doit rien, ou des personnes qu'il a justement exhéredées ? Et si ce légitimaire exclu se résigne à subir le sort qui lui est fait par le

testament, comment justifier l'intervention de personnes tierces qui, en son absence, et peut-être malgré lui, engageront un débat dans lequel il s'agit de son bonheur et de sa réputation (1) ?

3^o *Système mixte*. Ce troisième système, soutenu par quelques auteurs, notamment par Puchta (2), fait une distinction : le testament est nul, et le légitimaire devra exercer l'*actio nullitatis ex jure novo*, si aucune cause légale d'exclusion ne s'y trouve mentionnée. Il est simplement inofficieux, et la *querela inofficiosi testamenti* compétera à l'ayant droit, si le testateur invoque dans son acte de dernière volonté un motif prévu par les nouvelles, mais inexact en l'espèce. Cette théorie, en partie d'accord avec la pratique allemande d'avant 1900, est non moins difficilement admissible, car elle repose sur une distinction purement arbitraire qui n'est prévue par aucun texte. Qu'importe, d'ailleurs, que le testateur n'ait pas justifié l'exclusion du légitimaire par une des causes énumérées dans la nouvelle ou que le motif qu'il a invoqué soit contraire à la vérité ? Dans les deux cas, il n'a pas observé l'obligation qui lui est imposée par la nouvelle, à savoir, instituer ses proches parents (nous verrons dans le paragraphe 2 que le testateur doit instituer ses légitimaires). Cette observation doit entraîner dans les deux hypothèses les mêmes conséquences, c'est-à-dire suivant l'opinion qu'on adopte l'inofficiosité ou la nullité absolue de l'institution.

(1) MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. III, p. 398. — V. dans le même sens : DEMANGEAT, *Cours de droit romain*, t. I, p. 754. — BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 133. — VERNET, *Traité de la quotité disponible*, p. 175. — Les anciens auteurs, comme Cujas, Pothier, Voët et Noodt, se prononcent aussi dans le même sens. Parmi les auteurs allemands, partisans du système de l'inofficiosité, il faut citer : WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 587-592 (Dusseldorf, 1875). — KOEPPEN, *System des heutigen Erbrechts* (Leipzig, 1862-1864). — BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, § 174 et suiv. (Erlangen, 1871).

(2) PUCHTA, *Pandekten*.

§ 2. — *De la forme en laquelle la légitime doit être laissée.*

Dans la législation antérieure aux Nouvelles, le *de cujus* pouvait laisser la légitime à un tiers quelconque, par exemple à titre de legs, de fidéicommiss ou de donation à cause de mort. Désormais, il n'en sera plus ainsi ; le légitimaire devra être institué, mais il n'est pas nécessaire qu'il reçoive toute la légitime à titre d'héritier (1). Il devra être satisfait s'il est institué pour une partie de sa légitime et s'il obtient le reste à titre singulier.

Nous croyons que cette disposition est à la fois conçue dans l'intérêt du légitimaire, dans l'intérêt du testateur et dans l'intérêt de l'institué.

Elle est conçue dans l'intérêt du légitimaire, parce qu'il ne doit pas être traité dans le testament comme un étranger. Il ne faut pas qu'on lui fasse l'injure de l'écarter de la succession et du partage en lui jetant une somme d'argent. Ce n'est encore là qu'un motif de sentiment, mais il y a aussi une raison d'intérêt pratique. Le légitimaire qu'on écartait ainsi de la succession ne serait pas à même de se rendre compte facilement si sa légitime lui a été laissée en entier ; il serait exposé ou à se laisser frustrer par crainte d'intenter un procès inutile, ou à engager l'instance avec le danger de n'y pas réussir et d'encourir la confiscation et la peine pécuniaire qui seraient les conséquences de sa témérité.

L'intérêt du testateur ne nous apparaît pas moins clairement. Les dispositions à titre particulier faites à un légitimaire courent toujours le danger de rester en deçà de la légitime ou de la dépasser, parce que

(1) Nov. 115, chap. III et IV.

le testateur peut facilement se tromper de très bonne foi sur le rapport qui existe entre la valeur du bien légué et la valeur totale de l'ensemble de son patrimoine.

Un testateur qui fait une semblable disposition s'expose souvent à ne pas laisser toute la légitime, et à faire un testament inofficieux. Ce danger devient beaucoup plus grand lorsque la fortune du testateur vient à augmenter entre l'époque de la confection du testament et celle de sa mort.

L'obligation de laisser au moins une partie de la légitime par une institution assure donc l'exécution des testaments, et évite des procès scandaleux qui seraient préjudiciables aux héritiers externes ou au légitimaire. La réglementation de Justinien sur ce point nous paraît donc amplement justifiée, et suffisamment motivée par l'intérêt public, par l'intérêt du testateur, par l'intérêt du légitimaire et par l'intérêt de l'institué.

Néanmoins, elle a été l'objet de vives critiques de la part des commentateurs modernes. On a fait remarquer qu'elle n'était pas sans inconvénient pour le légitimaire et que la protection de la nouvelle se retournait souvent contre lui.

La qualité d'héritier est parfois déplorable pour l'enfant, a-t-on dit, parce qu'elle le soumet aux embarras d'une liquidation qui peut être compliquée. Elle l'oblige à la contribution aux dettes, et par suite sa légitime, au lieu de se calculer sur l'actif net, se calculera nécessairement sur l'actif brut.

C'est vrai ! Mais n'oublions pas que Justinien a augmenté la légitime de sorte que la situation pécuniaire du légitimaire n'est pas pire que dans la législation antérieure ; quant aux embarras de la liquidation, ils sont moindres que s'il était obligé

d'intenter un procès pour arriver à connaître les résultats de cette liquidation (1).

Quoi qu'il en soit, il importe de remarquer les conséquences juridiques de cette innovation. L'action en complément de la légitime se transforme ; à proprement parler, elle n'existe plus. C'est par une véritable pétition d'hérédité que l'enfant institué pour une quote-part inférieure à sa légitime réclamera la différence.

§ 3. — *Effets de la querela suivant la nouvelle 115.*

Dans les cas, désormais beaucoup plus rares, où la *querela* sera intentée, elle ne fera tomber que l'institution. L'institution n'entraînera plus dans sa chute les legs ni les affranchissements.

Par là Justinien rompt définitivement avec le vieux principe formaliste qui regardait l'institution d'héritier comme *coput et fundamentum testamenti*. Il supprime en même temps une exception, — rationnellement injustifiable, — au principe juridique de l'effet relatif de la chose jugée, pour consacrer un autre principe plus grand et plus humain, mais parfois méconnu par la législation antérieure : *Libertos semel dato non revocatur*.

(1) D'ailleurs, nous ne pensons pas que la nouvelle abroge la règle qui refuse la *querela* au légitimaire lorsque l'exhérédation a eu lieu dans son intérêt.

QUATRIÈME PARTIE

**LA QUERELA INOFFICIOSAE DONATIONIS,
DOTIS**

ET

**LA QUERELA PATRONI ADVERSUS
LIBERTUM**

A. Nous avons vu à l'occasion de l'étude du calcul de la quarte légitime que les donations entre vifs n'étaient pas soumises à réduction ; nous avons signalé, de plus, les conséquences fâcheuses qui en résultaient. En effet, le disposant pouvait de son vivant dépouiller complètement ses proches parents, et ces derniers n'avaient à leur disposition aucun moyen de se plaindre après sa mort.

La loi *Cincia* n'apporte pas un remède à cet inconvénient, puisqu'elle ne protège que le disposant contre ses propres libéralités, faites dans un moment de surprise ou d'entraînement. Les légitimaires n'y trouvent aucune protection (1).

La seule espérance de la famille résidait donc dans l'intérêt du donateur, qui ne pouvait dépouiller son successible par donations entre vifs qu'en se dépouillant lui-même ; encore cette protection était-elle bien faible, puisque le disposant pouvait se réserver l'usufruit des biens donnés.

Ce ne fut que dans la seconde moitié du III^e siècle de l'ère chrétienne que l'on comprit la nécessité de protéger les légitimaires contre l'exès des donations entre vifs. On créa à cet effet, à l'imitation de l'action en inofficiosité contre les testaments, la *querela inofficiosae donationis*.

On attribue à Alexandre Sévère l'introduction

(1) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, p. 746. — V. *supra*, p. 81.

de cette nouvelle action, puisque c'est lui qui, le premier, en parle dans un rescrit adressé à Augustus Claudianus Julianus, préfet de la ville (1).

A l'origine, cette action ne fut accordée au légitimaire que si le donateur était mort *testatus*. Cela se comprend, puisque la *querela inofficiosae donationis* se présentait comme un complément de la *querela inofficiosi testamenti*. Cette opinion est confirmée par les empereurs Valérien et Gratien (2). Ces empereurs nous disent que l'action accordée aux héritiers par les rescrits antérieurs, quand il y avait un testament, doit être étendue, par une raison d'équité, aux légitimaires, héritiers *ab intestat* du donateur.

Alexandre Sévère, dans le rescrit cité un peu plus haut, dit que le *querelans* peut faire rescinder les donations jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, c'est-à-dire dans le cas prévu par le texte, pour moitié. Cette quotité n'a dû être admise qu'au commencement, car dans tous les autres textes qui s'en occupent il est dit que la *querela inofficiosae donationis* est toujours donnée dans le but de procurer aux héritiers la quarte légitime (3).

A quelles personnes appartient la *querela inofficiosae donationis* ? Elle appartient d'abord aux descendants ; peu importe qu'ils soient légitimes ou adoptifs ; les enfants naturels ne l'ont que contre les donations faites par leur mère. En second lieu, elle appartient aux ascendants. Quant aux frères et sœurs, la question est controversée. MM. Boissonade et Accarias (4) disent que les constitutions

(1) PAUL, D. 31.87.3 (*De legatis et fideicommissis*).

(2) C. 3.29.3 ; loi datée de 258, c'est-à-dire postérieure au rescrit d'Alexandre Sévère.

(3) C. 3.29.1., etc.

(4) BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire*, p. 84. — ACCARIAS, *op. cit.*, p. 903.

ne faisant point mention d'un droit pour les frères et sœurs de critiquer les donations de leurs frères et sœurs, lors même que les donataires préférés seraient des personnes viles, ils ne peuvent pas intenter l'action en inofficiosité. Cette opinion est difficilement admissible, puisque les textes qui s'occupent de cette nouvelle action sont des rescrits ; or un rescrit n'est que la réponse donnée par l'empereur à un particulier qui lui a demandé son avis sur un point litigieux, sur un procès engagé, sur une hypothèse particulière. Dès lors le silence des textes est loin d'être concluant (1). D'ailleurs, la *querela inofficiosae donationis* a été créée à l'exemple de la *querela inofficiosi testamenti*, action qui appartient non seulement aux descendants et aux ascendants, mais aussi aux frères et sœurs. Donc, la *querela inofficiosae donationis* compète aussi à ces derniers.

Il paraît qu'au début le plaignant était tenu, pour triompher dans l'action en inofficiosité contre les donations, de prouver non seulement que la donation entamait la légitime, mais encore que le donateur a agi dans l'intention de le dépouiller. Cela résulte de plusieurs textes (2). Plus tard, l'administration de cette preuve, souvent très difficile, est devenue inutile. Il suffisait d'établir que la donation entamait la quarte. Ce second point se trouve également confirmé par les textes (3).

(1) DEMANGEAT, *Cours de droit romain*, t. I, p. 755. — VERNET, *Traité de la quotité disponible*, p. 127.

(2) Alexandre Sévère, dans le rescrit cité plus haut (D. 31.87.3), dit : *Si liquet tibi aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus... exinanisse*. Ce texte prouve très clairement qu'on recherchait, pour rescinder la donation, l'esprit dans laquelle elle avait été faite. La même idée se retrouve dans deux lois au Code 3.29 ; loi 1 ; *ad deludendam inofficiosi querelam* ; loi 8 : *.....intervertendae quaestiois inofficiosi*, V. encore le § 270 des Fragments du Vatican.

(3) La loi 5 au Code 3.29 permet à l'enfant ou au petit-enfant né après la donation excessive d'en demander la rescision ; or, il est évident que le donateur n'a pas pu vouloir frauder un enfant, qu'il n'avait

De même que l'action en inofficiosité contre les testaments, la *querela inofficiosae donationis* s'éteint par un délai de cinq ans (1). Ce délai commence à courir à partir du décès du donateur (2) et non pas à partir du jour de l'adition comme pour la *querela inofficiosi testamenti*.

B. L'action en inofficiosité a été étendue par Constance II aux constitutions de dot excessives (3).

Une dot inofficieuse peut se présenter dans quatre hypothèses différentes :

1° Le père ou la mère, en constituant une dot à une de leurs filles, entament la légitime des autres enfants.

2° Une mère constitue en dot à son mari tous ses biens. On n'est pas d'accord sur la question de savoir si les enfants du premier lit ont droit à la *querela inofficiosae dotis*. Le doute provient d'un édit des empereurs Léon et Antémius, de 469 (4). Cet édit défend au veuf ou à la veuve, qui se remarie, ayant des enfants d'une précédente union, de donner à l'autre époux des valeurs supérieures à celles qui devaient revenir dans la succession à celui des enfants qui recevrait le moins, sans que la part légitimaire de cet enfant puisse être réduite. Certains auteurs prétendent que la *querela inofficiosae dotis* est ici en concours avec le correctif accordé par l'édit, de sorte que les enfants peuvent réclamer leur légitime au moyen de la *querela*, et le reste des biens constitués en dot au mari, au moyen de la sanction de l'édit. D'autres auteurs soutiennent

pas encore. De là on peut tirer cette conséquence, que si la donation, au moment où elle a été faite, n'avait pas été excessive et qu'au décès du donateur elle entamait la légitime, elle pouvait être rescindée par notre action.

(1) C. 3.29.9. — C. Théodosien, 2.20.1.

(2) MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. III, p. 400, note 10.

(3) C. 3.30. (datée de 358).

(4) C. 5.9.6 (*De secundis nuptiis*).

que les enfants ne peuvent intenter que l'action en inofficiosité contre la dot.

Nous ne croyons pas que ces opinions soient admissibles, car la *querela inofficiosae dotis*, créée à l'exemple de l'action en inofficiosité contre les testaments, est un *ultimum subsidium* admis seulement à défaut de tout autre moyen. Or, dans notre hypothèse, les enfants peuvent recourir au correctif accordé par l'édit; dès lors, comment leur reconnaître le droit de recourir à la *querela inofficiosae dotis*? Bien entendu, il en serait différemment si, dans un cas déterminé, l'édit ne s'appliquait pas, par exemple si les légitimaires avaient renoncé aux dispositions contenues dans cet édit.

3^o Une fille constituée en dot à son mari tous ses biens; puis elle décède; les ascendants lésés par cet acte pourront intenter l'action en inofficiosité.

4^o Enfin la dot est inofficieuse lorsqu'elle est constituée par une sœur qui épouse une *personae turpis*; les frères et sœurs lésés sont admis à se plaindre.

Quant aux effets de cette action, elle n'opère jamais une révocation intégrale de la dot, mais seulement un retranchement dans la mesure de l'atteinte portée à la légitime.

C. Il convient de mentionner encore à cette place les restrictions établies à la liberté de tester en faveur du patron d'un affranchi. Nous savons en effet, que l'affranchi doit à son patron les égards d'un fils envers son père. Sans lui il n'aurait acquis ni la liberté, ni la cité, ni le droit d'avoir un patrimoine. C'est là un bienfait inappréciable que l'affranchi ne peut méconnaître. Comme sanction du manque d'égards, le patron pouvait anciennement se réserver le droit de prendre à titre d'associé, du vivant de l'affranchi, une part de ses biens, au maximum la

moitié, d'après l'édit du préteur Rutilius (1). Mais cette communauté forcée répugnait à l'idée du contrat de société : on la déclara nulle *ipso jure* (2), et l'on transforma le droit du patron en un droit de succession. L'affranchi a le devoir, lorsqu'il n'a pas d'enfant, de laisser à son patron la moitié de sa succession. Ce droit de succession fut réservé au patron, à ses fils et à ses descendants par les fils. La loi *Papia Poppaea* en étendit le bénéfice à la patronne, lorsqu'elle avait deux ou trois enfants, aux filles et aux descendants par les filles du patron et de la patronne.

Le droit du patron paraît avoir été d'abord sanctionné par une *bonorum possessio dimidia pars* (3) *ob intestat* ; dans la suite, le préteur accorda au patron une *bonorum possessio contra tabulas*, toutes les fois que l'affranchi, n'ayant pas d'enfants ou les ayant exhéredés, a manqué à son devoir en instituant un autre que son patron. M. Cujac soutient que la *bonorum possessio contra tabulas* accordée au patron a le caractère d'une *querela inofficiosi* (4) ; elle ne se perd ni par une émancipation, ni par une adoption. Elle fait obtenir au patron une quote-part de l'hérédité, celle qu'il aurait recueillie *ob intestat*. Cette opinion n'est pas admissible puisqu'elle fait une confusion entre la *bonorum possessio contra tabulas*, institution prétorienne, d'une part, et la *querela inofficiosi* ou la pétition d'hérédité, institutions du droit civil, d'autre part. Disons plutôt que la *bonorum possessio contra tabulas* accordée au patron, sans avoir le caractère d'une

(1) Ce préteur est vraisemblablement celui qui devint consul en 649.

(2) ULPYEN (ap. Labéon), D. 38.1.36. — ULPYEN D. 44.5.1.5 et 7.

(3) V. *supra* p. 59.

(4) Cujac, *op. cit.*, 716. L'expression *querela patroni* est dans ULPYEN, D. 37.14.1 ; MODESTIN, D. 2.4.25. Cf. SCHMIDT, *Das Pflichttheilsrecht des Patrons*, 1868, p. 85.

querela inofficiosi, a pour effet d'appeler concurremment à la succession de l'affranchi deux classes d'héritiers : les héritiers institués et le patron (1). C'est une dérogation à la règle qu'on ne peut mourir partie testat, partie intestat.

L'affranchi ne peut porter atteinte au droit du patron, ni en mettant des legs à sa charge (2), ni par des aliénations frauduleuses entre vifs. Le patron peut faire révoquer ces aliénations par l'action prétorienne *Fabiana* : cette action est donnée contre l'acquéreur même de bonne foi, mais seulement en raison et dans la mesure du préjudice causé au patron (3). Plus tard, un préteur étendit cette règle au cas où l'affranchi est mort intestat : il permit au patron l'action *Calvisiana* (4). Dès lors, la *querela patroni* n'est plus une simple restriction à la liberté de tester ; c'est un droit qui s'exerce même *ab intestat*.

(1) PAUL, D. 37.1.6.pr. (*De bonorum possessionibus*).

(2) MARCELUS, D. 31.28. (*De legatis et fideicommissis*). On n'exige pas que l'affranchi ait agi par Dol (*h. t., 1.1.*)

(3) ULPYEN, D. 38.5.1.15 (*Si quid in fraudem patroni factum sit*). — Cf. POMONIUS, *cod.*, 1.14.

(4) ULPYEN, *h. t.*, 3.3.

Avec la *querela patroni*, nous avons terminé l'examen de toute la matière de l'inofficiofité des libéralités et, en même temps, la théorie de la légitime. Si nous jetons un rapide regard en arrière, que de chemin parcouru depuis le testament *calatis comitiis* ! Que d'étapes dans cette marche incessante de la législation ! D'abord le testament cesse d'être l'œuvre de la loi seule, pour devenir œuvre exclusive du testateur. L'exhérédation qui, à l'époque primitive, ne servait sans doute qu'à assurer le contrôle populaire, devient un frein à la liberté de tester et une entrave pour les abus qu'on en peut faire. L'idée d'inofficiofité fait son apparition et oblige à tenir compte des réclamations des exhérédés. Pour y faire droit, on a recours au prétexte de la folie, et la *querela* se greffe sur l'exhérédation, qui a sans doute la même origine coutumière. On vient à la considérer comme une pétition d'hérédité nouvelle, accordée aux héritiers *ab intestat* et pouvant leur faire donner la préférence contre les institués.

Elle se généralise avec la nécessité d'exhérer dont elle suit longtemps les progrès. Pendant ce temps, l'idée de l'unité du patrimoine s'efface peu à peu, sans doute à la suite de l'introduction des pécules. La *querela* pourra donc aboutir à ne briser le testament que pour partie. En même temps, les lois disputent au *paterfamilias* le souverain pouvoir sur la *familia* et, finissant par l'emporter, le droit

de l'individu s'affirme à mesure que celui de la *familia* faiblit. On considère qu'il puise directement son droit dans le sang plutôt que dans les rapports de puissance. Les conséquences de cette idée se multiplient. La *querela* devient une institution complète ; ses conditions sont précisées, ses effets sont réglés. L'idée d'une légitime marque un nouveau progrès, car désormais au devoir du testateur correspond un droit pour le parent. La loi se substitue au juge pour en fixer et en généraliser la quotité. En même temps l'action en complément prend place à côté de la *querela*, déchargeant cette dernière d'une partie des missions qu'elle devait d'abord remplir. Chacune d'elles se cantonne dans sa sphère, dont les contours s'accusent de mieux en mieux. Toutes deux, nées d'une législation ancienne, contribuent à la détruire et lui survivent. Justinien les met au service du droit naturel fondé sur les liens du sang. Au lieu de sanctionner des rapports d'individu à *familia*, elles sanctionnent des rapports d'individu à individu.

Et si, maintenant, nous envisageons seulement le point de départ et le point d'arrivée, nous entrevoyons là-bas, dans le lointain des siècles, une législation purement politique, une unité juridique collective exclusivement fondée dans l'intérêt des mâles, la *familia* ; un patrimoine collectif ; un *paterfamilias* omnipotent ; tandis que, pour finir, nous nous trouvons en présence d'une législation plus humaine dans ses tendances, de l'individu devenu capable de droits, quels que soient son sexe et son âge, d'un pouvoir familial et dominical contrôlé.

Voilà, en quelques mots, tout ce qui fait l'objet de cet ouvrage. Pouvons-nous en tirer une conclusion ? Est-il utile, en présence d'un fragment du travail remarquable des Romains, de recommander les

vertus qui ont préparé et assuré son succès et sa grandeur ? Est-ce à dire que les institutions juridiques n'ont de stabilité que lorsqu'elles s'appuient sur la force de la volonté, comme les résolutions d'un homme de caractère, et que l'efficacité des résultats n'est acquise qu'au prix d'une lente et difficile évolution ? Tout cela est vrai. Mais chaque peuple a son tempérament, son génie, son passé, son milieu, son éducation ; le droit ne doit et ne peut être que le produit de tous ces facteurs. Contentons-nous donc de conclure plus simplement, mais tout aussi utilement, et cette thèse tout entière nous y engage, que des motifs psychologiques et moraux, historiques et pratiques expliquent seuls les origines d'une législation déterminée, et que notre tâche ne saurait être autre chose qu'une recherche et une simple constatation de ces faits.

BIBLIOGRAPHIE

I. Recueils de textes.

1. Œuvres législatives de Justinien : *Corpus juris civilis*, éd. de Mommsen, Krueger et Schoell, Berlin, 1906, 1911 et 1912.
2. Constitutions impériales antérieures à Justinien : Code Théodosien, avec les Nouvelles de Théodose II et de ses successeurs jusqu'à Anthemius (438-468), éd. de Jacques Godefroy, 1655. Éd. Haenel, 1842. Éd. Mommsen et P. M. Meyer, 1905. Ces deux dernières éditions contiennent aussi le Code Grégorien et le Code Hermogénien.
3. DIRCKSEN, *Manuale latinitatis fontium juris civilis*, 1837. — HEUMANN, *Rechtslexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9^e éd. par Seckel, 1907.
4. Recueil mixte : GIRARD, *Textes de droit romain*, 4^e éd., 1913.

II. Textes traduits et annotés.

1. Corps de droit des lois romaines, trad. en français, 17 vol., 1803-1811, Metz.
 - Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien, trad. par Hulot et Berthelot, 7 vol. 1803-1805.
 - Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, trad. par P. Tissot, 4 vol., 1807-1810.
 - Les Nouvelles de l'empereur Justinien, trad. par Béranger, 2 vol., 1810-1811.
 - Les Institutes de l'empereur Justinien, trad. par Hulot, 1 vol. 1806.
 - Le Trésor de l'ancienne Jurisprudence romaine, ou collection des fragments qui nous restent du droit romain antérieur à Justinien. Trad. par P. Tissot et A. Daubanton, 1 vol., 1811.
 - La Clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le « Corps de Droit », par Fieffé-Lacroix. 2 vol., 1809-1810.
2. Institutes de Gaius d'après l'Apographum de Studemund, par E. Dubois, 1880.
3. POMMER (R.). — *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae cum legibus codicis et novellis*, 3 vol.
— *Pandectae Justinianae, cum legibus codicis et Novellarum quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant*. Éd. tertia, 5 vol. 1818.

160 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

4. VINNIUS. — *Juris quaestiones selectae.*
5. VOET (J.). — *Commentarius ad Pandectas, éd. nova par A. Maurice, 4 vol., 1829.*
6. DU CAUROY. — *Institutes de Justinien traduites et expliquées, 2 vol., 1851.*

III. Ouvrages généraux.

- ACCARIAS (C.). — Précis de droit romain, 3^e éd. 2 vol. 1882-1886.
- ARNDT. — Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 1883.
- BRINZ. — Lehrbuch der Pandekten. Erlangen, 1871.
- COLLINET (P.). — Études historiques sur le droit de Justinien, tome 1 : Le caractère oriental de l'œuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident, Paris, 1912.
- CUQ (E.). — Manuel des institutions juridiques des Romains. Paris, 1917, 1928.
- CUJAS (J.). — *Opera omnia in decem tomos distributa, opera et cura Caroli Annibalii Fabroti, jurisconsulti Parisiis, 1858, 10 vol.*
- DEMANGEAT (C.). — Cours élémentaire de droit romain, 3^e éd. Paris, 1876.
- ESMEIN (A.). — Mélanges d'histoire, de droit et de critique : Droit romain. Paris, 1886.
- GEFFARD (A.). — Cours de droit romain. Paris, 1929-1930.
- GIRARD (P.-F.). — Manuel élémentaire de droit romain, 8^e éd., 1929.
- GLASSON (E.). — Étude sur Galus. Paris, 1885.
- GLUCK. — Ausführliche Erläuterung der Pandekten ; inachevé. Commencé en 1797, continué par divers (Mühlenbruch, etc.).
- IHERING (R. VON). — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Trad. par O. de Meulenaere, 3^e éd., 4 vol. Paris, 1888.
- MAREZOLL (G.). — Droit privé des Romains. Trad. par Pellat, 1852.
- MAY (G.). — Éléments de droit romain, 16^e éd., 1925.
- MAYNZ (C.). — Cours de droit romain, 4^e éd., Bruxelles, 1877.
- MITTEIS. — Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, t. I, 1908.
- MISFOULET (J.). — Les institutions politiques des Romains Paris, 1882-1883.
- ORTOLAN (E.). — Législation romaine, 12^e éd. mise au courant par J. Labbé. Paris, 1883-1884.
- PERROT (E.). — Cours de droit romain. Paris, 1925-1926.
- PETIT (E.). — Traité élémentaire de droit romain. 9^e éd., Paris, 1925.
- PUCHTA. — Pandekten. Leipzig, 1853, 7^e éd.
- RIVIER (A.). — Introduction historique au droit romain. 2^e éd., Bruxelles, 1881.
- SAVIGNY (F. DE). — Traité de droit romain. Trad. par Ch. Guenoux, 2^e éd., 8 vol., Paris, 1855-1860.
- SCHULTING. — *Notae ad Digesta seu Pandectas, edidit N. Smalldenburg, 8 vol. 1804-1836.*
- SOHM. — Institutionen des römischen Rechts, 14^e éd., 1911.
- THRAULT. — System des Pandektenrechts.
- VANGEROW. — Lehrbuch der Pandekten. 3 vol., 1862
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts. 3 vol., éd. 1906.

IV. Ouvrages spéciaux.

- APPLETON (C.). — Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des Douze Tables. (Extr. Revue générale de Droit, 1902-1903.)
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ (C.). — De la portion de biens disponibles et de la réduction. 2 vol., Bruxelles, 1856.
- BARNET (P.). — De la légitime. Thèse, Paris, 1893.
- BLUNTSCHLI (J.). — Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn, 1829.
- BOISSARIE (P.). — Des formes du testament romain. Thèse, Paris, 1888.
- BOISSONADE (G.). — Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique. Paris, 1873.
- BONNARD (J.). — Des droits de la mère dans la succession de ses enfants. Thèse, Paris, 1886.
- BRESSOLLES (P.). — De la prohibition testamentaire d'aliéner « extra familiarum ». Thèse, Toulouse, 1887.
- BROCHER. — Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire. Paris et Genève, 1869.
- CHARRUN (C.). — Essai sur la « querela inofficiosi testamenti ». Thèse, Paris, 1906.
- CAPITANT (H.). — La loi « Falcidie ». Thèse, Paris, 1889.
- CHÉNON (E.). — Le tribunal des Centumvirs. Paris, 1881.
- CUÉNOT (R.). — Des droits de légitime et de réserve. Paris, 1877.
- CUQ (E.). — Recherches historiques sur le testament « per aes et libram » (Extr. Nouvelle Revue historique de Droit), Paris, 1886.
- DELEUZE-LAUCIGOLLE (E.). — Des réformes apportées dans le régime successoral romain pour augmenter les droits de la famille. Thèse, Paris, 1894.
- EISELE. — Die « querela inofficiosi testamenti », dans la Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Savigny Stiftung, t. XXVIII, 1894.
- FRANCKE. — Das Recht der Notherben. Göttingen, 1831.
- FOURNIER (M.). — Essai sur l'histoire du droit d'appel. Paris, 1881.
- GIDE (P.). — Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velleien, 2^e éd., avec additions de A. Esmein. Paris, 1885.
- HUARD (A.). — Du droit de disposer par testament et de ses limites dans les origines du droit romain. Thèse, Paris, 1889.
- HARTMANN (G.). — Ueber die Querela inofficiosi testamenti. Basel, 1864.
- HUGCHKE. — Usucapio pro haerede dans la Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaften, t. XXIV.
- KELLER. — Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung. Trad. par Capmas, 1870.
- KOPPEN. — System des heutigen Erbrechts. Leipzig, 1867-1864.
- LABBÉ (J.). — De la manière de calculer la réserve. (Extr. de la Revue pratique du droit français.) Paris, 1858.
- MACHELARD (E.). — Dissertation de droit romain et de droit français. recueillies et publiées par son fils P. Machelard, suivies d'appendices par J. Labbé. Paris, 1892.
- MASSOL (H.). — De la règle : « Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest. » (Extr. du Recueil de l'Acad. de Mégalat. de Toulouse). Paris, 1882.
- NICOLESKO (O.). — « Querela inofficiosi testamenti ». Thèse, Paris, 1888.
- PETIT (E.). — Du testament inofficieux. Thèse, Paris, 1886.

162 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

- RAGON (F.). — Théorie de la rétention et de l'imputation des dons faits à des successibles. Paris, 1862.
- RIVIERE (A.). — Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain. Bruxelles-Paris, 1878.
- TROP LONG (R.). — Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, 27 vol. Vol. 4, 3^e éd. Des don. et test., 1872.
- UNZNER (K.). — Die « *Querela inofficiosi testamenti* », München, 1891.
- VERNET. — Traité de la quotité disponible. Paris, 1855.
- ZIMMERN. — Traité des actions, ou théorie de la procédure privée chez les Romains. Trad. de l'allemand par L. Étienne. Poitiers, 1845.
- WLASSAK. — Römische Prozessgesetze, 2 vol., 1888-1891.
- ZUMPT. — Ueber Ursprung, Form und Bedeutung des Centumvir-algericht's (Gelesen in der Akademie der Wissenschaften am 30 Nov. 1837).

V. Ouvrages divers.

- BOUCHÉ-LECLERCQ. — Manuel des Institutions romaines. Paris, 1886.
- CICÉRON. — *De oratore*.
- COLUMELLE. — *De re rustica*.
- DAREMBERG, SAGLIO, POTTIER et LAFAYE. — Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, 9 vol., 1872-1917.
- DENYS D'HALICARNASSE. — Antiquités romaines. Trad. en français par J. de Jay.
- DÉSORMY. — Roms au siècle d'Auguste, 4 vol.
- DIEHL (Ch.). — Justinien et la civilisation byzantine au VI^e siècle. Paris, 1901.
- DURUY (V.). — Histoire des Romains, 5 vol. Paris, 1870-1876.
- FERRERO (G.). — La ruine de la civilisation antique. Paris, 1922.
- FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique. Paris, 1890.
- GIRAUD-TEULON. — De l'origine de la famille.
- GUÉRARD. — Essai sur l'histoire du droit privé des Romains, 1841.
- JOBÉ-DUVAL. — Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains, I, 1896.
- KALINDERG (J.). — Droit prétorien et réponses des prudents. Paris, 1885.
- KARLOWA. — Römische Rechtsgeschichte. 2 vol. 1885-1901.
- KRUEGER. — Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, trad. par Brissaud, 1894.
- LENEL. — Geschichte und Quellen des römischen Rechts (dans l'Encyclopédie de Holtzendorff), 1913.
- LATREILLE (J.). — Histoire des institutions judiciaires des Romains. Paris, 1870.
- LAPOUGE (V. DE). — Études sur la nature et sur l'évolution historique du droit de succession (Extr. *Revue générale du droit*), 1886.
- MOMMSEN (T.), MARQUART (J.), et KRUEGER. — Manuel des antiquités romaines. Trad. de l'all. par Girard (F.), Weiss (A.), Louis Lucas (P.), Vigé, Brissaud, Henry (V) et Duquesne (J.). 20 vol. Paris, 1891-1895.
- NIEBURH. — Histoire romaine, trad. par Golbéry, 1830.
- PIGANOL (A.). — Essai sur les origines de Rome (Bibliothèque des Écoles françaises de Rome et d'Athènes), 1917.
- PITISCUS. — *Lexicon antiquitatum romanarum*
- PLINIUS (le Jeune). — *Epistolae*.
- QUINTILIANUS. — *Institutiones oratoriae*.
- SUETONIUS. — *XII. vitae imperatorum*.
- TACITUS. — *Annales*.
- TITUS LIVIUS. — *Ab urbe condita libri*.

- VALERIUS MAXIMUS. — *Factorum dictorumque memorabilium libri IX.*
 WALTER (F.). — *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*
 3 vol., 3^e éd., 1860.
 WILLEMS. — *Le droit public romain*, 5^e éd.

VI. Périodiques

- Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, depuis 1877.
 Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, depuis 1878.
 Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1861-1878.
 Zeitschrift der Savigny Stiftung (Röm. Abteilung), depuis 1880.

ABBREVIATIONS.

Pour les renvois au *Corpus juris*, Inst. : Institutes ; D. : Digeste ; C. : Code ; Nov. : Nouvelles. Le nom qui précède un renvoi au Digeste est celui du jurisconsulte auteur du fragment ; celui qui précède un renvoi au Code est le nom de l'empereur, auteur de la constitution. Les chiffres qui accompagnent les renvois désignent : le 1^{er}, le livre ; le 2^e, le titre ; le 3^e, la loi. Ce 3^e chiffre est souvent suivi des lettres « pr » (*principium*) ou d'un 4^e chiffre qui indique le n^o du paragraphe de la loi. Par exemple, Ulpien, D. 5.2.8.9, désigne le fragment d'Ulpien inséré au Digeste, livre 5, titre 2, loi 8, paragraphe 9. Par exception, les trois livres 30, 31, 32 du Digeste n'étant pas subdivisés en titres, le 2^e chiffre arabe indique la loi, le 3^e, le paragraphe. Aux Institutes, la division des titres en lois n'existe pas ; les citations comportent donc au plus trois chiffres. Inst. 2.18.3, désigne le livre 2, titre 18, paragraphe 3. Les Nouvelles sont divisées en chapitres et non en titres le 2^e chiffre indique le chapitre ; le 3^e, s'il y a lieu, le paragraphe.

Lorsque des renvois consécutifs se rapportent au même auteur de fragment, au même livre, au même titre et à la même loi, les renvois suivants portent l'abréviation *Idem*, ou *eod.* : *eodem loco*, suivi du numéro du paragraphe ; ce dernier seulement si un changement a eu lieu. Les renvois subséquents au même titre portent *h. t.* : *hoc titulo*, suivi du numéro de la loi

TABLE DES TEXTES CITÉS

	DIGESTE.			
1.2.	2.29	33	5.2.	17.1..... 97
	2.33	37		19. 105, 106
1.7.	17.1..... 45			20. 26
	17.5..... 45			21.pr. 29, 113
	18. 45			21.2..... 26
	19.pr. 45			22.2..... 96
	20. 45			22.3..... 26
	22.pr. 45			23.pr. 63
1.10.	7.2..... 37			28.1..... 144, 115
2.4.	25. 154			23.2..... 86
4.5.	5.2..... 54			24. 104
5.2.	1. 43, 54			25.pr. 84
	2. 22			26. 102
	4. 20			27.pr. 113
	5. 27			27.1..... 48
	6.pr. 44, 46			27.2..... 40
	6.1..... 96			27.3..... 36
	6.2..... 32, 111			27.4..... 65
	7. 32, 99, 111			28. 36, 101, 110
	7.pr. 29			29.pr. 86, 33, 36, 98
	8.1..... 113, 115			29.2..... 36
	8.2..... 57			30.pr. et 1..... 30, 49
	8.5..... 40			31.pr. 52
	8.8..... 26, 86			81.1..... 57
	8.9..... 73, 80, 82, 83			32.pr. et 1..... 115, 116
	8.10..... 63		5.3.	17. 100
	8.11..... 76, 77			20.6..... 100
	8.13..... 60		13.2. 89
	8.14..... 93, 95		22.3.	21. 78
	8.15..... 46, 63, 94		28.2.	3.1..... 13
	8.16..... 96, 98			3.6..... 14
	8.17..... 101, 109, 110			11. 7
	9. 101			18. 64
	10.pr. 36			19. 14
	10.1..... 107		30.	39.7..... 78, 79
	11. 81			87. 93
	12.pr. 116			116.pr. 75
	12.1, 2 et 3..... 115		31.	28. 155
	14. 52			67.8..... 78
	15.pr. 49			76.pr. 106, 107
	16.pr. 86, 105			
	16.1..... 49, 59, 102			
	17.pr. 27, 86			

81.	87.3.	25, 150, 151	2.13.	5.	84
82.	36.	87	2.24.	6.	75
84.7.	1.pr.	77	2.22.	4.	78, 79
84.2.	16.1.	47		pr.	72
85.2.	1.18 et 19.	82	3.3.	2.	73
	2.	82		4.	81
	30.pr.	81	3.7.	1.	49, 103
	56.pr.	80, 81	3.8.	2.	69
	62.pr. et 1.	82			
	63.pr. et 2.	82			
	73.pr.	80			
	73.1.	82			
	82.	82			
	83.	81			
87.1.	6.pr.	155			
87.4.	3.5.	69			
	2.3.	14			
	20.pr.	26, 58, 103			
37.2.	7.1.	49			
37.11.	2.pr.	63			
37.14.	1.	154			
38.2.	3.12.	49			
	12.2.	64			
38.5.	1.8.	29			
	1.14.	155			
	1.15.	155			
	3.3.	155			
38.16.	16.	84			
44.2.	29.pr.	105, 107			
44.5.	1.5 et 7.	154			
49.1.	14.pr.	88, 57, 97, 98			
	14.1.	98			
42.17.	1 et 2.	41			
	11.	41			
50.13.	5.1. à 3.	54			
50.16.	120.	11			
	195.2.	9			
50.17.	7.	9			
INSTITUTES DE JUSTINIEN.					
1.7.	83			
1.12.	4.	49			
2.13.	1.	13			
2.14.	5.	9			
2.17.	2.	62			
2.12.	pr.	22			
	1.	53			
	2.	44			
	3.	73, 75, 89			
2.13.	5.	84			
2.24.	4.	78, 79			
2.22.	pr.	72			
	2.	73			
3.3.	4.	81			
3.7.	1.	49, 103			
3.8.	2.	69			
CODE.					
1.3.	49 (50).pr.	41			
1.5.	13.	122			
2.40.	(41).2.	140			
3.23.	1.	58			
	2.	21			
	5.	111			
	6.	73, 74			
	8.pr.	73			
	9.	40			
	10.	58, 84			
	11.	68			
	12.	77			
	13.	107			
	16.	23			
	17.	57			
	18.	84			
	19.	68			
	21.	52			
	23.	68			
	24.	41			
	25.	76			
	27.	56, 55			
	28. 1 et 2.	67, 69			
	29.pr.	84, 122			
	30.pr. et 1.	89, 90, 91			
	30.2.	122			
	31.	20, 73, 133			
	32.	20			
	33.pr.	69, 73, 122			
	34.pr.	112			
	35.1.	84			
	35.2.	84, 116			
	36.1.	77			
	36.1 h.	91			
	36.2.	110, 112			
	37.pr. et 1.	41			
3.29.	1.	25, 150, 151			
	2.	74			
	3.	150			
	5.	74, 151			
	8.pr.	151			
	9.	152			
3.30.	152			
3.31.	3.	26			
	12.pr.	27			
3.35.	21.	78			

166 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 10%;">8.9.</td> <td style="width: 40%;">6.pr.</td> <td style="width: 50%; text-align: right;">152</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">8.20.</td> <td>3.</td> <td style="text-align: right;">84</td> </tr> <tr> <td>21.1.</td> <td style="text-align: right;">138</td> </tr> <tr> <td>8.28.</td> <td>4.pr.</td> <td style="text-align: right;">13, 62</td> </tr> <tr> <td>8.29.</td> <td>1.</td> <td style="text-align: right;">13</td> </tr> <tr> <td>8.37.</td> <td>10.</td> <td style="text-align: right;">79</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">8.47.</td> <td>(48).5.</td> <td style="text-align: right;">48</td> </tr> <tr> <td>10.pr.</td> <td style="text-align: right;">45</td> </tr> <tr> <td>8.48.</td> <td>(49).6.</td> <td style="text-align: right;">49</td> </tr> <tr> <td>8.57.</td> <td>2.</td> <td style="text-align: right;">80</td> </tr> <tr> <td>8.8.</td> <td>5.8.</td> <td style="text-align: right;">73</td> </tr> <tr> <td>12.80.</td> <td>(31).1.pr.</td> <td style="text-align: right;">41</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center; padding-top: 10px;">NOVELLES.</td> </tr> <tr> <td>1.</td> <td>chap. 1.1.</td> <td style="text-align: right;">133</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">18.</td> <td>pr. et ch. 1-3</td> <td style="text-align: right;">125</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">et s.</td> <td></td> </tr> <tr> <td>22.</td> <td>chap. 47.</td> <td style="text-align: right;">137</td> </tr> <tr> <td>86.</td> <td>chap. 1.</td> <td style="text-align: right;">133</td> </tr> <tr> <td>86.</td> <td>pr.</td> <td style="text-align: right;">128</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">115.</td> <td>chap. 3 et 4.</td> <td style="text-align: right;">137</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">et s.</td> <td></td> </tr> <tr> <td>117.</td> <td>chap. 5.</td> <td style="text-align: right;">127</td> </tr> <tr> <td>118.</td> <td>.....</td> <td style="text-align: right;">128</td> </tr> <tr> <td>187.</td> <td>.....</td> <td style="text-align: right;">131</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center; padding-top: 10px;">INSTITUTES DE CAÏUS.</td> </tr> <tr> <td>I.</td> <td>102.</td> <td style="text-align: right;">45</td> </tr> <tr> <td rowspan="7">II.</td> <td>124.</td> <td style="text-align: right;">63</td> </tr> <tr> <td>127.</td> <td style="text-align: right;">13</td> </tr> <tr> <td>157.</td> <td style="text-align: right;">3</td> </tr> <tr> <td>221 et 222.</td> <td style="text-align: right;">78</td> </tr> <tr> <td>224.</td> <td style="text-align: right;">10</td> </tr> <tr> <td>225 et 226.</td> <td style="text-align: right;">72</td> </tr> <tr> <td>229.</td> <td style="text-align: right;">9</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">III.</td> <td>16.</td> <td style="text-align: right;">3</td> </tr> <tr> <td>41.</td> <td style="text-align: right;">49, 103</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center; padding-top: 10px;">SENTENCES DE PAUL.</td> </tr> <tr> <td>I.</td> <td>13.4.</td> <td style="text-align: right;">111</td> </tr> <tr> <td>IV.</td> <td>5.8.</td> <td style="text-align: right;">84</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center; padding-top: 10px;">RÈGLES D'ULPIEN.</td> </tr> <tr> <td>XI.</td> <td>14.</td> <td style="text-align: right;">10</td> </tr> <tr> <td>XXIX.</td> <td>1.</td> <td style="text-align: right;">103</td> </tr> <tr> <td colspan="3" style="text-align: center; padding-top: 10px;">CODE THÉODOSIEN.</td> </tr> <tr> <td>2.18.</td> <td>1.</td> <td style="text-align: right;">51, 53</td> </tr> <tr> <td>3.19.</td> <td>4.</td> <td style="text-align: right;">89</td> </tr> <tr> <td>2.20.</td> <td>1.</td> <td style="text-align: right;">152</td> </tr> <tr> <td>18.13.</td> <td>3.</td> <td style="text-align: right;">127</td> </tr> </table>	8.9.	6.pr.	152	8.20.	3.	84	21.1.	138	8.28.	4.pr.	13, 62	8.29.	1.	13	8.37.	10.	79	8.47.	(48).5.	48	10.pr.	45	8.48.	(49).6.	49	8.57.	2.	80	8.8.	5.8.	73	12.80.	(31).1.pr.	41	NOVELLES.			1.	chap. 1.1.	133	18.	pr. et ch. 1-3	125	et s.		22.	chap. 47.	137	86.	chap. 1.	133	86.	pr.	128	115.	chap. 3 et 4.	137	et s.		117.	chap. 5.	127	118.	128	187.	131	INSTITUTES DE CAÏUS.			I.	102.	45	II.	124.	63	127.	13	157.	3	221 et 222.	78	224.	10	225 et 226.	72	229.	9	III.	16.	3	41.	49, 103	SENTENCES DE PAUL.			I.	13.4.	111	IV.	5.8.	84	RÈGLES D'ULPIEN.			XI.	14.	10	XXIX.	1.	103	CODE THÉODOSIEN.			2.18.	1.	51, 53	3.19.	4.	89	2.20.	1.	152	18.13.	3.	127
8.9.	6.pr.	152																																																																																																																													
8.20.	3.	84																																																																																																																													
	21.1.	138																																																																																																																													
8.28.	4.pr.	13, 62																																																																																																																													
8.29.	1.	13																																																																																																																													
8.37.	10.	79																																																																																																																													
8.47.	(48).5.	48																																																																																																																													
	10.pr.	45																																																																																																																													
8.48.	(49).6.	49																																																																																																																													
8.57.	2.	80																																																																																																																													
8.8.	5.8.	73																																																																																																																													
12.80.	(31).1.pr.	41																																																																																																																													
NOVELLES.																																																																																																																															
1.	chap. 1.1.	133																																																																																																																													
18.	pr. et ch. 1-3	125																																																																																																																													
	et s.																																																																																																																														
22.	chap. 47.	137																																																																																																																													
86.	chap. 1.	133																																																																																																																													
86.	pr.	128																																																																																																																													
115.	chap. 3 et 4.	137																																																																																																																													
	et s.																																																																																																																														
117.	chap. 5.	127																																																																																																																													
118.	128																																																																																																																													
187.	131																																																																																																																													
INSTITUTES DE CAÏUS.																																																																																																																															
I.	102.	45																																																																																																																													
II.	124.	63																																																																																																																													
	127.	13																																																																																																																													
	157.	3																																																																																																																													
	221 et 222.	78																																																																																																																													
	224.	10																																																																																																																													
	225 et 226.	72																																																																																																																													
	229.	9																																																																																																																													
III.	16.	3																																																																																																																													
	41.	49, 103																																																																																																																													
SENTENCES DE PAUL.																																																																																																																															
I.	13.4.	111																																																																																																																													
IV.	5.8.	84																																																																																																																													
RÈGLES D'ULPIEN.																																																																																																																															
XI.	14.	10																																																																																																																													
XXIX.	1.	103																																																																																																																													
CODE THÉODOSIEN.																																																																																																																															
2.18.	1.	51, 53																																																																																																																													
3.19.	4.	89																																																																																																																													
2.20.	1.	152																																																																																																																													
18.13.	3.	127																																																																																																																													

FRAGMENTS DU VATICAN.	
270.	151
301.	72

CICÉRON.

DE ORATORE.

I.	38.	13
	39.	3
	57.	14

DE LEGIBUS.

II.	19 et 21.	3
-----	----------------	---

PLINE LE JEUNE.

EPISTOLAE.

I.	18.	35
IV.	24.	33
V.	1.	46, 71, 109
V.	21. (9).	32
VI.	33.	33, 34, 36

PLUTARQUE.

VIE D'AGIS.

IV.	6.	
-----	---------	--

VIE DE SOLON.

X.	27.	
----	----------	--

QUINTILIEN.

INSTITUTIONES ORATORIAE.

III.	10.3.	31
V.	2.1.	35
XII.	5.6.	33

SUËTONE.

XII VITAE IMPERATORUM

<i>Auguste</i> ,	33.	37
------------------	----------	----

TITE LIVE.

AB URBE CONDITA LIBRI.

XXXIX.	19.	4
--------	----------	---

TACITE.

DE SITU, MORIBUS ET POPULIS

GERMANIAE.

XX.	
-----	-------	--

VALÈRE MAXIME.

FACTORUM DICTORUMQUE

MEMORABILIUM LIBRI.

V.	7.1.	13, 33
	7.2.	32, 44
	7.3.	31, 43
	7.4.	31
	7.5.	31
	8.2.	43
	8.4.	51, 54

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	1
PREMIÈRE PARTIE. Loi des Douze Tables.	
<i>Chapitre premier.</i> Le problème de la liberté de tester sous la loi décenvirale.....	7
<i>Chapitre II.</i> Rôle des Prudens et du Préteur.....	12
DEUXIÈME PARTIE. De la querela inofficiosi testamenti.	
<i>Chapitre premier.</i> Origines et évolution.	
Historique de la querela.....	19
1 ^o Origine législative.....	20
2 ^o Origine prétorienne.....	21
3 ^o Origine centumvirale.....	21
4 ^o Origine coutumière.....	21
<i>Chapitre II.</i> Nature et caractères de la querela.....	26
<i>Chapitre III.</i> De la procédure de la querela.....	31
Phase préparatoire.....	32
Phase principale.....	32
Appel.....	37
<i>Chapitre IV.</i> Des testaments inofficieux qui ne peuvent être attaqués par la querela.....	39
<i>Chapitre V.</i> Des personnes qui ont qualité pour intenter la querela.....	42
§ 1. — Ordre des descendants.....	43
§ 2. — Ordre des ascendants.....	48
§ 3. — Ordre des collatéraux.....	51
<i>Chapitre VI.</i> Contre qui la querela peut être intentée.....	56
<i>Chapitre VII.</i> Conditions générales d'exercice et de succès de la querela.....	61
1 ^{re} condition. La querela doit être une dernière ressource.....	62
2 ^e condition. Existence d'une injuria.....	64
3 ^e condition. Le querelans n'a pas reçu sa légitime mortis causa.....	69

168 LES RESTRICTIONS A LA LIBERTÉ DE TESTER

<i>Chapitre VIII. De la quarte légitime.</i>	71
§ 1. — Origines et caractères.....	71
§ 2. — Conditions d'existence.....	75
§ 3. — Calcul de la quarte.....	80
§ 4. — Sanction de la légitime.....	88
<i>Chapitre IX. Effets de la querela.</i>	92
§ 1. — La rescision n'est pas prononcée.....	92
§ 2. — La rescision est totale.....	95
§ 3. — La rescision est partielle.....	104
<i>Chapitre X. Des modes d'extinction de la querela.</i>	108
§ 1. — Expiration des délais.....	109
§ 2. — La mort du querelans.....	111
§ 3. — Renonciation.....	112
TROISIÈME PARTIE. La querela et la légitime dans le système des <i>Novelles.</i>	119
<i>Chapitre premier. Nouvelle 18.</i>	125
<i>Chapitre II. Nouvelle 115.</i>	136
§ 1. — Réformes concernant les justes causes d'exhé- rédation ou d'omission. Sanctions.....	137
§ 2. — De la ferme en laquelle la légitime doit être laissée.....	143
§ 3. — Effets de la querela suivant la nouvelle 115.....	145
QUATRIÈME PARTIE. La querela inofficiosa donationis, dotis, et <i>la querela patroni adversus libertum.</i>	147
<i>Conclusions</i>	156