

55

DE

# COLLATIONIBUS

( DROIT ROMAIN ).

## DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES

( DROIT FRANÇAIS ).

DISSERTATION POUR LE DOCTORAT

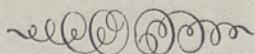
PRÉSENTÉE

À LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Par M. Pierre **ROBAKOWSKI**.

Avocat à la Cour Impériale de Toulouse.

55



TOULOUSE

IMPRIMERIE V<sup>e</sup> SENS ET PAUL SAVY

Rue Saint-Rome , 4.

1858



MEMORANDUM

TO THE DIRECTOR

RE: [Illegible]

[Illegible]

DISCUSSION

[Illegible]

[Illegible]

[Illegible]

[Illegible]

[Illegible]

TO THE DIRECTOR

[Illegible]

[Illegible]

1932

## DROIT ROMAIN.

### DE COLLATIONIBUS.

Digeste 37 , livre 27 , titre 6 et 7.

Code de Justinien , liv. 6 , tit. 20.

Le rapport *collatio* est une institution d'origine prétorienne. La collation fut établie par suite de cette considération d'équité manifeste , *manifestam habet æquitatem* , dit Ulpien , que , puisque le préteur appelle les enfants émancipés à succéder conjointement avec ceux qui se trouveront encore sous la puissance paternelle au moment du décès du père , il est juste qu'il leur impose aussi l'obligation d'apporter à la masse héréditaire les biens qu'à la faveur de l'éman- cipation ils avaient pu acquérir en leur nom personnel et qu'ils auraient acquis à leur père s'ils avaient continué de rester sous sa puissance , *consequens est* , continue le même jurisconsulte , *ut sua quoque bona in medium conferant qui appetant paterna* (1).

Mais la collation prétorienne , si simple et si res- treinte dans son origine , prend de l'extension et se

(1) L. 1. Dig. h. t.

complique dans la suite. D'un côté, en effet, la puissance paternelle reçoit constamment des atteintes, par la création successive des patrimoines propres aux enfants soit émancipés, soit non émancipés, de l'autre la différence si tranchée entre les *siens* et les émancipés, entre ceux qui ne sont ni *siens* ni émancipés, entre les agnats et les cognats, va en s'affaiblissant sous l'action incessante de la législation impériale : jusqu'enfin elle s'efface complètement sous Justinien.

La collation elle-même subit une véritable transformation. Tandis que dans l'ancien Droit Romain les enfants restés en puissance ne rapportent rien, puis-que sous l'empire de ce droit, ils n'ont rien de propre ; le droit postérieur, droit né des interprétations des prudents, *responsa prudentium*, complété par un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux, soumet les filles, qu'elles soient héritières siennes ou non, à la collation de leurs dots (1), et plus tard et par assimilation, les constitutions impériales astreignent à la même obligation les fils de famille en ce qui concerne les donations *propter nuptias* (2). Et au contraire, autrefois, les émancipés seuls soumis au rapport, étaient obligés de rapporter tous leurs biens de quelque nature et origine qu'ils fussent, plus tard ils furent successivement dispensés de la collation de leurs pécules castrenses, quasi-castrenses, et en dernier lieu, même de leurs pécules adventices (3).

Enfin, il s'opère en cette matière un changement encore plus radical. D'après l'ancien droit, les enfants de la mère, les petits-enfants de l'aïeul ou aïeule ma-

(1) L. 17. C. h. t.

(2) Ibid.

(3) L. ult. C. h. t.

ternels n'étant ni siens, ni émancipés par rapport à leur succession, n'étaient pas obligés de rapporter leurs biens, soit qu'ils y vinsent seuls, soit en concours avec leurs oncles ou tantes. L'empereur Justinien appelant tous les enfants, sans distinction, à l'hérédité de leur ascendant, les soumet tous également à la nécessité de la collation. D'après l'ancien droit, il n'y avait lieu au rapport que dans le cas où les enfants venaient à la succession *ab intestat*; cet empereur prescrit la collation même dans le cas où ces derniers seraient héritiers testamentaires, à moins que le défunt ne les en ait spécialement dispensés.

Du reste, il est à remarquer que la collation n'avait lieu que dans la ligne directe descendante, entre les héritiers descendants; elle n'avait pas lieu entre les ascendants; la collation ne pouvait être demandée que par les enfants héritiers, réciproquement les uns aux autres; mais jamais par les héritiers externes, ou par les légataires fideicommissaires ou créanciers de la succession; l'obligation de rapport ne faisait pas obstacle à la réclamation des legs faits au profit de l'un de ses descendants; enfin, l'obligation de rapport cessait par la renonciation de l'enfant à la succession de son auteur; ou bien lorsque ce dernier lui a remis cette obligation, formellement ou tacitement (1).

Après cet aperçu général sur la matière, si vaste et si compliquée, nous allons en exposer les détails dans l'ordre suivant :

1<sup>o</sup> Définition et fondements de la collation.

2<sup>o</sup> Événements juridiques qui donnent lieu à la collation.

(1) L. 25, C. fam. ult. L. celf. D. de dot. collat.

- 3° Personnes entre lesquelles elle a lieu.
- 4° D'après quelle règle se fait la collation et dans quelle proportion.
- 5° Comment se fait la collation et par quels moyens on satisfait à l'édit du prêteur en ce qui la concerne.
- 6° Choses soumises à la collation et celles qui en sont dispensées.
- 7° Cas où la collation cesse d'avoir lieu.

### § I.

#### **Définition et fondements de la collation.**

La collation peut, dans son origine, être définie : la confusion des biens propres aux émancipés avec les biens paternels, faite dans le but de les partager également *ex æquo* entre tous les frères qui viennent à la succession de leur père commun (1).

Ou bien, c'est un droit en vertu duquel les descendants émancipés venant à la succession de leur ascendant, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*, sont obligés de rapporter à leurs cohéritiers restés en puissance, pour conserver entr'eux l'égalité de partage, *conservandæ æquitatis causa*, les biens qu'ils ont acquis depuis leur émancipation, et qui, s'ils n'étaient pas émancipés, feraient de plein droit *ipso jure*, partie du patrimoine du défunt (2).

Il a paru juste au prêteur que les enfants restés en puissance, n'ayant rien en propre, si ce n'est l'héri-

(1) Définition de Cujas.

(2) Voef

tage commun de leur auteur, trouvent dans la collation un moyen de compensation du dommage, *injuria*, que leur cause le concours des émancipés en diminuant la portion héréditaire qu'ils auraient eue, s'ils y concouraient seuls.

Tel est le premier fondement du rapport en droit romain. Les interprètes de l'édit en concluent, que, si ce concours des émancipés ne cause pas de dommage aux héritiers siens; si, loin de diminuer leur portion, il y ajoute au contraire et fait leur condition meilleure, il est évident que d'après l'esprit de l'édit, sinon d'après sa teneur littérale, il n'y a pas lieu à la collation de la part des émancipés. C'est une règle constante de l'ancien droit romain et les jurisconsultes ont coutume de la marquer avec soin : *totiens collationi locus est*, dit Ulpien, *quotiens aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati : cæterum, sinon est, collatio cessabit* (1).

Il n'y a donc pas lieu à la collation, si les siens ne souffrent aucun préjudice par suite du concours des émancipés; et Triphoninus fait application de cette règle dans l'espèce que voici : Il existe deux frères, l'un émancipé, l'autre en puissance; l'émancipé est prétérit par son père, le sien institué héritier pour le quart de l'hérédité, *ex quadrante*, et un externe *extraneus*, pour les deux autres quarts *ex dodrante*. L'émancipé demande la *bonorum possessio contra tabulas*. Par suite, l'édit du préteur mettant au néant la succession testamentaire et, par conséquent, excluant l'héritier externe, donne accès à la succession *ab intestat*, à laquelle se trouvent appelés les deux frères.

(1) L. 1, § 5. Dig. h. t.

seuls, chacun pour la moitié. Par là, l'héritier sien obtient la moitié, absolument comme s'il n'était pas institué; au lieu d'un quart qu'il aurait eu, si l'émancipé n'était pas intervenu. Il est évident que, dans ce cas, l'émancipé ne rapportera pas à son frère sien; car il est inique, dit ce jurisconsulte, de demander le rapport à celui par l'intermédiaire duquel nous obtenons une part plus forte dans l'hérédité paternelle. *Inique videbitur collationem postulare ab eo propter quem amplius hereditate paterna habiturus est* (1).

C'est encore à la même règle que se rapporte l'intéressante loi *Videamus* au Dig. de bonorum posses. contra tab. (2). Triphoninus parle d'un père de famille qui a exhéredé son fils sien, prétérit son fils émancipé et institué pour son héritier unique un externe. Il demande ce qu'aura chacun de ses deux fils dans l'hérédité paternelle; et après avoir résolu cette première question, il en agite une autre, celle, précisément, qui touche directement notre sujet; savoir, si l'émancipé qui vient à la succession par la bonor posses. contra tab. sera obligé de rapporter à l'exhéredé qui y vient aussi, soit par l'effet de la *querela inofficiosi testamenti*, soit en sa qualité d'héritier sien *ab intestat*, par suite de la répudiation de la succession par l'héritier institué.

Et il répond négativement. Car, dans cette espèce, le concours de l'émancipé, loin de léser en aucune manière les intérêts de l'héritier sien, a fait au contraire sa condition meilleure. En effet, le sien était exhéredé; par son exhéredation, il avait perdu la

(1) L. 1. § 4. Dig. h. t.

(2) I. 20. D. § 1. Dig. de bonor. poss. contra tab.

qualité d'héritier ; et si plus tard il la recouvre par la destitution du testament , ce n'est pas tant à l'héritier renonçant qu'il est redevable de cet événement , qu'à son frère émancipé dont la présence faisait craindre à cet héritier une éviction prochaine et inévitable. Ex-hérédé pas son père , dit cette loi , repoussé aussi par le préteur , *a pretore ad bonorum possessionem contra tabulas non vocatus* , l'héritier sien reprend son nom et sa qualité par la répudiation de l'héritier institué qui n'espérait rien avoir , *nihil habituro* , à cause de la *bonorum possessio contra tabulas* déférée à l'émancipé par le préteur (1). Il est donc juste que dans ce cas l'émancipé soit affranchi de l'obligation de rapport envers le sien qui , par l'intervention de ce dernier , obtient l'insigne avantage de participer avec lui à l'hérédité paternelle.

La collation du droit romain trouve encore sa raison d'être dans la considération que le fils émancipé , qui prétend aux droits de succession de son père concurremment avec ses frères restés en puissance , prétend par là même à la qualité de fils de famille , c'est-à-dire , il veut participer au patrimoine de son père , comme s'il n'était jamais émancipé. Or, les fils de famille n'ont rien en propre , car tout ce qu'ils acquièrent en leur nom est de plein droit acquis à leur père ; donc les biens de l'émancipé qui prétend à la qualité de fils de famille doivent être considérés être de plein droit biens du père , et comme tels , se confondre dans la masse commune de l'hérédité , afin que tous les frères soient , pour ainsi dire , consorts entre eux , tant dans les biens paternels que dans ceux appartenant à l'émancipé. Et

(1) Ibid.

de même que les fils de famille conservent en propre leurs pécules castrenses ou quasi-castrenses et même plus tard leurs pécules adventices ; de même il est juste que l'émancipé jouisse des mêmes avantages.

Enfin , le préteur , en établissant la collation , voulut conserver l'égalité entre les frères , maintenir la paix et la concorde au sein d'une même famille.

## § II.

### **Événements juridiques qui donnent ouverture à la collation.**

La collation , à proprement parler , ne se rapporte , d'après les termes de l'édit , qu'à la *bonorum possessio contra tabulas* , c'est-à-dire au cas seulement où le préteur appelle les émancipés préterits à la succession de leur père , concurremment avec les héritiers siens institués.

Mais en combinant notre titre avec celui qui traite de la *bonorum possessio unde liberi* et même avec celui où il est question de la *querela inofficiosi testamenti* , on voit que la *collatio* a lieu même dans le cas où les émancipés viennent à la succession de leur père mort *ab intestat* et même dans celui où le testament étant rescindé par l'action *querela inofficiosi* , le préteur donne la *bonorum possessio contra tabulas*. En effet , l'esprit , sinon la lettre de l'édit , exige qu'en général et toutes les fois que les émancipés viennent à la succession de leur père concurremment avec ses héritiers siens , qu'ils y viennent en vertu de l'édit *unde liberi* ou par la *bonorum possessio contra tabulas* , ou enfin

par cette partie de l'édit où il s'agit de la rescision du testament par la *quærela inofficiosi*, il y ait lieu à la *collatio*.

Que faut-il penser du cas où les enfants émancipés viennent à la succession de leur père, non comme préterits, mais comme institués dans son testament; sont-ils obligés dans ce cas au rapport? D'après l'ancien droit qui était constant sur ce point, les émancipés institués ne rapportaient pas (1). Justinien lui-même avait approuvé cette jurisprudence dans la loi 12, au Code *communia utriusque judic*. La raison en est fort claire, c'est que les émancipés ne viennent pas dans ce cas à la succession comme enfants du défunt, mais comme tout autre héritier externe ayant la faction de testament avec le testateur (2). La qualité d'héritier sien, c'est-à-dire de fils de famille et celle d'héritier institué, sont en droit deux choses tout-à-fait différentes. Or, l'égalité et la communauté de biens qu'établit la *collatio*, ne concerne que ceux qui viennent à l'hérédité comme enfants, unis entre eux par le lien de fraternité *vinculo fraternitatis* (3).

C'est pourquoi, si le père laisse à son fils émancipé un legs ou un fideicommiss, ce dernier l'acquiert en vertu d'un titre différent de celui d'enfant, de frère ou d'héritier sien *ab intestat*; il l'enquiert comme tout autre externe, *ut quilibet extraneus*, et par conséquent il ne le rapporte pas (4). Il le rapporterait cependant si, non content de cette libéralité, il voulait participer à l'hérédité de son père concurremment avec son frère

(1) L. 1. C. h. l.

(2) L. 1 § 8. D. de Carbon. edicto.

(3) L. D. pro socio.

(4) L. 10. C. h. l.

resté en puissance , et avoir , par ce moyen , plus qu'il n'a reçu par testament ou par codicile (1). Car alors il y viendrait non *ut quilibet extraneus, institué dans le testament* , mais comme enfant , comme fils de famille.

Il semble cependant que ce principe se trouve contredit par la loi 2. D. de dotis collatione, qui porte, que la fille donnée en adoption par son père naturel et ensuite instituée héritière par ce dernier , doit rapporter ses biens propres et sa dot , comme s'il s'agissait de toute autre fille émancipée et prétérite. Il en résulterait donc que l'enfant émancipé , institué héritier , est obligé au rapport.

Cette contradiction n'est qu'apparente. En effet , nous n'entendons pas dire que le principe que nous venons d'établir soit absolu. Il existe des cas , au contraire , où l'émancipé institué est obligé de rapporter. Evidemment la loi précitée prévoit l'un de ces cas , quoiqu'elle ne le dise pas expressément ; car , souvent , certaines choses que la loi ne dit pas , doivent être suppléées et dites par l'interprète.

Donc , quels sont les cas où l'émancipé , institué même , est soumis à la collation ? En voici un : supposez que la *bonorum possessio* étant accordée au fils émancipé prétérit , un autre fils institué , également émancipé , participe à ses effets ; de telle sorte que tous deux arrivent à la succession par la même voie , c'est-à-dire par la *bonorum possessio*. Supposez ensuite , que la part du fils institué , auquel on a joint d'autres héritiers institués , soit moindre que sa part civile , et , que par suite de la mise à exécution de l'édit du préteur , elle soit devenue plus forte que celle qui lui

(1) L. 16. C. h. t.

avait été assignée par testament. Dans ce cas, l'éman-  
cipé institué est obligé de rapporter, car il vient à la  
succession avec les autres par la même voie, c'est-à-  
dire par la *bonorum possessio*; de plus, son concours  
lèse les intérêts de ses autres cohéritiers. Or, il y a lieu  
au rapport toutes les fois que l'intervention de l'éman-  
cipé cause un dommage à celui qui reste en puissance.  
Donc, il est obligé au rapport quoique institué.

C'est dans ce sens qu'on doit entendre la loi 2 de  
*dot. collat.* En Effet, en la combinant avec les L. I,  
§ 14. h. t. L. 3 de *dot. collat.* t. L. 8 § II. de *bonor.*  
*possess. cont. tab.*, on voit qu'il s'agit dans cette loi  
2, d'une fille donnée en adoption et instituée par  
son père naturel pour une part moindre que sa part  
virile, et qui par l'admission de la *bonorum possessio*  
est devenue plus forte que celle qui lui est assignée  
par testament; alors, en effet, il est juste que la fille,  
quoique instituée héritière, soit soumise à la col-  
lation.

Le second cas où l'émancipé rapporte, c'est lors-  
que telle est la volonté expresse du testateur (1).

Ainsi, sauf ces deux cas, l'ancien droit n'oblige  
pas à la collation les enfants émancipés, institués héri-  
tiers par leur père,

Mais l'empereur Justinien a réformé ce point de  
l'ancien droit (2). Il veut que ceux qui viennent à  
la succession de leur père, en vertu du testament,  
soient obligés de rapporter leurs biens, à moins que  
le testateur ne les en ait expressément dispensés.

Toutefois, il n'est pas nécessaire que la dispense

(1) L. 7. C. h. t.

(2) Nouvelle 18. C. t.

soit formelle ; elle peut être tacite et résulter des faits ou indices, d'après le principe qu'on manifeste sa volonté d'une manière non équivoque non-seulement par des paroles , mais aussi par des actes. Ainsi , par exemple , supposez que le père , par acte entre-vifs ou même par codiciles , ait partagé tous ses biens entre ses enfants restés en puissance et ceux qu'il avait émancipés , de telle sorte qu'il n'ait laissé rien d'indivis. Ce partage attesterait de la manière la plus certaine que la volonté du père était de dispenser de la collation ses enfants émancipés , *rectius dici , ex voluntate defuncti collationem dotis cessare* (1).

Mais pourquoi cet empereur a-t-il changé sur ce point l'ancienne législation ? On peut dire que ce changement est la conséquence même des réformes qu'il avait opérées en matière de droits de famille ; car , ce changement est conçu dans l'esprit de favoriser par tous les moyens possibles l'égalité entre les enfants du même père. Pour le légitimer , pour lui donner une couleur juridique, Justinien présume toujours que la déclaration expresse pour soumettre les enfants à l'obligation du rapport a échappé au testateur , soit par oubli , soit par le trouble que lui a fait éprouver l'approche de la mort , *forsan oblitus datorum , aut præ tumultu mortis angustias hujus non est memoratur* (2).

(1) L. 39. § 4. Dig. famil. ercisc.

(2) Nov. 18. c. 6.

§ III.

**Entre quelles personnes se fait la collatio.**

Dans l'ancien droit, les émancipés seuls rapportaient. Ils rapportaient aux siens, c'est-à-dire, à leurs frères restés en puissance. Ils ne rapportaient pas entre eux. Les siens ne rapportaient ni entre eux, ni aux émancipés.

Maintenant, pour que l'émancipé soit obligé de rapporter au sien, il faut que tous les deux demandent la possession de biens; car la collation ne se fait qu'entre ceux qui ont demandé et obtenu la *bonorum possessio*, *inter eos datur collatio quibus possessio data est* (1).

D'où il résulte que si les siens acceptent l'hérédité d'après le droit civil, en vertu du testament, ou *ab intestat*, en s'immiscant dans l'hérédité, sans avoir demandé la *bonorum possessio*, en appliquant strictement l'édit du préteur, ils n'ont pas le droit de demander la collation aux émancipés qui y viennent en vertu de la *bonorum possessio*. Telle est, en effet, l'opinion de Julien (2). Mais Scœvola embrasse un avis plus équitable: il pense qu'on doit leur accorder le bénéfice de la collation; car ils ne retiennent pas l'hérédité entière, mais seulement une part, de la même manière que s'ils eussent demandé et obtenu la *bonorum possessio*; or, il est équitable que le préjudice qu'ils éprouvent par le concours de l'émancipé, soit compensé par la collation (3).

(1) L. I. § 1. Dig. h. t.

(2) L. I. § 8. *ibid.*

(3) L. 10. h. t.

Mais on demande si l'émancipé rapporte à l'héritier de son frère sien (1) ? Il faut distinguer : le sien est-il mort après avoir accepté la *bonor possessio* ou avant. Si le frère sien est décédé après avoir accepté la *bonorum possessio*, l'émancipé doit rapporter à son héritier, car le sien en transmettant à son héritier son patrimoine lui a transmis aussi l'avantage de la collation.

Mais il n'en est pas de même dans le second cas. Supposez que le sien institué héritier de son père décède après la mort de ce dernier, mais avant que l'émancipé ait demandé la *contra tab. possessio*. Alors étant devenu héritier de son père *ipso jure*, en vertu du testament, le sien transmet son hérédité à son héritier qui, à l'encontre de l'émancipé, doit être protégé dans l'hérédité paternelle jusqu'à concurrence de la part pour laquelle le fils était institué héritier de son père, pourvu qu'elle ne soit pas plus forte que la part virile; car le fils, s'il vivait et s'immiscuait dans l'hérédité serait lui-même protégé pour la même part. Mais l'émancipé sera-t-il obligé de lui rapporter? D'après l'édit du préteur il ne l'est pas, car il ne rapporterait pas à son frère, non plus s'il vivait; puisqu'il ne vient pas à l'hérédité par la même voie que son frère émancipé, c'est-à-dire en vertu de l'édit du préteur, mais bien en vertu du droit civil *ipso jure*. Toutefois, de même qu'en pareille circonstance Scævola accorde *ex æquo* à l'héritier sien le bénéfice de la collation, de même on devait l'accorder à son héritier (u).

(1) L. I. § 8. h. t.

(2) L. 14. . Ch. 1.

De même que l'avantage de la collation se transmet aux héritiers de l'héritier sien, s'il décède après avoir demandé et obtenu la *bonorum possessio*; de même la charge de la collation passe aux héritiers de l'émancipé, si ce dernier venait à décéder ayant accepté la *bonor. possess.*; car c'est une règle de droit, que les héritiers sont soumis aux mêmes charges, auxquelles serait assujetti leur auteur, s'il vivait. Mais ils ne rapporteront que les biens ayant appartenu à leur auteur à l'époque de la mort de son père et non leurs propres biens qu'ils pourraient avoir acquis à la même époque, abstraction faite de leur qualité d'héritier de l'émancipé. En effet, ils ne viennent pas à la *bonorum possessio* de leur propre chef; mais de celui de leur auteur et pour ainsi dire par droit de transmission.

Au contraire, le petit-fils de l'émancipé mort avant son père vient à la succession de son aïeul, non pas du chef de son père comme si la *bonor. poss.* lui était déjà transmise par droit d'hérédité; mais il y vient de son propre chef, *suo jure*, comme fils de l'émancipé. Aussi rapporte-t-il tous ses biens propres, non-seulement dans le cas où il est héritier de son père, mais même lorsqu'il n'aurait reçu de lui qu'un legs ou fidei-commis.

Supposons maintenant que le fils émancipé décède le premier, laissant sa femme enceinte, puis son père décède aussi, et après la mort de l'aïeul naît un petit-fils posthume qui accepte la *bonor. poss.* concurremment avec ses oncles; car le père, décédé le premier, ne l'en a pas exclu. Le petit-fils doit-il rapporter à ses oncles? Il semble que non; car il ne devrait rapporter que les choses qu'il possédait à l'époque de la mort de son aïeul de la succession duquel il s'agit. Or, il

n'avait rien à la même époque et n'a pu même rien avoir, puisqu'il n'existait pas encore dans l'ordre physique.

Cependant, il existait déjà dans l'ordre moral. C'est une règle de droit, en effet, que l'enfant qui n'est que conçu, est réputé né, toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts. Le petit-fils existait donc au temps de la mort de son aïeul, et comme tel, il était déjà capable de posséder ses biens. Si donc plus tard il vient à la succession de son aïeul en vertu de l'édit du préteur, il est tenu de les rapporter à ses oncles.

Ces exemples nous démontrent en même temps que les émancipés rapportent, non-seulement à leurs frères restés en puissance, mais même à leurs oncles, grands-oncles, à leurs neveux, petits-neveux, cousins et autres parents restés en puissance. C'était la conséquence même de la délation de la possession de biens par le préteur qui suivait en cette matière le système de la loi des XII Tab. D'après cette loi, en effet, il y avait deux manières d'hériter en ligne directe : par tête ou par souche. Par tête, on venait à l'hérédité de son propre chef, et en vertu du droit de proximité, le plus proche excluait le plus éloigné, le père excluait le fils, le fils le petit-fils, et ainsi de suite. Par souche, on y arrivait par droit de représentation; le plus éloigné pouvait ainsi concourir avec le plus proche, le fils avec l'enfant d'un autre fils prédécédé, le neveu avec son oncle, le petit-neveu avec son grand-oncle, etc. Ce système, fondé sur la raison et sur l'équité, fut accepté par le préteur dans ses *bonorum possessiones*. Il pouvait donc souvent arriver que l'émancipé venant à la succession, par exemple, de son père ou de son aïeul par la *bonorum possessio*, y rencon-

trât des frères, oncles, neveux, petits-neveux, cousins, etc., restés en puissance, auxquels il serait tenu de rapporter d'après les règles qui régissent la collation.

Voici un exemple : Il existe un fils sous la puissance de son père ; d'un autre fils, déjà prédécédé, le petit-fils ; d'un autre petit-fils également prédécédé, mais né du même fils que le précédent, deux arrières-petits-fils — l'un retenu en puissance, l'autre émancipé. Dans ce cas, dit Ulpien, on fera deux parts héréditaires : l'une sera donnée au fils resté en puissance, l'autre sera dévolue au petit-fils et aux arrières-petits-fils d'un autre petit-fils ; de telle sorte cependant que le petit-fils prendra à lui seul la moitié entière de la moitié, c'est-à-dire le quart de la succession, et le quart restant sera donné aux deux arrières-petits-fils qui y concourront, chacun pour la moitié, c'est-à-dire pour le huitième de l'hérédité. Mais l'arrière-petit-fils émancipé sera-t-il tenu de rapporter et à qui rapportera-t-il ? Il rapportera à son frère seul, resté en puissance, c'est-à-dire, à un autre arrière-petit-fils ; car il ne fait tort, *injuria*, qu'à celui-là en diminuant sa part. Si cet arrière-petit-fils n'a pas de frère en puissance, il rapportera à son oncle, c'est-à-dire au petit-fils, frère de son père ; pareillement, s'il n'a pas d'oncle, il rapportera à son grand-oncle, frère de son aïeul (1).

Enfin, il y a des cas où l'émancipé est soumis à la *collatio* même envers ses enfants ou descendants. Mais ce cas ne fut consacré que plus tard, par un édit qu'on appelle pour cette raison, édit nouveau, *edictum novum*, publié, à ce qu'il paraît, sous Adrien, par Julien,

1. L. 1. § 48. De conjung. lib. eum emane.

auteur de l'édit perpétuel (1). En vertu de cet édit, le préteur appelle à l'hérédité de l'aïeul le fils émancipé, concurremment avec les petits-fils nés de lui et retenus en puissance, soit par la *bonor poss. contra tab.*, soit même par celle *unde liberi*.

En effet, d'après le droit prétorien le fils émancipé devrait exclure les enfants nés de lui et restés en puissance; puisque le préteur en donnant à l'émancipé la *bonorum possessio*, le considère comme fils de famille, comme s'il n'était jamais sorti de la puissance paternelle. Or, d'après le droit civil, c'est le petit-fils qui devrait exclure le fils émancipé; car la qualité de petit-fils est supérieure à celle de l'émancipé; le petit-fils seul reste en puissance et jouit du droit de suite, *suitas*; l'émancipé, au contraire, est étranger à la famille de ce dernier. Que faire? Faudra-t-il donc sacrifier l'un de préférence à l'autre; le droit civil au droit prétorien, ou ce dernier au droit civil; exclure l'enfant ou le père? Ou bien, ne conviendrait-il pas de concilier ces deux droits par une transaction équitable, de manière à donner une juste satisfaction à tous les deux? Tel était le dilemme qui a préoccupé l'esprit de Julien. Ce jurisconsulte a pensé qu'il était juste et équitable de s'arrêter à ce dernier parti. Il a uni, ou si l'on veut, il a marié le droit civil au droit prétorien, *conjunxit jus civile cum pretorio* (2). Ainsi donc, ni le droit civil ne se trouve froissé par l'exclusion absolue du petit-fils, ni le droit prétorien par celle du père; l'un et l'autre vivent désormais en paix, et le petit-fils et le fils viennent à l'hérédité de leur auteur *ex æquo*.

(1) L. 3. h. 2.

(2) Cujas au Dig.

Toutefois, cette égalité ne va pas jusqu'à accorder des parts viriles dans le cas où il y aurait plusieurs petits-fils issus du même fils en concours avec ce dernier. Car le même édit prévoit que les enfants en concours avec leur père, en quelque nombre qu'ils soient, ne doivent jamais compter que pour un. Il en résulte, que s'il y a deux fils émancipés et qu'il existe plusieurs petits-fils issus de ces derniers et retenus en puissance de l'aïeul, chacun des fils émancipés aura la moitié de l'hérédité à partager avec ses enfants; de telle sorte cependant que les pères auront chacun le quart de l'hérédité entière, et les fils, chaque souche, les deux quarts restants; sauf dans chaque souche à partager le quart en autant de portions égales qu'il y a de têtes. S'il existe deux fils, l'un en puissance, l'autre émancipé, dont les petits-fils sont retenus sous la puissance paternelle, l'hérédité se divise en deux parts: l'une est dévolue au fils resté en puissance, l'autre au fils émancipé conjointement avec ses enfants.

Après cela, les jurisconsultes s'occupent du droit d'accroissement dans le cas de répudiation de l'hérédité, soit par le petit-fils, soit par le fils, soit enfin par l'un et par l'autre. La solution qu'ils donnent est conforme au principe de l'indivisibilité de la qualité d'héritiers. Du reste, il est indifférent que le père émancipé soit institué ou préterit, ses enfants restés en puissance se joignent à lui dans l'un comme dans l'autre cas. S'il est exhérédé on distingue: l'exhérédation a-t-elle produit effet ou non? Dans le premier cas, le petit-fils vient seul à l'hérédité (1). Dans le second, il y vient conjointement avec son père (2). Enfin, on

(1) L. 1. § 4. D. de conjung. lib. cum emancip. L. ult. de leg. præst.

(2) L. 23. D. de inoff. test.

agite la question de savoir si cet édit *nouveau* de Julien est abrogé par Justinien ? Et il paraît qu'il est abrogé, puisque en vertu de la Nouvelle 118 qui ne met plus aucune distinction entre les siens et les émancipés, ces derniers sont appelés à la succession d'après le droit civil. Or, d'après ce droit, le fils exclue le petit-fils lors même qu'il serait retenu en puissance. On en conclut qu'il n'y a plus lieu d'appliquer en pareil cas l'édit nouveau de *conjung. lib. cum emane*. Et par conséquent il est virtuellement abrogé, bien que cette abrogation ne soit pas formelle. Cujas n'est pas du même avis. Enfin, il faut remarquer que les descendants émancipés ne rapportent jamais dans ce système à leur ascendant retenu en puissance (1). Car, dit Papinien, « non sic parentibus liberorum, ut liberis parentium debetur hereditas; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturæ simul et parentium commune votum (2).

Non-seulement, les émancipés proprement dits sont soumis à l'obligation de rapporter, mais même ceux qui sont dans une famille adoptive, c'est-à-dire, ceux qui ont été donnés en adoption par leur père naturel, ou qui se sont donnés eux-mêmes en adrogation.

Mais comment peut-il se faire que les enfants donnés en adoption soient obligés de rapporter, alors qu'ils ne sont même pas admis à la *contra tab. bonor poss.*, ni à celle de *unde liberi* (3) ?

Il y a un cas où ils sont admis à la *bonor possessio* : c'est celui où ils sont institués héritiers par leur père naturel. Il faut supposer aussi qu'il existe un autre

(1) L. 7. § 1. Sitabul. test. nullæ D.

(2) Ibid.

(3) § 12. Inst. Justin de Hered. quæ ab intest.

enfant préterit qui demande la *bonor possess. contra tabulas*. Dans ce cas, en effet, on admet aussi les adoptés institués à la demande de la bonor poss. (1). Mais rapportent-ils ? il semble que non, car les institués ne rapportent pas, étant appelés à l'hérédité par la volonté même de leur père, *vel maxime emancipatum conferre non oportet, si etiam iudicium patris meruit* (2). Cependant nous avons déjà vu plus haut qu'il y avait des cas où les émancipés institués sont obligés au rapport. C'est d'abord lorsque l'obligation du rapport résulte formellement de l'institution même ; ensuite, lorsque l'édit du préteur étant appliqué, la part de l'institué se trouve plus forte que celle qu'il reçoit en vertu de l'institution (3). Si donc les enfants donnés en adoption reçoivent plus par la *contra tab. poss.* que par l'institution, ils sont obligés au rapport.

Ici se présente une nouvelle difficulté. Les enfants donnés en adoption, disons-nous, rapportent dans ce cas spécial à la succession de leur père naturel. Mais ils se trouvent sous la puissance de leur père adoptif ; et en leur qualité d'*alieni juris*, ils ne peuvent avoir rien en propre de nature à être soumis au rapport. Que rapporteront-ils donc ? Ils ne rapporteront rien eux-mêmes, parce qu'ils n'ont rien, mais leur père adoptif rapportera jusqu'à concurrence de ce qu'il acquiert ainsi par leur intermédiaire. Et en effet, deux voies lui sont ouvertes pour acquérir la succession déferée à son fils adoptif : la *bonor possessio contra tab.*, ou l'addition d'hérédité en vertu de l'institution. S'il opte pour la *bonor. possessio*, il est tenu de rappor-

(1) L. 8. § 11, de bonor. poss. contra. tab. D.

(2) L. 1. § 6, h. t.

(3) L. 3 de dot collatione.

ter. S'il fait addition d'hérédité d'après le droit civil, il ne rapporte rien, puisqu'il se contente de la part que lui avait assignée dans le testament la volonté du testateur.

Il peut se faire cependant que l'enfant adoptif soit émancipé par son père adoptif après la mort de son père naturel et avant la demande de la *bonorum possessio* ? Dans ce cas le père adoptif ne rapporte pas. Mais le fils lui-même, devenu *sui juris*, s'il demande la *contra tab.*, ne rapportera pas non plus ; car il n'avait rien en propre du vivant de son père naturel, et aurait-il acquis quelques biens dans l'intervalle de sa mort à la demande de la *bonorum possessio*, il ne les rapporte pas ; car, comme nous le verrons tout-à-l'heure, on ne rapporte que les biens qu'on possède à l'époque de la mort de celui à la succession duquel on doit rapporter, et non ceux qu'on acquiert depuis.

Eh bien, il s'en suivrait qu'en soutenant ce système les autres frères, restés en puissance, seraient lésés par la privation du rapport ; et ce qu'il y a de remarquable, c'est que cette lésion serait, pour ainsi dire, livrée au pouvoir discrétionnaire du père adoptif ?

Le rescrit de Marc et de Sévère y a pourvu (1). Il faut, porte ce recueil, que l'émancipation soit faite de bonne foi et sans fraude, *si sine dolo malo emancipaverit.*

Voici, d'ailleurs, dans quelle espèce on le cite : j'ai en ma puissance un fils et un petit-fils, né de lui ; je retiens ce dernier et j'émancipe mon fils auquel depuis l'émancipation survient un autre enfant qui reste sous sa puissance, de telle sorte que j'ai deux petits-fils ;

(1) L. 5. h. t.

l'un en ma puissance, l'autre sous la puissance de mon fils émancipé. Ensuite mon fils meurt. Mes deux petits-fils sont admis à la bonor possessio contra tab., de mon fils ; celui qui s'est trouvé sous la puissance de son père y est appelé par l'édit ordinaire ; l'autre, qui se trouve sous ma puissance, comme il n'était jamais sous la puissance de son père, y est admis en vertu d'un décret du préteur. Dans ce cas, le petit-fils qui est sous ma puissance est obligé de rapporter, non pas lui, mais moi qui le tiens sous ma puissance. Cependant si je l'émancipe sans fraude, il n'y aura pas lieu à la collation.

Occupons-nous maintenant des exhérédés. Les enfants exhérédés rapportent-ils ? Evidemment non, car l'exhérédation leur faisant perdre la qualité d'héritier, ils n'ont rien à prétendre dans le patrimoine de leur ascendant, ni, par conséquent, rien à y rapporter, *nihil auferunt, nihil conferunt*. Aussi n'est-ce pas là la question.

Mais les exhérédés peuvent recouvrer leur qualité d'héritier, soit par la rescision du testament au moyen de la *querela inoffic. test rescisso testamento*, soit par la destitution du testament, dans le cas où l'héritier institué n'a pas pu ou n'a pas voulu être héritier, *testamentum destitutum*. Dans l'un ou dans l'autre cas, venant à la succession *ab intestat* concurremment avec les autres héritiers divers, rapporteront-ils à ces derniers ? Il est plus vrai de dire qu'ils leur rapporteront d'après les mêmes règles et dans les mêmes circonstances que les simples émancipés préterits, c'est-à-dire, si tous y concourent en vertu du même titre, et que leur concours fasse tort aux autres héritiers siens (1).

(1) L. 17. c. h. t. L. 25. D. de inoff. test.

Cependant les lois 6 et 7 Dig. de dotis collatione , semblent contredire cette décision. Le père , y est-il dit , a institué héritier son fils émancipé et exhérédé sa fille , laquelle , plus tard , au moyen de la quærela inoffic. testam. , parvient à faire rescinder le testament du père pour la moitié de l'hérédité. Le fils émancipé rapportera-t-il à sa sœur ? Non , répond Papinien , car il ne succède pas au même titre *eodem jure* que sa sœur. Celle-ci succède *ab intestat* , le frère hérite en vertu du testament , qui n'est pas rescindé pour le tout : puisque les libertés mêmes qui y sont données aux esclaves sont maintenues, *nec absurdam videtur pro parte intestatum videri* (1). Mais la sœur rapporte-t-elle à son frère sa dot ? Non , car le frère et la sœur viennent à l'hérédité par des voies différentes , *cum diverso jure fratres sunt heredes*. De là il résulte que l'exhérodé n'est soumis à la *collatio* envers ses frères que dans le cas où ces derniers viennent eux-mêmes à la succession *ab intestat*. C'est , du reste , dans cesens qu'on doit entendre la loi 27 au Code h. t.

Les émancipés ne rapportent pas aux émancipés ; car ils ne se font pas tort réciproquement l'un à l'autre , *nullo incommodo se se invicem afficiunt* ; le droit de l'un n'est pas plus fort que celui de l'autre ; au contraire , le droit du sien dans les biens paternels est supérieur à celui de l'émancipé (2).

Les siens ne rapportent ni entre eux , ni aux émancipés. La raison en est : c'est que pour être obligé au rapport , il faut avoir des biens propres ; or , les siens n'avaient et ne pouvaient avoir rien en propre , excepté

(1) L. 15. D. inoffic. test. § ult.

(2) L. 1. § 23. D. L. 9. C. h. t.

les pécules castrenses et quasi-castrenses qui étaient eux-mêmes dispensés de la collation.

Enfin, la collation était étrangère à ceux qui n'étaient ni siens ni émancipés, par exemple, les enfants de la mère.

Toutefois, nous verrons plus bas que ces diverses catégories d'enfants, sans distinction de leur qualité, sont, dans le dernier état de la législation romaine, soumis à la collation de la dot et de la donation *propter nuptias*.

#### § IV.

#### D'après quelles règles se fait la collation et dans quelle proportion.

Ici on formule les règles suivantes : on ne rapporte rien à celui à qui on ne prend rien, *ei cui nihil auferatur nihil confertur*. Et réciproquement, on rapporte à celui à qui l'on prend quelque chose proportionnellement à ce qu'on lui prend, *ei cui aliquid auferatur, pro modo ejus quod auferatur, etiam confertur* (1). A ces deux règles il faut joindre celle que nous avons déjà vue ; savoir, les émancipés ne rapportent pas aux émancipés.

Ces règles étant posées, supposons que l'héritier sien est institué pour la totalité de l'hérédité *ex asse* ; l'émancipé est prétérit ; ensuite, l'un et l'autre demandent la *honor poss. contra tab*. Qu'aura l'émancipé dans l'hérédité et combien rapportera-t-il à l'héritier sien ? L'émancipé commencera par rapporter tous ses biens, *in medium conferre* ; on fait une masse de biens

(2) Cujas.

héréditaires et des biens propres à l'émancipé ; on la divise ensuite en deux parts : l'une est donnée à l'héritier sien , l'autre à l'émancipé. Il en résultera que l'émancipé prendra à l'héritier sien la moitié de l'hérédité *semissim* ; mais par contre et comme compensation , il lui laissera la moitié des propres biens ; *tantum confertur quantum confertur*.

Il y a deux héritiers siens institués et un émancipé préterit. Si tous demandent la *bonorum poss. contra tab.* en supposant à l'hérédité une valeur , par exemple , de 100 sesterces , l'émancipé prendra à chacun des siens le tiers de sa portion dans les biens paternels , c'est-à-dire 66 et deux tiers , ou bien 133 et un tiers de l'hérédité entière , et autant chacun des deux héritiers siens. Et par contre , l'émancipé à qui l'on suppose 500 de fortune , rapportera à chacun des siens le tiers de ses propres biens , c'est-à-dire 100 , et gardera un troisième tiers pour lui. Ce qui en définitive veut dire qu'après avoir fait la masse des biens héréditaires et des biens de l'émancipé , chacun des trois aura le quart de 700 , c'est-à-dire 253 et un tiers.

Cela posé , il est facile d'expliquer l'espèce suivante : le fils resté en puissance est institué pour les trois quarts de l'hérédité *ex dodrante* , un externe , pour le quart restant. L'émancipé préterit auquel se joint l'héritier sien , mettant à exécution l'édit du préteur et par suite évinçant l'héritier externe , prend et partage par moitié l'hérédité entière entre lui et l'héritier sien. Mais que rapportera-t-il ? *Tantum confert quantum auferit* ; comme l'émancipé n'enlève à l'héritier sien que le quart de la succession , il ne lui rapportera que le quart de ses biens (1). Et Pomponius , au rapport d'Ul-

(1) L. 1. § 3. D. h. t.

pien, décide ainsi par argument de ce qui se fait, quand c'est le fils émancipé qui rapporte à ses enfants resté en puissance de son père. Par exemple, il existe un fils sien, un fils émancipé et un petit-fils issu de ce dernier et retenu en puissance de son aïeul. La *contra tabulas* étant appliquée, comment se feront les parts ? On fera deux parts, deux moitiés ; l'une sera dévolue au fils resté en puissance, l'autre sera divisée entre le petit-fils et son père émancipé, conformément à l'édit nouveau de *conjungendis lib. cum emancipatis*. Ici l'émancipé ne rapportera rien à son frère, parce qu'il ne lui prend rien ; mais il rapportera au petit-fils, parce que c'est à ce dernier qu'il prend ; et il lui rapportera le quart de ses biens, car il lui enlève le quart de l'hérédité (1).

Il y a deux fils : l'un sous la puissance, l'autre émancipé ; de ce dernier, il y a deux petits-fils, l'un retenu en puissance de son aïeul, l'autre né depuis l'émancipation, est adopté par le même aïeul en place du fils, *loco filii*. La *contra tabulas* étant demandée, comment fera-t-on les parts, dans quelle proportion et à qui rapportera l'émancipé ? On fera trois parts : le tiers sera donné au fils sien, l'autre tiers au petit-fils adopté en place du fils, et le tiers restant sera partagé entre le fils émancipé et le petit-fils né de lui et retenu en puissance de son aïeul. Quant à l'obligation de rapporter, il ne sera obligé qu'envers son fils seul ; car il ne diminue que la part de ce dernier (2). Il ne rapportera pas à son frère, car il ne lui fait aucun tort ; il ne rapportera pas non plus à son fils adopté en place du fils

(1) L. 3. § 1 et § 13 de *conjung. lib.*

(2) L. 3. § ult. h. t.

pour la même raison. Ainsi donc la raison de rapporter et de prendre est la même.

Toutefois, il y a des cas où ce rapport de *conferendi* et *auferendi* n'est pas aussi exacte ; c'est-à-dire , qu'il peut arriver que l'émancipé prend moins qu'il ne rapporte. Il y a deux fils siens et deux émancipés. La *contra tabulas* ou l'*unde liberi* est demandée. Dans cette hypothèse , les émancipés prennent chacun le quart des biens paternels , parce qu'ils sont quatre enfants ; mais ils rapportent le tiers de leurs biens personnels. La raison en est : c'est que , si l'on appliquait strictement dans ce cas la règle *tantum confert quantum auferit* , s'ils rapportaient le quart , parce qu'ils prenaient le quart , le rapport profiterait aussi aux émancipés : or , on ne rapporte pas aux émancipés. Et c'est pourquoi les émancipés , en quelque nombre qu'ils soient , ne sont en pareille circonstance considérés que comme un , tenant lieu d'un seul. Nous venons de supposer deux émancipés ; mais il en serait de même , s'il y en avait un plus grand nombre , par exemple , trois émancipés et deux siens. Dans ce cas , les émancipés prennent le cinquième et ne rapportent que le tiers (1).

Il existe un fils sien et d'un autre fils déjà mort , deux petits-fils émancipés qui demandent la *bonorum poss. contra tab.* de leur aïeul. Ces derniers prennent chacun le quart de l'hérédité ; car ils partagent entre eux la moitié , l'autre moitié étant dévolue à leur oncle. Mais rapporteront-ils à ce dernier le quart de leurs biens ? Non , ils lui rapporteront la moitié de leurs biens propres. Car les petits-fils , nés d'un même fils , quoique plusieurs en nombre , ne sont jamais comptés que pour un (2).

(1) L. 2. § 7. h. t.

(2) L. 2. de excusat. D.

Enfin , il y a un cas où l'émancipé ne retient rien de ses biens , il rapporte tout ; mais cela se fait ainsi en considération des deux hérédités. L'aïeul émancipe son fils et institue héritier un autre fils qui reste en puissance. Le fils émancipé émancipe à son tour son fils à lui et institue héritier son autre fils. Ensuite l'aïeul et le fils émancipé meurent tous les deux. Le petit-fils , préterit par l'un et par l'autre, demande la *bonor. poss. contra tab.* et contre la succession de son aïeul et contre celle de son père. Dans ce cas , en supposant que les biens propres du petit-fils représentent 400 , il rapportera 50 à son oncle dans la succession de son aïeul et les autres 50 à son frère dans la succession de son père , de telle sorte qu'il ne gardera rien pour lui (1).

Il y a un fils en puissance ; deux autres fils , Primus et Secundus sont émancipés ; les deux petits-fils de Primus sont retenus en puissance ; Secundus est seul. La *contra tabulas* est demandée par l'un et par l'autre. Secundus rapportera à son frère en puissance une part , une autre à ses neveux et gardera le tiers restant pour lui. Primus , au contraire , ne rapportera qu'aux petits-fils , c'est-à-dire , à ses fils ; parce que son concours ne lèse que ces derniers. Mais ses petits-fils seront-ils obligés de comprendre dans la masse à partager entre eux et leur père les biens que Secundus leur avaient rapportés ? Non , car ces biens ne sont pas partie de l'hérédité de leur aïeul ; mais bien seulement ils leur sont advenus à l'occasion de cette hérédité. Or , il y a une grande différence entre les biens héréditaires et les biens qu'on acquiert à l'occasion de

(1) L. 2. § 6. 2. f.

l'hérédité (1). Du reste, ils ne sont pas obligés de les rapporter à leur père par une autre raison : c'est que la collation n'est pas établie en faveur des émancipés, mais contre ces derniers ; car on ne rapporte pas aux émancipés (2).

§ V.

**Comment se fait la collation et comment on satisfait à l'édit du préteur.**

En vertu de l'édit du préteur, la collation se fait au moyen de la caution, *cautione*, ou en nature, *re*. Elle se fait aussi par la remise, *remissione*, ou comme l'on dit en droit français, *en moins prenant*, ou en donnant une chose en échange de celle qu'on devait rapporter (2).

L'émancipé satisfait suffisamment à l'édit du préteur, s'il cautionne ou garantit *cavet* efficacement (recte, idonee) qu'il exécutera la collation. Cette caution consiste dans la satisfaction ou dans la fidejussion, c'est-à-dire, en donnant des fidejusseurs ou garants, *datis fidejussoribus* (4). Toutefois, la satisfaction n'est pas de rigueur en cette matière. Ulpien et Pomponius pensent que la collation est suffisamment garantie au moyen des gages, *pignoribus*. Mais la simple repromissio, *unda sponsio*, ne suffirait pas ; car il faut que la cau-

(1) L. 2. §. 7. de hæred. vel action. vendit. D. L. 20 § 4 de hæred. petion. D.

(2) L. 1. § 14. de conjung. D.

(3) L. 1. § 11. 12. h. t. pan. de dot. collat.

(4) L. 2. de usufr. cav. red.

tion dont il s'agit, puisse être de nature à garantir efficacement, utilement, *cavere recte*, *idonee*; or, la simple repromission ne paraît pas porter ce caractère d'efficacité et de sûreté.

L'émancipé peut n'être pas en état de fournir caution, par exemple, à cause d'indigence, — faut-il suivre rigoureusement l'édit du prêteur et lui remettre de suite sa part dans les biens paternels? — car l'émancipé prend d'abord et rapporte ensuite (1). — Mais supposez qu'il soit de mœurs prodigues et dissolues? D'un autre côté, faudra-t-il alors transmettre de suite la possession de sa part héréditaire à ses cohéritiers siens? Ni l'un, ni l'autre. Paul répond qu'il ne faut pas se précipiter, *non statim ab eo transfrenda est possessio* (2); mais on doit lui accorder un délai, pour qu'il puisse trouver des fidejusseurs qui voulussent bien se charger pour lui. En attendant ses cohéritiers siens prendront soin de ses biens; il doit leur être permis de vendre ceux dont la conservation serait dispendieuse ou préjudiciable à ses intérêts, sauf à conserver l'argent qui en est provenu pour le lui remettre en son temps et lieu.

On y pourvoit aussi d'une autre manière. On établit un curateur à la part qu'on refuse encore de livrer à l'émancipé. Ce curateur prendra soin des intérêts de l'émancipé, il administrera sa chose en bon père de famille, veillera à ce qu'elle soit entière et qu'il n'en résulte pour lui aucune fraude ni lésion, et lui rendra, enfin, compte de sa gestion à l'époque où il pourra effectuer le rapport de ses propres biens (3).

(1) L. 3. in princ. h. t.

(2) L. 2. § ult. h. t.

(3) L. 1. § 10. h. t.

Que si l'émancipé ne satisfait pas à l'édit à cause de sa résistance, *per contumaciam*, on procède plus rigoureusement à son égard : on lui refuse même les actions possessoires, absolument comme s'il n'eût pas accepté la *bonorum possessio* ; ou bien on ne l'y admet pas du tout, s'il ne l'a pas encore demandée.

Mais l'émancipé peut changer d'avis et faire plus tard offre de caution, admettra-t-on ici variation ou changement d'avis ? Et, si en effet, plus tard il fournit bonne et valable caution, le fera-t-on réintégrer dans ses droits primitifs ? Régulièrement, en droit, ce changement d'avis n'est pas admis ; mais ici, il n'y a pas grand inconvénient de se relâcher un peu de la rigueur du principe, *benignior est diversa sententia*, dit Papien (1), surtout quand il s'agit des contestations entre les frères, élevées au sujet des biens paternels, *maxime eum de bonis parentis inter fratres disceptetur*. Mais il faut que l'émancipé change d'avis à temps, c'est-à-dire dans l'année ; après, à peine y est-il admis, *difficilius est*.

Ensuite, il importe beaucoup de distinguer si l'émancipé ne peut ou ne veut fournir caution ; car la solution des questions auxquelles peuvent donner lieu ces deux hypothèses n'est pas la même dans les deux cas. Supposez, en effet, qu'il existe deux fils siens et un émancipé qui doit fournir caution à tous les deux, mais qu'il ne satisfait qu'un d'entre eux ; lui donnera-t-on le tiers de la succession ou le sixième, ou bien lui dénierait-on les actions possessoires pour le tout ? Le jurisconsulte distingue : s'il n'a pas fourni caution à cause de sa mauvaise volonté *per contumaciam*, on

(1) L. 8. h. t.

doit lui refuser les actions pour le tout ; c'est-à-dire , on doit lui enlever le tiers entier ; car n'ayant pas cautionné tous les deux , il est réputé n'avoir pas cautionné du tout , *non enim videtur cavisse qui non omnibus cavet*. Mais si c'est à cause d'indigence , *ex inopia* , qu'il n'a pu fournir caution à son second frère , on le traitera avec indulgence ; on ne lui refusera les actions que jusqu'à concurrence du sixième de la succession ; et même il pourra suppléer à la caution , soit par la collation en nature , soit par d'autres modes expliqués par l'édit , par exemple , en prenant d'autant moins (1) , ou par la constitution du curateur qui prendra soin de la chose , et la lui conservera intègre jusqu'à ce qu'il trouve moyen d'y satisfaire.

Nous n'en avons pas fini avec la caution. Il en existe encore une , connue en droit sous le nom de *cautio defensionis*. Il en est question notamment dans la loi 2 au Code h. t. et dans la loi L. § 8 de dotis collat. D. La *cautio defensionis* n'est autre chose que l'obligation où se trouve une personne de venir défendre une autre des troubles et évictions que cette dernière pourrait essuyer à cause des faits venant du chef de son garant. Voici un exemple : la fille , dit la loi 2 précitée , doit rapporter la dot profectice à ses frères , non-seulement lorsqu'elle a été donnée par son père , mais lorsqu'elle n'aurait été que promise en son nom. Or , comment la dot qui n'est que promise pourrait-elle être rapportée ? La fille la rapportera en libérant ses frères de l'obligation de la prêter au prorata de la part pour laquelle ils sont héritiers. Bien. Mais ce n'est pas envers leur sœur que les héritiers se sont ainsi engagés , mais bien envers

(1) L. 1. § 13. h. t.

son mari, car le père a promis la dot au mari et non à la fille? Comment peut-il se faire donc que la sœur, envers laquelle ses frères ne sont point obligés, puisse libérer ces derniers et les rendre quittes de cette obligation? Cela se fera au moyen de ce qu'on appelle *cautio defensionis*; c'est-à-dire, la fille prendra sur elle l'obligation entière d'acquitter la dot, pour une part de laquelle elle est déjà tenue de son propre chef, comme héritière de son père; et elle promettra à ses frères par stipulation qu'elle ira les défendre contre les prétentions de son mari dans le cas où ce dernier agirait contre eux en vertu de la promesse de dot faite par leur père. La *cautio defensionis*, ou celle d'indemnité, est ici considérée comme libération.

La caution, comme nous l'avons déjà observé, n'est pas toujours de rigueur exigée pour satisfaire à l'édit du prêteur. En effet, la collation peut se faire *re ipsa*, en nature. Ce genre de collation s'opère par la confusion réelle des biens de l'émancipé avec ceux de la succession, suivie du partage de la masse entière entre tous les frères. L'émancipé peut ne diviser qu'une partie de ses biens et cautionner l'autre. S'il apparaît clairement quels sont les biens de l'émancipé et combien il y en a, le partage seul suffit; la caution n'est pas nécessaire. Si, au contraire, quelques-uns seulement de ses biens sont apparents, d'autres, incertains ou cachés, *in occulto*, s'il y a doute, si la foi *fides*, de l'émancipé est suspecte à cet égard, le partage ne suffit pas, il faut qu'il fournisse encore caution *propter incertum cautio est interponenda* (1).

Enfin, dans la même loi (2) nous lisons que l'éman-

(1) L. f. § 13. h. l. (2) L. l. § 19. h. l.

cipé satisfait à l'édit du préteur, en prenant d'autant moins dans les biens paternels qu'il ne doit rapporter de ses propres biens, ou bien en abandonnant un fond paternel en place de ce qu'il devait rapporter, ou enfin en déléguant une créance paternelle, *nomen, debitum paternum*.

§ VI.

**Des choses soumises à la collation et de celles qui en sont dispensées.**

Dans l'ancien droit, les émancipés rapportent toutes les choses qu'ils auraient acquis à leur père, s'ils n'avaient pas été émancipés, et qu'ils possèdent encore au temps de la mort (1), ou ont cessé de les posséder par dol ou fraude, *quod ejus esse desiit dolo malo* (2).

Cependant les fils de famille conquièrent dans la suite et peu à peu le droit à la propriété. C'est à ce point important de droit romain que se rattachent les diverses distinctions et dénominations qu'a reçu plus tard le patrimoine du fils de famille. Pécule profectice, castrense, quasi-castrense, adventice, la dot et la donation *propter nuptias*. Ces divers patrimoines, différents par leur origine, par leur nature et par le droit qui les régit, doivent maintenant occuper notre attention en ce qui concerne le droit de collation.

Les émancipés rapportent les biens profectices, c'est-à-dire, les biens donnés par leur père, *ex re paterna profectum*, dont ils seraient encore propriétaires à son décès, et non ceux qu'ils auraient déjà aliénés à cette même époque sans dol ni fraude. Peu importe,

(1) L. 6. c. h. l. L. 15 ibid. (2) L. 1. § 23. D. h. t.

d'ailleurs, que ces biens leur aient été donnés lors de l'émancipation ou depuis. Souvent, en effet, le père avait coutume, *ut adsolet* (1), soit dans l'émancipation elle-même, soit après, de donner quelque chose à son fils, afin qu'au moyen de ce don ce dernier pût asseoir les premiers fondements de sa famille future.

Les pécules castrensens et quasi-castrensens ne sont pas soumis à la collation. Le pécule castrense est un patrimoine acquis par l'enfant dans les camps *incastris*, ou à leur occasion. Le pécule quasi-castrense, calqué sur le précédent et dont l'introduction ne date que depuis l'avènement de Constantin-le-Grand est un bien acquis dans les services publics ou religieux; les clercs, les avocats, les assesseurs, les préfets acquerraient le pécule quasi-castrense (2).

Ces pécules étaient acquis aux fils en pleine propriété; et bien qu'ils fussent sous la puissance d'autrui, ils n'en étaient pas moins considérés, par rapport à ces pécules, comme père de famille, *sui juris*, et pouvant, par conséquent, disposer de la chose de la manière la plus absolue, comme tout autre propriétaire.

Le pécule adventice fut créé le dernier. Ce patrimoine comprenait les choses qui advenaient aux fils d'une source différente de celle du pécule profectice, castrense ou quasi-castrense. C'était d'abord des biens provenant des successions ou donations des mères ou des parents maternels; plus tard, cette qualification fut étendue à toutes les choses que les enfants acquerraient au moyen de leur industrie, art ou commerce. Quant à la nature de ce pécule, autrefois, il était de même que le pécule profectice, soumis au pouvoir

(1) L. 17. c. h. t. (2) L. 4. C. de advoc. L. ult. C. de castrensi pecul.

absolu du chef de famille ; aussi ne faisait-on aucune différence entre ces deux sortes de patrimoines en ce qui concernait la collation : l'un et l'autre devaient être rapportés à la succession du père , parce que l'un et l'autre lui auraient été acquis en pleine propriété si l'émancipé se trouvait sous sa puissance jusqu'au moment de son décès. Mais dans la suite , ce pécule , à ce qu'il paraît , a reçu une sorte de démembrement : le père en devint seulement l'usufruitier , le fils en attendant la réunion de l'usufruit à sa nue-propriété , n'en était que le propriétaire nominal pendant la vie de son père. Dans le cas d'émancipation , le père retenait , d'après l'ancien droit , le tiers en pleine propriété , d'après le droit de Justinien , la moitié en usufruit. Toutefois , l'obligation de le rapporter à la masse commune des biens héréditaires continuait de s'exercer à son égard , à ce qu'il paraît , jusqu'à la constitution *ult.* au Code h. t. , par laquelle Justinien dispense implicitement du rapport le pécule adventice , si ce n'est pour ce qui concerne l'usufruit.

Ainsi donc , les émancipés rapportent les biens profectices en pleine propriété , et les biens adventices en usufruit seulement , et pour cet usufruit même , il ne s'agit ici que des biens adventices qu'ils ont acquis avant la mort du père (1) ; car ceux qu'ils acquièrent après ne se rapportent ni en propriété , ni en usufruit.

Les émancipés ne rapportent pas non plus ce qui leur a été laissé à titre de préciput , par acte de dernière volonté , par exemple , un legs , un fideicommis , etc. , car , dans tous ces cas , le fils acquiert après la mort de son père.

(1) L. 13. f. 15. C. h. t.

Rapportent-ils ce que leur père leur aurait donné pour acquérir une dignité, *adipiciendæ dignitatis cem su*? Non. Il est équitable, en effet, que le fils gagne cela pour lui; car c'est lui qui soutient les charges de la dignité. Que si le père n'a fait que promettre quelque chose à cause de dignité et qu'il soit ensuite décédé, la charge sera commune à tous les frères, y compris celui au profit duquel elle a été faite (1).

Toutefois, il résulte de la loi pénult. au C. h. t. que la milice acquise avec de l'argent du père est rapportable; or, la milice est une dignité. Les milices dont il s'agit dans la loi pénult. et L. 50 au Code de inoffic. testam., ne sont pas, à proprement parler, des dignités, car elles peuvent être vendues, transmises héréditairement, etc. C'étaient plutôt des charges lucratives, *munera*, que des dignités proprement dites.

Il en est de même des chevaux, des livres, des armes. Il est certain que ces choses-là ne sont pas soumises au rapport (2).

En principe, l'émancipé ne rapporte que les choses qu'il avait possédées à l'époque de la mort de son père et qu'il lui aurait acquises s'il s'était trouvé à cette époque sous sa puissance (3). De là s'évince la question suivante: l'émancipé pris par l'ennemi, *ab hostibus*, et rentré dans sa patrie après la mort de son père, est-il obligé de rapporter les biens qu'il recouvre par droit de *postliminum*? *Prima facie*, il semble que non; car il n'acquiert ces biens en réalité qu'après la mort du père. Cependant ils sont tenus de les rapporter. C'est la fiction du *postliminum* qui le veut ainsi. En effet,

(1) L. 2 C. de inoffic. test. (2) L. 4. C. famil. ercisc.

(3) L. 1. § 17. h. t. D.

l'émancipé captif, qui rentre sur le sol natal, est censé n'avoir jamais été captif, et n'avoir jamais cessé d'être possesseur et propriétaire des biens qu'il recouvre après sa captivité. Or, ces biens ayant été acquis avant la mort du père ; donc il est tenu de les rapporter.

Il en est de même de ceux qui ne sont plus chez l'ennemi, mais qui sont rançonnés, *redempti*, et se trouvent chez le rançonneur, *redemptor* ; eux aussi sont soumis à la collation après qu'ils auraient payé ; c'est un gage quasi-naturel ; l'utilité publique exige qu'on s'intéresse au rachat des captifs. Le gage finit par le paiement du prix, ou bien par la volonté expresse ou tacite, par exemple, si le rançonneur épouse la rédimée, *uxorem ducat*. Il finit aussi, s'il abuse de la rédimée ; enfin, il finit pour le service de cinq ans (1).

Un tiers lègue à l'émancipé quelque chose sous cette condition qu'il ne l'aura qu'à l'heure où son père sera mourant, *cum pater morietur*, un tel legs est-il soumis à la collation ? Il semble que non ; car il ne peut avoir un legs qu'après qu'il sera certain que le père était mourant ; or, cette certitude ne pouvait être acquise qu'après la mort du père ; il s'ensuit que l'émancipé n'acquiert son legs qu'après cette époque ; donc il ne rapporte pas. Cependant, la loi dit qu'un tel legs est rapportable (2), parce que ce legs lui est acquis sinon avant la mort, du moins à l'article suprême de la mort et jamais après sa mort ; car ces expressions, *cum morietur*, embrassent encore le temps de la vie. Les jurisconsultes considèrent le moment de mourir

(1) L. 2, 5, 6, 7, 13 C. de postlim. h. ult. ibid.

(2) L. 1. § 18, D. h. l.

comme étant celui de la vie, *vita manente* — l'homme vit encore quand il meurt. Nous pouvons en citer plusieurs exemples :

D'après l'antique droit, on ne pouvait valablement ni stipuler ni promettre après sa mort ; car l'action ou l'obligation qui n'avait pas commencé du vivant du défunt pour ou contre lui, ne pouvait pas non plus commencer du chef de l'héritier pour ou contre ce dernier (1). Et cependant, d'après le même droit, la stipulation ou la promesse faite *cum moriur*, était valable (2). Justinien abolit ces subtilités, et aujourd'hui ces stipulations ou promesses sont valables (3).

D'après le même droit, on ne pouvait léguer utilement après la mort de l'héritier, parce qu'on ne pouvait pas laisser des legs *legari* à la charge de l'héritier d'héritier *ab heredis herede*. Mais on pouvait léguer valablement ainsi : *cum morietur heres, illi centum dato*, parce que ces expressions se réfèrent au temps de la vie (4). Justinien nous fait grâce également de ces subtilités (5).

Personne ne peut être institué héritier après sa mort et on lègue inutilement à quelqu'un après la mort de cet héritier ; mais on peut faire institution ainsi, *cum morieris heres esto*, ou bien je vous lègue, *cent cum morieris* (6). *Quid*, si le fils sien était ainsi institué, *cum morieris heres esto* ? Cette institution équivaldrait à la prétériton et serait par conséquent nulle ; car l'institution serait reportée au dernier souffle de la vie de l'institué.

(1) L. ult. c. Theod. de diversis rescriptis.

(2) § 15. Inst. de inutil. stip. (3) L. 1. c. ut action ab hered.

(4) Ulp. frag. tit. de legat. § 16. (5) L. 1. c. précitée.

(6) L. 79. D. de cond. et demonstr. L. 9. C. de hered. inst.

Cependant l'hérédité ne peut être *ex die*, et celui qui est ainsi institué prend l'hérédité de suite, sans attendre le jour; en d'autres termes, cette clause est réputée non écrite. Comment se fait-il donc que l'institution *cum morieris* est valable? Les jurisconsultes, pour concilier cette contradiction, disent que l'héritier institué *ex die* expressément *nominatim*, est inutilement institué; mais son institution est valable, s'il est institué ainsi tacitement; par exemple, *heres esto, cum capere poteris* (1); ou *heres esto cum eris pubes* (2). Ainsi donc les *expressa nocent*, les *non expressa*, *non nocent* (3).

Et néanmoins lorsqu'on donne la liberté de cette manière, *liber esto cum morieris*, la dation de la liberté ne vaut, *non valet* (4)? C'est que dans ce cas le testateur est censé disposer ainsi en vue d'empêcher la liberté plutôt que de la donner. Une pareille disposition est donc absurde; à moins qu'on ne prouve la volonté contraire du testateur.

Il en est de même de la disposition suivante: *Usufructum cum morieris lego tibi*, ce legs est nul (5), parce que l'usufruit légué de cette manière est reporté au temps où ce droit a coutume de quitter l'usufruit; il semblerait donc à la fois commencer et finir, ce qui est encore absurde.

A cette disposition, *cum morieris do, lego tibi*, qui rend le legs valable, acquis du vivant du père et par conséquent rapportable à la masse héréditaire après sa mort, on oppose celle qui la suit immédiatement dans

(1) L. 62. *ibid.* (2) L. 33. D. de vulgar. subt.

(3) L. 195. D. de vejul. juris.

(4) L. 17. D. in pr. de manumis. testam.

(5) L. § 1. D. de usufruct. et quam.

le texte, dont l'espèce est celle-ci : Le père institué héritier est chargé d'un fideicommiss en faveur de son fils dans les termes suivants : *cum morietur Pater*. Et la loi déclare que cette disposition est valable, que le legs est censé acquis après la mort et par conséquent n'est pas soumis à la collation. Pourquoi donc, dans le cas précédent, le legs est-il rapportable, tandis que dans celui-ci il ne l'est pas ? C'est que dans le paragraphe précédent, il s'agit du legs proprement dit, c'est-à-dire, d'une disposition directe, conçue dans les termes impératifs, il s'agit là d'un droit civil rigoureux ; ici, au contraire, il est question d'un fideicommiss, c'est-à-dire d'une disposition de dernière volonté, conçue dans les termes indirects et précatives, et laissée à la bonne foi de l'héritier. Or, en matière de fideicommiss, on ne suit pas la rigueur du droit civil, mais la volonté pure de celui qui donne ainsi, *nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis* (1). Aussi, tandis que le legs fait après la mort de l'héritier était nul, le fideicommiss, au contraire, pouvait être valablement laissé pour cette époque (2). Il en résulte que le fideicommiss conçu dans les termes *cum morietur* ou *post mortem heredis*, est toujours valable et de plus il est toujours réputé fait après la mort de l'héritier ; et c'est pourquoi, dans l'espèce qui nous occupe, le fils n'est pas tenu de le rapporter à la succession de son père.

Un impubère émancipé par son père naturel se fait donner en adrogation, en connaissance de cause, *causa cognita*, d'après le rescrit d'Antonin le Pieux (3) ;

(1) Frag. d'Ulp, § 1. de fideicommiss. (2) Ibid. § 8.

(3) Inst. § 3 de adopt. Jujus. inst. § 102 com. 1. fr. d'Ulp. § 5. de Adopt.

ensuite il est émancipé sans juste cause par son père adrogeant qui décède ; plus tard , enfin , le père naturel décède aussi. On demande si ce fils émancipé venant à la bonor. possessio de son père naturel est tenu d'y rapporter la *quarta Antonina* qui lui est due sur la succession de son ci-devant père adoptif ? Il faut voir avant tout , dit Ulpien , si cette *quarta* est transmissible aux héritiers. Si elle est transmissible , il est obligé de la rapporter ; sinon elle ne la rapportera pas. Or , elle est transmissible, car ce droit n'est pas du nombre de ceux qui nous sont tellement inhérentes , qu'ils ne peuvent nous quitter sans qu'ils soient immédiatement anéantis , comme , par exemple , l'usufruit , *non enim a persona discedere sine interitu sui potest* (1). Elle est transmissible, parce qu'elle est considérée dans le partage de l'hérédité de l'adrogeant comme une dette , *quasi æs alienum* (2), et comme telle soumise à l'action *in personam* , l'action transmissible aux héritiers , *et magis est , ad heredem transferat , etc.* (3).

Toutefois, il faut remarquer que la quarte antonine ne devient rapportable qu'autant que l'action de l'exiger est déjà ouverte , c'est-à-dire , que l'adrogeant est déjà mort. Car s'il vit encore , il n'y a rien à rapporter. La collation d'une simple espérance serait ici prématurée et illicite. Car il est contraire au droit civil de traiter sur les biens d'une personne vivante.

De là il résulte aussi , que le père , dont le fils a été condamné pour délit entraînant une amende pécuniaire , n'est pas obligé d'avancer sa légitime pour satisfaire à cette amende , et que le fils n'est pas non plus

(1) L. 15. famil. ercisc. D. (1) L. 8. § 15. D. de inoffic. test.

(2) L. § 22. h. t.

tenu d'en garantir le paiement sur la part qu'il aura dans la succession de son père. Et c'est inutilement qu'on oppose à cette décision la loi 14, ut leg. vel fidei-comis. 1). Car il s'agit dans cette loi de l'hérédité d'une personne morte. Or, personne n'a jamais contesté que l'hérédité, voir même les legs, les fidei-commis, etc., laissée par une personne qui n'existe plus, ne puissent être garantis par la satisfaction.

Le fils émancipé rapporte le pécule profectice de son fils qu'il a sous sa puissance; car, à vrai dire, ce pécule n'appartient pas à son fils, mais à lui. Et d'après l'ancien droit, il rapportait aussi le pécule adventice de son fils; car, autrefois, ce pécule lui appartenait aussi en propriété. Mais, d'après la constitution de Justinien, il ne le rapporte plus, puisque la propriété en a été dévolue au fils. Il ne rapporte pas non plus ni dans l'ancien droit, ni dans le nouveau, le pécule castrense ou quasi-castrense de son fils; car, en vertu des concessions et faveurs déjà anciennes, accordées aux fils de famille, ce pécule constitue leur patrimoine propre et indépendant de celui du père.

Cela posé, supposons que le fils de l'émancipé est décédé après la mort de son aïeul, et précisément à l'époque où le rapport devait être effectué à sa succession; l'émancipé rapportera-t-il le pécule castrense ou quasi-castrense de son fils décédé? Nulle difficulté, si ce petit fils décède avant son aïeul; car son pécule étant déjà recueilli et possédé par son père à la mort de son aïeul doit être rapporté comme tout autre bien soumis au rapport. Mais *quid* s'il décède après la mort de son aïeul? Il semble que, dans cette hypothèse, le fils émancipé ne doit pas le rapporter. En effet, on ne rapporte que les choses qu'on possède à

l'époque de la mort de celui à la succession duquel on doit rapporter (1). Or, dans l'espèce proposée, l'émancipé n'avait pas encore acquis le pécule de son fils au temps de la mort de l'aïeul, son fils étant mort après ce dernier. Cependant, la loi dit qu'il doit le rapporter. La raison en est, c'est que ce pécule est censé appartenir au père rétroactivement. Le père ne l'acquiert pas actuellement et après la mort de l'aïeul, mais bien en vertu du droit strict, ce pécule lui était déjà acquis de plein droit, *ipso jure*, de l'instant qu'il a été acquis par son fils. Que si plus tard les constitutions impériales ont accordé aux fils de famille certains privilèges et notamment celui d'être considérés comme père de famille, *pater-familias* relativement à leurs pécules castrensés, elles n'ont pas néanmoins entendu supprimer en entier la prérogative de la puissance paternelle sur ce point. Ce privilège ne fait que le suspendre aussi long-temps que le fils est à même d'user de cette concession, s'il le veut; que s'il n'en use pas, s'il meurt sans en avoir disposé, ce pécule retombe sous l'empire du droit commun: le privilège n'ayant pas été exercé, le père est censé en avoir été toujours propriétaire. Aussi, dans ce cas, on ne dit pas que le pécule est acquis au père, mais qu'il ne lui est pas enlevé, *non enim nunc acquiritur, sed non adimitur*. De même, on ne dit pas que le père l'acquiert par droit d'hérédité, mais par droit de pécule, *jures peculii* (2). De même enfin, dans notre espèce, nous ne dirons pas que le père l'acquiert actuellement et après la mort de l'aïeul, mais qu'il est censé l'avoir eu avant la mort de ce dernier,

(1) L. 16. C. h. l. (2) L. 9. D. de pecul. cast.

parce qu'il ne lui a pas été repris par le fils. Et la conséquence de ce principe est si étendue, qu'alors même que le père serait institué héritier de ce pécule et substitué vulgairement et qu'il fasse ou non addition d'hérité, il n'en sera pas soumis à l'obligation de le rapporter. Car on n'examine pas ici la question de savoir, si et quand le pécule lui est acquis; mais celle s'il lui est repris ou non; *quia non magis nunc queritur peculium, quam nunc non alienatur* (1).

L'émancipé rapporte non-seulement les biens qu'il possède à l'époque de la mort de son père, mais même ceux qu'il a cessé de posséder par son dol ou par sa faute. Quant aux biens qui ont dé péri sans son dol ou sans sa faute, ils ne sont pas soumis à la collation; car, dit Ulpien, le prêteur veut que la collation se fasse au jugement d'un homme juste et équitable, *boni viri arbitrato*; or, l'homme juste et équitable n'ordonnera pas le rapport des choses que l'émancipé ne possède plus et qu'il n'a cessé de posséder ni par dol ni par sa faute (2). Il ne rapportera pas non plus les choses qu'il a pu acquérir, mais qu'il n'a pas voulu le faire; autre chose, en effet, est diminuer son patrimoine, autre chose ne vouloir pas l'augmenter; car, dans ce dernier cas, il lèse aussi ses propres intérêts, *nam hic et sibi insidiatus est* (3).

L'émancipé rapporte ses biens, déduction faite des dettes, *deducto ave alieno* (4). Car dans tout ce droit, on entend par biens, *bona*, les biens effectifs, ceux qui enrichissent leur propriétaire et non ceux qui l'appauvrissent. Cependant une dette due sous condi-

(1) L. 1. § 22. C. h. t. (2) L. 1. § 23. h. t. (3) l. 1. § 23. Ibid.

(4) L. G. c. h. t.

tion doit être rapportée; car une telle dette n'existe pas même, à proprement parler; une pareille dette n'est ni due, ni exigible, *dies nec cedit me venit*. Mais dans ce cas on exige une caution de la part du frère à qui cette dette est rapportée, afin que la condition étant arrivée elle soit restituée. L'émancipé rapporte donc une dette conditionnelle et non une dette pure et simple ou à terme.

*Quid* d'une dette conditionnelle active, c'est-à-dire d'une dette due sous condition à l'émancipé lui-même. Il la rapporte aussi. Mais il n'en est pas ainsi d'un legs conditionnel. Ce legs n'est pas rapportable, si la condition ne se réalise qu'après la mort du père. La raison de cette différence se tire de ce principe « dans les stipulations on considère le temps du contrat, dans les legs, au contraire, c'est le moment de l'ouverture du droit qu'on considère et non celui du testament. » C'est par application de ce principe que l'esclave héréditaire ne peut valablement stipuler l'usufruit sous condition ou de toute autre manière; car les stipulations produisent leurs effets du jour du contrat, et valent ou ne valent pas. En effet, l'usufruit ne peut être constitué sans personne; or, dans l'espèce, il le serait, puisque la condition s'étant réalisée et rétroagissant au jour du contrat trouverait toujours la personne de l'esclave sur lequel le droit d'usufruit ne peut se fixer. Mais il en est autrement dans le legs. Le legs est valablement laissé à l'esclave héréditaire, et il produit ou ne produit effet, suivant qu'à l'époque de la réalisation de la condition l'hérédité a déjà son maître ou n'en a pas encore. De même, la stipulation conditionnelle se transmet héréditairement, le legs conditionnel ne se transmet pas ainsi. Par la même

raison, l'esclave stipule valablement une servitude pour le fond de son maître. Au contraire, on ne lègue pas valablement à l'esclave une servitude pour le fond de son maître. Il peut se faire, en effet, que l'esclave devienne libre ou change de maître à l'époque de l'ouverture du legs. Car, bien qu'on ait faction de testament avec l'esclave, on ne peut leur léguer valablement que dans le cas où l'on peut le faire valablement aux personnes libres, *ea tamen quæ servis reliquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere*, Papinien (6). Enfin, lorsque le fils de famille stipule sous condition et que la condition se réalise après l'émancipation, l'action est acquise à son père; au contraire, le legs conditionnel fait à un fils de famille, si la condition ne se réalise qu'après l'émancipation, appartient à lui seul et non à son père. Ainsi donc, dans notre espèce, la stipulation conditionnelle est rapportable, quoique la condition se réalise après la mort du père. Car, à quelque époque qu'elle se réalise, elle rétroagit au moment du contrat, c'est-à-dire, au temps où le stipulant était sous la puissance paternelle; au contraire, le legs conditionnel n'est pas rapportable, si la condition ne se réalise qu'après la mort du père.

L'émancipé, avons-nous dit, rapporte aussi l'*æs suum*, c'est à-dire, ses créances; il les rapporte lors même qu'elles seraient conditionnelles. Mais rapportent-ils l'*actio furti*? Il la rapporte certainement, puisqu'il la transmet à ses héritiers; car elle a pour objet la poursuite d'un intérêt pécuniaire. Il ne rapporte cependant pas l'*actio injuriarum*. Cette action, en effet, ne se donne que contre l'auteur de l'injure et non contre ses héritiers, parce qu'elle a pour objet la pour-

suite d'une réparation morale, d'une peine qui ne peut dépasser la personne du délinquant, *magis enim vindictæ quam pecunie habet persecutionem*. L'action de *moribus*, supprimée par Justinien, était de la même nature. Que faut-il penser des actions populaires, comme *sepulchri violati, dejectorum et effusorum*? Ces actions ne se rapportent pas non plus, car elles ne se donnent pas contre les héritiers du délinquant. Car elles n'ont pas pour objet l'intérêt pécuniaire, mais bien une réparation pénale pour venger l'outrage, non *ad rem familiarem*, *sed magis ad ultionem pertinet*. Mais l'action pécuniaire, c'est-à-dire, l'action en réparation du préjudice matériel qu'aurait éprouvé le plaignant à l'occasion de ce délit, se transmet aux héritiers et par conséquent est soumise au rapport. En résumé donc, il n'y a que les actions d'intérêt pécuniaire et transmissibles aux héritiers qui sont soumises à la collatio; toutes les autres qui n'ont pas ce caractère sont affranchies du rapport.

Nous avons dit plus haut que les stipulations contractées par le fils émancipé du vivant de son père étaient rapportables sans distinction de leurs modalités, simple, à terme ou sans condition; car, dans tous ces cas, elles auraient été acquises au père, si le fils s'était trouvé sous sa puissance. Cependant cette règle n'est pas sans exception. Nous en trouvons une dans la loi 44 de notre titre. Paul suppose qu'il est dû quelque chose au fils émancipé après la mort de son père; le débiteur, au lieu d'attendre cette époque, aime mieux s'acquitter envers lui du vivant de son père; le rapportera-t-il? Il semble qu'il doit le rapporter; car non-seulement la dette a été contractée, mais même payée du vivant du père; bien plus, ce dernier motif est

complètement indifférent ici, car, comme nous l'avons vu, les dettes à termes ou conditionnelles sont rapportables par ce seul motif, qu'elles auraient été acquises au père, si le fils était resté en sa puissance. Cependant, le jurisconsulte dit que le fils n'est pas tenu de le rapporter ; parce que, dit-il, le fils semble avoir cette chose après la mort de son père, non pas à cause d'un paiement prématuré, mais bien parce que telle est la cause particulière de la dette. Cette loi ne nous paraît pas claire. Tout ce qu'on peut en dire, c'est qu'elle établit une véritable exception à la règle. En effet, en principe, les dettes conditionnelles sont rapportables ; mais il faut en excepter les choses reportées spécialement à l'époque de la mort du père ou de l'émancipation du fils. Ces choses doivent être conservées par le motif d'humanité, *humanitatis intuitu* ; de telle sorte qu'on n'a pas ici égard à l'époque du contrat.

Il est temps que nous passions à la dot et à la donation *propter nuptias*.

La collation de la dot est traitée au Digeste, dans un titre séparé. La raison en est, parce que la *bonorum collatio* en général et celle de la dot en particulier ne sont pas régies précisément par les mêmes principes. La *bonorum collatio* n'était appliquée qu'aux enfants émancipés ; au contraire, la collation de la dot était commune à tous les enfants sans distinction, qu'ils soient émancipés ou siens, ou ceux même qui n'étaient ni siens ni émancipés, comme les enfants, par rapport à la succession de leur mère, aïeul ou aïeule maternels.

Plus tard, et sans qu'on puisse en préciser l'époque d'une manière exacte, il s'élabore une nouvelle institution, inconnue aux anciens *prudentes*, engendrée sans doute, au milieu des mœurs transformées des

Romains , et sous la pression de nouvelles idées et de nouveaux besoins du siècle. Je veux dire la donation *propter nuptias*. Il est probable qu'elle fonctionnait déjà dès avant le cinquième siècle ; puisque l'empereur Léon , en 467 , juge déjà à propos de prendre à son égard une mesure législative par laquelle , en ce qui concerne la collation , il assimile la donation *propter nuptias* à la dot proprement dite , et ordonne qu'à l'instar de la dot , tous les enfants sans distinction seront désormais soumis à l'obligation de la rapporter à la succession commune de leurs auteurs donateurs.

En effet , la donation *propter nuptias* n'était , à ce qu'il paraît , autre chose que la dot du mari ; de même qu'un bien donné au nom de la fille en vue de son mariage , était la dot proprement dite de la femme. La dot se constitue par la femme ou en son nom et se donne au mari pour soutenir les charges du mariage ; la donation *propter nuptias* se donne par le mari ou en son nom à la femme pour lui servir de contre-dot , *αντιφερονα* , dans le but d'établir l'égalité de position entre les deux époux et d'assurer à la femme ou à ses enfants la restitution intégrale de sa dot. La dot et la donation *propter nuptias* sont donc , pour ainsi dire , deux dots juxtaposées , établies par les mêmes besoins , conçues dans des vues réciproques , et en conséquence régies à peu près par les mêmes principes.

Avant de pénétrer plus en avant dans la matière , nous ne croirions pas nous écarter trop de notre sujet en donnant quelques notions succinctes sur la dot classique des Romains.

La dot se constitue , dit Ulpien , par la dation , la diction et par la stipulation , *dos datur , dicitur aut promittitur*. La dot est ou profectice , c'est-à-dire la

dot constituée par le père de la femme ; ou adventice, c'est-à-dire celle constituée par tout autre que le père. La femme étant décédée dans le mariage, la dot profectice revient au père qui l'avait donnée ; si le père n'existe plus, elle reste au mari. La dot adventice, dans la même hypothèse, reste toujours au mari ; à moins que celui qui l'a constituée n'ait stipulé qu'elle serait restituée à ce dernier ; la dot, dans ce cas, s'appelle *receptitia* ; si le mariage est dissous par le divorce et que la femme soit *sui juris*, l'action en répétition de la dot compète à elle seule ; que si elle se trouve *alieni juris*, l'action en répétition appartient au père et à la fille conjointement ; peu importe, d'ailleurs, que la dot soit, dans ce cas, profectice ou adventice. La dot qui consiste dans des choses fongibles, c'est-à-dire, *quæ pondere, numero mesurave constant*, est restituée par tiers, pendant trois années consécutives, *annua, bima, trima die*, sauf stipulation contraire ; dans tous les autres cas, elle doit être restituée dans l'année. Enfin la dot subit des rétentions pour diverses causes, et notamment pour des impenses et qui sont de trois espèces : nécessaires, utiles et voluptueuses ; on ne tient aucun compte de ces dernières.

La fille doit rapporter la dot profectice à ses frères avec lesquels il vient à la succession de son père. Remarquons qu'elle doit rapporter non-seulement la dot donnée, mais même la dot promise par son père, ce qui s'effectue, comme nous l'avons déjà fait voir plus haut, au moyen de la *cautio defensionis*. Il est équitable, en effet, que la femme se dote en entier elle-même, sur ses propres biens, *æquius enim est insolidum de suo eam dotatam esse*.

La fille était obligée de rapporter aussi avant la

constitution de Justinien sa dot adventice. C'était, sans doute, la conséquence du principe d'après lequel le pécule adventice appartenait au père de plein droit et au même titre que le pécule profectice. Aussi, les enfants émancipés étaient-ils eux-mêmes soumis à l'obligation de le rapporter. Pourquoi la fille ne serait-elle pas obligée de rapporter sa dot adventice ? La loi 4 au Code le déclare expressément : il n'y a pas de doute, dit-elle, que la fille ne rapporte à ses frères restés en puissance sa dot profectice ou adventice ; mais elle ne rapporte à ses frères émancipés que sa dot profectice, après les diverses controverses des jurisconsultes.

De là, il résulte deux points à noter : 1° qu'en ce qui concerne la collation de la dot ou de la donation *propter nuptias*, les siens eux-mêmes sont astreints à cette obligation ; 2° qu'ils rapportent non-seulement à leurs frères restés en puissance, mais même à leurs frères émancipés.

Pourquoi donc les siens sont-ils obligés de rapporter leur dot et donation *propter nuptias*, tandis qu'ils sont dispensés de cette obligation en ce qui concerne leurs autres biens ? Cela se comprend. Leurs autres biens ne peuvent être que l'un des quatre genres de pécule : castrense, quasi-castrense, adventice ou profectice. Or, ils ne rapportent pas les deux premiers, parce qu'ils en sont affranchis par les anciennes lois. Ils ne rapportent pas le pécule adventice, dans l'ancien droit : parce qu'il n'en était pas propriétaire ; dans le droit de Justinien : quoique propriétaire de ce pécule, ils en sont dispensés. Ils ne rapportent pas le pécule profectice, parce qu'il est la propriété du père. Bien qu'ils en aient de son vivant la libre disposition,

ce pécule cesse d'exister à leur égard par la mort du père et va se confondre de plein droit dans la masse héréditaire de ses autres biens, sans qu'ils aient besoin de le rapporter.

Au contraire, la dot et la donation *propter nuptias* ne sont pas envisagées par la loi au même point de vue que le simple pécule profectice. Il importe, en effet, à l'intérêt public que les enfants, ceux mêmes soumis à la puissance paternelle, soient considérés comme propriétaires de la dot en dehors de tous les droits du père, *reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possent*. Si donc les siens eux-mêmes sont obligés au rapport de la dot ou de la donation *propter nuptias*, c'est parce qu'ils en sont propriétaires, de même que les émancipés le sont par rapport aux biens qu'ils acquièrent après leur émancipation. S'ils ne rapportent pas leurs autres biens, c'est parce qu'ils sont dispensés du rapport, ou parce que la chose à rapporter n'est pas dans leur patrimoine, mais bien dans celui de leur père. La fille donc étant propriétaire de la dot profectice ou adventice la rapporte à ses frères, et le fils rapporte au même titre à sa sœur la donation *propter nuptias*, profectice ou adventice.

Maintenant, les siens ne rapportent pas leurs autres biens aux émancipés, pourquoi rapportent-ils la dot, même à ces derniers ?

La solution de cette seconde question repose encore sur le même principe ; savoir, que la fille et le fils de famille sont propriétaires de la dot ou de la donation *propter nuptias*. En effet, ils ne rapportent pas aux émancipés leurs autres biens, parce qu'ils en sont dispensés par une loi, ou bien, parce qu'ils n'en sont

pas propriétaires. Le bien, dans ce dernier cas, fait partie de la masse générale de la succession du défunt; l'émancipé l'y trouve et se le partage également avec ses autres frères restant sous la puissance; il n'a pas besoin d'en demander le rapport et personne n'est obligé de le lui faire. Mais la dot et la donation *propter nuptias*, devenue propriété de la fille ou du fils, se sépare définitivement du patrimoine du père et n'y rentre que par voie du rapport. L'émancipé ne la retrouve dans les biens paternels qu'autant qu'elle y était rapportée. Or, a-t-il droit d'exiger un rapport, est-on tenu de le lui faire? Oui. L'émancipé venant à l'hérédité paternelle par le secours du préteur recouvre sa qualité de fils de famille. Ses droits et sa position au regard de la succession paternelle sont absolument les mêmes que ceux de ses autres frères restés en puissance; et pourvu qu'il rapporte lui-même les biens qui auraient fait partie du patrimoine paternel, s'il avait resté sous la puissance, il n'y a pas de raison qu'il ne soit pas traité sur le même pied d'égalité que ses autres frères siens. Or, ces derniers ont droit d'exiger le rapport de la dot ou de la donation; on ne voit pas pourquoi on refuserait le même droit à l'émancipé.

Cependant, cette loi 4 établit ici une différence entre les siens et les émancipés. La fille ou le fils, dit-elle, rapporte aux siens sa dot *profectice* et *adventice*; ils ne rapportent aux émancipés que leurs dots *profectices*. Pourquoi cela? C'est probablement sur cette distinction que s'était établie entre les prudens la controverse dont l'empereur Gordien fait mention dans la même loi. En faveur de la distinction, et c'était même à ce qu'il paraît l'opinion de la majorité

des jurisconsultes de cette époque, on faisait valoir cette considération que, si la fille était obligée de rapporter au frère émancipé sa dot adventice, elle en éprouverait un double préjudice : 1<sup>o</sup> celui qui résulterait pour elle du concours même des émancipés, lui enlevant la part des biens qu'elle aurait eu, si elle venait seule, comme elle a ce droit incontestablement, à la succession paternelle. 2<sup>o</sup> Le préjudice qui consiste pour elle dans le fait même du rapport de la dot adventice. Or, l'équité qui est l'âme des lois ne permet pas que les émancipés qui ne viennent à l'hérédité que par le remède prétorien et n'y rapportent même pas leurs autres biens adventices, profitent ainsi de la dot adventice au détriment de leur sœur restée en puissance qui n'a peut-être d'autres biens propres que celle-là.

La minorité répondait : soit. Mais la fille rapporte aux émancipés sa dot profectice ; et là-dessus pas de controverse possible. Est-ce qu'il n'en résulte pas également pour elle un double préjudice ? Pourquoi voulez-vous tenir compte de ce préjudice dans un cas et n'y avoir pas égard dans l'autre ?

La majorité répliqua, et cette réplique parut victorieuse, à ce qu'il paraît. La dot profectice se constitue sur les biens paternels ; il est équitable de la restituer après la mort du père à sa source primitive ; car, dans le cas même où le mariage se dissout par la mort de la fille, la dot profectice revient au père, bien qu'elle eût cessé de faire partie de son patrimoine. Au contraire, la dot adventice n'est pas rendue à son origine ; dans le même cas, elle reste au mari. Si donc dans le premier cas il est juste que l'émancipé participe à la dot profectice restituée à son ori-

gine , aussi bien qu'aux autres biens paternels , il est injuste qu'il profite de la dot adventice qui avec son origine extrinsèque peut , à bon droit , être considérée comme étrangère aux biens paternels.

Toutefois , Justinien faisant bon marché de ces controverses , et sans s'arrêter aux subtiles distinctions du droit antérieur , ordonna , par une de ses constitutions , que la dot adventice pas plus que les autres biens adventices ne seront plus soumis à la collatio. En effet , cet empereur établit comme règle générale que les choses qui ne peuvent être acquises au père , ne doivent être rapportées non plus. Or , les choses qui échappent au domaine du père sont non-seulement les pécules castrenses , quasi-castrenses , ce qui était déjà ancien , mais même d'après la constitution du même empereur les pécules adventices , c'est-à-dire , les biens qui adviennent aux fils de famille d'une autre source que celle des biens du père sous la puissance duquel ils se trouvent. Les enfants de famille qui les ont acquis les possèdent comme propriétaires , sauf l'usufruit qui doit en appartenir au père en entier sa vie durant ou de la moitié après l'émancipation de l'enfant.

En règle générale , les émancipés ne rapportent pas entre eux. La raison en est , c'est que le droit de tous étant égal , ils ne causent aucun dommage l'un à l'autre en venant à la succession de leur père. Toutefois , et par exception à l'édit du préteur , les émancipés rapportent entre eux réciproquement la dot et la donation *propter nuptias* , autrefois profectice et adventice , aujourd'hui profectice seulement. Cette exception fut motivée par la considération que si l'on étendait le principe général d'après lequel les éman-

cipés ne rapportent pas entre eux , même aux dots et aux donations *propt. nuptias* , il en résulterait une injustice , une inégalité flagrante de condition entre les émancipés et les non émancipés , c'est-à-dire que la condition de ceux qui ne restent plus sous la puissance paternelle serait de beaucoup supérieure à celle des enfants qui s'y trouveraient encore au moment du décès de leur père.

Il est probable que ce tempérament apporté à la règle prétorienne , en ce qui concerne la dot , existât déjà dans l'ancien droit. La loi 17 au code h. t. ne serait donc pas nouvelle sur ce point. Mais elle est nouvelle sur un autre point ; savoir , que l'empereur Léon fut le premier qui étendit l'obligation de rapporter la dot et la donation *propter nuptias* même aux frères et sœurs qui ne peuvent être considérés ni comme siens , ni comme émancipés par rapport au parent auquel ils succèdent ; par exemple , les fils ou les petits-fils des mères , des aïeuls ou aïeules maternels. Car autrefois , il n'y avait lieu à la collation de la dot et de la donation *propter nuptias* , qu'entre ceux qui étaient en puissance du défunt ou entre les émancipés.

Cette loi 17 confirme donc l'ancien droit en ce qui concerne les siens et les émancipés et en crée un nouveau par rapport à ceux qui ne sont ni siens , ni émancipés ; en conséquence , elle soumet tous ces enfants , de quelque catégorie qu'ils soient , à la nécessité de la collation réciproque de la dot et de la donation *propter nuptias*.

Justinien va plus loin et complète en cette matière la réforme commencée par ses prédécesseurs. Cet empereur établit un ordre de collation tout-à-fait nouveau et inconnu aux anciens.

La représentation en ligne directe descendante était déjà vieille en droit romain. La loi des XII tabl. la consacra comme principe du droit civil ; et le préteur qui ne s'écartait point de cette loi , en tant du moins qu'elle posait un principe bon en lui-même , l'a recueilli et pratiqué dans ses édits. Les petits-enfants nés du fils prédécédé succèdent à leur aïeul paternel concurremment avec leurs oncles et tantes paternels , et prennent , en quelque nombre qu'ils soient , la part et rien que cette part que leur père prendrait s'il vivait , ce qui s'appelle succéder par souche *in stirpes*. Mais ils la prennent avec ses avantages et ses charges. De telle sorte que , si leur auteur lui-même était soumis à l'obligation de rapporter à ses frères la dot ou la donation *propter nuptias* , ses représentants se mettant à sa place , sont astreints à la même charge ; ils sont tenus de rapporter à leurs oncles ou tantes paternels la dot ou la donation qu'aurait reçu leur père. Ainsi donc , en ce qui concerne les petits-enfants issus du fils prédécédé , qui succèdent à leur aïeul paternel , il n'y a pas de difficulté : tout y concourt , le droit civil , le droit prétorien , la qualité du descendant , celle de l'ascendant et enfin la part des biens qui est ici intègre et sans diminution aucune. Le petit-fils représente donc son père et le représente pour sa part entière , il est juste qu'il subisse les charges dans la même proportion.

Mais en ce qui concernait les petits-enfants issus de la fille , succédant à leur aïeul maternel ou même issus du fils , succédant à leur aïeule maternelle , la chose n'était pas aussi claire. Les petits-enfants , en concours avec leurs oncles et tantes maternels , ne prenaient pas la part entière que leur mère ou père prendrait s'il

vivait , mais avec diminution d'un tiers en vertu des constitutions de Valentinien , de Théodose et d'Arcadius ; si au contraire , ils y venaient seuls , si aucun autre héritier sien n'existait , ils excluèrent les agnats auxquels la succession aurait appartenue d'après le droit civil , et ces mêmes constitutions voulaient que ces derniers retinssent , comme une sorte de falcidie , le quart de l'hérédité.

Justinien , corrigeant cette iniquité de l'ancien droit , leur rendit d'abord le quart qu'on leur retranchait quand ils venaient seuls à la succession de leur parent. Mais il n'avait encore rien fait pour le tiers qu'on leur enlevait quand ils étaient en concours avec leurs oncles ou tantes. Ce fut seulement par ces nouvelles 118 et 128 de *triente et semisse* qu'il supprima enfin cette restriction. De sorte que dans le dernier état du droit de Justinien , la portion du parent à la place duquel ses enfants entrent et le représentent , leur reste conservée en entier , soit qu'ils viennent seuls à la succession ou y concourent avec leurs oncles ou tantes.

Et maintenant , admis à succéder à leurs aïeuls et aïeules concurremment avec leurs oncles et tantes , les petits-enfants sont-ils soumis à l'obligation de rapporter la dot ou la donation *propter nuptias* données ou promises à leur père ou mère dont ils prennent la place et les représentent ? Et *vice versâ* , les oncles et les tantes qui ont reçu du défunt , leur père ou mère , une dot ou une donation. sont-ils également tenus de les rapporter aux enfants de leurs frères ou sœurs ? Telle est la double question que Justinien décide dans la loi 19 du Code h. t.

Les oncles disaient , en effet , qu'ils n'étaient pas obligés au rapport envers les enfants de ses frères et

sœurs avec lesquels ils succèdent , parce que la collation n'avait lieu qu'entre enfants et non entre les cognats collatéraux ; que la collation était une charge qui ne pouvait être imposée à un héritier que par une loi spéciale. Or , aucune loi ne nous y oblige. Vainement , objectait-on , qu'il résulte de la loi 14. C. h. t. qu'autrefois même la charge de collation était imposée aux oncles et tantes, puisque cette loi dit expressément que la tante qui ne rapporte pas au fils de son frère la dot qu'elle avait reçu de l'auteur commun , doit être privée des actions héréditaires. Mais l'espèce prévue dans cette loi 14 , répliquait-on , est entièrement différente de celle qui nous occupe dans ce moment ; et il n'est pas permis de les confondre. Dans la loi 14, le fils du frère demande à sa tante le rapport de la dot par droit d'hérédité , *jure hereditario* ; parce que le fils était devenu héritier de son père auquel la tante devait la rapporter avant qu'il ne fût mort. Ici , au contraire, on demande si le fils du frère peut l'exiger de son oncle ou de sa tante en vertu de son propre droit , non comme héritier du frère , mais comme fils de ce dernier. Car , certainement , il ne le peut pas ou ne le pouvait pas avant la loi 19. Ainsi , les oncles et tantes refusaient avec juste raison de rapporter la dot ou la donation *propter nuptias* aux enfants de leurs frères ou sœurs.

Et réciproquement , les petits-enfants disaient aussi qu'ils n'étaient pas obligés envers leurs oncles et tantes au rapport de la dot ou de la donation fournie à leur père ou à leur mère à sa place et pour la part desquels ils entrent et les représentent dans la succession de leur aïeul ou aïeule ; car il n'y a que la loi qui puisse les y obliger. Or, cette loi n'existe pas. Et quand

on leur opposait une loi au Code Théodosien portant que les petits-enfants, issus de la fille, venant concurremment avec leurs oncles maternels à la succession de l'aïeul maternel devaient leur rapporter la dot qui avait été donnée à leur mère, ils répondaient que la loi, ne parlant que des oncles maternels, ne pouvait leur être appliquée dans l'espèce où il s'agissait des oncles et tantes paternels ou tantes maternelles; car l'obligation de rapport étant de droit étroit, il n'est pas permis de l'étendre par une simple interprétation au cas que la loi n'a pas spécialement prévu. Justinien ne nie pas que les uns et les autres ne s'appuient sur de justes raisons; mais il déclare que désormais la charge de collation de la dot et de la donation *propter nuptias* faites par leurs auteurs aux oncles et tantes, au père ou à la mère des petits-enfants, sera commune et applicable même aux oncles et tantes paternels, et à la tante maternelle. Les oncles et tantes la rapportent donc aux enfants de leurs frères et sœurs et *vice versa*; ces derniers seront soumis, sur ce point, à la même obligation envers leurs oncles et tantes.

Enfin, et pour terminer ce sujet aussi vaste qu'important du droit romain, il nous reste encore à parler des donations simples faites aux enfants par leurs parents. Sont-elles rapportables?

Il y a des enfans *siens*, *émancipés* et ceux qui ne sont ni *siens*, ni *émancipés*. La donation peut être faite par le père de famille à l'enfant qu'il a sous sa puissance ou à celui qui en était sorti par l'émancipation; ou, enfin, elle peut être faite par la mère, l'aïeul ou l'aïeule maternel à l'un de leurs enfants qui n'a jamais été sien ni *émancipé*, il n'a pu même l'être.

Occupons-nous d'abord du cas où la donation simple serait faite par le chef de famille à son enfant resté en sa puissance. Est-elle rapportable? En règle générale, elle ne l'est pas. Car la donation elle-même est inutile dans ce cas, à cause de l'unité de personne, *propter unitatem personarum*. Il est absurde de prétendre qu'on peut faire une donation à soi-même. Le père et le fils, à cause du droit de puissance paternelle, sont considérés comme une seule et même personne. Et cette nullité est tellement radicale, que d'après l'ancien droit elle ne cessait même pas par la mort du père. Il s'ensuit que la chose donnée en cette forme par le père à son fils, ne cesse pas de faire partie du patrimoine du père et à son décès elle est réputée s'y trouver, lors même que par le fait elle serait en possession du fils. Dès lors, la collation dont l'objet est de communiquer la chose donnée aux cohéritiers suivant les règles qui la régissent, est ici complètement inutile.

Toutefois, si le père qui l'a faite, la confirme par un acte de dernière volonté, s'il déclare, par exemple, dans le testament ou par codicile qu'il désire que la chose donnée au fils lui appartienne, le don fait entre-vifs sera validé. Mais remarquons-le bien, cette donation n'est pas alors considérée comme donation entre-vifs, mais comme legs ou fideicommiss. Or, le legs ou le fideicommiss ne s'acquièrent qu'après la mort du père; il s'ensuit que la donation entre-vifs, même confirmée par la mort du père, est affranchie de la collation. Ainsi donc une pareille donation dans l'ancien droit n'est rapportable dans aucune de ces hypothèses.

D'après le droit de Justinien, la donation faite au

fil de famille est en général confirmée par la seule mort du père. Bien plus, cette confirmation tacite rétroagit même au moment où la donation a été faite, si d'ailleurs elle réunit les conditions que la loi prescrit pour son effet, mais elle n'est pas pour cela rapportable ?

Parlons maintenant des émancipés. Les émancipés rapportent-ils aux siens la donation simple ? Il paraît qu'ils la rapportent à cause de la loi 17 au Code de notre titre, *in fine*. Car autrefois ils rapportaient même les pécules adventices ; pourquoi ne rapporteraient-ils pas la donation simple ? Non , ils ne sont pas tenus de la rapporter. La loi 17 *in fine* qu'on cite ici en faveur de l'opinion opposée , n'est pas applicable à notre question. Nous parlons, en effet , d'une donation simple . on ne saurait nous opposer une donation *ob causam*. Or , dans cette loi *in fine* il s'agit véritablement d'une donation *ob causam* ; c'est-à-dire , il s'agit des dons que le père émancipateur a coutume *ut adsolet*, de faire à l'émancipé , soit dans l'émancipation même , soit depuis , pour lui venir en aide dans son premier établissement de famille. C'est plutôt une donation moralement arrachée à la volonté du père , qu'une donation *quæ nullo jure congente fit* , et que nous appelons donation simple. Elle a la même cause , le même but que la donation *propter nuptias*. De même , en effet , qu'un père donne une dot à sa fille ou fait une donation à son fils pour subvenir aux charges de leur mariage , de même le père émancipateur donne quelque chose à son fils émancipé pour venir en aide aux premiers besoins de son état futur de *pater familias*. D'après cela est-il étonnant que la loi 17 n'entend nullement déroger en cette matière à l'ancien droit ,

*emancipatis...* dit-elle ,.... *pro tenore præcedentium legum .. collaturis*. C'est que la donation *ob causam* ayant le même but et la même cause que la dot et la donation *propter nuptias* est régie par le même droit.

Mais pourquoi la dot, la donation *propter nuptias* et autres qui s'y rapportent de près ou de loin sont-elles rapportables, tandis que les donations simples, excepté les deux cas que nous avons mentionnés plus haut, ne le sont pas? C'est que ni la dot, ni la donation *propter nuptias*, ne sont régies par les mêmes principes que la donation simple. La dot et la donation *propter nuptias*, qui n'en est que la contre-dot, sont un bien commun des enfants et des parents qui l'ont fournie, *communis est patris et filia*. La donation simple, au contraire, constitue un bien propre, exclusivement propre au donataire. La dot constituée à un enfant par son père ou sa mère n'est, dans leur pensée, qu'une anticipation sur sa part héréditaire, un avancement de cette portion qu'il doit avoir dans leur succession, et voilà pourquoi elle est essentiellement résoluble et rapportable, sauf la volonté contraire du constituant. La donation simple, au contraire, est une donation entre-vifs, un contrat actuel et irrévocable de sa nature, sauf la volonté contraire du donateur ou de la loi. Ajoutez que dans le droit romain les parents étaient obligés par la loi à doter leurs filles; au contraire, personne n'est tenu de faire une donation simple, s'il ne la veut *donatio est mera liberalitas que nullo jure cogente conceditur*. La dot et la donation *propter nuptias* sont soumises au rapport, parce que le parent est censé les faire, pour ainsi dire contraint, *ex necessitate*; la donation simple en est au contraire dispensée, car le père qui la fait, la fait spontanément

et avec esprit de se dépouiller de son bien en faveur de son fils actuellement et irrévocablement.

On objecte à la vérité en disant que tout ce qui s'impute sur la légitime est rapportable, *omnia quæ portioni quartæ computantur, etiam ab intestato conferuntur*. Or; le § 6 Inst. Just. de inofficios. test. impute sur la légitime tout ce que l'enfant a reçu du défunt à titre d'héritier, de legs, de fideicommiss, à cause de mort ou même entre-vifs, c'est-à-dire par donation simple; donc la donation simple est rapportable ?

Cette objection n'est pas sérieuse. D'ailleurs, il n'est pas généralement exact de dire, quoiqu'en dise la loi 20 précitée, que tout ce qu'on impute sur la légitime doit être rapporté. Les legs, les fideicommiss, les donations à cause de mort sont certainement imputables sur la légitime, sont-ils pour cela rapportables ? Evidemment non, ce sont des prélegs, des préciputs que les enfants gratifiés prélèvent avant tout partage d'hérédité.

Ensuite, il n'est pas non plus vrai de dire que les donations entre-vifs s'imputent régulièrement sur la légitime. Car le même § 6 a soin de préciser sa pensée en ajoutant qu'on n'impute les donations entre-vifs que dans certains cas spécialement prévus par la loi, *in iis tantum casibus quorum mentionem facit nostra constitutio*. Or, quels sont ces cas ? Nous n'en trouvons qu'un seul : c'est celui dont il est question dans la loi 35 § 2 l. des inoffic. test. Il y est dit que la donation entre-vifs n'est imputable sur la légitime que si telle est la condition imposée à cette donation. Dans ce cas, elle est aussi rapportable.

Veut-on voir dans la loi 20, au Code de notre titre, un second cas encore où la donation entre-vifs est imputable sur la légitime ? Mais cela n'est pas. Elle est

bien rapportable , mais elle n'est pas imputable. Cette loi porte , par exprès , en effet , que les choses données et soumises au rapport ne s'imputent sur la légitime que dans les cas où la loi l'ordonne expressément, *ea tantummodo ex his quæ conferuntur memoratæ portioni computantur, pro quibus specialiter, legibus ut hoc fieret expressum est.* La loi précitée veut bien que la donation simple soit rapportable dans le cas spécial qu'elle prévoit , mais elle n'ajoute pas qu'elle veut aussi qu'elle soit imputable ; donc elle est rapportable, mais non imputable. Sans doute, c'est une omission. Mais en pareille matière , ce qui est omis par la loi , ne peut pas être suppléé par des interprétations plus ou moins subtiles.

Mais pourquoi la dot et la donation *propter nuptias* s'imputent sur la légitime, tandis que la donation simple ne s'impute que lorsque telle est la volonté du donateur ? Le bien donné entre-vif est sorti irrévocablement du patrimoine du père, même de son vivant ; or, la légitime est dûe aux enfants sur les biens qui appartiennent au défunt lors de son décès , et non sur ceux qui ne s'y trouvent plus , qui ont été donnés aux enfants , ou à un étranger. C'est pour cette raison qu'autrefois même la dot ou la donation *propter nuptias* n'était pas imputable sur la légitime ; car , ces biens, une fois donnés entre-vifs , cessaient définitivement d'appartenir au donateur. Mais cela fut corrigé. Aujourd'hui la dot et la donation *propter nuptias* sont imputées sur la légitime.

Enfin , on dit , puisque les enfants émancipés sont, en règle générale , dispensés du rapport de la donation simple , que rapporteront-ils donc en définitive ? Par l'ancien droit, ils sont dispensés de la collation de leurs

pécules castrenses et quasi-castrenses, le droit de Justinien les affranchit du rapport du pécule adventice, ils ne rapportent donc dans le dernier état du droit romain que le pécule profectice ; or, qu'est-ce la donation simple, faite par le père à son fils émancipé, sinon un bien profectice ?

Sans doute, c'est un bien profectice, mais il ne le rapporte pas, sauf dans les deux cas que nous venons de voir. Mais cela n'empêche pas qu'il n'y ait d'autres biens profectices que l'émancipé est tenu de rapporter. C'est ainsi que la dot fournie par le père à sa fille, étant un bien profectice, est soumise au rapport ; la donation *propter nuptias*, qui n'est que la dot du fils, est également soumise au rapport et pour la même raison ; c'est ainsi que les autres dons et avantages faits au fils émancipé par son père lors de son émancipation ou depuis étant des biens profectices sont soumis au rapport. Mais la donation simple, quoique bien profectice, n'est pas sujette au rapport.

## § VI.

### Quand cesse la collatio.

La collatio cesse d'avoir lieu, si l'enfant est exhérédié et ne demande pas la rescision du testament pour cause d'inofficiosité. Il en est autrement, s'il parvient à la rescinder.

La collation cesse encore, si l'enfant s'abstient de l'hérédité. Cela est ainsi, non-seulement dans le cas où la dot et la donation *propter nuptias* ont été faites et réalisées, mais même dans celui où elles ne seraient que promises. Dans le premier cas, la dot restera en possession du mari, dans le second il aura l'action

contre la succession pour se la faire livrer ; car il agit alors comme tout autre créancier héréditaire , la dot, dans ce cas , étant considérée comme une dette *et est eris alieni loco*.

Il n'y a pas lieu à la collation non plus , toutes les fois qu'on a reçu quelque chose à titre de legs, de fideicommiss ou autre à cause de mort *extero jure*. Ainsi , par exemple , si le père a promis à sa fille la dot et qu'ensuite , après l'avoir exhéredée , il lui ait laissé un legs , la fille aura et la dot et le legs par préciput.

Il y a plusieurs petits-fils ; l'un d'eux répudie la succession de son aïeul ; les autres lui succèdent par souche concurremment avec les autres fils du défunt ; sont-ils soumis à l'obligation de rapporter ce dont a été grevé celui qui s'est abstenu ? Ils y sont soumis. Car il est juste que , profitant de l'avantage que leur donne le droit d'accroissement qui s'est opéré dans leur souche par suite de l'abstention de leur frère , ils subissent aussi la charge qui s'y rattache , c'est-à-dire , qu'ils rapportent ce que ce dernier rapporterait s'il n'eût pas renoncé. Autrement , l'égalité n'existerait pas dans le partage , car une souche aurait plus , l'autre moins.

Le petit-fils venant à la succession de son aïeul par représentation doit rapporter ce que rapporterait son père , s'il y venait lui-même , alors même que le petit-fils renoncerait à la succession de ce dernier. La raison en est que le petit-fils vient à la succession de son aïeul , non de son propre chef , mais du chef de son père , c'est pour ainsi dire le père lui-même qui y vient dans la personne de son fils. On ne demande pas ici s'il a recueilli ou non le patrimoine de son père , mais s'il est ou non obligé au rapport. Or , il n'y a pas de

doute à cet égard ; car c'est le père , pour ainsi dire , qui hérite par l'intermédiaire de son fils.

Mais le rapport dû par un cohéritier à son cohéritier profite-t-il aussi aux créanciers héréditaires ? Non. Car le rapport n'étant établi que pour conserver l'égalité entre les enfants dans la succession de leur père , ne peut profiter ni nuire qu'à ces derniers. Il est tout-à-fait étranger aux créanciers héréditaires.

La collation cesse enfin , lorsque le défunt l'a remise à celui qui y était obligé. Cette remise peut être expresse , consignée dans l'acte même de la donation ; ou tacite et résulter des indices propres à présumer que la volonté du testateur ou du donateur était d'en dispenser. Car la volonté se manifeste aussi bien par des faits ou actes que par des paroles. Ainsi , que le père divise tous ses biens , en assignant aux uns une part plus forte , aux autres une part moindre , il sera censé dispenser du rapport ses enfants entre lesquels il a fait le partage. Ou bien , en les instituant héritiers , tous par égales portions , qu'il lègue à ceux qui n'ont pas été dotés une somme d'argent , correspondant à celle qu'il avait déjà donnée aux autres à titre de dot ou de donation *propter nuptias* , il y aura encore là une présomption de dispense.

Enfin , dans l'ancien droit , la collation cessait toutes les fois que les émancipés étaient institués héritiers par leur père. Peu importait , d'ailleurs , qu'ils vinsent à l'hérédité par la *bonorum possessio contra tabulas* ou *ab intestat* , ou bien qu'ils prissent par erreur la voie de la *bonorum possessio unde liberi* ; à moins que le fils institué pour une part moindre , n'ait été par suite de la *bonorum possessio* avantagé d'une portion plus forte ; ou que le père n'ait expressément dit dans son testa-

ment, qu'il entendait que le fils fût soumis à la collation. Mais Justinien, comme nous l'avons déjà fait voir plus haut, a réformé ce point de droit. Il a voulu par ses Nouvelles, que les enfants fussent soumis à cette obligation dans tous les cas; soit qu'ils viennent à la succession de leur père en leur qualité d'héritier *ab intestat* ou même en celle d'héritier testamentaire, à moins que le père ne les en ait expressément dispensés.

---

## DROIT FRANÇAIS.

CODE NAPOLÉON — Art. 878 à 880 et 2111.



### DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

#### § I.

**Transition. — Origine du bénéfice de séparation.**

**— Définition.**

Nous venons de voir que la *collatio* du droit romain tirait son origine de cette partie du droit prétorien qu'on appelle *bonorum possessio*. La séparation des patrimoines paraît également puiser sa source dans une institution prétorienne connue sous le nom de *bonorum possessio*, et plus souvent sous celui de *possessio bonorum*.

Mais, de même qu'une grande différence sépare la *collatio* de la séparation des patrimoines, de même une grande ligne de démarcation existe entre la *bonorum possessio* et la *possessio bonorum*.

La *bonorum possessio* confère la propriété ; la *possessio bonorum* ne donne qu'une simple détention de la chose. La première est une succession prétorienne ; la seconde est un gage octroyé par le préteur *pignus prætorium*. L'une se défère par l'édit ordinaire du préteur , *bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, etc.* ; l'autre est décrétée par ce magistrat en connaissance de cause *cognita causa extra ordinem*. La *bonorum possessio* se donne enfin aux enfants émancipés préterits ou même aux héritiers s'ils le demandent ; la *possessio bonorum* est accordée aux créanciers d'un débiteur insolvable pour détenir et posséder le patrimoine en masse de ce dernier, le vendre ensuite et se faire payer sur le prix provenant au prorata de leurs créanciers.

A Rome, sous l'empire de la procédure formulaire, la *possessio bonorum* n'était, en effet, autre chose qu'un moyen d'exécution du débiteur sur ses biens, substituée à l'ancienne *manus injectio*. Ce magistrat même, à ce qu'il paraît, l'a calquée exactement sur cette dernière ; sauf la différence, qu'au lieu de la personne physique du débiteur, c'était maintenant l'universalité de ses biens qui en faisait l'objet. Ainsi, après l'ancien délai de trente jours accordé au débiteur pour payer la *res judicata*, le préteur rendait, *extra ordinem*, un décret par lequel il ordonnait que le débiteur serait emmené, *duci jubere* et que l'universalité de ses biens serait possédée par ses créanciers, *bona possideri*, annoncée publiquement par des affiches, *proscribique*, comme devant être vendue, et enfin vendue *venireque*. Après ce décret, un nouveau délai de soixante jours est donné pour la publicité de la vente, la nomination d'un syndic *magister* et la pu-

blication des cahiers des charges. Puis, avait lieu la vente de l'universalité des biens *bonorum emptio*. L'acheteur, *bonorum emptor*, était dès ce moment le successeur universel du débiteur. Ce dernier, dépouillé de sa personnalité juridique, mourait pour ainsi dire civilement; c'est-à-dire, il subissait une diminution de tête qui était infamante. Après cette mort, il ressuscitait à la vie nouvelle. Ce n'était plus la même personne; il ne devait plus rien de ses anciennes dettes; il ne pouvait plus être recherché pour aucun reliquat. L'*emptio bonorum* fut remplacée dans la suite par la *distractio bonorum*, qui n'entraînait aucune déchéance d'état, n'engendrait aucune *successio* universelle; mais aussi elle ne libérait pas le débiteur si le prix des objets vendus ne suffisait pas pour payer intégralement les créanciers.

C'est dans ces circonstances et à l'occasion de l'exécution d'un débiteur insolvable, dont nous venons de faire l'esquisse, que naquit ce que nous appelons aujourd'hui *bénéfice de séparation des patrimoines*. Cette *bonorum emptio* avait lieu non-seulement à la suite de l'exécution d'une personne insolvable vivante, mais même, et plus souvent, à l'occasion d'une succession <sup>acceptée</sup> laissée par une personne insolvable. En effet, c'est de ce cas qu'Ulpien s'occupe en premier lieu pour déterminer l'origine de la séparation des patrimoines.

Quelqu'un a, dit-il, pour débiteur Séjus, celui-ci décède; Titius son héritier insolvable est menacé de la vente de ses biens en masse, *bonorum venditionem*. Les créanciers de Séjus prétendent que les biens de ce dernier suffisent pour les désintéresser, les créanciers de Titius devant se contenter des biens de leur débiteur Titius; et que, au lieu de procéder à la vente

d'un seul patrimoine, on en vendra deux, distincts et séparés l'un de l'autre. Il peut se faire, ajoute-t-il, que Séjus soit solvable envers ses créanciers, et que sa succession puisse les satisfaire intégralement, *in assem*, tandis qu'en y admettant les créanciers de Titius, le créancier de Séjus verront leur gage, à leur grand détriment, diminué par le concours de ces derniers. Il est donc très-équitable, *æquissimum est*, conclue-t-il, que les créanciers de Séjus soient entendus dans leur demande et que le prêteur déclare par son décret, en connaissance de cause, que les deux patrimoines, qui par suite de l'addition d'hérédité étaient confondus, soient séparés, et que la vente, au lieu d'être poursuivie sur la masse des deux patrimoines confondus, le soit sur les deux séparément, absolument comme s'il s'agissait des biens de deux personnes distinctes, afin que les créanciers héréditaires soient payés sur les biens héréditaires, et ceux de l'héritier sur les biens de ce dernier.

Du reste, voici en résumé le droit romain en cette matière. La séparation des patrimoines devait être demandée dans le délai de cinq ans à partir de l'addition d'hérédité. La demande n'était plus admise, si les biens du débiteur étaient tellement confondus qu'il n'était plus possible de les distinguer. Les créanciers héréditaires seuls avaient le droit de demander le bénéfice de séparation, ceux de l'héritier n'y étant pas admis. La raison de cette différence vient de ce que l'héritier ne peut rendre pire la condition des créanciers du défunt; au contraire, il est permis à tout débiteur d'empirer celle de ses propres créanciers, en contractant de nouvelles dettes. Les créanciers héréditaires étaient déchus du bénéfice de séparation,

s'ils ont suivi la foi de l'héritier, si par novation ou autrement ils l'ont pris volontairement pour leur débiteur direct. Si, après avoir satisfait intégralement les créanciers héréditaires, l'hérédité présentait encore quelque résidu, les créanciers de l'héritier pouvaient y revenir et se venger sur ce qui restait; mais il paraît que la réciproque n'avait pas lieu. En effet, une fois que les créanciers du défunt avaient demandé et obtenu la séparation des patrimoines, il ne leur était plus permis, si l'hérédité n'était pas suffisante pour les désintéresser intégralement, de revenir sur les biens de l'héritier, même après le paiement total de ses créanciers.

Le Code Napoléon s'est à peu près inspiré des dispositions du droit romain en cette matière. Mais il faut prendre garde; la solution de diverses questions qu'elle peut nous fournir en droit français, questions vraiment difficiles, ne doit pas absolument être basée sur les principes du droit romain. Le système que consacre en cette matière le droit français, est en général différent de celui du droit romain. Nous venons de voir que le droit romain n'accordait la séparation des patrimoines que sur les poursuites en expropriation déjà dirigées contre le débiteur; le droit français la permet, abstraction faite de ces poursuites. En droit français, il n'y a lieu à séparation des patrimoines qu'à l'occasion d'une succession; le droit romain l'accordait dans tous les cas où il y avait lieu à séparation. Ainsi, l'esclave institué héritier nécessaire pouvait la demander dans le cas où il avait acquis des biens par la mort de son maître, qu'ils fussent séparés d'avec les biens de ce dernier. Ainsi encore, les créanciers du fils de famille en ce qui concernait son pé-

cule castrense , pouvant demander la séparation de ce pécule d'avec son pécule ordinaire , *paganum*. De même, le patron , dans le cas où il était héritier de son affranchi qui lui-même était devenu héritier de Titius , pouvait demander que les créanciers de l'affranchi fussent séparés d'avec ceux de Titius. Enfin , le fils de famille pouvait demander la séparation de son pécule d'avec les biens de son père poursuivi par le fisc.

La séparation des patrimoines peut être définie en droit français ; un bénéfice accordé par la loi à tout créancier de la succession et à tout légataire , en vertu duquel , en remplissant certaines conditions qu'elle prescrit , il peut demander que la confusion qui s'est opérée de plein droit par suite de l'acceptation pure et simple de l'hérédité entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier soit cessée , dans le but d'éviter le préjudice qu'elle aurait pu lui occasionner.

## § II.

### **A quelles personnes compète le bénéfice de séparation des patrimoines.**

En prenant à la lettre les dispositions des articles 877 et suivants du code, on pourrait en induire au premier abord que la séparation des patrimoines n'est accordée par la loi qu'aux créanciers de la succession et non aux légataires. La loi ne parle, en effet, dans ces articles, que des créanciers. Mais telle n'est pas l'intention du législateur. Ici , l'expression du créancier doit être prise dans son acception la plus étendue , et comprendre par conséquent les légataires , qui , eux aussi, sont dans ce sens, le créancier de la succession.

Papinien, après avoir répondu que ce bénéfice appartenait à tous les créanciers, sans égard même à la modalité de leurs créances, ajoute que les légataires, eux-mêmes, doivent en jouir sur les biens qui restent après l'acquittement des créanciers. Julien le dit encore plus explicitement : *non solum creditores testatoris, sed etiam eos quibus legatum est*. Le Code Napoléon ne s'est point départi de ce principe. Car, bien que dans les articles 878 et suivants, il ne parle que des créanciers, dans son article 2144, où il est question de la conservation de son bénéfice, il comprend expressément les légataires.

La loi ne met non plus aucune différence entre les modalités des créances ou des legs. Les créanciers conditionnels ou à terme en jouissent aussi bien que ceux dont la créance ou le legs est pur et simple. Les créanciers porteur d'actes sous-seing privé et même ceux qui n'auraient pas de titre écrit peuvent s'en prévaloir aussi bien que ceux dont la créance serait constatée par un acte authentique. On ne doit pas non plus faire distinction de leurs qualités : qu'ils soient privilégiés, hypothécaires ou chirographaires, tous sont indistinctement admis au bénéfice de la séparation. Sans doute, les créanciers privilégiés ou hypothécaires n'ont pas besoin de ce bénéfice pour conserver leurs créances privilégiées ou hypothécaires, mais ils pourraient avoir un intérêt à s'en prévaloir, dans le cas, par exemple, où n'ayant qu'une hypothèque spéciale, il leur importerait de s'assurer de ceux des immeubles que leur privilège ou hypothèque ne pourrait atteindre; comme aussi, pour éviter à ce que, par suite de la confusion, les créanciers de l'héritier ne puissent acquérir des droits préférables au moyen de leurs hypo-

thèques générales. Mais les créanciers qui ont une hypothèque générale inscrite ou une hypothèque dispensée d'inscription n'ont pas besoin de demander la séparation des patrimoines.

L'empereur Dioclétien a délégué dans une espèce où la femme d'un individu, instituée pour le tiers, héritière de son oncle, dont elle était en même temps créancière, pouvait, dans le cas d'insolvabilité de ses cohéritiers, demander la séparation des patrimoines pour se faire payer séparément sur les biens de son oncle, jusqu'à concurrence des deux tiers de sa créance, l'autre tiers étant éteint par la confusion qui s'est opérée dans sa personne. Et on ne voit pas pourquoi la même décision ne pourrait être suivie sous l'empire de notre Code. Ainsi donc l'héritier qui est en même temps créancier de la succession peut aussi invoquer le bénéfice de séparation lorsqu'il y a intérêt. Le bénéfice de la séparation des patrimoines, participant sous ce rapport à la nature de tous les bénéfices en général, est essentiellement individuel. Il ne peut profiter qu'à ceux qui l'ont obtenu en se conformant aux prescriptions de la loi; il ne peut nuire, ni profiter à ceux qui ne l'ont pas demandé. On a demandé, dit Ulpien, si, en supposant plusieurs créanciers, dont les uns ont suivi la foi de l'héritier, les autres s'en sont abstenus et ont demandé au contraire la séparation des patrimoines, le bénéfice qu'ils ont obtenu profiterait également à ceux qui ont suivi la foi de l'héritier? Et il répond négativement. Ces derniers, dit-il, doivent être rangés dans la catégorie des créanciers de l'héritier.

Le droit français est encore conforme au droit romain en ce que le bénéfice de séparation des patrimoi-

nes n'est établi que dans l'intérêt exclusif des créanciers de la succession et des légataires. Il est étranger à ceux de l'héritier. Car, dit le même jurisconsulte, il est permis à un débiteur; par l'adjonction d'un nouveau créancier, de rendre pire la condition de ses précédents créanciers, *licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

### § III.

#### **Contre que les personnes la demande en séparation doit être formée.**

La séparation des patrimoines, sauf les cas d'acceptation bénéficiaire et celui de succession vacante, n'a pas lieu de plein droit. Il faut un jugement qui la déclare conformément à la demande formée dans ce but. A Rome, c'était le préteur qui en connaissait *extra ordinem* et rendait un décret par lequel il prononçait la séparation des patrimoines, *praetoris erit vel praesidis notio, nullius alterius.* Dans l'ancien droit français, il fallait même obtenir des lettres de chancellerie pour la séparation des patrimoines. Aujourd'hui que ces lettres n'existent plus, il est permis de saisir *de plano* le juge compétent pour en connaître. Mais il faut toujours le saisir. L'intervention de l'autorité judiciaire est de rigueur en ces sortes de demandes. Il s'agit, en effet, de défaire ce qui a été fait, de séparer ce qui a été confondu par l'effet seul de la loi.

Mais contre qui la demande en séparation des patrimoines doit-elle être formée? Cette question est une de celles qui n'ont pas encore reçu leur solution définitive. Pour l'opinion qui veut qu'elle soit formée contre les créanciers seuls de l'héritier, on dit que ces derniers

souffrent seuls de la séparation des patrimoines, ils ont donc seuls intérêt d'y défendre. Que si dans certains cas l'exercice de cette demande devient impossible, parce que, par exemple, les créanciers de l'héritier seraient inconnus, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être formée contre l'héritier qui n'a ni intérêt ni qualité d'y répondre. En effet, ajoutent-ils, s'agit-il des immeubles? L'exercice de cette action n'étant, dans ce cas, soumis à aucun délai fatal, les créanciers du défunt se trouvent toujours en temps utile pour l'introduire, lorsque les créanciers de l'héritier se feront connaître. S'agit-il au contraire des meubles? Bien que l'action en séparation des patrimoines soit dans ce cas circonscrite par la prescription de trois ans, il est peu probable cependant que les créanciers de l'héritier demeureront inconnus pendant tout ce temps; et si par extraordinaire leur absence dépassait ce délai, les créanciers de la succession seraient relevés de toute déchéance en vertu de la règle *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Enfin, finit-on, cette opinion se fonde et sur le texte précis de l'article 878 et sur le principe que l'héritier ne saurait en cette matière être considéré comme représentant de ses créanciers.

Nous pensons, au contraire, que cette action peut être aussi bien formée contre l'héritier lui-même que contre ses créanciers personnels. D'abord nous ne saurions accepter le principe d'après lequel l'héritier ne serait pas en cette matière représentant de ses créanciers.

En supposant même que l'héritier ne soit pas intéressé dans la demande de séparation des patrimoines, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il n'ait qualité d'y répondre. Est-ce que le *magister* d'autrefois et le syn-

die d'un failli aujourd'hui sont intéressés dans les actions qu'ils intentent ou qu'on intente contre eux ? Et cependant personne ne dira qu'ils n'aient qualité de les former ou d'y répondre. Mais il y a plus, il n'est pas exact de dire que l'héritier n'y a absolument aucun intérêt. N'est ce pas déjà un grand intérêt pour lui que d'éviter cette procédure qui annoncerait de sa part la déconfiture ou la faillite ? Et puis, le fait même de la séparation, quoiqu'on en dise, n'affecte-t-elle pas d'une manière grave ses droits sur l'hérédité ?

C'est même souvent la seule ressource pour les créanciers héréditaires d'obtenir ce bénéfice. Supposez en effet, que les créanciers de l'héritier soient inconnus. On peut aussi supposer que ce dernier n'a pas du tout de créanciers. Que fera t-on dans ce cas ? que deviendra pour les créanciers héréditaires le bénéfice de séparation ? Faudra-t-il s'arrêter à ce qu'on dit dans le système opposé ; savoir, que quand il s'agit d'immeubles le créancier héréditaire sera toujours en temps utile de la former, lorsque les créanciers de l'héritier se feront connaître ? D'abord, il est douteux que le créancier du défunt veuille bien attendre la cessation de l'absence plus ou moins prolongée de ce créancier. Et s'il se fait payer de suite et directement par l'héritier, sans égard à la demande en séparation, ne pourrait-on pas lui opposer une fin de non-recevoir, si plus tard il veut former cette demande, comme ayant accepté l'héritier pour son débiteur direct 879 ? Ensuite, l'argument tiré de ce que, dans ce cas l'action en séparation n'est limitée par aucun laps de temps, n'aboutit pas non plus à beaucoup de choses. Car l'héritier peut aliéner les immeubles de la succession, l'acquéreur peut payer le prix de l'aliénation et

le prix peut être confondu. Or, aux termes de l'art. 880, la demande cesse, dans ce cas, d'être recevable. Quant aux meubles, ce serait aller contre l'esprit de la loi que de prétendre, qu'en cas d'absence des créanciers de l'héritier, les délais de la prescription pourraient être suspendus. Le législateur, en fixant le temps précis, a voulu que l'état des biens ne restât pas long-temps incertain. C'est une règle d'ordre public qui ne cesse de produire effet par aucune considération particulière.

#### § IV.

#### **De la nature de l'action en séparation des patrimoines, de son étendue et du droit de préférence qui en résulte.**

Par l'action en séparation des patrimoines, on ne demande pas tel ou tel objet extérieur dépendant de la succession d'une personne, mais bien une pure abstraction, la personnalité même de l'homme mise en rapport avec les différents objets de ses droits. Les objets extérieurs qui peuvent s'y trouver n'en font pas partie eux-mêmes et sous le rapport de leur nature constitutive, mais seulement en qualité des biens et sous le rapport de l'utilité qu'ils peuvent offrir; de là la règle *in judiciis universalibus, res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*. Il en résulte que l'action en séparation des patrimoines est de sa nature une action universelle et le droit de préférence qui en résulte porte non-seulement sur tel ou tel objet dépendant de l'hérédité qui s'y trouve en nature, mais il peut être invoqué, *in abstractu*, à l'occasion de la répartition de toute espèce de valeurs

héréditaires , et de la distribution du prix de chacun des objets mobiliers ou immobiliers dépendant de la succession ; parce que ces valeurs ou ce prix ont pris place des objets même de l'hérédité. Par la même raison , ce droit de préférence s'exerce non-seulement sur les objets qui se trouvaient dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, mais aussi sur toutes les choses meubles ou immeubles qui ont pris place de ces derniers ou qui y ont été substitués ou subrogés , *subrogatum capit substantiam subrogati* ; comme aussi sur tout ce qui fait partie de l'hérédité par suite d'accession ou d'accroissements.

Ainsi , par exemple , si le prix d'une chose héréditaire aliéné par l'héritier est encore dû ; ou si cette chose est remplacée par une autre et dans l'un et l'autre cas l'origine en soit bien constatée, le droit de préférence peut aussi bien s'exercer sur ce prix ou sur cette chose que sur l'objet même qui a été aliéné.

*Quid* des fruits que les objets héréditaires ont produit depuis le décès du défunt ? En principe, ils doivent faire partie de l'hérédité *accessorium sequitur suum principale* et , comme tel , soumis à l'action en séparation des patrimoines. Il est vrai que le droit français n'a pas admis d'une manière aussi absolue que le droit romain la règle *fructus augent hereditatem* ; mais il ne s'ensuit pas qu'il ne soit pas applicable, même en droit français , à l'espèce qui nous occupe. Car l'exception qu'elle reçoit en matière de pétition d'hérédité (138) étant fondée sur la bonne foi du possesseur, est tout-à-fait étrangère à la séparation des patrimoines , par laquelle on ne demande pas à l'héritier la restitution des fruits , mais seulement la séparation afin de se faire prévaloir du droit de pré-

férence sur ces fruits contre ses créanciers. Sans doute, il peut arriver que les fruits perçus par l'héritier soient de fait confondus dans son patrimoine, et que cette confusion rendra probablement l'exercice de la demande impossible. Mais alors c'est un simple fait et non le droit qui y mettra obstacle. Ainsi donc, nous pensons que la règle *fructus augent hereditatem* est applicable même en droit français, quand il s'agit de la séparation des patrimoines; et l'on ne peut pas dire, comme on le prétend dans l'opinion contraire, que la perception seule, indépendamment de toute confusion de fait, entraîne celle de droit de manière à rendre inefficace, sous ce rapport, l'action en séparation.

Mais l'action en séparation des patrimoines ne s'étend pas aux biens qui ne sont rentrés dans la masse des biens héréditaires que par suite d'un rapport. Elle ne porte pas non plus sur ceux qui n'y ont été compris que fictivement pour le calcul de la quotité disponible. Ces biens sont sous tous les rapports étrangers aux créanciers héréditaires, au regard desquels ils sont irrévocablement sortis du patrimoine du défunt; leur rapport et leur computation fictive ne sont établis que dans l'intérêt exclusif des héritiers du défunt (858 et 921).

## § V.

### **Des conditions à remplir pour jouir du droit de préférence qui découle de la demande en séparation des patrimoines.**

En ce qui concerne les meubles, la demande en séparation des patrimoines et le droit de préférence qui en découle ne sont assujettis à d'autres conditions qu'à

la demande elle-même qui doit être formée soit contre l'héritier , soit contre ses créanciers , sauf les cas de fins de non-recevoir qu'on pourrait opposer à cette demande et dont nous parlerons plus bas. Mais quand il s'agit des immeubles , indépendamment de la demande , l'efficacité du droit de préférence qui s'y rattache est en outre subordonnée à la formalité d'une inscription.

Cette inscription se fait au bureau de la conservation hypothécaire dans le ressort duquel se trouvent les immeubles héréditaires. On doit , en général , observer à l'égard de cette inscription les formalités prescrites par les articles 2148 et 2149. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le créancier qui la requiert produise au conservateur , comme l'exige l'art. 2148 , l'acte authentique constatant sa créance ou son legs. En effet, la demande en séparation des patrimoines et le droit de préférence qui en résulte , compète , nous l'avons vu , à tous les créanciers et légataires , sans exception , peu importe la forme extérieure de l'acte qui constate leurs créances ou leurs legs. Dès lors , faire application rigoureuse de l'article 2148, ce serait souvent rendre impossible l'exercice du bénéfice que la loi accorde cependant en termes exprès. Ici , on doit appliquer cet adage : *Qui veut la fin veut les moyens.*

Du reste , l'article 2111 qui porte : « Les créanciers du défunt conservent leur privilège sur les immeubles de la succession par les inscriptions faites sur chacun de ces biens » donne clairement à entendre que l'inscription doit être spéciale et qu'une inscription générale serait ici sans effet. Enfin , l'inscription , pour conserver le droit de préférence d'une manière efficace , doit être prise dans le délai de six mois à partir de l'ouverture de la succession.

Ces formalités remplies , les créanciers héréditaires et les légataires jouissent du droit de préférence à l'égard de tous les créanciers de l'héritier, quels qu'ils fussent, hypothécaires, privilégiés, et alors même qu'ils auraient pris l'inscription avant ces derniers. Au contraire , s'ils négligent de les remplir dans les délais prescrits, ils se trouvent primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier qui s'étaient empressés de prendre l'inscription avant eux. Il est bien vrai qu'il résulte de l'art. 2113 qu'ils peuvent prendre encore l'inscription même après l'expiration du délai de six mois. Mais alors l'inscription prise ne leur assurerait le droit de préférence que contre ceux des créanciers de l'héritier qui n'aurait aucune hypothèque à faire valoir, ou bien dont les hypothèques n'auraient pris naissance efficacement que postérieurement en date à cette inscription.

Les créanciers héréditaires qui se sont conformés à la loi et ont inscrit leur privilège dans le délai de six mois à dater de l'ouverture de la succession, peuvent-ils efficacement introduire leur instance en séparation des patrimoines , même après l'expiration de ce délai ? Pour la négative on dit : bien que l'art. 880 permette d'exercer cette action aussi long-temps que les immeubles restent entre les mains de l'héritier , il est néanmoins modifié par l'art. 2111 qui vient après , d'après le principe *posterior a derogat prioribus*. Cet article , par ces expressions « *les créanciers qui demandent la séparation du patrimoine du défunt* » démontrent clairement la pensée du législateur , qui veut que les créanciers du défunt et les légataires doivent , pour conserver d'une manière absolue le droit de préférence , non-seulement prendre l'inscription dans le délai de six mois , mais même former dans le même délai leur demande en séparation des patrimoines.

Cette manière de voir ne s'accorde pas avec les vrais principes de la matière. Autre chose est, en effet, le droit de demander la séparation des patrimoines, autre chose, le droit de préférence qui en découle. Le premier a pour but de constater en fait, que les deux universalités juridiques ne sont plus confondues, que le patrimoine du défunt est distinct de celui d'héritier, le privilège qui en résulte pour le créancier du défunt n'a pour objet que de la faire payer de préférence à tout autre créancier de l'héritier.

Tout ce qui était relatif à la demande, la loi l'a d'avance réglé par les art. 870 à 880; et quand elle s'est ensuite occupée des privilèges et des hypothèques, elle n'avait qu'à ajouter à l'exercice du droit de préférence la formalité d'inscription, sans qu'il lui soit venu à la pensée d'apporter la moindre dérogation aux règles précédentes. Et ce qui confirme encore davantage notre manière de voir, ce sont les expressions mêmes dont se sert la loi dans son art. 2111 qui porte : « *conformément à l'art. 878.* »

L'inscription a été prise dans le délai de six mois à dater de l'ouverture de la succession, mais postérieurement à l'aliénation de l'immeuble et à la transcription des actes translatifs de propriété, on demande si l'action en séparation peut être intentée et si le droit de préférence qui en résulte peut encore être utilement exercé?

D'après les règles que nous venons d'exposer, l'inscription prise dans le délai de six mois, à partir de l'ouverture de la succession, conserve par rapport à tous les créanciers de l'héritier le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines, alors même qu'elle serait prise après l'aliénation des immeubles et même après la transcription de cette aliénation.

Vainement enseigne-t-on par argument *a contrario* du second alinéa de l'art. 890, que l'inscription ne peut plus être utilement prise dès que les immeubles sont sortis des mains de l'héritier. Nous avons démontré que l'action en séparation des patrimoines était une action universelle; que si cette action ne peut plus s'exercer, aux termes de l'art. 880, sur l'immeuble même parce qu'il est aliéné, rien n'empêche de l'exercer sur le prix qui en reste, non confondu, d'après la règle *in judicis universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*.

Ce droit de préférence, qu'on qualifie improprement de privilège, n'a d'autre objet que de conférer aux créanciers du défunt le droit de se faire payer sur le prix de l'immeuble par préférence aux créanciers de l'héritier.

## § VI.

### **Des effets de la séparation des patrimoines et du droit de préférence qui en résulte.**

L'objet de la séparation des patrimoines est, disions-nous, de faire tomber la confusion qui s'est opérée, à la faveur de l'acceptation pure et simple de la part de l'héritier, entre le patrimoine de ce dernier et celui du défunt. Il en résulte comme première conséquence que les deux patrimoines étant replacés dans l'état où ils se trouvaient du vivant du défunt, les créanciers personnels de l'héritier cessent d'avoir le droit de gage qu'ils avaient acquis de plein droit en vertu de l'article 2092 sur les biens du défunt; ils cessent d'avoir la faculté de se prévaloir des droits supérieurs à ceux des créanciers héréditaires, droits qu'ils auraient pu ac-

quérir au moyen des hypothèques conventionnelles consenties par l'héritier en leur faveur ; ou même des hypothèques judiciaires ou légales qui pourraient exister de leur chef contre ce dernier. Bien plus, les créanciers du défunt eux-mêmes, qui, en acceptant l'héritier pour leur débiteur personnel et direct, auraient pu, au moyen des mêmes hypothèques, acquérir des droits supérieurs à ceux des autres créanciers héréditaires, cessent, par la cessation de la confusion, de les mettre à profit et de s'en prévaloir. Enfin, les légataires qui, par suite de la confusion des patrimoines, sont devenus créanciers directs de l'héritier et ont acquis par ce moyen des droits égaux à ceux des créanciers du défunt ou même supérieurs aux leurs, cessent par la séparation des patrimoines d'être considérés comme de véritables créanciers du défunt et retombent sous le coup de la règle en vertu de laquelle ils ne sont payés que déduction faite des dettes de la succession, *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*, ou bien, *nemo liberatis, nisi liberatus*. Peut-on argumenter des expressions de l'article 2111 « à l'égard des créanciers de l'héritier » pour en conclure que la séparation des patrimoines n'a d'objet qu'à l'égard des créanciers personnels de l'héritier et nullement à l'égard des légataires ? Evidemment non. Les expressions doivent être entendues *secundum objectam materiam* ; elles doivent par conséquent comprendre aussi bien les créanciers envers lesquels l'héritier est obligé de son propre chef, que ceux qui auraient intérêt à se prévaloir de la confusion de patrimoine, et notamment les légataires qui, en acceptant l'héritier pour leur débiteur personnel, voudraient, dans leurs rapports avec les créanciers du

défunt, se prévaloir de la même confusion des patrimoines.

Le législateur, en accordant la séparation des patrimoines, n'avait d'autre but que de faire acquérir aux créanciers héréditaires le droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier. L'article 878 le dit expressément : « *contre tout créancier* » ; l'article 2111 est encore plus explicite sur ce point : « les créanciers et les légataires, porte-t-il, conservent à l'égard des créanciers des héritiers ou représentant du défunt leur privilège », etc. Il en résulte qu'un créancier héréditaire qui a demandé la séparation des patrimoines et rempli la formalité d'inscription, n'acquiert le droit de préférence que contre les créanciers de l'héritier et nullement contre les autres créanciers du défunt qui n'ont pas formé la demande en séparation, qui ne se sont pas conformés à la disposition de l'article 2111. Il en résulte ainsi qu'un légataire plus vigilant que l'autre n'acquiert aucun droit de préférence sur celui-ci. Admettre le contraire, ce serait méconnaître le but de la loi et dénaturer le vrai sens du droit de préférence qu'elle consacre en cette matière.

On dit dans l'opinion contraire, que la séparation des patrimoines admise par le Code est une séparation individuelle, que l'article 2146 n'empêche pas que, lorsque la succession est acceptée purement et simplement, chaque créancier héréditaire ne puisse améliorer sa condition au détriment des autres ; et comme le droit qui résulte de la séparation des patrimoines est un privilège individuel, il s'ensuit que pour être efficace, ce privilège doit valoir non-seulement envers les créanciers de l'héritier, mais même envers tous les

créanciers du défunt qui ne peuvent pas l'invoquer également , et notamment ceux qui ont négligé de remplir les mêmes diligences. Nous répondrons qu'il ne s'agit pas ici de savoir si le créancier d'une succession acceptée purement et simplement peut améliorer sa condition au préjudice des autres créanciers héréditaires ; mais bien si , pour atteindre ce but , il lui suffit de demander la séparation des patrimoines et de remplir les conditions voulues pour la conservation du droit de préférence qui en résulte. Or, il faut le dire , cela ne suffit pas. On comprend qu'un créancier vigilant rend sa condition meilleure au préjudice des autres créanciers quand il stipule de l'héritier une hypothèque conventionnelle , ou qu'il obtient une hypothèque judiciaire ; mais on ne comprend pas comment sa position puisse être meilleure que celle de l'autre , par cela même que le premier a obtenu la séparation des patrimoines, tandis que le second n'a rien fait à cet égard. D'ailleurs, nous l'avons déjà dit plus d'une fois, la séparation des patrimoines n'a d'autre objet que d'éviter aux créanciers du défunt le préjudice qu'aurait pu occasionner la confusion des deux patrimoines.

Le but unique donc de la séparation des patrimoines est de remettre, par rapport aux créanciers de la succession , les choses dans l'état où elles se trouvent au moment du décès du défunt. Or, en nous transportant à cette époque et en supposant que tous les créanciers du défunt soient chirographaires , existait-il alors un seul privilège , une seule cause de préférence entre les créanciers du défunt ? Je dis plus , en existait-il une même envers les créanciers de l'héritier ? Comment se fait-il donc que, de cela seul qu'un

créancier héréditaire a demandé et obtenu la séparation des patrimoines, qui n'est pour lui autre chose qu'un retour vers le passé, il surgisse pour lui tout-à-coup un privilège qui n'a pour base que cette subtile argumentation ? Il est bien vrai que le droit de préférence qui en résulte à l'encontre des créanciers de l'héritier, est un droit individuel, mais dans ce sens seulement, que ceux-là seuls peuvent s'en prévaloir, qui l'ont régulièrement conservé et non ceux qui l'ont négligé. Mais conclure de cette individualité qu'il puisse être invoqué même contre les créanciers du défunt, c'est là ce qui est contraire aux règles de la saine logique et au texte formel de l'art. 2111.

○ Mais dans le système opposé on ne se tient pas pour battu. On oppose la formule *si vinco te vincentem, a fortiori te vincam*. C'est-à-dire, on suppose un cas spécial, où un créancier hypothécaire de l'héritier, se plaçant entre des créanciers héréditaires, dont les uns ont pris inscription dans le délai voulu, tandis que les autres ont négligé de le faire, porte préjudice à ces derniers en se faisant payer avant eux. Donc, dit-on, puisque dans ce cas les créanciers héréditaires qui ont conservé leur droit de préférence en l'emportant sur les créanciers hypothécaires des héritiers, l'emportent sur les créanciers du défunt qui ne se sont pas conformés à la loi, pourquoi ne l'emporteraient-ils pas également sur ces derniers dans le cas même où il n'y aurait pas de créanciers hypothécaires de l'héritier interposés entre eux ? Ou bien, pourquoi ce qui est vrai dans un cas ne le serait-il pas dans d'autres ? Cette dernière objection n'est pas plus concluante que les précédentes. Le préjudice qu'éprouvent dans ce cas les créanciers du défunt qui n'ont pas conservé leur privilège, ne ré-

sulte pas directement du privilège individuel du créancier héréditaire qui prime le créancier hypothécaire de l'héritier, il est plutôt la conséquence des sûretés hypothécaires qu'avait acquises contre eux ce dernier; ou bien, la peine de leur propre négligence. Enfin, on ne voit pas comment un cas tout particulier qui peut fortuitement entraver l'application de la loi, soit de nature à changer sa disposition dans les cas ordinaires où son application est possible.

En effet, dans ce cas tout particulier, il est de toute nécessité d'apporter une modification à la règle que nous venons d'exposer. Et d'abord, voyons le cas où le concours s'établit entre des créanciers hypothécaires de l'héritier et des créanciers chirographaires du défunt. Il est évident que si aucun des créanciers héréditaires n'a conservé son privilège, ils seront tous primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier, sauf à partager entre eux au marc le franc de leurs créances, le résidu de la collocation attribuée à ces derniers. Mais s'il y a des créanciers chirographaires du défunt, dont les uns ont pris inscription dans le délai voulu et dont les autres ont négligé l'accomplissement de cette formalité, on procède ainsi : on commence par donner aux créanciers héréditaires qui se sont mis en règle la somme qu'ils auraient prise au cas où tous les créanciers héréditaires se seraient conformés à la loi pour conserver leur privilège. Ce qui en reste est attribué aux créanciers hypothécaires de l'héritier pour le montant intégral de leurs créances. Enfin ce qui en reste encore est partagé entre les créanciers héréditaires qui, faute d'avoir rempli les formalités de la loi, se trouvent primés par les créanciers hypothécaires de l'héritier.

Cette manière de procéder dans le cas spécial qui nous occupe, est tout à la fois juste et conforme à la loi. Ceux qui procèdent différemment et à l'aide de la formule *si vinco te vincentem, à fortiori vincam te* ne paraissent pas avoir saisi le vrai sens de la loi. Cette maxime doit être tout-à-fait bannie de l'espèce qui nous occupe. Il s'agit ici, en effet, de déterminer l'étendue et la portée du droit de préférence dont jouissent les créanciers du défunt qui se sont conformés à la loi. Et la formule précitée ne peut nous fournir à cet égard aucune lumière. Cette difficulté ne peut être résolue que par la nature toute spéciale de ce droit lui-même. La séparation des patrimoines est exclusivement établie au profit des créanciers héréditaires et contre les créanciers de l'héritier ; elle est étrangère aux créanciers de la succession considérés dans leurs rapports entre eux. Il en résulte que si quelques-uns d'entre eux ont omis de remplir les formalités de la loi et compromis ainsi leur droit de préférence, cette omission de leur part ne saurait profiter à ceux des créanciers du défunt qui les ont remplies et conservé ce droit. D'un autre côté, comme le droit de préférence accordé aux créanciers héréditaires ne peut être invoqué par eux que contre les créanciers de l'héritier et que la formalité de l'inscription à remplir par eux n'a été établie que dans l'intérêt des créanciers de l'héritier, l'omission de cette formalité ne doit tourner aussi qu'au profit exclusif de ces créanciers. Il s'ensuit que les créanciers héréditaires qui se sont conformés à la loi en prenant inscription, ne priment les créanciers de l'héritier que jusqu'à concurrence de la somme qu'ils auraient reçue par suite du partage fait au marc le franc entre les créanciers hé-

réditaires. Les créanciers du défunt qui sont déchus du droit de préférence, faute d'avoir rempli la formalité de la loi et qui sont, par conséquent, primés par les créanciers de l'héritier, n'ont rien à prétendre avant le paiement intégral des créanciers de ces derniers.

On doit procéder de la même manière en cas de concours entre des créanciers hypothécaires de l'héritier et des légataires dont les uns ont conservé leur droit de préférence, tandis que les autres l'ont perdu.

Enfin, si le concours s'établit entre des légataires qui priment des créanciers hypothécaires de l'héritier et des créanciers du défunt qui sont primés à leur tour par ces derniers, on procède de la manière suivante : On suppose d'abord un concours pur et simple des créanciers héréditaires avec des légataires et en vertu du principe *bona non dicuntur nisi deducto veve alimo*, on commence par attribuer aux légataires la somme qu'aurait laissée disponible le paiement des créanciers du défunt. On solde ensuite les créanciers hypothécaires de l'héritier. Quant à la somme qui reste après le paiement de ces derniers il faut distinguer : ou les créanciers du défunt ont utilement consacré leur droit de préférence à l'égard des légataires, au moyen d'une inscription prise postérieurement à celle des créanciers hypothécaires de l'héritier, ou bien il l'ont perdu faute d'avoir rempli cette formalité. Dans le premier cas, les derniers restant sont attribués aux créanciers du défunt. Dans le second, ils sont répartis entre les créanciers héréditaires et les légataires proportionnellement aux créances des premiers et aux sommes restant dûes aux légataires.

Le but unique de la séparation des patrimoines

n'étant autre que celui de conserver la distinction du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, afin d'assurer aux créanciers du premier et sur les biens héréditaires ce droit de préférence envers les créanciers du second, il s'ensuit que la séparation des patrimoines et le droit de préférence qui en résulte, ne porte aucune atteinte à la saisine de l'héritier, ni par conséquent aux droits et obligations qu'elle consacre vis-à-vis des héritiers du défunt et des légataires. Elle ne modifie pas non plus sa position vis-à-vis de ses créanciers personnels. Or, l'effet le plus important de la saisine étant celui de donner à l'héritier le droit de disposer librement des objets compris dans l'hérédité, il s'ensuit que l'héritier, sans s'arrêter au privilège des créanciers du défunt ou des légataires, peut aliéner tout ou partie des immeubles héréditaires, sans que cette aliénation puisse être invalidée sur le fondement qu'elle a eu lieu avant l'expiration des six mois accordés aux créanciers du défunt et aux légataires pour requérir inscription.

L'argument à *fortiori* qu'on prétend faire résulter de la disposition finale de l'art. 2111, est ici sans valeur. Car, s'il y a des cas où la prohibition d'hypothèque entraîne, à plus forte raison celle d'aliéner; c'est qu'alors l'extension de cette prohibition est fondée même sur l'esprit de la loi. Mais il en est autrement dans la matière qui nous occupe. Le but que s'était proposé le législateur en accordant la séparation des patrimoines et le droit de préférence qui y est attaché, n'était pas de protéger les créanciers du défunt et les légataires contre toutes sortes de lésions qui peut les affecter, mais uniquement de leur garantir la préférence sur le prix des immeubles de la succession con-

tre les hypothèques qui auraient pu y être établies dans les six mois de l'ouverture de la succession. L'avantage qu'en tirent les créanciers du défunt et les légataires est assez important, sans qu'il leur soit permis d'en prétendre à un plus important. Des considérations qui précèdent, il résulte aussi que la prohibition d'hypothéquer même, établie par l'art. 2111, n'est pas absolue, mais seulement relative; dans ce sens qu'elle n'est prononcée que pour garantir le droit de préférence qui découle de la séparation des patrimoines. L'hypothèque est donc valablement consentie par l'héritier, soit à l'un de ses créanciers personnels, soit même à l'un des créanciers héréditaires, si les personnes au profit desquelles ce droit de préférence existe sont satisfaites. Elle est valable, même par rapport aux créanciers du défunt et aux légataires, lorsque ces derniers n'ont pas régulièrement conservé leur droit de préférence en prenant inscription dans les six mois de l'ouverture de la succession.

De même que la séparation des patrimoines ne porte atteinte à aucun des droits que la saisine confère à l'héritier, de même elle ne modifie aucune obligation qui en résulte pour lui. L'héritier continue, nonobstant cet événement, d'être obligé, tant pour sa personne que sur ses biens envers les créanciers héréditaires et les légataires. Seulement, si les biens héréditaires dont ils avaient demandé et obtenu la séparation sont suffisants pour les désintéresser, il est juste qu'ils s'en contentent. Que s'ils sont insuffisants, rien ne les empêche de diriger toute espèce de poursuite contre les biens personnels de l'héritier, sans que ses créanciers personnels puissent les repousser sous prétexte que les deux patrimoines sont distincts et sépa-

rés et sans que, dans le cas de concours, ils puissent se prévaloir, à l'exemple des créanciers héréditaires, d'un droit de préférence, sauf, toutefois, des privilèges et des hypothèques qu'ils auraient acquis sur ces biens. Mais les créanciers héréditaires et les légataires qui, au lieu de s'en tenir aux biens héréditaires, auraient poursuivi l'héritier sur ses propres biens et l'auraient ainsi accepté pour leur débiteur direct, ne pourraient plus revenir avec leur droit de préférence sur les biens héréditaires qui offriraient encore quelques valeurs à distribuer. Et réciproquement, rien n'empêche les créanciers personnels de l'héritier de se prévaloir des valeurs héréditaires qui resteraient après le paiement des créanciers du défunt et des légataires. Ils peuvent même les primer sur ses biens au moyen de leurs hypothèques, dans le cas où ces derniers n'auraient pas pris inscription conformément à l'art. 2111.

La loi, en accordant la séparation des patrimoines, n'avait d'autre chose en vue que de conférer aux créanciers du défunt le droit de gage conformément à l'art. 2092, à l'exclusion des créanciers personnels de l'héritier. Il s'ensuit que le droit de préférence qui en résulte n'engendre aucun droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs des immeubles héréditaires. En effet, le gage, dont il est question dans l'article 2092, ne donne aucun droit de suite, et l'article 2166 n'est pas applicable à cette matière. Car la qualification du privilège donnée au droit de préférence qui résulte de la séparation des patrimoines est inexacte. Ce n'est pas un véritable privilège accompagné de son droit de suite; c'est plutôt un demi-privilège, une sorte de préférence, et rien que cela. L'art. 2111 est évidemment limitatif et n'accorde aux

créanciers héréditaires que le droit de préférence à l'égard des créanciers personnels de l'héritier et nullement un droit de suite contre les détenteurs des immeubles de la succession. Sans doute, les créanciers du défunt et les légataires, faute de ce droit de suite, peuvent être souvent frustrés de leur gage et le droit de préférence que la loi leur accorde peut être ainsi rendu illusoire pour eux malgré toutes les diligences qu'ils y auraient mises pour le conserver. Mais c'est un malheur que la loi en leur accordant ce droit de préférence n'a pas entendu écarter de leur tête. En effet, la séparation des patrimoines n'est pas considérée par la loi comme une mesure de nature à protéger les intérêts des créanciers héréditaires contre toute espèce de préjudice, mais bien comme une garantie spéciale et toute de faveur contre un dommage que leur causerait la confusion des patrimoines, dommage qui résulterait pour eux de ce que les créanciers personnels de l'héritier, participant concurremment avec eux aux biens héréditaires, leur diminueraient ce gage qui leur était d'abord exclusif. La séparation des patrimoines, répétons le, n'a d'autre objet que de replacer les créanciers héréditaires et les légataires dans l'état où ils se trouvaient avant la confusion des patrimoines; la séparation ne leur accorde aucun droit nouveau autre que celui qu'ils avaient au moment du décès du défunt.

§ 7.

**Des fins de non-recevoir à la demande en séparation des patrimoines.**

La demande en séparation des patrimoines cesse à l'égard des objets mobiliers de l'hérédité qui ont été

confondus avec le mobilier de l'héritier, de telle sorte qu'il est impossible de reconnaître et de distinguer les uns des autres, *confusis enim et unitis, separatio impetrari non potest. Quid*, si la confusion n'est que partielle? Elle ne forme pas obstacle à la demande en séparation des objets mobiliers qui ne sont pas confondus.

La demande en séparation des patrimoines cesserait d'avoir lieu même à l'égard des objets immobiliers, s'ils étaient tellement confondus que leur distinction serait tout-à-fait impossible. Mais comme les cas en sont très-rares, la confusion d'immeubles ne fait pas en principe obstacle à cette demande. *Quid ergo*, se demande Ulpien, *si prædia extent, vel mancipia, vel pecora vel aliud quod separari potest?* Et il décide que la séparation peut en être demandée et on ne doit pas écouter celui qui prétendrait soutenir le contraire; car, par exemple, les héritages ne se confondent pas avec les autres héritages, à moins que par suite de leur situation et leur commixtion particulière toute séparation n'en devienne impossible, ce qui arrive très-rarement; *quod quidem perraro contingere potest*. Toutefois, si, les objets immobiliers étant aliénés, leur prix était payé et confondu de manière à ne pouvoir plus être distingué, la demande en séparation des patrimoines ne pourrait être formée.

*Quid*, si les biens du défunt étaient vendus simultanément avec ceux de l'héritier et que le prix en soit encore dû? Si les biens du défunt et ceux de l'héritier ont été vendus en bloc, sans qu'on puisse distinguer le prix des biens du défunt de celui des biens de l'héritier, la confusion fera obstacle à la demande en séparation. Dans le cas contraire, si le prix de ces biens

peut être facilement distingué, rien n'empêche qu'on ne puisse en demander la séparation.

A l'égard des immeubles, l'action en séparation des patrimoines peut être aussi long-temps exercée qu'ils se trouvent entre les mains de l'héritier. Mais s'en suit-il qu'elle ne puisse plus être exercée, s'ils ont été aliénés avant l'introduction de la demande? Nous avons déjà discuté cette question, et nous l'avons décidée affirmativement.

Les meubles, à cause de leur nature, changent facilement leur état primitif; le temps les détériore et les dégenère souvent de manière à les rendre tout-à-fait méconnaissables. La loi présume qu'au bout de trois ans, les objets mobiliers de l'hérédité sont de fait confondus avec ceux de l'héritier. En conséquence, la demande en séparation des patrimoines n'est plus recevable à leur égard, si elle n'a pas été formée dans le délai de trois ans.

Mais ce délai court-il du jour de l'ouverture de la succession, ou seulement de celui de son acceptation? Il y en a qui veulent faire courir ce délai du jour de l'ouverture de la succession. Ils se fondent sur ce que la loi romaine (L. 1, § 13. D. h.) qui le fait courir de l'addition de l'hérédité est incompatible avec le principe nouveau du code sur la saisine. Cependant, en cette matière, le principe de la saisine ne fait rien à la chose. En effet, la saisine héréditaire n'opère qu'une confusion de droit entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier; or, notre prescription est fondée sur une confusion de fait qui ne peut résulter que de l'acceptation. Il s'ensuit que le délai de la déchéance dont il s'agit ici, ne peut commencer à courir que du jour de cette acceptation.

Enfin, la demande en séparation des patrimoines doit être refusée à ceux des créanciers héréditaires ou légataires qui ont suivi la foi de l'héritier en faisant avec lui ou contre lui des actes qu'ils ne pouvaient faire qu'en le prenant pour leur débiteur directement obligé envers eux. Car la novation dont parle l'article 879 n'exige pas les conditions prescrites pour la novation ordinaire ; il s'agit ici uniquement de la considérer sous le seul rapport de la conservation ou de la perte du droit de demander la séparation des patrimoines.

---

---

## POSITIONS ET QUESTIONS.

### DROIT ROMAIN.

1. La règle Catonienne ne concerne pas les institutions d'héritiers ; elle ne s'applique pas non plus aux legs conditionnels ; mais s'applique-t-elle aux fideicommiss ? — Oui.

2. Le caractère de servitude rustique ou urbaine se détermine par la nature même de la servitude. — Utilité de cette distinction.

3. La convention des parties suffisait-elle pour établir les servitudes personnelles ou prédiales ? — Non.

4. Si la chose est de nature à pouvoir être ramenée à l'état de matière brute , celui-là doit être propriétaire à qui appartient la matière ; que sinon , on doit regarder de préférence comme propriétaire de la chose celui qui l'a faite. Cette décision de Justinien s'appliquait-elle même au cas où le nouvel objet avait été fait par une personne de mauvaise foi ? — Oui.

### CODE NAPOLEON.

1. L'acceptation bénéficiaire d'une succession dispense-t-elle les créanciers du défunt de former la demande en séparation des patrimoines et de prendre inscription dans le cas où elle serait nécessaire ? — Oui.

2. Si l'héritier bénéficiaire était évincé de l'hérédité par un autre héritier qui l'acceptât purement et simplement , les créanciers du défunt seraient-ils obligés à former la demande en séparation des patrimoines et de prendre inscription ? — Oui.

3. Les créanciers du défunt , qui ont conservé leur droit de préférence , peuvent-ils poursuivre hypothécairement les héritiers qui , par suite du partage de l'hérédité , sont devenus propriétaires exclusifs des immeubles de la succession grevés d'inscription ? — Non.

### DROIT CRIMINEL.

1. Les conseils de guerre peuvent-ils appliquer les circonstances atténuantes et modifier les peines en vertu de l'article 463 C. Pénal ? — Distincton.

2. Les juges, lorsqu'ils admettent les circonstances atténuantes en matière correctionnelle, peuvent-ils faire remise de la surveillance et de l'interdiction des droits mentionnés dans l'article 42 du Code Pénal ? — Oui.

### DROIT ADMINISTRATIF.

1. Le pouvoir municipal peut-il obliger les marchands patentés et établis en magasin pour le commerce des fruits et légumes, à ne vendre leurs marchandises qu'au marché public ? — Non.

2. Quel est le tribunal compétent pour décider les difficultés qui s'élèvent entre les habitants d'une commune sur le partage des jouissances communales ? — Il faut distinguer.

Approuvé :

Toulouse, le 16 juillet 1858.

Permis d'imprimer :

Pour le Recteur, Conseiller honoraire  
à la Cour de Cassation :

Toulouse, le 15 juillet 1858.

*Le Doyen de la Faculté de Droit,* *L'Inspecteur d'Académie délégué,*  
DELPECH, J.-E. PEYRAT.

IMPRIMERIE V<sup>o</sup> SENS ET P. SAVY,

Rue Saint-Rome, 4.

