

22129

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE

LA **MANUS**  
EN DROIT ROMAIN

DE LA SITUATION DES MÉDECINS  
A L'ÉGARD DE LEURS MALADES  
EN DROIT FRANÇAIS

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

SOUTENUE EN SÉANCE PUBLIQUE

dans une des salles de la Faculté de Droit  
de Toulouse

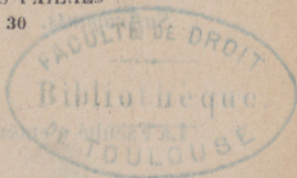
PAR **M. ALBERT SALIVAS**, AVOCAT  
né à Toulouse

lauréat de la Faculté (concours de 1869, 1870 et 1871).

TOULOUSE

IMPRIMERIE DES ORPHELINS, JULES PAILHÈS  
Rue du Rempart St-Etienne, 30

1873





**A CEUX QUE J'AIME**

---

LE DROIT DE LA VIE

DE LA MORT

ET SA NATURE ET SON ORIGINE

PAR M. L. DE LA VIE

The text in this section is extremely faint and illegible, appearing as a series of light grey smudges and ghosting of characters. It seems to contain several paragraphs of text, but the specific words and sentences cannot be discerned.

# DROIT ROMAIN

## De la **MANUS**

### SA NATURE ET SON ORIGINE

Le mot *manus* n'avait pas à Rome un sens parfaitement déterminé. Quelquefois il était pris comme synonyme de celui d'esclavage. Ulpien dit, en effet: « *Est manumissio de manu missio, id est, datio libertatis; nam, quamdiu quis in servitute est, manus et potestati suppositus est; manumissus liberatur potestate....* (1). » Et Justinien consacre cette définition (2). » Quelquefois encore il était pris comme synonyme de l'expression *patria potestas*. Ainsi Tite-Live donnant les détails relatifs à l'abrogation d'une certaine loi Oppia, qui avait été portée pour réprimer le luxe des femmes, fait discourir successivement le consul M. P. Caton et le tribun du peuple L. Valerius: « *Majores nostri, s'écrit Caton, nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore*

(1) Fr. 4. de *justitia et jure*.

(2) *Pr.*, Inst., 1, 5.

voluerunt; in manu esse parentum, fratrum, virorum..... Scilicet, répond Valerius, si legem Oppiam abrogaveritis, non vestri arbitrii erit, si quid ejus vetare volueritis, quod nunc lex vetat: minus filiae, uxores, sorores etiam quibusdam in manu erunt. Nunquam salvis suis exiit servitus muliebris: et ipsae libertatem, quam viduitas et orbitas facili detestantur. In vestro arbitrio suum ornatum, quam in legis, malunt esse. Et vos in manu et tutela, non in servitio debetis habere eas; et malle patres vos aut viros, quam dominos dici. Invidiosus... (1). » Tacite, de son côté, nous entretenant d'un moyen frauduleux fort en usage au commencement de l'empire, surtout sous Néron, pour parvenir aux magistratures et au gouvernement des provinces, s'exprime en ces termes: « *Percrebuerat ea tempestate (sous Néron) pravissimus mos, quum, propinquis comitiis aut sorte provinciarum, plerique orbi fictis adoptionibus adsciscerent filios, praeturasque et provincias inter patres sortiti, statim emitterent manu quos adoptaverant...* (1). » Mais, en réalité, le mot *manus* n'était synonyme ni de celui d'esclavage, ni de l'expression *patria potestas*. Il avait un sens technique, le seul que les juriconsultes lui reconnussent unanimement et le seul par conséquent que nous lui reconnaitrons nous-mêmes dans tout le cours de ce travail. Pris dans ce sens, il désignait une puissance, en principe de droit civil, pouvant appartenir à un homme sur une femme que cette

(1) *Histoire romaine*, liv. 34, chap. 2 et 7. Comp. Servius, *Commentaire sur Virgile*, *Enéide*, chant 4, v. 103.

(2) *Annales*, liv. 15, chap. 19.

puissance rendait nécessairement *alieni juris*, si elle ne l'était pas déjà. C'est ce qui résulte très-clairement des §§ 108 et 109 du Comment. 4 de Gaius. Ces §§ sont ainsi conçus : « *Nunc* (Gaius vient de nous entretenir de l'adoption) *de his personis videamus quæ in manu sunt : quod et ipsum jus proprium civium romanorum est. Sed in potestate quidem et masculi et femine esse solent, in manum autem femine tantum conveniunt.* » Pour Gaius, il est vrai, la *manus* paraît être une puissance essentiellement de droit civil. Cependant, à s'en rapporter au chap. 22 de la Table de Salpensa, elle pouvait appartenir aux Espagnols de cette ville tout comme aux citoyens romains, et c'est ce qui explique pourquoi notre langage n'est pas aussi absolu que celui de Gaius. Voici, du reste, le texte du chapitre en question, avec la traduction qu'en a donnée M. Laboulaye et l'une des notes dont il l'a fait suivre : « *R. UT QUI CIVITAT. ROMAN. CONSEQUANTUR MANEANT IN EORUM. DEM M. O. M. POTESTATE.*—*Qui quæve ex. H. L., exve edicto imp. Caesaris Aug. Vespasiani, impve Titi Caesaris Aug. aut imp. Caesaris Aug. Domitiani PP. civitatem Roman. consecutus consecuta erit, is ea, in ejus qui. C. R. H. L. factus erit potestate manu mancipio, cujus esse deberet si civitate Romana mutatus mutata non esset, esto, idque jus tutoris optandi habeto quod haberet si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset...* RUBRIQUE. QUE CEUX QUI OBTIENNENT LA CITÉ ROMAINE RESTENT SOUS LE *MANCIPIUM*, LA *MANUS* OU LA PUISSANCE DES MÊMES. — Toutes les personnes, hommes ou femmes, qui auront obtenu la cité romaine en vertu de cette loi, ou en vertu de l'édit de

l'empereur César Auguste Vespasien, ou de l'empereur Titus César Auguste, ou de l'empereur César Auguste Domitien, père de la patrie, resteront en la puissance, en la main, sous le *mancipium* de celui qui sera fait citoyen romain par cette loi, comme si elles n'avaient pas changé de cité romaine (ou comme si elles n'avaient pas été changées par la cité romaine), et elles auront le droit de se choisir leur tuteur, comme elles l'auraient eu si elles étaient nées d'un citoyen romain, et qu'elles n'eussent pas changé de cité (ou qu'elles n'eussent pas été changées par la cité)... Ainsi le *mancipium*, la *manus*, la *potestas*, sont des institutions qui existent chez les Latins aussi bien que chez les Romains. Pour le *potestas*, Gaius nous a dit précisément le contraire; et quand il nous parle des fils d'un Latin à qui on accorde la cité, il emploie l'expression : *in potestate fiunt* et non pas : *manent*. Gaius ne se sert pas d'expressions moins formelles pour la *manus*, 4,108 : *Quod et ipsum jus proprium civium romanorum est*, et pour le *mancipium*, 4,119 (qu'il ne faut pas confondre avec la *mancipatio*, qui n'en est que la forme) : *Quod et ipsum jus proprium civium romanorum est*. Ces expressions sacramentelles trois fois répétées prouvent que la famille était constituée chez les Romains plus fortement qu'en aucun pays du monde, et qu'elle se distinguait tout-à-fait de la famille latine. Il faut donc supposer qu'il y avait pour Salpensa un droit latin particulier, et que ce droit latin était le droit romain même (1). » Comme on le voit

(1) *Les tables de bronze de Malaga et de Salpensa*, traduites et annotées, Revue historique de droit français et étranger, t. 1<sup>er</sup>, 1855, p. 520 et suiv., et broch., 1856.



le texte de notre chap. 22 est formel. Impossible d'ailleurs de prétendre, avec MM. Laboulaye (1) et Asher (2), que l'authenticité des Tables de Salpensa et de Malaga est très-douteuse. Les considérations émises contre cette authenticité sont, en effet, trop peu décisives pour parvenir à l'infirmier (3).

D'où la *manus* tirait-elle son origine? Un de nos jurisconsultes les plus distingués, M. Gide, répond à cette question : « La dépendance de la femme, dit-il, n'a jamais été aussi étroite que dans l'ère patriarcale, parce que la puissance du père de famille n'a jamais été aussi absolue. Comme l'on ne connaissait encore aucune autre institution que la famille, l'autorité paternelle pouvait s'étendre indéfiniment sans risquer de se heurter jamais à une autorité rivale. Plus tard, l'Etat est intervenu; il a étendu sa protection sur l'enfant et sur la femme, et le pouvoir domestique s'est trouvé dès lors subordonné au pouvoir public. Mais, dans les premiers âges, lorsque le pouvoir public n'existait point encore, le père de famille était seul législateur, seul juge, seul prêtre, et ses femmes, ses enfants, ses esclaves étaient tous de même condition, car ils étaient tous sans droit devant lui. C'est le peuple romain qui, dans l'Europe civilisée, a conservé le plus longtemps dans ses lois l'empreinte de cette organisation

(1) *Loc. cit.*

(2) *Revue histor.*, t. 12, 1866, p. 113 et suiv.

(3) Voy. M. Giraud (*Les tables de Salpensa et de Malaga*, 1856; — *Lex Malacitana*, *Revue histor.*, t. 13, p. 79 et suiv., et broch., 1868). Voyez aussi M. Zumpt, *Studia romana*, 1859.

primitive de la famille. Aussi Gaius (1) a-t-il pu croire que la *manus* et la *patria potestas* n'existaient que dans les lois romaines. Mais si ces institutions, au temps de Gaius, n'étaient plus connues que des Romains, il fut un temps où elles étaient communes à tous les peuples. Elles ont laissé leurs traces dans l'Inde, où la femme et les enfants sont considérés comme la propriété du père de famille (2); chez les Grecs, où le même mot (3) désigne le droit du mari sur sa femme, du père sur son enfant et du maître sur son esclave; chez les Germains, qui ont retenu non seulement l'institution de la *manus*, mais le mot même : *mund*, *mundium* (4); enfin, on les retrouve encore de nos jours chez les tribus de l'Afrique australe : — Chez les anciens Romains, dit le missionnaire Casalis (5), la femme était la sœur des enfants du mari. On ne saurait mieux exprimer la position d'une femme mariée au sein des tribus de l'Afrique australe. Quand le *Mossouto* dit *moi et mes enfants*, il est bien entendu que la femme compte parmi ces derniers. — L'assimilation de la femme à l'enfant et à l'esclave, tel était donc le principe général à l'époque patriarcale (6). »

(1) « Comment 1, § 108. »

(2) « Yājñavalkya, II, 175 : — On peut faire donation de toutes ses propriétés, à l'exception de sa femme et de ses enfants. »

(3) « *Kyrios*; il en est de même du mot *potestas* chez les Romains. Le pouvoir de vendre ses enfants à Athènes ne fut aboli que par Solon. Plutarque, *Solon*, 13. »

(4) « *Manus* et *mund* ont le même racine comme la même signification. J. Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*, Göttingue, 1854, 2<sup>e</sup> édit. p. 447. »

(5) « *Les Bassoutos, vingt-trois années au sud de l'Afrique*, Paris, 1860 2<sup>e</sup> édit., p. 191. »

(6) *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 1<sup>er</sup>, § 2, p. 27 et 28.

Si chez les Romains la *manus* ne se confond pas avec la *patria potestas*, elle doit beaucoup lui ressembler. Et, en effet, elle lui ressemble tellement que la femme qui est *in manu* de son mari est considérée comme étant aussi sa *filia* (1). C'est donc évidemment sur le modèle de la *patria potestas* que les Romains ont formé la *manus*. La *patria potestas* est en principe de droit civil; la *manus* de même. Mais il y a, entre la *manus* et la *patria potestas*, plusieurs différences dont voici les principales : 1° la *patria potestas* peut exister sur une femme ou sur un homme, tandis que la *manus* ne peut exister que sur une femme (2), et 2° la *patria potestas* est le plus souvent une conséquence de la naissance, ce qui n'a jamais lieu pour la *manus* (3).

La *manus* était établie soit *matrimonii causa* soit *fiducie causa*. Dans le premier cas, c'était toujours au mari qu'elle appartenait, elle devait durer aussi longtemps que le mariage et elle s'acquerrait *confarreatione*, *coemptione*, *usu* (4); dans le second cas, elle appartenait indistinctement au mari ou à un tiers, elle ne devait durer que le temps nécessaire pour arriver à certains effets juridiques et elle ne s'acquerrait que *coemptione* et sur une femme *sui juris* (5).

Occupons-nous d'abord de la *manus* établie *matrimonii causa*; nous nous occuperons ensuite de la *manus* établie *fiducie causa*.

(1) Gaius, Comment. 1, § 114.

(2) Gaius, Comment. 1, § 109.

(3) Gaius, Comment. 1, §§ 55 et 110; Just., *pr.*, Inst., 1, 9.

(4) Gaius, Comment. 1, § 110.

(5) Gaius, Comment. 1, §§ 110-115 b.

I

**De la MANUS établie MATRIMONII CAUSA**

Nous allons étudier successivement ses modes de constitution, ses effets et ses modes d'extinction.

A) MODES DE CONSTITUTION

Dans son ouvrage *De institutione oratoria*, Quintilien, après avoir montré, à l'instar de Cicéron dans ses Topiques, n° 3, un argument tiré du genre, ajoute, pour en montrer un tiré de l'espèce : « *At, si quis, quum legatum sit ei, quæ viro materfamilias esset, neget deberi ei, quæ in manum non convenerit : specie; quoniam duæ formæ sint matrimoniorum* (1) ». Il y avait donc, d'après Quintilien, une sorte de connexité entre le mariage et la *manus*, et c'est ce que n'hésitent pas à admettre quelques commentateurs, notamment M. Gide : « Tantôt la femme romaine, bien que mariée, demeurait dans la famille, sous la puissance de son père ou la tutelle de ses agants ; tantôt ces liens étaient rompus par le mariage, la femme passait, suivant l'expression technique, *in manum mariti*, et n'avait plus d'autre famille que celle de son mari.

(1) Liv. 5, chap. 10, n° 62.

« Cette dernière espèce de mariage est, sans contredit, la plus ancienne. L'antiquité de son origine se révèle dans les formes particulières qui l'accompagnent et que l'on retrouve presque identiques, dans les plus anciennes législations. Il est donc probable qu'aux premiers siècles de Rome la *manus mariti* était la suite inévitable du mariage. Dès le jour où les nouveaux époux, près du lit nuptial, avaient offert leur sacrifice commun aux divinités du foyer, la femme n'avait plus d'autre famille, d'autres agnats, d'autres héritiers que son mari et les parents de son mari. Que devenaient les liens de l'épouse avec son ancienne famille, les droits de ses agnats à sa tutelle et à sa succession ? Le mariage les avait détruits et détruits pour toujours. Mais il y avait là un danger qui dût éveiller bientôt l'attention du législateur.

« Les agnats tuteurs de la femme devaient être peu disposés à consentir à un mariage qui les dépouillait de tous leurs droits, et sans leur aveu le mariage était impossible. Aurait-on pu les forcer à sacrifier leurs droits ? Mais ces droits étaient sacrés : gardiens des intérêts de la famille, c'était pour eux un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât à des étrangers. Pour donner satisfaction à tous ces besoins contradictoires, il fallut séparer deux choses qui avaient d'abord paru inséparables, le mariage et la *manus*, c'est-à-dire le changement de famille. A côté du mariage antique aux formes solennelles, on imagina un mariage nouveau, qui se contractait par le simple consentement et laissait la femme dans sa famille, sous la tutelle de ses agnats. Le

consentement des tuteurs fut toujours nécessaire pour l'ancien mariage avec *manus*, mais il ne le fut plus pour le mariage pur et simple, qui laissait intacts les droits des agnats. Cette révolution dans le régime de la famille était déjà accomplie ou en voie de s'accomplir lors de la loi des XII Tables (1).

« Au reste l'introduction d'une nouvelle forme de mariage n'entraîna pas l'abandon de l'ancienne : elles coexistèrent longtemps (2), car elles pouvaient l'une et l'autre, dans des cas divers, satisfaire tour à tour au même besoin. Parfois, en effet, c'est le mariage avec *manus* qui devait le mieux assurer la conservation des biens dans la famille. Que la femme, lors du mariage, se trouvât, non plus en tutelle, mais en puissance paternelle, c'est-à-dire sans patrimoine, et la *conventio in manum* ne présentait plus que des avantages pour les agnats : car elle équivalait alors à ces pactes de renonciation à successions futures, qui, dans notre ancien droit français, accompagnaient si souvent les contrats de mariage. Ainsi le même intérêt, celui de la conservation des biens patrimoniaux, fit à la fois introduire le mariage sans *manus* pour l'héritière et maintenir le mariage avec *manus* pour la fille qui n'avait pas encore hérité (3). »

(1) « Déjà, dans les XII Tables, la *manus* est considérée comme une suite naturelle mais non plus nécessaire du mariage : la loi indique elle-même comment la *manus* peut être évitée, par l'*usurpatio* annuelle du *trinotium*. »

(2) « L'*usus*, qui suppose le mariage libre, nous est présenté comme contemporain de la *coemptio* et de la *confarreatio*. »

(3) M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 4, § 3, p. 126-128. Comp. p. 149, § 2, chap. 5, même liv. Comp. également Anthony Rich, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, trad. de M. Chéruel, *V<sup>o</sup> Matrimonium, Confarreatio et Coemptio*.

Trois raisons décisives nous font rejeter ce système : 1° le mariage n'a jamais été un mode de constitution de la *manus* (1); 2° l'existence de l'*usus*, comme mode de constitution de la *manus*, prouve très-clairement que le mariage et la *manus* étaient indépendants l'un de l'autre ; 3° les modes de constitution de la *manus* n'étaient pas des modes de constitution du mariage. D'après beaucoup de commentateurs, en effet, le mariage se contractait par le seul consentement des parties ; or cela n'avait pas lieu pour la *manus*.

En résumé, rien de commun entre les modes de constitution de la *manus* et le mode de constitution du mariage. Seulement, ce qui est probable, c'est que dans les mœurs anciennes le mariage n'existait presque jamais sans la *manus*, et ce qui est vrai, c'est que la *manus* pouvait exister qu'il y eût mariage ou non, c'est encore que la femme mariée pouvait être ou ne pas être *in manu mariti* (2).

Le mariage était-il sans *manus*, on le qualifiait de libre, et la femme portait le titre de *materfamilias*. Cependant,

(1) Gaius, Comment, 1, § 110.

(2) Telle est en France l'opinion de MM. du Caurroy, *Institutes de Justinien trad. et expl.*, 7<sup>e</sup> édit., t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 207; Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 8<sup>e</sup> édit., t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 121; Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> édit., t. 1<sup>er</sup>, p. 511; Domenget, *Institutes de Gaius traduites et commentées*, sur le § 110 du Comment 1; Lariche, *Explication des Institutes de Justinien*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 475; Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 120. — Pour M. de Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. 1<sup>er</sup>, p. 154, la *manus* accompagnait peut-être toujours le mariage des ingénus.

d'après Cicéron, Quintilien et Aulu-Gelle, le titre de *materfamilias* n'appartenait qu'à la femme *in manu mariti*, la femme non *in manu mariti* n'ayant droit qu'à celui d'*uxor* : « *A forma generis, quam interdum, quo planius accipitur partem licet nominare, hoc modo : Si ita Fabiæ pecunia legata est a viro, si ea uxor materfamilias esset ; si ea in manum non convenerat, nihil debetur. Genus enim est, uxor : ejus duæ formæ ; una matrumfamilias, earum quæ in manum convenerunt ; altera earum, quæ tantummodo uxores habentur : qua in parte quum fuerit Fabia, legatum ei non videtur (1).* » — « *At, si quis, quum legatum sit ei, quæ viro materfamilias esset, neget deberi ei, quæ in manum non convenerit : specie ; quoniam duæ formæ sint matrimoniorum (2).* » — « *Illud probabile est, quod idonei vocum antiquarum enarratores tradiderunt, ... matremfamilias appellatam esse eam solam quæ in mariti manu mancipioque, aut in ejus, in cujus maritus, manu mancipioque esset : quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti, et in sui heredis locum venisset (3).* » Ces trois textes nous donneraient tort, si nous ne pouvions invoquer Ulpien en notre faveur : « *Sui juris sunt, familiarum suarum principes, id est, paterfamilias itemque materfamilias (4).* » La *materfamilias* est donc

(1) Cicéron, *Topiques*, n° 5.

(2) Quintilien, texte déjà cité, *De inst. orat.*, liv. 5, chap. 10, n° 62.

(3) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. 19, chap. 6 *in fine*.

(4) *Fragm.*, titre 4, § 1.



*sui juris*; or la femme *in manu* n'est pas *sui juris*; par suite, elle ne saurait être *materfamilias*.

Mais alors, comment concilier le texte d'Ulpien d'une part, et les textes de Cicéron, de Quintilien et d'Aulu-Gelle de l'autre? Simplement en supposant que ce n'était que dans le très ancien droit qu'on réservait le titre de *materfamilias* à la femme *in manu mariti*, et que, à l'époque du droit classique, il en était tout autrement.

Nous voici maintenant arrivés à ce qui concerne spécialement les trois modes de constitution de la *manus* établie *matrimonii causa*, *confarreatio*, *coemptio* et *usus*.

#### A) CONFARREATIO

C'était un sacrifice solennel offert à Cérès. Il fallait que la foudre n'éclatât pas pendant qu'on le célébrait; sinon il n'était pas tenu pour bon et devait être recommencé. L'officiant était le grand-pontife ou le flamine de Jupiter. Dix citoyens romains servaient de témoins; ils représentaient peut-être les dix curies primitives de Romulus, peut-être même les dix curies de la tribu de la femme, peut-être même encore les dix *gentes* de sa curie. On immolait un bœuf ou une brebis et sur la dépouille de la victime on plaçait, à côté l'un de l'autre, deux escabeaux de bois. Les fiancés s'asseyaient, la tête couverte d'un voile, et l'officiant leur présentait des fruits et un gâteau salé, qui, fait d'un blé particulier, *far*, était appelé pour cela *farreus panis* ou *farreum*, d'où le mot de *confarreatio*. Après que

les fiancés avaient rompu le gâteau et goûté à ce gâteau et aux fruits, l'homme prononçait les paroles sacramentelles : *Ego sum Gaius* (Je suis le maître), et la femme répondait par ces autres paroles sacramentelles : *Ego sum Gaia* ou *Ubi tu Gaius, ego Gaia* (Je suis la servante ou Là où tu seras le maître, je serai la servante). On enlevait alors la femme, on lui faisait franchir, sans qu'elle le touchât des pieds, le seuil de la maison conjugale, et elle tombait *in manum mariti* (1).

Denys d'Halicarnasse prétend que c'est de Romulus que date la *confarreatio* (2); néanmoins, il est probable que ce sacrifice existait bien avant chez les Etrusques auxquels il dut être emprunté (3). Bien mieux, ses formes

(1) Les divers détails que nous venons de donner se trouvent dans Gaius, *Comment.* 1, §§ 110 et 112; Ulpien, *Fragm.*, tit. 9; Denys d'Halicarnasse, *Antiquités romaines*, liv. 2, chap. 25; Servius, *Comment. sur Virg.*, Georg., chant 1<sup>er</sup>, v. 51, et *Énéide*, chant. 4, v. 574. Comp, en outre, Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, liv. 18, chap. 5; Tacite, *Annal.*, liv. 4, chap. 16; Apulée, *Métamorphoses*, liv. 10, p. 507 de la traduction de M. Bétolaud, collect. Panckoucke; Festus, *De verborum significatione*, édit. Dacier et édit. Egger, *V<sup>o</sup> diffarreatio*.

(2) *Antiq. rom.*, liv. 2., chap. 25.

(3) C'est encore sans doute aux Etrusques que fût empruntée la *coemptio*. « Quelle que fût leur origine, il est vraisemblable que si les patriciens ne furent pas tous Etrusques, au moins ils voulurent l'être; que les plébéiens, adversaires des patriciens, que les clients, séparés peu à peu des patrons, furent ou voulurent être

se retrouvent presque identiques dans les plus anciennes législations; elles rappellent surtout celles du mariage sacré de l'Inde qui n'était permis qu'aux brahmines, et l'une d'elles, la présence de dix témoins, à une grande analogie avec la réception de la nouvelle épouse par les *phratres* dans le mariage grec (1).

Quelle était la portée morale, quel était le sens allégorique de la *confarreatio*? L'insuffisance des renseignements qui nous sont parvenus ne nous permet pas de répondre à cette question. Ce que nous savons seulement, c'est que les fruits et le gâteau qui figuraient dans la *confarreatio* étaient le symbole religieux de l'association de la femme aux *sacra* et à la vie entière de celui à qui elle liait sa destinée (2); c'est que la *confarreatio* n'était accessible

Latins. Tout patricien est Etrusque, tout plébéien ou client est Latin; cela est vrai, au moins d'une vérité logique. Si l'on admet le système de Niebuhr, dans sa première édition, il faut admettre aussi avec Schrader (*De just. et jure*, I, 7), et Schweppe, que les patriciens avaient suivi le droit étrusque, et les plébéiens le droit latin; de là tant d'institutions doubles, par exemple, *dominus esse*, comme Latin, *in bonis habere*, comme Etrusque; mariage avec *manus*, comme Etrusque, mariage libre, comme Latin. Depuis les XII Tables, un seul et même droit civil.» (M. Michelet, *Histoire romaine*, 4<sup>e</sup> édit., t. 1<sup>er</sup>, chap. 2, p. 158, note 2).

(1) M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 4, § 5, p. 126, note 1.

(2) « *Lex de matrimonio a Romulo lata hæc erat, mulierem nuptam quæ ex sacralis legibus in manum mariti convenisset, cum eo omnium et bonorum et sacrorum participem esse. Voca-*

qu'aux patriciens (1), et qu'elle procurait une grande considération et certains privilèges aux époux et à leurs enfants. Ces derniers, notamment, *patrimi et matrimi pueri* (2), avaient seuls droit aux fonctions de grand-pontife, de flamine majeur et de *rex sacrorum* ou *rex sacri-*

*bant autem antiqui sacras nuptias, romana quadam appellatione rem exprimentes, confarreationem, a faris communicatione, quod nos SEAN vocamus. Et sicut nos Græci hordeum existimantes frugum antiquissimum, in sacrificiis ab hordeo initium ducimus, vocantes id OULAS : ita Romani, existimantes far esse frugum pretiosissimum et antiquissimum, ab hoc in omni sacrificio, in quo victima crematur igne, initium faciunt. Ea enim consuetudo adhuc manet, nec ad priscam illam frugalitatem quidquam additum est. Quoniam igitur uxores in sacratissimi et primi cibi communionem, multasque fortunas, ad maritos veniebant, conjunctio ista nomen a faris communicatione accipiebat : adeoque necessario indissolubilis familiaritatis nexu conjuges copulabat, ut connubium illud nihil dissolveret...* (Denys d'Halicarnasse, *Antiq., rom.*, liv. 2, chap. 23, édit. Hudson, grec-latin.)

(1) Tacite, *Annal.*, liv. 4, chap. 16. Boèce, *ad Ciceronis Topica*, n° 3, édit. Orelli, p. 299.

(2) « *Flaminius erat puer qui Flamini præministrabat, ut Flaminia, puella quæ Flaminicæ, utrique (camilli?) patrimi et matrimi erant, sive patrimæ et matrimæ (nam utrumque dicitur), id est patrem, matremque adhuc vivos habebant.* » (Festus, *De verb. signif.*, édit. Dacier, note ad *V<sup>a</sup> Flaminius et Flaminia*). Comp. Festus, *De verb. signif.*, *V<sup>o</sup> Patrimi et matrimi pueri*, même édit.

*ficulus* (1). On peut même croire qu'anciennement toutes les fonctions sacerdotales leur étaient réservées, et ainsi s'expliquerait pourquoi ces fonctions furent celles dont les patriciens gardèrent le plus longtemps le monopole.

En tombant *in manum mariti* par *confarreatio* la femme changeait de famille; par suite, son mari acquérait sur sa personne, un droit de puissance et, sur son patrimoine, un droit de propriété. Aussi, pour contracter un *matrimonium confarreatum*, la femme avait-elle besoin, lorsqu'elle était *alieni juris*, du consentement du père de famille (2), et lorsqu'elle était *sui juris*, de l'*auctoritas tutorum*. (3)

La *confarreatio* s'en alla peu à peu. Elle s'en alla « comme s'en vont toutes les institutions religieuses qui ont perdu le souvenir de leur origine et la conscience de leur but (4). » Écoutons Tacite : « *Sub idem tempus* (sous Tibère, en l'an 776 de R., *C. Asinio Pollione et C. Antistio Veto consulibus*) *de Flamine Diali, in locum Servii Maluginensis defuncti, legendo, simul roganda nova lege, disseruit Cæsar. Nam patricios, confarreatis parentibus genitos, tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, ommissa confarreandi assuetudine aut inter paucos retenta : pluresque ejus rei causas afferebat; potissimam, penes incuriam virorum feminarumque. Accedere ipsius cærimonice difficultates, quæ consulto vitarentur, et quando exiret e jure patrio qui id flaminium apisceretur, quæque*

(1) Gaius, Comment, 1, § 112.

(2) *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, tit. 4, chap. 2, § 2, et chap. 7.

(3) Cicéron, *Pro Flacco*, n° 34; Gaius; Comment. 1, § 195.

(4) M. Accarias, *Op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, n° 120.

*in manum Flamini conveniret. Ita medendum senatus decreto, aut lege; sicut Augustus quælam, ex horrida illa antiquitate, ad præsentem usum flexisset. Igitur tractatis religionibus, placitum instituto Flaminum nihil demutari. Sed lata lex, qua Flaminica Dialis, sacrorum causa, in potestate viri, cetera, promiscuo feminarum jure ageret: et filius Maluginensis patri suffectus (1). »* Ecoutez aussi Gaius: « *Mulier quæ in manum convenit, nisi coemptionem fecerit, potestate parentis non liberatur, velut Flaminica Dialis; nam id senatus-consulto confirmatur, quo ex auctoritate Maximi et Tuberonis caveatur ut hæc quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cetera perinde habeatur atque si in manum non convenisset. Sed... (2). »* La décision législative dont parle Gaius est elle la même que celle dont parle Tacite? Plusieurs commentateurs le croient. Quant à nous, nous ne sommes pas de leur avis. Il nous semble, en effet, que les deux textes précédents doivent être ainsi interprétés. Une première décision législative (sénatus-consulte ou loi) établit que la femme du flamine de Jupiter ne passerait sous la puissance maritale que *quoad sacra tantum*, en d'autres termes, qu'elle resterait sous la puissance de son père ou *sui juris*. Postérieurement, une seconde décision législative (sénatus-consulte) étendit cette règle à tout *matrimonium confarreatum*, de sorte que ce n'est que du temps de Gaius que la *confarreatio* avait réellement cessé d'être un mode de constitution de la *manus*.

(1) *Annal.*, liv. 4, chap. 16.

(2) *Comment.* 1, § 136 *in. pr.*

Lorsqu'il y avait *matrimonium confarreatum*, si les époux voulaient divorcer, ils devaient employer un sacrifice analogue à la *confarreatio*. Ce second sacrifice, destiné à détruire les effets du premier, s'appelait *diffarreatio* : « *Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta diffarreatio quia fiebat farreo libo adhibito* (1). » Cependant, à en croire Denys d'Halicarnasse, le *matrimonium confarreatum* était indissoluble (2). Il se peut, en effet, que cela eût lieu primitivement, mais l'existence de la *diffarreatio* donne à croire que l'indissolubilité en question ne dura pas très-longtemps. Quoiqu'il en soit, la loi des XII Tables consacrait le divorce (3). Par exception, sa disposition ne s'appliquait pas aux flamines majeurs qui non seulement ne pouvaient pas divorcer, mais cessaient même d'être flamines, lorsqu'ils devenaient veufs : ces flamines devaient, en effet, être mariés, et l'être avec *confarreatio*, sinon ils perdaient leur fonction (4).

La *confarreatio* et la *diffarreatio* ne pouvaient pas survivre au paganisme ; elles disparurent avec lui (5).

(1) Festus, *De verb. signif.*, V<sup>o</sup> *Diffarreatio*. — La nécessité de la *diffarreatio* rendait le divorce plus difficile et plus lent, et cela sert encore à expliquer la défaveur dans laquelle n'avait pas tardé à tomber la *confarreatio*.

(2) *Antiq. rom.*, liv. 2. chap. 25.

(3) Cicéron, 2<sup>e</sup> *Philippique*, n<sup>o</sup> 28.

(4) Aulu-Gelle, *Nuits att.*, liv. 10, chap. 15, §§ 22 et 25 ; Festus, *De verb. signif.*, V<sup>o</sup> *Flammeo* ; Servius, *Comment. sur Virg.*, *Enéide*, chant 4, v. 574.

(5) Orelli, *Inscriptions romaines*, t. 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 2648.

## B) COEMPTIO

C'était une *mancipatio* par suite de laquelle la femme passait soit sous la *manus* de son mari soit sous la *manus* d'un tiers: « *Feminae coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus civibus romanis puberibus, item libripende præter mulierem, eumque cujus in manum convenit. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo. Unde aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fidei causa. Quæ ... (1).* » Il n'y avait pas cependant identité entre la *coemptio* et la *mancipatio* proprement dite: « *Si quærat aliquis quid inter coemptionem feminae et mancipationem intersit, ea quidem, quæ coemptionem facit, non deducitur in servilem conditionem; a parentibus vero et a coemptionatoribus mancipati mancipatione servorum loco constituuntur: adeo quidem ut ab eo cujus in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur sicuti juris est in persona servorum. Sed differentia ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi: quod non similiter fit in coemptione (2).* » La différence qui existait entre la

(1) Gaius, Comment, 1, § 115 et § 114 *in pr.*

(2) Gaius, Comment. 1, § 125.



*coemptio* et la *mancipatio* proprement dite tenait donc à ce fait que les parties ne prononçaient pas, dans les deux ventes, les mêmes paroles sacramentelles. Mais, en quoi différaient ces paroles, c'est ce que nous ignorons complètement.

On a soutenu, sans preuves, que la *coemptio* était propre aux plébéiens et que, par conséquent, les patriciens ne pouvaient pas en user. Cette proposition, en admettant qu'elle ait été vraie à une époque reculée, a dû cesser de l'être le jour où il y eut *connubium* entre les plébéiens et les patriciens, et, à plus forte raison, lorsque la *confarreatio* eût perdu ses effets civils. (1).

L'objet de la *coemptio* était double : il consistait dans la vente du patrimoine de la femme et dans la vente de la femme elle-même. Aussi, pour faire *coemptio*, la femme avait-elle besoin, lorsqu'elle était *alieni juris*, de l'*auctoritas tutorum*, tout comme elle avait besoin de ce consentement ou de cette *auctoritas* pour contracter un *matrimonium confarreatum*.

Qu'arrivait-il si une femme ne faisait *coemptio* avec son mari que pendant le mariage, ou si elle se mariait avec le tiers *coemptionator*, après une *coemptio* faite simplement *fiduciae causa*? Gaius répond : « *Licet mulier fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilominus filiae loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae jura nancisci..... Testamentum rumpi-*

(1) M. Accarias, *Op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, n° 120.

*tur si cui post factum testamentum uxor in manu conveniat vel quæ in manu fuit nubat : nam eo modo filicæ loco esse incipit, et quasi sua est (1). »*

Nous ne saurions fixer le moment précis où disparut la *coemptio* ; ce que nous pouvons seulement assurer, c'est que du temps de Gaius elle était déjà très peu en usage et qu'elle ne dût pas tarder à ne plus l'être du tout.

Le mariage par vente n'appartient pas qu'aux Romains, car on le retrouve chez presque tous les peuples anciens et même chez certains peuples modernes ou contemporains.

« Dans le principe, le mari acquérait sa femme comme on acquiert une esclave, en l'achetant ; le mariage consistait en une vente, le prix était payé au père de la jeune fille. Telle était la seule forme de mariage chez les patriarches de la Genèse comme chez les guerriers chantés par Homère ; on en reconnaît la trace dans la *coemptio* des Romains comme dans le *pretium nuptiale* des tribus germanes, et les lois de Manou, en l'abrogeant, nous en révèlent l'usage dans l'Inde primitive (2). De nos jours, cet usage existe encore chez le plus arriéré de tous les peuples civilisés : en Chine, la vente des femmes forme une branche importante du commerce (3). A plus forte raison le mariage par vente s'est-il conservé chez tous les peuples qui en sont encore restés aux mœurs patriarcales, dans les deux Amériques, depuis l'Equateur jusqu'au Cap, depuis le Caucase jusqu'au

(1) Gaius Comment. 1, § 115 b, et Comment. 2, § 139.

(2) « Genèse, XII, 16, XX, 16; Iliade, XVIII, v. 593; Strabon, liv. XV, chap. 1, n° 54; Aristote, *Polit.*, liv. II, chap. V, n° 11. .... »

(3) « Grosier, *Description de la Chine*, t. II, p. 264. »

fond de la Tartarie (1). Chez la plupart de ces peuples, le prix de l'épouse n'est guère plus élevé que celui de l'esclave, et, sauf des exceptions dues à des circonstances particulières, il en était en général de même dans la plus haute antiquité (2).

« La femme était donc vendue au mari. Mais, quelque barbare que cet usage nous paraisse aujourd'hui, nous n'en devons pas moins le considérer comme le premier pas vers la civilisation, comme le premier fondement de la famille. Écoutons un homme qui a passé sa vie au sein des tribus patriarcales : — On ne saurait disconvenir, dit M. Casalis (3), que le mariage par coemption, contracté en présence de témoins, garanti par l'intérêt réuni de plusieurs parties, n'ait été une institution précieuse pour des peuples barbares, que l'absence de principes moraux bien arrêtés exposait aux dangers d'une promiscuité bestiale. Du moment qu'une femme a légalement appartenu à un homme pour toute la durée de sa vie, la famille a été fondée. — En effet, le mari n'avait garde de répudier une femme qu'il avait chèrement payée. D'ailleurs la vente de l'épouse était toujours accompagnée des cérémonies que réclamait le caractère moral et religieux du contrat; de nos jours, chez les Tartares, c'est le prêtre lui-même qui fixe le prix que le mari doit payer (4); dans les premiers temps, à Rome, en

(1) « Klemm, *die Frauen in den verschiedenen Zonen*, etc., Dresde, 1858, t. 1<sup>er</sup>, p. 23, 101, 128, 148. »

(2) « Deutéronome, XXII, 29; Lévitique, XXVII, 3. »

(3) « *Les Bassoutos*, p. 192. »

(4) « Klemm, *die Frauen*, t. 1<sup>er</sup>, p. 128. »

Grèce, dans les Indes, un sacrifice aux dieux protecteurs du mariage précédait toujours l'entrée de l'épouse dans sa nouvelle demeure (1). »

Remarquons, en terminant, que dans les pays où le mariage par vente est en vigueur le prix, réel dans l'origine, devient assez souvent fictif par la suite, et qu'un prix actuel fictif suppose toujours un prix réel antérieur. C'est ce que l'on constate notamment chez les Hébreux et en Germanie (2).

### C) Usus

C'était une quasi-usucapion qu'avait établie la loi des XII Tables et par laquelle un mari acquérait la *manus* sur sa femme lorsque depuis le mariage la femme était restée pendant une année entière sans interruption dans la maison conjugale. Suivant l'expression consacrée, *tunc femina velut annua possessione usucapiebatur*. La loi des XII Tables avait prévu le cas où une femme ne voudrait pas passer sous la *manus* de son mari. Il fallait que cette femme eût soin de ne jamais laisser s'écouler une année entière sans découcher trois nuits de suite. Tout cela est parfaitement bien indiqué par Gaius : « *Usu in manum conveniebat*

(1) • Rossbach, *die römische Ehe*, p. 92. — M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 1<sup>er</sup>, § 2, p. 28, 29, 33 et 34.

(2). M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 2, § 3, p. 65, et liv. 2, chap. 3, p. 233.

que anno continuo nupta perseverabat : nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaque locum obtinebat. Itaque lege XII Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinotio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumpet....(1). » L'Usus était donc en quelque sorte une usucapion; mais ce n'était pas une usucapion véritable, car on n'usucapait véritablement qu'une chose et une femme n'était pas une chose (2).

Interrompue l'usus en découchant trois nuits de suite se rendait par l'expression *usurpare manum*. Cette expression très-claire pour les juriconsultes, l'est beaucoup moins, paraît-il, pour les historiens, puisque plusieurs d'entr'eux l'ont fort mal comprise. Un exemple : « Au foyer domestique des premiers Romains, dit M. Michelet, siègent deux divinités : le *lar*, génie muet des anciens possesseurs, dieu des morts, et le père de famille, possesseur actuel, génie actif de la maison, dieu vivant *par* ses enfants, sa femme et ses esclaves. Ce nom de père n'a rien de tendre, il ne désigne à cette époque que l'autorité absolue. Ainsi tous les dieux, ceux même des morts, sont invoqués sous le nom de *Pères*. Quelque nombreux que soit le cercle de la famille autour du foyer, je n'y vois qu'une seule personne, le père de famille. Le vieux génie de la famille barbare est un génie farouche et solitaire. Les enfants, la femme, les esclaves sont des corps, des choses, et non des personnes.

(1) Comment. 1, § 111 *in pr.* Comp. Aulu Gelle, *Nuits att.*, liv. 3, chap. 2, et Servius, *Comment sur Virg.*, Georg., chant 1er, v. 31.

(2) Gaius, Comment. 2, § 90

Ils sont la chose du père, qui peut les battre, les tuer ou vendre. La femme est la sœur de ses fils. Dès que, selon l'ancien usage, le fer d'un javelot a partagé les cheveux de la fiancée, dès qu'elle a goûté au gâteau sacré (*confarreatio*), ou que l'époux a compté au beau-père le prix de la vierge (*coemptio*), on lui dicte la formule (*Ubi tu Gaius, ego Gaia*), on l'enlève, elle passe sans toucher des pieds le seuil de la maison conjugale, et tombe, selon la forte expression du droit, *in manum mariti*. Son mari est son maître et son juge... Arrive la loi des XII Tables. A partir de ce moment, pour que la femme tombe dans la main de l'homme, le jeune *casmille* étrusque (1), le *cumerum* (2), le gâteau, l'as offert aux lares, ne sont plus nécessaires, somme dans la *confarreatio*; pas davantage la balance et l'airain, qui, dans la *coemptio*, livraient la fiancée par une vente. LE CONSENTÉMENT ET LA JOUISSANCE (mot profane), LA POSSESSION D'UNE ANNÉE, suffiront désormais, et bientôt ce sera assez de trois nuits (*trinoctium usurpatio*). Bientôt la femme ne dépendra plus de l'homme, si ce n'est par une sorte de tutelle. Le mariage libre d'Athènes reparaitra. L'ancienne unité sera rompue. Les époux seront deux (1). » Ainsi, pour M. Michelet, comme pour d'autres historiens, *usurpare manum* signifie acquérir la *manus*.

(1) Enfant ingénu qui servait aux autels (Festus, *De verb. signif.*, *V<sup>is</sup> Camillus* et *Cumerum*).

(2) Grand panier couvert où l'on portait les effets de la mariée (Festus, *De verb. signif.*, *V<sup>o</sup> Cumerum*).

(3) *Op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, chap. 2, p. 157 — 159, et chap. 5, p. 179.

Cette interprétation est précisément tout le contraire de la vérité.

La femme *alieni juris* pouvait seule tomber *in manum mariti* par l'*usus*. Quant à la femme *sui juris*, elle ne le pouvait pas. La disposition de la loi des XII Tables sur l'*interruptio trinoctio* ne regardait donc que la femme *alieni juris*. Mais pourquoi cette distinction? Pour une raison bien simple. La femme *alieni juris*, nous le savons, ne pouvait tomber *in manum mariti vel extranei* qu'avec le consentement du père de famille, et la femme *sui juris* qu'avec l'*auctoritas tutorum*. Or, le consentement du père de famille portait aussi efficacement sur un fait négatif que sur un fait positif, tandis que l'*auctoritas tutorum* devant être interposée *in ipso actu* et supposant la prononciation de paroles sacramentelles, on ne la concevait qu'appliquée à un fait positif, on ne la concevait pas validant les résultats d'un fait négatif. Cette solution découle naturellement des principes juridiques. Cicéron, du reste, la confirme. Dans l'affaire Flaccus, on prétendait qu'une certaine Valeria était tombée *in manum mariti*. Est-ce *usu*? est-ce *coemptio*? s'écrie Cicéron : « *Usu non potuit : nihil enim potest de tutela legitima, sine omnium tutorum auctoritate, deminui* (1). »

L'utilité de l'*interruptio trinoctio* était incontestable. Supposons, par exemple, une femme *alieni juris* ayant un pécule au moment où elle se mariait. Le père de famille ne voulait-il pas que ce pécule devînt la propriété du mari,

(1) *Pro Flacco*, n° 54.

il n'avait qu'à faire contracter à sa fille un mariage libre et à le lui faire maintenir tel, d'année en année, par l'*interruptio trinotio*.

L'*usus* commença à disparaître vers la fin de la République, et, du temps de Gaius, il n'existait plus que de nom, *partim legibus sublatus, partim ipsa desuetudine oblitteratus* (1).

## B) EFFETS

Par la *manus*, la femme change de famille, c'est-à-dire, subit une *minima capitis deminutio*, cessant ainsi d'être la *filia* de son père et l'agnate de ses agnats (2). Son père perd donc tout pouvoir sur elle, de même que ses agnats perdent tous droits à sa tutelle et à sa succession.

Voilà, en deux mots, les effets négatifs de la *manus*. Quant à ses effets positifs, les juriconsultes romains les résumaient dans la formule suivante : la femme *in manu mariti* est, par rapport à son mari, *loco filiae* (3).

(1) Gaius, Comment. 1, § 111 *in fine*. Comp. Tacite, *Annal.*, liv. 4, chap. 16.

(2) Gaius, Comment. 1, §§ 156 et 162; Comment. 5, § 84; Comment. 4, § 58; Ulpien, *Fragm.*, tit. 11, § 5.

(3) Gaius, Comment. 1, §§ 111, 114, 115 b, 118 et 156; Comment. 2, §§ 159 et 159; Comment. 5, § 5; Ulpien, *Fragm.*, tit. 22, § 14; *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, tit. 16, chap. 2, § 14.



On a beaucoup critiqué cette formule. Comment, a-t-on objecté, on peut donc avoir pour femme sa propre fille! Mais les jurisconsultes romains n'ont jamais prétendu rien de semblable. Ils ont voulu dire simplement que la femme *in manu mariti* est traitée comme si elle était la *filia* de son mari; ils n'ont pas voulu dire autre chose.

Du principe posé découlent naturellement quatre propositions importantes: a). La femme acquiert les droits d'héritier sien dans la succession de son mari, sans qu'elle ait à témoigner l'intention de les avoir et à manifester qu'elle les a; b) Elle transporte *ipso jure* tout son patrimoine à son mari; c) Elle ne peut acquérir, aliéner ou contracter que pour le compte de son mari; d) Enfin elle emprunte à son mari tous les liens d'agnation et, par suite, elle est civilement la petite fille du père de son mari, la sœur de ses propres enfants, etc.

a) La femme acquiert les droits d'héritier sien dans la succession de son mari, sans qu'elle ait à témoigner l'intention de les avoir et à manifester qu'elle les a .... (1). Cette proposition entraîne les deux conséquences suivantes:

1° Le père de famille peut donner par testament un tuteur à la femme: « *Uxori quæ in manu est, proinde ac filia, item nurui quæ in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dari potest. Rectissime autem tutor sic dari potest: LUCIUM TITIVM UXORI MEÆ TUTOREM DO:*

(1) Gaius, comment. 2, §§ 125, 124, 159, 157, 159: Comment. 5, §§ 5, 14 et 24; Ulpien, *Fragm.*, tit. 22, § 14; *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, tit. 16, chap. 2 § 14.

sed et si ita scriptum sit : *UXORI MEÆ TITIUS TUTOR ESTO*, recte datus intelligitur. In persona tamem uxoris, quæ in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo : *TITIE UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DO* : quo casu licet uxori eligere tutorem, vel in omnes res, vel in unam forte aut duas. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. Plena ita dari solet, ut proxime supra diximus ; angusta ita dari solet : *TITIE UXORI MEÆ TUTORIS OPTIONEM DUNTAXAT SEMEL DO*, aut duntaxat *BIS DO*. Quæ optiones plurimum inter se differunt ; nam quæ plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et sæpius tutorem optare ; quæ vero, angustam habet optionem, si duntaxat semel data est optio, amplius quam semel optare non potest ; si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. Vocantur autem hi qui nominatim testamento tutores dantur, dativi ; qui ex optione surmuntur, optivi (1). »

2° Le père de famille doit avoir soin d'instituer la femme héritière ou de l'exhérer nominativement ; autrement, s'il la passe sous silence, il teste inutilement (2).

b) La femme transporte *ipso jure* tout son patrimoine à son mari : « *Cum mulier in manum convenit, omnes ejus res incorporales et corporales, quæque eæ debite sunt, coemptionatori adquiruntur, exceptis iis quæ per capitis deminutio-*

(1) Gaius, Comment. 1, §§ 148-154.

(2) Gaius, Comment, 2, §§ 125 et 124; Ulpien, *Fragm.*, tit 22, § 14.

nem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est, et quæ continentur legitimo judicio. Sed e diverso quod debet ea quæ in manum convenit ad ipsum quidem coemptionatorem pertinet hereditarium æs alienum, proque eo, quia suo nomine coemptionator heres fit, directo tenetur jure, non vero quæ in manum convenit, quia desinit jure civili heres esse. De eo vero quod prius suo nomine ea persona debuerit, licet neque coemptionator teneatur, neque quæ in manum convenit maneat obligata, quia scilicet per capitis deminutionem liberatur, tamen in eam utilis actio datur, rescissa capitis deminutione, et si adversus hanc actionem non defendatur, quæ bona ejus futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, universa vendere creditoribus pretor permittit (1).» Ainsi, lorsqu'une femme tombait in manum mariti, tous les droits qu'elle pouvait avoir passaient dans le patrimoine du mari, excepté cependant ceux qui périssaient par la *capitis deminutio*, tels que l'usufruit, l'usage, l'obligation aux services contractée par les affranchis au moyen du serment, et les actions quæ continentur legitimo judicio. En sens inverse, les dettes héréditaires de la femme étaient à la charge du mari, parceque c'était le mari qui, d'après le droit civil, était désormais héritier. Quant aux dettes qu'avait faites la femme en son propre nom, elle en était libérée par la *capitis deminutio*, et le mari n'en était pas tenu. C'était là du moins la règle suivie dans l'ancien droit. Heureusement pour les créan-

(1) Gaius, Comment, 5, §§ 85 et 84.

ciers que le prêteur ne tarda pas à intervenir. Il rescinda la *capitis deminutio* et donna contre la femme une action utile. Alors, si le mari ne défendait pas sa femme, les créanciers étaient autorisés à faire vendre les biens qui constituaient leur gage, et leurs intérêts se trouvaient ainsi sauvegardés.

c) La femme ne peut plus acquérir, aliéner ou contracter que pour le compte de son mari.... A cette proposition se rattachent diverses questions que nous allons successivement passer en revue.

1° La femme peut-elle être instituée héritière ou légataire? Oui. Seulement, dans le cas où elle sera instituée héritière, il lui faudra, pour accepter la succession, le *jusus* de son mari (1).

2° Acquiert-elle valablement par *cessio in jure*? Non. La *cessio in jure* est, en effet, l'affirmation d'un droit réel; or aucun droit réel n'appartient à la femme *in manu mariti* (2).

3° Ce qu'elle possède, l'acquiert-elle pour le compte de son mari par usucapion? Non évidemment, puisqu'elle n'est pas en la possession de son mari (3).

4° Est-elle capable de s'obliger civilement? de stipuler? d'avoir un pécule? Oui (4).

(1) Gaius, Comment, 2, §§ 87 et 90.

(2) Gaius, Comment. 2, §§ 87.

(3) Gaius. Comment. 2, §§ 86, 89 et 90.

(4) Gaius, Comment. 3, §§ 114 et 163; Just., § 6, Inst., 3, 19. Comp. Plaute, *Casina*, acte 2, scène 2, v. 26; Térence, *Andria*, acte 1<sup>er</sup>, scène 6, v. 270. Voy. en outre Pellat, *Textes sur la dot*, 2<sup>e</sup> édit., p. 5 et 6.

5° D'avoir une dot? Probablement, puisqu'elle peut, avant la *conventio in manum*, se réserver de reprendre, en cas de divorce, tout ou partie des biens qu'elle apporte à son mari.

6° Est-il permis à son mari de l'instituer héritière? Oui, sans même qu'il ait préalablement à l'affranchir, vu qu'elle est libre.

d) La femme emprunte à son mari tous ses liens d'agnation et, par suite, elle est civilement la petite-fille du père de son mari, la sœur de ses propres enfants, etc (1)... De là entre elle et ces personnes des droits de succession réciproque que le droit pur n'admet pas en dehors de la *manus* (2). De là encore cette conséquence que, devenant *sui-juris* par le veuvage, elle se trouve placée sous la tutelle des plus proches agnats de son mari, peut-être de ses enfants.

Il nous reste maintenant à étudier un point fort controversé. N'est-ce qu'au point de vue de ses biens que la femme *in manu* est sous la puissance de son mari? N'est-ce pas aussi au point de vue de sa personne?

PREMIER SYSTÈME. — La femme *in manu* est sous la puissance de son mari tant au point de vue de sa personne qu'au point de vue de ses biens.

(1) La condition de la femme *in manu* différait en cela de celle de l'individu *in mancipio*.

(2) Gaius, Comment. 2, § 139; Comment. 5, §§ 5, 14 et 24; *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, tit. 16, chap. 2, § 14.

1° Elle est, en effet, *loco filia*; or, la *filia* est sous la puissance du père de famille, tant au point de vue de sa personne qu'au point de vue de ses biens; donc il doit en être de même de la femme *in manu*.

2° Gaius compare la mancipation d'un enfant à la *coemptio*, ce qu'il ne ferait certainement pas si ces actes étaient de nature différente (1).

3° Bien plus, le mari pouvait, quoiqu'on en dise, manciper sa femme, chose inexplicable si l'on admet le système contraire (2).

SECOND SYSTÈME. — La femme *in manu* n'est sous la puissance de son mari qu'au point de vue de ses biens.

1° Nous pouvons, dit Gaius, acquérir par notre esclave ou notre fils, soit la propriété, soit même la possession. Nous pouvons également acquérir la propriété par la femme qui est *in manu nostra*; mais il est fort douteux que nous puissions acquérir la possession par elle, car nous ne la possédons pas (3). Cela n'indique-t-il pas clairement que, la *potestas* frappant la personne de l'esclave ou du fils, tout ce qu'il possède *corpore* est par cela même en la possession du chef de famille, tandis que la *manus* n'atteignant que les biens de la femme et ne donnant aucun pouvoir sur sa personne, ne peut faire acquérir que ce qui entre dans ses biens et non pas ce qui est possédé par elle?

2° Le père de famille peut vendre son esclave ou son fils,

(1) Gaius, Comment. 1, § 125.

(2) Gaius, Comment. 1, §§ 115b, 118, 118 a, 125 et 157.

(3) Gaius, Comment. 2, §§ 89 et 90.

ou, s'ils ont commis quelque dommage, les livrer en guise d'indemnité à la personne qu'ils ont lésée; il ne peut ni vendre sa femme, ni la céder en guise d'indemnité; il peut seulement lui nommer un tuteur, car la tutelle, comme la *manus* n'a que les biens de la femme pour objet (1).

3° Les droits du mari sur la personne de sa femme ne sont pas plus étendus dans le cas où il l'a *in manu* que dans celui où il ne l'y a pas (2).

4° Enfin, l'action *furti* n'est donnée au mari que lorsque la femme ravie est *in manu*, et la base de l'action *furti* est toujours, on le sait, un intérêt pécuniaire (3).

Pour les partisans du second système, le *manus* est donc un régime matrimonial, et ce régime se rapproche beaucoup de notre communauté universelle. C'est au point de vue des rapports pécuniaires et à ce point de vue seulement que la femme *in manu mariti* est, à la lettre, *loco filiae*. Tout ce qu'a la femme au moment de la *conventio in manum* passe dans le patrimoine du père de famille qui est aussi, du moins en principe, le patrimoine des enfants; tout ce qu'elle acquiert par la suite vient le grossir. Le père de famille est encore plus que chez nous le maître de la communauté. A sa mort, cette communauté se partage entre sa veuve et ses enfants : la veuve prend une part d'enfant; à défaut d'enfants, la communauté lui revient tout en-

(1) Gaius, Comment. 4, § 80. Comp. Hase, *de Manu*, p. 77, 115 et suiv.

(2) Gaius, Comment. 5, § 221; Paul, *Sent.*, 5, 4 § 3; Just., § 2, Inst., 4, 4.

(3) Gaius, Comment. 5, § 199.

tière, elle succède seule à son mari. En outre, comme le patrimoine de son mari s'est ainsi confondu avec le sien, les agnats de son mari lui succèdent et elle leur succède à son tour (1).

Des arguments émis en faveur du second système, le seul sérieux c'est le premier, et encore même se réfute-t-il facilement par cette simple observation que les Romains n'ont jamais lié l'idée de *potestas* à l'idée de possession de la personne sur laquelle s'exerçait le *potestas* puisque le père avait la *potestas* sur son fils qu'il ne possédait pas (2). Aussi le second système est-il à rejeter.

#### C) CAUSES D'EXTINCTION

Ces causes sont :

1° La mort du mari, lorsqu'il est *sui juris*, et celle de la femme, dans tous les cas.

2° La perte de la liberté ou de la cité éprouvée par l'un des époux (3).

3° La mancipation de la femme par le mari (4).

4° La répudiation du mari par la femme. Il est remarquable que, tandis que le fils ou la fille de famille ne

(1) M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 4, § 5, p. 152-153.

(2) Ulpien, fr. 1, § 8, de *adquirenda et amittenda possessione*.

(3) Gaius, Comment. 1, § 108.

(4) Gaius, Comment. 1, §§ 115, 118 b, 118 a, 125 et 137.



pouvait pas exiger son émancipation, la femme trouvait toujours dans le divorce un moyen pour s'affranchir de la *manus*. Non que le divorce emportât de plein droit dissolution de cette puissance, mais il obligeait légalement le mari à la dissoudre. Comment s'obtenait ce résultat? Lorsque la *manus* avait été constituée par la *confarreatio*, la *diffarreatio* la faisait disparaître avec le mariage; lorsqu'elle l'avait été par la *coemptio* ou par l'*usus*, elle tombait devant une mancipation suivie d'affranchissement.

On ne saurait assigner aucune date précise à la disparition de la *manus*. Les jurisconsultes de la période classique en parlent encore comme d'une institution en vigueur. Gardons-nous cependant d'en conclure qu'elle était restée de leur temps telle que nous l'avons décrite. Après avoir vécu des siècles, elle ne pouvait pas s'effondrer en un jour; un affaiblissement progressif devait précéder et préparer sa chute. C'est ce qui arriva.

Parmi les causes qui commencèrent par l'altérer et la dénaturer pour finir par la ruiner, les plus importantes sont, sans contredit, 1<sup>o</sup> le discrédit qui, dès le commencement de l'empire, avait atteint la *confarreatio*; 2<sup>o</sup> la constitution de la dot; 3<sup>o</sup> la création de certains droits de succession entre la femme et ses enfants; 4<sup>o</sup> l'apparition du christianisme. Nous avons déjà insisté sur la première de ces causes; nous ne nous en occuperons donc pas, mais nous dirons quelques mots des trois autres.

Au point de vue des biens, « la *manus* était un régime de communauté universelle, et, tant que les mariages furent indissolubles, ce régime répondit à tous les besoins;

mais quand les divorces se multiplièrent, on sentit le besoin de séparer et de mettre à part le patrimoine de la femme, et le régime dotal fut inventé. Les principes de ce nouveau régime pénétrèrent jusque dans la *manus* et la transformèrent. D'abord s'établit l'usage de faire promettre au mari, lors de la *conventio in manum*, de restituer à la femme, en cas de divorce, une partie des biens qu'elle lui avait apportés : c'était là une véritable dot. Plus tard, on en vint à sous-entendre cette clause usuelle et à obliger toujours le mari à restituer, lors du divorce, tous les biens que la *manus* lui avait fait acquérir. Dès lors la *manus*, au lieu d'être une communauté universelle, ne fut plus qu'une constitution de dot universelle (1)... C'est en cela que la dot dénaturait la *manus* et renversait la puissance maritale ; la femme était, de fait sinon de droit, maîtresse et propriétaire de sa dot (2) ; à chaque instant elle pouvait en exiger la restitution par un brusque divorce ; et le mari sans cesse sous le coup de l'action dotale, était dans la dépendance de sa femme ; selon l'heureuse expression de

(1) « Il en était ainsi déjà au temps de Cicéron : — *Quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine.* — (*Topiques*, n° 4 ; *pro Flacco*, nos 54 et 55 ; *Fragm. Vat.*, § 115). »

(2) « *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* — (*Tryphoninus*, fr. 73, *de jure dotium*). »

Plaute : — En acceptant la dot il vendait son pouvoir » (1).

Pour achever d'altérer et de dénaturer la *manus*, vint s'ajouter à la constitution de la dot, la création par des sénatus-consultes des droits de succession entre la femme et ses enfants. Cette création, sur laquelle Justinien nous donne des détails dans les tit. 3 et 4 du 3<sup>e</sup> liv. de ses Inst., contribua puissamment à faire disparaître la *manus* à laquelle le christianisme porta le dernier coup, et qui, à la fin du III<sup>e</sup> siècle n'existait plus qu'à l'état de souvenir (2).

## II

### De la *MANUS* établie *FIDUCIÆ CAUSA*

Nous avons déjà observé qu'établie *fiduciæ causa* la *manus* appartenait indistinctement au mari ou à un tiers, qu'elle ne devait durer que le temps nécessaire pour arriver

(1) « Plaute, *Asinaria*, acte 1<sup>er</sup>, scène 1<sup>re</sup>, v. 74 : — *Argentum adcepi, dote imperium vendidi.* — *Aulularia*, acte 5, scène 5, v. 60 : — *Nam quæ indota est, ea in potestate est viri.* — *Dotatæ mactant et malo et damno viros.* — Horace, *Odes*, liv. 3, ode 24, v. 19. » (M. Gide, *Op. cit.*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 3, § 2, p. 159, 160 et 162).

(2) Servius, *Comment. sur Virgile*, *Enéide*, chant 4, v. 104 et 214; Géorg, chant 1<sup>er</sup>, v. 51; Boèce, *ad Ciceronis Topica*, n<sup>o</sup> 5, édit. Orelli, p. 299; Isidore, *Origines*, liv. 3, chap. 24, n<sup>o</sup> 26. — Aucun recueil officiel de droit du Bas-Empire ne fait mention de la *manus*.

à certains effets juridiques et qu'elle ne s'acquerrait que *coemptione* et sur une femme *sui juris*. Ajoutons que le *coemptiator* s'engageait toujours à manciper immédiatement la femme à une personne qui devait l'affranchir *vindicta* en vertu d'un contrat de fiducie; d'où les expressions : *coemptio fiduciae causa, coemptio fiduciaria* (1).

Ce que nous venons de dire montre clairement que la *coemptio fiduciaria* n'est pas plus un but final que ne l'est la mancipation du fils ou de la fille de famille que le père veut soit émanciper, soit donner en adoption. Cette *coemptio* n'est qu'un simple détour imaginé par la subtilité des praticiens pour éluder des lois qui avaient fait leur temps. Trois applications seulement nous en sont connues : 1° *COEMPTIO TUTELÆ EVITANDÆ CAUSA*. — Une femme qui n'est pas sous la tutelle légitime de ses agnats ou d'un patron veut changer de tuteurs. Avec leur *auctoritas*, elle se mancipe à un tiers et se fait remanciper par lui à un homme de son choix; cet homme l'affranchit et devient son tuteur, tuteur évidemment complaisant,

La *coemptio tutelæ evitandæ causa* était encore usitée du temps de Gaius. C'est ce que prouve le langage de Gaius lui-même : « *Si mulier velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, iis auctoribus coemptionem facit : deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem a quo manumissa est : qui tutor fiduciarius dicitur....* (2) »

(1) Gaius, Comment. 1, § 114.

(2) Comment. 1, § 115.

2° *COEMPTIO TESTAMENTI FACIENDI GRATIA.*—

Anciennement, par une bizarrerie inexplicable, les femmes, à l'exception des vestales et de celles qui étaient sans agnats, les affranchies par exemple, ne pouvaient tester qu'autant qu'ayant fait *coemptio* elles avaient été mancipées par le *coemptionator*, puis affranchies. Cela n'existait plus lorsque écrivait Gaius : « *Olim testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio : tunc enim non aliter femine testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit....* (1) »

3° *COEMPTIO INTERIMENDORUM SACRORUM CAUSA.* — « *Majores nostri, dit Cicéron, sacra interire noluerunt; jureconsultorum autem ingenio, senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt* (2). »

Voici en quoi consiste cette *coemptio* contre laquelle s'élève Cicéron. Supposons une riche héritière qui se trouve tenue des *sacra privata* de celui dont elle est appelée à recueillir la succession. Pour ne pas s'imposer la gêne des *sacra*, elle fait *coemptio* avec un vieillard très pauvre : ce vieillard lui donne ordre de faire adition, devient héritier par elle,

(1) Comment. 1, § 115 a. Comp. Cicéron, Topiques, n° 4, et Aulu Gelle, *Nuits att.*, liv. 4, chap. 12, § 9. — Les affranchies qui étaient sous la tutelle légitime de leur patron n'avaient besoin, pour tester valablement, que de l'*auctoritas patroni* (Gaius, Comment. 5, § 45).

(2) *Pro Murena*, n° 12.

puis l'affranchit et lui restitue les biens de la succession. Mais il reste lui même héritier et soumis aux charges que ce titre impose, notamment à l'accomplissement des *sacra*, cela, évidemment, moyennant un salaire que fournit la femme. Or ce vieillard meurt bientôt et n'a probablement pas d'héritier, car il est très pauvre; par suite les *sacra* meurent avec lui.

La femme qui fait *coemptio fiduciaria* subit une *minima capitis deminutio*; mais elle n'est, par rapport au *coemptio-nator*, ni esclave, ni fille de famille (1). Aussi est-il fort difficile de définir sa condition. Tout ce qu'on peut affirmer, c'est qu'il y a provisoirement transmission de ses biens au *coemptionator* contre lequel d'ailleurs elle a, au besoin, une action pour le forcer à la manciper.

Aux applications de la *coemptio fiduciaria*, on reconnaît aisément que cette *coemptio* ne porte pas l'empreinte d'une haute antiquité et que son rôle devait être court. Créée pour éluder des lois devenues inutiles, elle devint bientôt inutile elle-même. A quoi, en effet, pouvait-elle servir après l'abrogation partielle ou la désuétude progressive de la tutelle des femmes pubères, la promulgation du sénatus-consulte d'Adrien et l'abandon des *sacra* ?

(1) Gaius, Comment. 1, § 125.

## DROIT FRANÇAIS

### DE LA SITUATION DES MÉDECINS A L'ÉGARD DE LEURS MALADES

Le titre de ce travail indique clairement que nous nous proposons de faire du droit pur et non de la médecine légale. Nous n'avons pas même l'intention de donner l'histoire juridique de la médecine; pas davantage de voir quelles sont les conditions nécessaires pour que la profession de médecin puisse être exercée. Encore moins parlerons-nous du rôle spécial attribué aux médecins par la loi du 30 juin 1838 concernant les placements dans les maisons d'aliénés. Notre but est simplement de soulever et d'agiter les diverses questions qui se rattachent aux rapports qu'ont entre eux les médecins et leurs malades. Ainsi res-

treint, le sujet que nous allons traiter portera naturellement sur les quatre points suivants :

- 1° Droit des médecins aux honoraires ;
- 2° Incapacité des médecins pour recevoir de leurs malades, par donation ou testament ;
- 3° Responsabilité médicale ;
- 4° Secret médical.

## I

### DU DROIT DES MÉDECINS AUX HONORAIRES

Chez les Romains, sous l'Empire, à côté des médecins ordinaires, il y avait les médecins officiels. De ces derniers, les uns, *Palatii*, étaient attachés au service de l'Empereur; les autres, *Archiatres*, donnaient leurs soins aux particuliers. C'était l'Empereur qui nommait, révoquait et salariait les *Palatii*. A Rome et à Constantinople, c'était le Sénat qui nommait et révoquait les *Archiatres*, sauf ratification de l'Empereur; en province, c'était la Curie. Dans le cas où les *Archiatres* s'engageaient à traiter les pauvres gratuitement, l'Etat les salariait (1). Leur nombre était limité. Antonin le *Pieux* le fixa à 10 dans les villes de premier ordre, à 7 dans les villes de deuxième, à 5 dans toutes les autres : « *Est autem et numerus rhetorum in una-*

(1) Si l'on en croit Procope, chap. 26, Justinien supprima cette rémunération.



quaque civitate, qui vacationem numerum habent, et hæreses quædam propositæ lege : quod manifestum est ex epistola Antonini Pii, quæ descripta quidem est communitati Asiæ, universo autem orbi conveniens est, cujus capitulum hic subiectum est : *Minores quidem civitates possunt quinque medicos immunes habere, et tres sophistas, grammaticos totidem : majores autem civitates septem, qui curent ; quatuor qui doceant utramque doctrinam : maximæ autem civitates decem medicos, et rhetores quinque, et grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem civitas immunitatem prestat. Decet autem maximo quidem numero uti metropoles gentium : secundo autem, quæ habent vel forum caesarum vel loca judiciorum : tertio autem, reliquas* (1). »

Parmi les médecins ordinaires, les uns étaient esclaves, les autres affranchis, certains enfin ingénus. Les premiers ne pouvaient pas, bien entendu, réclamer des honoraires. Leur profession entravait même leur affranchissement, car le prix qu'ils valaient en était considérablement augmenté. Chose à remarquer d'ailleurs, la condition des esclaves publics se séparait complètement, au point de vue qui nous occupe, comme à une foule d'autres, de celle des esclaves privés. Si, en effet, les esclaves publics parvenaient à se racheter en payant leur estimation au trésor, ils étaient sans patron, et se trouvaient, par conséquent, sur le même pied que les ingénus. Les esclaves privés, au contraire, ne gagnaient pas beaucoup à leur affranchissement, obligés qu'ils étaient en général de consacrer presque tout leur temps à

(1) Modestin, fr. 3, § 2, de *excusationibus*.

l'acquiescement des *operæ fabriles* ou *officiales*. La question des honoraires n'intéressait guère donc que les médecins qui étaient ingénus ou qui, d'abord esclaves publics, avaient ensuite été affranchis.

Mais comment avait-on résolu cette question ? En rangeant l'exercice de la médecine parmi les professions libérales (*studia liberalia*). Or, on n'admettait pas pour ces professions d'action proprement dite avec délivrance de formule et renvoi devant un juge (*cognitio ordinaria*), parce qu'on ne voulait pas y voir, d'une part, un louage d'ouvrage, le fait n'étant pas de ceux qui ont coutume d'être loués, et, d'autre part, un mandat, le mandat étant à Rome essentiellement gratuit. Le préteur ou le président de la province retenait donc l'affaire et la jugeait lui-même (*cognitio extra ordinem* ou *extraordinaria*). C'est ce que nous dit Ulpien : « *Medicorum quoque eadem causa est, quæ professorum nisi, quod justior : cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant : et ideo his quoque extra ordinem jus dici debet* (1). »

L'affaire était d'ailleurs examinée comme si elle l'eût été par un juge ; aussi les demandes exorbitantes d'honoraires étaient-elles réduites et les extorsions réprimées. Un exemple : « *Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam æger venderet : incivile factum præses provinciæ coerceat, remque restitui jubeat* (2). »

(1) Fr. 1, § 1, de *extraordinariis cognitionibus*.

(2) Ulpien, fr. 5, de *extraord. cognit.* Comp. fr. 1, § 12, même titre et même jurisconsulte.

Dans notre ancien droit, les médecins pouvaient réclamer en justice le paiement de leurs honoraires (1). Ils devaient, à cet effet, inscrire chaque jour, sur un registre *ad hoc*, les visites et opérations qu'ils faisaient. Ce registre avait force probante l'année durant; passé ce délai, les médecins n'avaient d'autre ressource que de déférer le serment au défendeur. Si le défendeur ne niait pas la dette, mais prétendait que la demande était exorbitante ou qu'une promesse déraisonnable lui avait été extorquée pendant sa maladie, les tribunaux appréciaient (2).

L'action des médecins était privilégiée sur les meubles de ceux qu'ils avaient soignés et, subsidiairement, sur leurs immeubles, et elle venait immédiatement après celle des frais funéraires. Il paraît certain d'ailleurs qu'elle ne jouissait du caractère de privilège qu'en cas de déconfiture ou de faillite après décès. Remarquons enfin qu'elle se prescrivait par un laps de temps qui variait avec les coutumes et qui était d'un an d'après celle de Paris.

Notre droit actuel ne pouvait manquer d'accorder une action aux médecins pour arriver au paiement de leurs

(1) Coutume de Paris, art. 125.

(2) Merlin, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Médecin, § 5, n<sup>o</sup> 6, V<sup>o</sup> Chirurgien, § 1, n<sup>o</sup> 1, et V<sup>o</sup> Honoraires, § 2.

honoraires, et c'est ce qu'il fait. Cette action résulte d'un contrat, car il y a évidemment un contrat entre le malade et son médecin. Mais quel est ce contrat? Il y a là dessus trois systèmes. Dans le premier, on soutient que c'est un louage d'ouvrage; dans le deuxième, que c'est un mandat; dans le troisième, que c'est un contrat *sui generis*.

Est-ce un louage d'ouvrage? Non. En effet :

1° Sans doute, qui met en jeu son intelligence travaille comme qui ne met en jeu que sa force physique. Personne cependant n'ira jusqu'à ne pas faire de distinction entre les visites d'un médecin et les services d'un ouvrier.

2° Celui qui confie un ouvrage à un entrepreneur s'engage par cela même à faire gagner à cet entrepreneur tout ce qu'il a pu raisonnablement espérer : « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner (1). » Il n'en est pas ainsi dans le cas du médecin.

3° Un médecin veut cesser de soigner un malade et il lui désigne un remplaçant ou il le prévient à temps de se pourvoir ailleurs : sera-t-il tenu de dommages-intérêts? Pas du tout, car il faut bien le reconnaître, pour ces services dont l'appréciation pécuniaire n'est jamais possible d'une manière très exacte, il y a une liberté qui échappe aux règles ordinaires des contrats. Dira-t-on que le talent d'un peintre est aussi inappréciable, et qu'on ne saurait

(1) Code Nap., art. 1794.

dès lors fixer de dommages-intérêts, s'il refuse de faire le tableau qu'il avait promis ? Ce serait bien mal argumenter. Ce que doit le peintre, c'est un tableau. Or la valeur de ce tableau peut se déterminer par celle d'autres tableaux du même peintre. Quant à cette portion de lui-même que le peintre mettra dans son œuvre, quant au talent et au génie dépensés, ils sont inappréciables, et, sur ce point, le peintre, comme le professeur, l'avocat ou le médecin, n'a pour récompense que sa satisfaction personnelle et la reconnaissance de celui qui l'a employé.

Le contrat intervenu entre le malade et son médecin n'est donc pas un louage d'ouvrage. Est-ce un mandat ? Comme le Code Napoléon admet le mandat salarié et qu'ainsi disparaît l'objection capitale du droit romain, on serait tenté d'être de l'avis de ceux qui croient que oui. Mais ici encore, c'est non qu'il faut répondre. En effet :

1° L'idée de mandat implique celle de représentation d'une personne par une autre, idée tout-à-fait étrangère au contrat intervenu entre le malade et son médecin.

2° D'après le 4<sup>er</sup> § de l'art. 1991 du Code Napoléon, « le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. » Cela est-il applicable au médecin ? Jamais, évidemment, on ne le soutiendra, parceque le soutenir serait méconnaître ce principe de liberté qui, comme nous le constatons tout à l'heure, caractérise les services dont une exacte appréciation pécuniaire est pratiquement impossible.

Nous concluons donc que le contrat intervenu entre le malade et son médecin est un contrat *sui generis* qui rentre

dans la nombreuse catégorie des contrats innommés, et suivant que nous le prendrons du côté du médecin ou du côté du malade, suivant que nous ferons parler l'un ou l'autre, nous dirons qu'il y a : *Facio ut des*, ou : *Do ut facias* ; Je fais des visites pour que vous donniez des honoraires, ou : Je donne des honoraires pour que vous fassiez des visites.

Nous arrivons maintenant à la fixation des honoraires. Quelles bases prendra-t-on pour cette fixation ? Dans certains pays, en Belgique, par exemple, il existe des tarifs généraux destinés à limiter les prétentions exagérées des médecins. Nous n'en avons pas en France, et c'est heureux. Quoi de plus arbitraire, en effet, que de vouloir déterminer à l'avance la durée du traitement et l'importance des opérations ? Et, en retour, quoi de plus simple que de donner aux tribunaux le soin de repousser également la cupidité de l'un et l'ingratitude de l'autre, en leur permettant de tenir compte du nombre des visites et des distances que le médecin a eu à parcourir, du rang et de la fortune du malade, des relations qu'avaient entr'eux le malade et le médecin (1).

*Quid juris* si le médecin, au lieu d'attendre la fin du traitement, stipule une somme fixe payable au début ? Suivant nous, une pareille stipulation est valable, pourvu, bien entendu, qu'il soit prouvé par les circonstances que le ma-

(1) Orfila, *Médecine légale*, 2<sup>e</sup> édit., p. 56 ; MM. Briand et Chaudé, *Manuel de médecine légale*, 8<sup>e</sup> édit., p. 58 et 59.

lade n'a pas été violenté ou que sa bonne foi n'a pas été surprise. C'est, d'ailleurs, la solution qu'à consacrée la jurisprudence actuelle et c'est celle qu'avait adoptée Domat : « Si quelqu'un, dit ce jurisconsulte, sans la probité et l'honneur de la profession de la médecine, exerçant des opérations ou des fonctions de la chirurgie, exigeait du malade ou de ses parents, quelque composition d'une récompense, que le péril les obligerait de lui promettre, il pourrait être justement condamné, non seulement à la restitution de ces exactions, mais encore aux autres peines que la qualité du fait, et les circonstancess pourraient motiver (1). »

Nous considérons également comme licite la convention par laquelle un médecin s'engagerait à soigner un malade pendant toute sa vie ou à l'accompagner dans ses voyages (2). A plus forte raison, regarderons-nous comme inattaquable l'abonnement que ferait un père de famille avec un médecin, moyennant un prix fixe, quelles que dussent être, par la suite, les maladies à traiter.

Le malade peut-il opposer en compensation de la dette dont il est tenu à l'égard du médecin celle dont le médecin est lui-même tenu à son égard? Oui évidemment, si la dette du malade est liquide; non, si elle ne l'est pas (3).

(1) MM. Briand et Chaudé, *Op. Cit.*, p. 40. *Contra*, l'ancienne jurisprudence et Trébuchet, *Jurisprudence de la Médecine*, p. 259.

(2) Cass., 2 août 1859.

(3) Cass., 5 fév. 1819.

Le médecin qui, *par son art*, a sauvé la vie à son malade, peut-il être, de la part de celui-ci, l'objet d'une adoption rémunératoire? Non, aux termes de l'art. 345 du Code Napoléon.

Le législateur de 1804 a conservé aux médecins le privilège que des considérations d'humanité et de justice leur avaient fait concéder dans l'ancien droit : « Sont privilégiés les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus (1). »

Il s'est élevé sur l'étendue de ce privilège une question qui est vivement débattue. On s'est demandé ce qu'il faut entendre, dans l'espèce, par ces mots : *la dernière maladie*. Est-ce seulement la maladie dont le débiteur est mort? Est-ce au contraire la maladie qui a précédé l'événement *quel qu'il soit*, décès, déconfiture ou faillite, qui donne lieu à la distribution des deniers?

PREMIER SYSTÈME — *Il faut entendre par ces mots « la dernière maladie » celle qui a précédé l'événement, quel qu'il soit, décès, déconfiture ou faillite, qui donne lieu à la distribution des deniers.*

1° La loi est formelle. Elle ne subordonne pas au décès du débiteur la préférence qu'elle accorde à ceux qui lui ont donné des soins ou fourni des médicaments. La formule embrasse, dans la généralité de ses termes, toutes les hypothèses possibles. Elle ne dit pas, comme dans l'art. 385 du Code Napoléon, où elle règle l'hypothèse d'un décès,

(1) Code Nap., art. 2104, n° 5.



les frais *de la dernière maladie*. L'expression dont elle se sert est plus large : « Les frais *de la dernière maladie* sont privilégiés ; » ce qui, évidemment, et sans forcer en aucune façon le sens grammatical des mots, s'applique aussi bien à la maladie que le débiteur vivant a eue en dernier lieu qu'à la maladie qui l'a tué.

2° Il s'agit de venir au secours des débiteurs endettés, qui peut-être, seraient abandonnés dans leurs souffrances s'ils ne pouvaient offrir aux médecins qu'un crédit sans sûreté. Or, ce but ne saurait être atteint avec le second système; il l'est parfaitement avec le premier. Au lieu de subordonner à la condition du décès du malade le privilège qui doit sauvegarder la créance du médecin, il faut, au contraire, l'en affranchir, afin qu'il sache qu'il sera payé quoiqu'il arrive, c'est-à-dire que le malade meure ou qu'il guérisse.

3° Il faut récompenser les médecins de leur zèle : « Si les médecins sont privilégiés, c'est qu'ils engagent leur santé et hasardent leur vie au service des personnes affligées qu'ils sont obligés de visiter à toute heure (1) ; » Les peines que prennent journellement les médecins, les curieuses recherches qu'ils font toute leur vie pour conserver celle d'autrui, le zèle qu'ils ont pour la guérison de leurs malades, méritent toujours beaucoup de reconnaissance (2). »

(1) *Recueil d'aucuns notables arrêts* par Louet avec les *Commentaires* de Julien Brodeau, Lettre C, Somm. 29.

(2) Ferrière. *Nouvelle introduction à la pratique*, v<sup>o</sup> Médecin.

Or, il serait bizarre que le médecin qui a été assez heureux ou assez habile pour sauver son malade fut moins bien traité que celui qui a laissé mourir le sien.

4° Enfin, si l'on subordonne le privilège au décès du malade, on place le médecin entre son intérêt et son devoir, ce qui, on le comprend sans peine, ne peut être que dangereux (1).

SECOND SYSTÈME. — *Il ne faut entendre par ces mots « la dernière maladie » que celle dont le débiteur est mort.*

1° Rien ne nous autorise à croire que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu, sur le point qui nous occupe, déroger à l'ancien droit. Or, dans l'ancien droit, on n'entendait par *frais de la dernière maladie* que ceux faits pendant la maladie dont le débiteur était mort. C'est ce qui est très-nettement indiqué tant par les jurisconsultes des pays de droit coutumier que par ceux des pays de droit écrit. Exemples: « Ensuite (c'est Bacquet qui parle), selon l'opinion d'aucuns, on ordonne que les médecins, barbiers et apothicaires seront payés de leur salaire, d'avoir pansé et médicamenté le défunt pendant la maladie de laquelle il est décédé, mesme que l'apothicaire des drogues et médecines qu'il à livrées pendant la dite maladie, et non durant les précédentes maladies, pareillement les gardes du défunt seront payés (2). » Après Bacquet, c'est Maynard: « Pour les autres des précédentes maladies, desquelles le défunt serait

(1) Murlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. 3, 8<sup>e</sup> édit., p. 505 - 506.

(2) *Traité des droits de justice*, chap. 21.

relevé et guéri, il ne serait accordé telles prérogatives, mais il faudrait que l'apothicaire fût mis en ordre et rang dans la distribution des deniers, *jure communi aut via ordinaria*. La raison en peut être prise de ce que le défunt, n'ayant pu payer les médicaments de la maladie dont il serait décédé, et moins l'apothicaire ou celui qui les aurait fournis en faire honnêtement poursuite, ces médicaments font comme partie des frais funéraires qui suivent, et sont réputés faits et employés *corporis causa antequam sepeliretur*. Et quant aux autres frais des maladies, quand il serait venu en convalescence, et dont ceux qui les avaient fournis pouvaient se payer, ils regardent plus une dépense de maladie et fourniture demeurée en reliquat et reste, et qui par cette considération ne serait pas extraordinairement favorable (1). » Après Maynard, c'est Brodeau : « Nous voyons en droit que l'action sur les médicaments a pareil privilège que l'action funéraire, laquelle tient le premier lieu entre les actions personnelles, quelque privilège qu'elles puissent avoir (ici Brodeau cite Balde et Paul de Castro : — *Impensa facta*, dit Paul de Castro, *in infirmum præfertur cuicumque creditori, post tamen funeris impensam*)... A l'égard des maladies guéries, l'apothicaire faisant crédit au débiteur, suit sa foi, rentre dans le droit commun et renonce tacitement au privilège ; au lieu que la personne qui a reçu l'assistance n'étant pas au monde pour avoir soin d'une dette si favorable et si charitale, la loi y em-

(1) *Notables et singulières questions de droit escrit*, liv. 2, chap. 48.

ploie son office, et donne son privilège (1). » Enfin, après Brodeau, c'est Pothier : « Ce qui est dû pour la dernière maladie aux médecins... est aussi une créance privilégiée, qui paraîtrait aller d'un pas égal avec les frais funéraires ; je pense cependant que, dans l'usage, cela n'est pas (2). »

2° Qu'ont eu en vue les rédacteurs du Code Napoléon ? De récompenser la réussite des soins donnés au malade ? Non. Ils ont eu simplement en vue de procurer à ce malade un crédit convenable pour le cas où les personnes qui le soignent, le voyant menacé de mort, ne pourraient plus compter sur les ressources de son travail et, par conséquent peut-être, l'abandonneraient.

3° Le sens des mots *la dernière maladie* est d'ailleurs, parfaitement déterminé par la place que ces mots occupent dans notre article, à la suite du n° 2, où il est question des frais funéraires (3).

Entre ces deux systèmes, notre choix sera bientôt fait ; c'est le premier que nous adoptons, parce que les arguments sur lesquels il s'appuie sont des plus forts, tandis que ceux sur lesquels s'appuie le second, ne supportent pas un examen sérieux. Voici, d'ailleurs, la réfutation des arguments du système que nous repoussons.

(1) *Recueil d'aucuns notables arrêts* par Louet avec les *Commentaires* de Julien Brodeau, lettre C, Somm. 29. Comp. M. Paul Pont, *Privilèges et hypothèques*, t. 1<sup>er</sup>, n° 76.

(2) *Traité de la procédure civile*, p. 194.

(3) M. Valette, *Traité des privilèges et hypothèques*, tit. 1<sup>er</sup>, n° 27 ; MM. Aubry et Rau, *Droit civil*, 4<sup>e</sup> édit., t. 5, p. 151 et 152. Comp. Mourlon, *Op. et loc. cit.*

Le premier argument, l'argument historique, repose sur une méprise. Tous les jurisconsultes cités supposent une déconfiture ou une faillite après décès. Leur décision signifie donc simplement qu'après le décès du malade, le médecin ne peut pas réclamer d'honoraires pour une maladie autre que la dernière, et cela afin d'éviter une trop lourde charge aux autres créanciers de la succession, et particulièrement, le concours des frais privilégiés de plusieurs maladies. Bien mieux, Brodeau lui-même se prononce formellement pour le système que nous défendons : « Il n'y a point, dit-il, de créance qui soit plus privilégiée que celle des médecins, par le moyen desquels très souvent la vie nous est conservée, et la personne du débiteur maintenue en santé pour le bien et la sûreté des autres créanciers (1). » On est donc mal venu à invoquer Brodeau en faveur d'un système qui n'est pas le sien.

Sur le deuxième argument, nous répondrons qu'il porte à faux, le privilège par lequel la loi assure le paiement des frais de la dernière maladie n'ayant pas uniquement pour but d'ouvrir un crédit au malade peu solvable, mais étant ainsi, peut-être même principalement, une récompense accordée au médecin.

Enfin, le troisième argument ne signifie rien, car si la créance du médecin vient, d'une part, après les frais funéraires, qui, par leur nature, supposent le décès du débiteur, elle vient, d'autre part, avant la créance des gens de service (n° 4) et celle des fournisseurs (n° 5), qui s'exercent par privilège tant sur les biens du débiteur vivant que sur les biens du débiteur décédé. Dès lors, pourquoi appli-

(1) *Op. et loc. cit.*

quer au n° 3 de notre article la restriction du n° 2 qui le précède, plutôt que la généralité des n°s 4 et 5 qui le suivent? A ne consulter même que le bon sens, ces privilèges accordés aux gens de service et aux fournisseurs n'étant pas subordonnés à la condition du décès du débiteur, le privilège du médecin, qui leur est préférable, ne peut pas être, sous ce rapport, de plus mauvaise condition. L'argument limiterait d'ailleurs, s'il était concluant, non-seulement le privilège du médecin, mais encore les privilèges des gens de service et des fournisseurs. Les privilèges qui font l'objet des n°s 2 et 3, dirait-on, supposent le décès du débiteur; il en est donc de même des privilèges classés dans les n°s 4 et 5. Personne n'accepte cette interprétation; pourquoi alors l'appliquer au médecin?

Le médecin est-il privilégié, quelque longue qu'ait été la maladie qu'il a traitée?

Trois systèmes ont été proposés.

PREMIER SYSTÈME. — *Le médecin est privilégié, quelque longue qu'ait été la maladie qu'il a traitée, car lex non distinguit (1).*

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Le médecin est privilégié pour les soins donnés dans l'année au malade; il ne l'est pas pour ceux donnés antérieurement.*

C'est ce qui résulte de la combinaison de notre article avec l'art. 2172 qui limite à un an le délai de l'action du médecin (2).

(1) Duranton, *Droit civil*, t. 19, n° 54; Troplong, *Privilèges et hypothèques*, t. 1<sup>er</sup>, n° 157.

(2) M. Paul Pont, *Op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, n° 77.

TROISIÈME SYSTÈME. — *Le médecin est privilégié à partir du moment où la maladie a pris un caractère grave et inquiétant.*

La loi a évidemment entendu par dernière maladie, non pas un état maladif, qui a duré peut-être pendant une grande partie de la vie du débiteur, mais seulement la maladie considérée au moment où, prenant un caractère particulièrement dangereux, elle s'est rattachée au décès d'une manière immédiate et déterminante (1).

Le troisième système nous paraît préférable au premier et au deuxième. Le premier, en effet, est contraire à l'esprit de la loi puisqu'il aboutit à faire absorber par le privilège du médecin des sommes considérables, ce qui léserait les droits des autres créanciers. Quant au deuxième, il doit être rejeté parce qu'il suppose un principe inadmissible, savoir que le point de départ de la prescription n'est pas la fin même de la maladie, et que chaque visite forme une créance spéciale avec sa prescription particulière. Et même, en raisonnant ainsi sur la prescription on a contre ce système un argument très fort. La prescription d'un an est de celles qui admettent la preuve contraire par la délation du serment. Or, il est probable que les héritiers du débiteur ne jureraient pas qu'ils croient à la libération, s'ils savaient que le médecin n'a pas été payé. Objecterait-on que cela est indifférent aux créanciers puisque l'art. 2225 leur permet d'invoquer la prescription, encore que

(1) MM. Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. 5, p. 151 et 152; M. Valett., *Op. et loc. cit.*

le débiteur y renonce? Nous ferions alors observer que l'art. 2223 ne s'applique qu'aux prescriptions invincibles qui établissent une présomption absolue de libération, et nullement à la prescription en question.

Il ne nous reste plus qu'à dire quelques mots du délai de la prescription de l'action relative aux honoraires. Cette action se prescrit par un an ; la prescription a lieu quoi qu'il y ait eu continuation de services, et elle ne cesse de courir que lorsqu'il y a compte arrêté, cédula ou obligation, ou citation en justice non périmée (1).

Le médecin fait-il un règlement de compte avec le débiteur ou ses héritiers, il y a en quelque sorte novation de sa créance, qui ne perd pas pour cela son caractère de privilège, et la prescription recommence à partir de ce règlement. Mais, en l'absence de règlement, quel est le point de départ de la prescription annale? Nous l'avons déjà dit. C'est la fin du traitement, et non pas chaque visite comptée pour une créance. Le sens de l'art. 2274 est, en effet, très clair : la prescription court pour la dette née d'une maladie antérieure, lors même qu'interviendrait une nouvelle maladie soignée par le même médecin et donnant lieu à une nouvelle créance.

*Quid juris* dans le cas d'une maladie chronique? Question de fait. Comment avait lieu ordinairement le paiement? S'effectuait-il chaque année, chaque semestre, chaque trimestre? A quel moment le médecin avait-il l'habitude d'envoyer sa note? Quand a commencé le

(1) Code Nap., art. 2272 et 2274.



retard? Ce sont là autant de points que les tribunaux auront à apprécier avant de se prononcer.

## II

### DÈ L'INCAPACITÉ DES MÉDECINS POUR RECEVOIR DE LEURS MALADES PAR DONATION OU TESTAMENT

En droit romain, les dispositions au profit des médecins sont complètement libres. Cependant, en l'an 370 de Jésus-Christ, les empereurs Valentinien et Valens défendent aux *Archiatres* de recevoir ce que les malades en danger de mort leur auront promis pour leur salut : « *Quos etiam ea patimur accipere quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea quæ periclitantes pro salute promittunt* (1). » Mais cette prescription est spéciale aux médecins officiels et elle n'a pas même de sanction.

\* \* \*

Notre ancien droit, au contraire, consacre la règle de l'incapacité des médecins pour recevoir de leurs malades par donation ou testament L'art. 431 de l'ordonnance de François I<sup>er</sup> de 1639, reproduit dans l'art. 276 de la cou-

(1) Const. 9, Cod. Just., *de professoribus et medicis*. Comp. Const. 8, Cod. Théod., *eod. tit.*

tume de Paris, déclare, en effet, que « toute disposition entre vifs ou testamentaire faite au profit des tuteurs... et autres administrateurs, est nulle est de nul effet. » Or, on avait compris les médecins sous cette dénomination très vague d'administrateurs, et cela à cause de leur grand ascendant sur les malades. *Imperatoribus una medicina imperat.* « Les médecins, dit Polhier, chirurgiens ou pharmaciens qui ont entrepris une cure ne peuvent et ne doivent rien recevoir de leur malade, parce que ceux-ci, pour avoir leur guérison, n'osent rien refuser à ceux qui les traitent, desquels ils s'imaginent pouvoir l'obtenir... (1) » « Le médecin, dit de son côté [Merlin, captive la volonté avec d'autant plus de succès que le malade ne croit pas qu'il soit permis de résister, *persuadere plus est quam cogi sibi parere...* L'empire attaché aux fonctions de médecin sur la faiblesse du malade fait vouloir à celui-ci tout ce que l'homme de l'art dont il espère sa guérison veut exiger, *rapuit me nolentem, et fecit ut vellem* (2). »

Ainsi, les dispositions faites par les malades au profit des médecins sont nulles en principe, que les malades meurent ou non de la maladie pendant laquelle ont été faites ces dispositions. Quant aux dispositions faites par des personnes en santé, elles sont valables.

L'absence de la condition de la mort n'a rien qui doive nous étonner, si nous considérons que la plupart des coutumes réputaient donations à cause de mort, et par conséquent révocables, les donations faites en vue de la mort.

(1) *Op. et loc. cit.*

(2) *Répertoire*, V<sup>o</sup> chirurgien, § 1.

Certains de nos anciens jurisconsultes allaient jusqu'à prétendre que le médecin ne pouvait épouser la femme qu'il avait soignée. Mais cela avait été rejeté par la jurisprudence, qui décidait cependant qu'il ne fallait pas valider la promesse de mariage qu'une femme en état de maladie aurait faite à son médecin et l'admettre comme base d'une action en dommages-intérêts (1).

La présomption de nullité attachée aux dispositions faites par les malades au profit des médecins était-elle *juris et de jure* ou *juris tantum*? *Juris tantum*. Ainsi la jurisprudence maintenait le legs fait à un médecin, parent, héritier ou ami du malade, toutes les fois qu'il y avait preuve de la préexistence de la volonté de donner à la maladie.

\* \* \*

De même que notre ancien droit, notre droit actuel déclare nulles et de nul effet les dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'un malade aurait faites pendant le cours de sa maladie au médecin qui l'a traité. Mais tandis qu'autrefois peu importait que le malade fût mort ou non de la maladie pendant laquelle avaient été faites ces dispositions, il faut aujourd'hui que le malade en soit mort. Tout cela est expressément formulé dans le 4<sup>er</sup> § de l'art. 909 du Code Napoléon : « Les docteurs en médecine ou en chirurgien

(1) Merlin, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Chirurgien, § 1, et V<sup>o</sup> Médecin, § 5.

gie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne peuvent profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.... »

Qu'est-ce qui a engagé les rédacteurs du Code Napoléon à sanctionner, du moins en partie, la règle de l'ancien droit ? Ce qui l'avait fait établir, savoir la protection à accorder à la faiblesse d'esprit du malade contre les vellétés de captation du médecin (1).

Le fondement de la présomption de nullité édictée par l'art. 909 étant connu, la nature de cette présomption est facile à déterminer par la comparaison de l'art. 909 avec l'art. 1352. Nous sommes dans un des cas où la loi, sur le fondement d'une présomption légale, annule certains actes; cette présomption n'admet pas la preuve contraire, si elle n'a pas été formellement réservée. Or, dans l'espèce, l'art. 909 ne la réserve pas. Impossible donc de prouver contre elle qu'il n'y a ni captation, ni suggestion, que le malade était parfaitement sain d'esprit, et qu'il n'a fait que mettre à exécution une idée préconçue, annoncée avant la maladie. Admettre un système contraire, serait d'ailleurs faire disparaître l'art 909 qui a principalement en vue de fermer la porte à des débats qui, sans lui, se renouvelleraient constamment (2).

(1) Comp. Loaré, *Législation civile*, t. 11, p. 442, n° 17.

(2) Cette opinion que la présomption en question est *juris et de jure* est celle de presque toute la doctrine et de la jurisprudence.

L'innovation du Code Napoléon est-elle raisonnable? Nous n'hésitons pas, quant à nous, à répondre affirmativement. Aussi sommes-nous loin d'approuver ces paroles de M. Oscar de Vallée, premier avocat-général près la Cour d'appel de Paris : « L'innovation du Code Napoléon est-elle un bien, est-elle un mal? Ne suffirait-il pas comme autrefois, d'avertir le juge de surveiller l'influence du médecin, de détruire les effets abusifs, injustes, d'assurer une protection aux familles en cas d'abus? Était-il juste, était-il tout-à-fait nécessaire d'interdire au mourant, dont la vie se prolonge par les soins de son médecin devenu son ami de donner ses biens à son ami en l'absence d'héritiers réservataires? Si j'écrivais un livre, comme M. Troplong, je serais bien tenté de contredire cette loi dans son excès de réglementation; je le ferais plus aisément qu'ici.... (1). »

Les médecins, les chirurgiens, les officiers de santé et les pharmaciens tombent sous le coup de l'art. 909. A leur égard, pas de difficulté, puisque la loi est formelle. Mais l'émunération de l'art. 909 est-elle limitative? Nullement, Ainsi, il faut y faire entrer les sages-femmes et même tous ceux qui exercent illégalement la médecine, tels que les

L'opinion qu'elle est *juris tantum* est celle de M. Troplong, *Donations et testaments*, t. 2, n° 640.— Comp. l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse, le 12 janv. 1864, et relatif au testament du Père Lacordaire, et voy., au sujet de cet arrêt, un art. de M. Bressolles publié en 1864 dans la Revue critique.

(1) Conclusions dans l'affaire Gramont-Caderousse, journal *Le Droit*, n° du 7 mars 1867, p. 226.

charlatans et les empiriques, dont l'influence est d'autant plus à craindre, qu'ordinairement elle s'exerce sur l'esprit des personnes peu éclairées (1). — *Quid juris* des gardes-malades? On ne peut pas dire d'eux qu'ils exercent la médecine, qu'ils *traitent* la personne confiée à leurs soins; ce n'est pas d'eux que le malade attend sa guérison; dès lors il n'y a pas lieu de présumer que les dons qu'ils ont reçus de lui n'ont pas été faits librement. Où s'arrêterait-on d'ailleurs si l'on décidait autrement? Il faudrait annuler les libéralités qu'un malade fait à son domestique qui le soigne, à son ami qui le veille, et qui oserait aller jusque là! — *Quid juris* encore des médecins gradués devant les Universités étrangères? L'art. 909 leur est applicable — *Quid juris* enfin si l'un des deux, du médecin ou du malade, est étranger? Même solution, puisque la présomption de la loi crée une incapacité réciproque (2).

Parlons maintenant des conditions auxquelles est subordonnée l'incapacité dont sont frappés les médecins. Ces conditions sont au nombre de trois :

4° Il faut que le médecin ait *traité* le malade, c'est-à-dire qu'il ait entrepris sa guérison. D'où il suit que l'incapacité n'atteint pas le médecin qui n'a vu le malade qu'accidentellement, une fois ou deux, en l'absence du médecin ordinaire, ou qui n'a été appelé qu'en consultation.

(1) M. Joubert, dans son rapport au Tribunat, le dit expressément. Il y a cependant controverse sur ce point.

(2) Dans le cas où le médecin et le malade seraient tous deux étrangers, on se référerait, bien entendu, à la loi étrangère.

2° Il faut encore que la libéralité ait été faite *pendant* la maladie pour laquelle le médecin avait entrepris la guérison ; ce qui nous amène à conclure qu'il ne doit être tenu aucun compte des soins donnés *avant ou après* la maladie.

3° Il faut enfin que le disposant soit mort de la maladie pendant laquelle il a fait la libéralité attaquée. Cette troisième condition aboutit à un résultat très bizarre. Un malade meurt-il *de la maladie pour laquelle son médecin l'a traité*, la libéralité ne vaut rien ; meurt-il *par accident*, frappé de la foudre si l'on veut, la libéralité reste intacte. Comment expliquer cette étrangeté ? Cela n'est pas facile. On peut remarquer cependant qu'il est probable que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas songé à une mort survenue par accident. En voulant, pour que la libéralité tombât, que le disposant fût mort de la maladie pour laquelle son médecin l'avait traité, ils n'avaient certainement en vue que le cas où il viendrait à guérir, ne se préoccupant en aucune façon de l'hypothèse toute particulière et peu souvent réalisable d'une mort survenue par un autre fait que la maladie. Peu importe, d'ailleurs ! Leur langage, c'est la loi. Or, *dura lex, sed lex*. — Autre résultat très bizarre auquel aboutit notre troisième condition. Lorsque le disposant meurt de la maladie pour laquelle son médecin l'a traité, la libéralité est nulle ; lorsqu'il revient à la santé, elle est valable. Nous comprenons cette distinction *quant aux testaments* ; nous ne la comprenons pas *quant aux donations*. Nous la comprenons quant aux testaments parce que, si, revenu à la santé, le disposant ne révoque pas sa libéralité, c'est que cette libéralité avait été librement faite.

Nous ne la comprenons pas quant aux donations parce que les donations étant, à la différence des testaments, essentiellement irrévocables, le disposant, revenu à la santé, ne peut pas révoquer sa libéralité. Sans doute, il a alors la faculté de faire annuler cette libéralité *s'il parvient à prouver* qu'elle lui a été arrachée par captation ou suggestion. Malheureusement cette preuve est souvent impossible et toujours difficile (1). Aussi vaudrait-il beaucoup mieux n'avoir pas à y recourir. Il est donc très fâcheux que les rédacteurs du Code Napoléon aient assimilé, au point de vue qui nous occupe, les donations aux testaments. Notre ancien droit, il est vrai, consacrait lui-même cette assimilation ; mais cela n'avait autrefois aucun inconvénient, car la donation qu'un malade faisait à son médecin était considérée, lors même qu'elle était qualifiée d'acte *entre vifs*, comme une donation à cause de mort, laquelle était essentiellement révoicable. Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas pris garde qu'ils avaient aboli les donations à cause de mort, et qu'ainsi la libéralité dont il s'agit reste essentiellement irrévocable. De là la décision que nous critiquons.

Le 2<sup>e</sup> § de l'art. 909 est ainsi conçu : « Font exception à la règle posée dans le 1<sup>er</sup> § les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus, et les dispositions universelles dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas

(1) Elle se fait par titres, par témoins ou même par de simples présomptions.



d'héritiers en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers....» Trois cas sont prévus par ce texte; étudions les successivement.

1° Sont valables les dispositions *rémunératoires* faites à *titre particulier*, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus.... La loi ne veut pas qu'un malade soit privé de tout moyen de récompenser le zèle et le dévouement du médecin qui s'efforce de le sauver; elle lui permet donc de faire des dispositions rémunératoires, eu égard à ses facultés et aux services rendus, et à titre particulier, afin que le *quantum* en puisse être facilement déterminé.

2° Sont encore valables les dispositions, *même universelles*, dans le cas de parenté jusqu'au *quatrième degré inclusivement*, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe.... Il en est ainsi lors même que le disposant a des collatéraux plus proches que le collatéral qui le traite, le lien de parenté expliquant et justifiant la libéralité. Mais si le disposant a des héritiers en ligne directe, il en est tout autrement, car la préférence qu'il accorde alors à son collatéral est fort suspecte.

3° Sont enfin valables les dispositions universelles, même lorsque le disposant a des *héritiers en ligne directe*, si le médecin est lui-même du nombre de ces *héritiers*... Remarquons que la loi considère non pas quels *parents*, mais quels *héritiers* laisse le disposant à sa mort. De là il suit : — Que le malade qui a son père et son fils ne peut pas disposer au profit de son père, s'il l'a pour médecin, car son père est, dans l'espèce, un de ses *parents directs*, et non

un de ses *héritiers directs*; — Que le malade qui a dans sa *ligne directe* un grand-père et dans sa *ligne collatérale*, un parent du quatrième degré, un cousin-germain par exemple, peut disposer au profit de ce cousin, s'il l'a pour médecin, car, dans l'espèce, le disposant n'a pas d'héritiers dans sa ligne directe, les ascendants autres que père et mère n'étant pas appelés à succéder lorsque le *de cuius* laisse des frères ou sœurs ou descendants d'eux.

Un point fort controversé est celui de savoir si, dans le cas exceptionnel que nous examinons maintenant, la question de *capacité* ne se transforme pas en question de *disponibilité*.

AFFIRMATIVE. — Pour apprécier si la libéralité universelle est ou non valable, il faut évidemment se placer à la mort du disposant. Un exemple : Le médecin est le collatéral du disposant soit au quatrième degré, soit à un degré plus rapproché. Bénéficiera-t-il de la libéralité qui lui a été faite? Impossible de répondre *a priori*. Tout dépend de la qualité des héritiers que laissera le disposant à sa mort. Sa libéralité sera nulle s'il laisse des héritiers directs, sinon elle sera valable. La loi dit en quelque sorte au malade : Lorsque vous ferez une libéralité universelle au profit de votre collatéral au quatrième degré ou à un degré plus rapproché, vos héritiers directs auront le droit de la faire annuler, mais il n'y aura qu'eux seuls. N'est-ce pas là en réalité une question de *disponibilité* ?

NÉGATIVE. — La loi est formelle : elle a entendu régler une question de *capacité*.

De ces deux systèmes, c'est le premier que nous adoptons.

Aux termes de l'art. 1096 du Code Napoléon, une femme peut donner ou léguer ses biens à son mari et réciproquement. On se demande par conséquent, en présence de cet article ce qu'il faut décider, si la femme est morte de la maladie pendant laquelle elle a disposé au profit de son mari qui la traitait en qualité de médecin. Annulera-t-on la libéralité? Non, car l'art. 212 du Code Napoléon oblige le mari à prendre soin de sa femme, lorsqu'elle est malade. Peut-être vaudrait-il mieux l'annuler, pour se conformer rigoureusement à l'esprit de la loi. La loi, en effet, veut que le médecin prenne soin de son enfant, et cependant il est incapable de recevoir, si cet enfant a laissé des héritiers directs.

Doit-on admettre ce système si, d'une part, le médecin a épousé la malade pendant la maladie dont elle est morte, et si, d'autre part, la libéralité dont elle l'a gratifié a été faite pendant la même maladie et postérieurement à son mariage? Oui, seulement la libéralité sera facilement attaquable, car on ne doit pas pouvoir faire indirectement ce que la loi défend de faire directement.

C'est d'ailleurs en partant de ce principe qu'on déclare non valable la libéralité faite sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ou sous le nom d'une personne interposée.

La libéralité qui se présente sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux est présumée sérieuse et réelle, jusqu'à preuve du contraire. C'est donc à ceux qui prétendent qu'elle n'est au fond qu'une libéralité, à prouver la simulation sur laquelle ils fondent leur action en nullité. Ils pourront le faire par toute espèce de moyens, par titres, par témoins, et même par de simples présomptions.

C'est encore à ceux qui attaquent la libéralité, comme faite sous le nom de personnes interposées, à prouver la simulation. Cependant, dans certains cas limitativement déterminés, la simulation est présumée, le bénéficiaire apparent est réputé n'être qu'une personne interposée. Sont réputés personnes interposées : 1° le père ou la mère de l'incapable ; 2° ses enfants ou descendants ; 3° son conjoint. Cette présomption est invincible, c'est une présomption *juris et de jure*. Très rigoureuse par elle-même, elle ne doit pas être exagérée. Ainsi la loi réputant personnes interposées le père et la mère de l'incapable et non ses ascendants en général, les ascendants autres que le père et la mère ne tomberont pas sous le coup de la présomption, et une libéralité faite à leur profit sera, jusqu'à preuve contraire, présumée faite réellement au bénéficiaire prétendu apparent.

Quelle est la durée de l'action en nullité qui peut être intentée contre les libéralités faites par les malades à leur médecin ? Elle est de trente ans.

### III

#### DÉ LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE

En Egypte, comme d'ailleurs chez tous les peuples de l'antiquité, « on commença par exposer les malades aux du public ; tous les passants qui avaient été attaqués ou

guéris des mêmes maux étaient tenus d'aider de leurs conseils ceux qui souffraient. Plus tard, on imposa l'obligation à tous ceux qui sortaient d'une maladie, d'aller faire inscrire dans les temples les symptômes de l'affection qu'ils venaient d'éprouver et les procédés curatifs dont ils s'étaient servis. Le temple de Canope et celui de Vulcain, à Memphis, devinrent le principal dépôt de ces registres salutaires ; ils étaient gardés avec le même soin que les archives de la nation. Pendant longtemps, chacun eut la liberté de les consulter et de choisir, pour lui et pour ses parents, les médicaments dont l'expérience avait constaté le succès. Cette méthode, reposant entièrement sur l'observation, était bien propre, malgré ses inconvénients, à accélérer les progrès de la science. On dut rassembler ainsi une quantité prodigieuse de faits et en tirer des principes sûrs pour l'exercice de la médecine ; c'est ce qui arriva. Les prêtres chargés de diriger ces observations ne tardèrent pas à s'emparer de l'exercice exclusif de cet art. Quand ils eurent recueilli une grande masse de faits, ils firent un code médical, fruit de l'expérience des siècles et appelé par Hérodote le *Livre sacré*. Il ne fut plus permis de s'en écarter, et ce fut d'après ce code, qui, sans doute, fit ensuite partie du recueil attribué à Hermès, que les pastophores se réglèrent pour exercer la médecine. S'ils étaient fidèles à ses prescriptions, ils n'étaient responsables de rien, quel que fût le résultat de leur traitement ; ils étaient punis de mort, selon Diodore, s'ils s'en écartaient et que l'événement ne justifiait pas leur conduite. Sans doute, cette loi était atroce, mais Diodore déclare formellement que le

motif d'une loi aussi sévère était qu'une pratique confirmée par une longue expérience et appuyée sur l'autorité des maîtres de l'art, était préférable à l'expérience bornée de quelques médecins en particulier (1). »

Il paraît cependant, au dire d'Aristote, que les médecins n'étaient responsables, dans les maladies aiguës, que de ce qu'ils entreprenaient avant le quatrième jour à partir de leur invasion (2).

A Rome, les jurisconsultes étaient unanimes pour déclarer les médecins responsables en cas d'imprudence, de négligence ou d'impéritie : « *Si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est... Imperitia quoque culpæ adnumeratur : veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit... Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet : prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet... Ubi quis incuria necatus est, vel medici insidiis, adiri quidem hereditas potest, sed heredi defensio mortis incumbit* (3). »

Deux raisons décisives avaient dicté cette solution :  
1° la profession médicale pouvait être exercée par n'im-

(1) Houdart, *Recherches sur la vie et la doctrine d'Hippocrate et sur l'état de la science avant lui*, 1865, p. 71.

(2) Dechambre, *Dictionnaire encyclopédique des sciences médicales*, V<sup>o</sup> Médecine.

(3) Gaius, *Comment.* 4, §§ 6 et 7; Ulpien, fr. 6, § 7, *de officio prætoris*, et fr. 5, § 5, *de senatus-consulto Siliano et Claudiano*. Comp. Gaius, fr. 152, *de regulis juris*, et Ulpien, fr. 14 § 7, *de bonis libertorum*.

porte qui ; 2<sup>o</sup> elle l'était le plus souvent par les affranchis , et les affranchis étaient tenus en légitime suspicion.

L'action donnée contre le médecin était celle de la loi Aquilia. Proculus accordait cependant le choix entre cette action et l'action de louage : « *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem... Idem juris est si medicamento perperam usus fuerit. Et qui bene secuerit et dereliquit curationem securus non erit : nam culpæ reus intelligitur* (1). » Mais nous avons vu plus haut que l'assimilation de l'exercice de la profession médicale à un louage d'ouvrage n'avait pas été admise aux profit des médecins. Il eût donc été étrange de l'admettre contre eux, surtout lorsque l'action de la loi Aquilia s'appliquait naturellement.

Que décider si une sage-femme avait donné un médicament mortel à l'une de ses clientes ? « *Si obstetrix medicamentum dederit, et inde mulier perierit, Labeo distinguit : ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse : sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. Quæ sententia vera est : magis enim causam mortis præstitit quam occidit* (2). » De ce texte rapprochons le suivant : « *Adjectio ista veneni mali ostendit esse quædam et non mala venena. Ergo nomen medium est, et tam id, quod ad*

(1) Ulpien, fr. 7, § 8, et Gaius, fr. 8, pr., *ad legem Aquiliam*.

(1) Ulpien, fr. 9, pr., *eod loco*.

*sanandum, quam id quod ad occidendum paratum est, continet ; sed et id quod amatorium appellatur. Sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet. Sed ex senatus-consulto relegari jussa est ea, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quæ acceperat decesserit (1). »*

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il n'y avait pas dol de la part du médecin ou de la sage-femme. Si y avait dol, ce n'était pas la peine de la loi Aquilia qu'on appliquait, c'était la peine de mort, la qualité de l'agent aggravant alors sa culpabilité. *Legis Corneliæ pena capitali adficitur qui in publicum mala medicamenta vendiderit (2)*. Cette disposition regardait évidemment les médecins qui, jusqu'à Auguste, furent à la fois médecins et pharmaciens.

\*  
\*

Dans notre ancien droit, on traitait beaucoup plus sévèrement les chirurgiens que les médecins (3). Les chirurgiens étaient toujours responsables, à moins que ce ne fût sur l'ordre d'un médecin qu'ils eussent opéré. On cite, par exemple, un arrêt du parlement de Paris, en date du 22 juin 1768, qui condamne un chirurgien à 15,000 livres de dommages-intérêts pour impéritie manifeste. Quant aux médecins, ils pouvaient être admonestés en cas de faute

(1) Marcien, fr. 5, § 2, *ad legem Corneliæ*.

(2) Marcien, fr. 5, § 1, *eod. loc.*

(3) Merlin, *Répertoire*, V<sup>o</sup> chirurgien, § 2.



grave, mais ils ne pouvaient être poursuivis que s'ils récidivaient. Il n'arrivait même que très peu souvent qu'ils fussent condamnés. « *Culpa medici in judicium vocatur : quoniam, ut quidam dicunt, errata medicorum terra occultat : beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papon., 23, tit. 48, art. 1, refert, medicum, qui fortiozem solito potionem cegrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ aminadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret (1).* »

\*  
\*\*

Maintenant que nous savons jusqu'à quel point était engagée en Egypte, à Rome, et dans notre ancien droit, la responsabilité des médecins, voyons jusqu'à quel point elle l'est dans notre droit actuel.

D'après l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI, relative aux médecins, « les officiers de santé ne peuvent pratiquer les grandes opérations chirurgicales que sous la surveillance et l'inspection d'un docteur dans les lieux où celui-ci est établi, et dans le cas d'accidents graves arrivés à la suite d'une opération exécutée hors de la surveillance et de l'inspection d'un docteur, il y a recours en indemnité contre l'officier de santé qui s'en est rendu coupable (2). »

(1) Vinnius, *Commentaire des Institutes de Justinien*, liv. 4, tit., 3, § 17.

(2) A quels caractères peut-on reconnaître une grande opération chirurgicale? « En général, on regarde comme grandes opérations

Ainsi les officiers de santé sont responsables, au moins au point de vue civil, lorsqu'ils ont exécuté une grande opération chirurgicale, hors de la surveillance et de l'inspection d'un docteur. Ils ne le sont cependant, bien entendu, qu'autant que l'opération n'a pas réussi et qu'il y a eu faute

toutes celles qui sont d'une exécution difficile, soit à cause de la situation profonde des organes malades, soit à cause du grand nombre des parties essentielles sur lesquelles il faut agir, soit à cause du danger de léser des vaisseaux ou des nerfs importants. On considère comme grandes opérations l'ablation d'un membre, la résection des extrémités osseuses dans les grandes articulations, les opérations pratiquées sur des organes essentiels à la vie, sur les organes qui servent à une fonction importante : ainsi la lithotomie, la lithotritie, l'opération du sarcocèle, celle de la hernie étranglée, l'opération de la cataracte, l'opération césarienne, l'embryotomie, sont de grandes opérations.

« L'application du forceps, qui peut souvent compromettre la santé et la vie de la mère et de l'enfant, doit également être rangée dans la catégorie des opérations que les officiers de santé et les sages-femmes ne doivent pratiquer qu'avec l'assistance d'un docteur. Cependant, dans la pratique des accouchements, il est souvent impossible d'exécuter cette prescription de la loi : quelquefois le moindre délai serait fatal à la mère et à l'enfant, et l'officier de santé qui applique alors lui-même le forceps, non seulement est excusable, mais serait repréhensible s'il ne le faisait pas. Nous devons donc reconnaître qu'il est des circonstances où, nonobstant la prohibition prononcée par la loi, il peut et doit pratiquer certaines opérations du nombre de celles qui lui sont ordinairement interdites; c'est à lui de bien apprécier la responsabilité qu'il encourt (MM. Briand et Chaudé, *Op. cit.*, p. 45). »

de leur part. Mais ne le sont-ils qu'au point de vue civil ? ne le sont-ils pas aussi au point de vue correctionnel ? bien plus, ne le sont-ils pas, en principe, dans tous les cas, abstraction faite de la disposition spéciale de l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI ? La question qu'on pose pour les officiers de santé, on la pose également pour les médecins, et c'est même de ces derniers seuls que nous occuperons, la solution adoptée à leur égard devant naturellement s'étendre aux officiers de santé. Nous formulerons, par conséquent, la question de la manière suivante : Un médecin est-il responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ?

Sur cette question il y a trois systèmes. Dans le premier on soutient que le médecin est responsable au point de vue civil et au point de vue correctionnel ; dans le deuxième, qu'il ne l'est pas du tout ; dans le troisième, qu'il l'est, mais au point de vue civil seulement.

PREMIER SYSTÈME. — *Le médecin est responsable et au point de vue civil et au point de vue correctionnel.*

1° Comme tout autre homme, le médecin doit réparer le préjudice qu'il ne peut imputer qu'à lui-même, et dès lors, aux termes des art. 1382 et 1383 du Code Napoléon, il pourra être tenu de dommages-intérêts envers le malade ou sa famille. C'est là la conséquence forcée d'un principe de droit commun qu'on ne saurait enfreindre sans qu'il y eût criante injustice. Sans doute, on doit se montrer très scrupuleux dans l'examen des faits et ne rien exagérer. Mais lorsqu'il y a eu évidemment, de la part du médecin, imprudence, négligence ou impéritie, mauvaise foi, pensée

coupable, inobservation d'obligations légales particulières, lorsque le préjudice causé est étranger au traitement considéré en lui-même, lorsque, par exemple, le médecin applique un remède en état d'ivresse et l'applique naturellement fort mal, lorsque dans une ordonnance il laisse se glisser étourdiment une erreur matérielle, lorsque, en un mot, il commet des fautes qui sont plutôt celles de l'homme que celles du médecin, pourquoi ne pas le déclarer responsable? « Toutes les pertes, disait Domat, et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou toute autre faute y a donné lieu; c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas intention de nuire (1). »

2° Peut-on appliquer au médecin les art. 319 et 420 du Code Pénal, comme à quiconque a involontairement commis un homicide, porté des coups ou causé des blessures? Certainement oui, car il n'y a aucune raison pour ne pas les appliquer (2).

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Le médecin n'est pas du tout responsable.*

(1) *Lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. 2, sect. 4. n° 1.

(2) Merlin, *Répertoire*, V° Chirurgien, § 2; Dalloz, *Répertoire*, V° Responsabilité, n° 152; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 94; Orfila, *Op. cit.*, p. 47; MM. Briand et Chaudé, *Op. cit.*, p. 44-60.

1° Puisque d'après l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI, la présence du médecin suffit pour faire disparaître la présomption d'incapacité de l'officier de santé, c'est que le titre de docteur offre à la société toutes les garanties qu'elle a le droit d'exiger ; le médecin se trouve donc par là à l'abri de toute espèce de responsabilité.

2° Il y aurait d'ailleurs de très-graves inconvénients à admettre la responsabilité du médecin. A chaque instant, en effet, le médecin se verrait attaqué par ceux ou la famille de ceux qu'il n'aurait pas guéris, et, à chaque instant, par suite, il serait obligé de justifier qu'il ne s'est pas écarté, dans les soins donnés aux malades, des saines règles de l'art. Or cela rendrait sa situation intolérable.

3° A supposer même qu'on reconnaisse que le médecin est responsable, qui fera-t-on juge de l'efficacité du traitement, de l'opportunité de l'emploi des remèdes ? Comment calculera-t-on les dommages-intérêts ? Quelles bases prendra-t-on pour ne pas tomber dans l'arbitraire ?

4° Si le médecin est imprudent, négligeant ou ignorant, tant pis pour celui qui a eu confiance en lui ? *Ægrotus debet sibi imputare cur talem elegerit.*

5° De ce qu'il n'y a pas eu guérison, peut-on raisonnablement soutenir qu'il y ait lieu d'incriminer le médecin ? Evidemment non. Et c'est ce qu'avait très-bien compris ce certain Nicoclès, dont parle Montaigne, lorsqu'il disait : « Les médecins ont cest heur que le soleil éclaire leur

succès, et que la terre cache leur faute (1). » C'est ce qu'avait également très-bien compris notre bon Lafontaine, lorsqu'il composait la charmante fable qui a pour titre : *Les médecins* (2).

6° Si le médecin n'est pas responsable au point de vue civil, à plus forte raison il ne l'est pas au point de vue correctionnel. Et qu'on ne vienne pas invoquer, pour prouver le contraire, les art. 319 et 320 du Code pénal. Bien que renfermant les mots *imprudence, négligence, inattention*, ces articles ne sauraient avoir trait aux blessures ou accidents résultant de la faute d'un médecin. Ils sont, en effet, placés sous la rubrique *Homicides, blessures, coups involontaires*, et il est impossible d'argumenter en faveur du premier système de ce qu'ils ne sont que démonstratifs et de ce que la loi a confié aux tribunaux le soin d'en faire une large application, aucune analogie n'existant entre des homicides, blessures et coups involontaires et des faits de pratique médicale (3).

(1) Montaigne, *Essais*, liv. 2, chap. 57, p. 427 de l'édition Desrez, Paris, 1857.

(2) « Le médecin Tant-pis allait voir un malade  
Que visitait aussi son confrère Tant-mieux.  
Ce dernier espérait, quoique son camarade  
Soutint que le gisant irait voir ses aïeux.  
Tous deux s'étant trouvés différents pour la cure,  
Leur malade paya le tribut à nature,  
Après qu'en ses conseils Tant-pis eût été cru.  
Ils triomphaient encore sur cette maladie.  
L'un disait : — *il est mort, je l'avais bien prévu.* —  
*S'il m'eût cru*, disait l'autre, *il serait plein de vie. »*

(3) Trébuchet, *Jurisprudence de la médecine et de la Chirurgie en France*, p. 486 ; Morin, *Répertoire du droit criminel*, V<sup>o</sup> Art de guérir, n<sup>o</sup> 4.

TROISIÈME SYSTÈME. — *Le médecin est responsable au point de vue civil, mais ne l'est pas au point de vue correctionnel.*

Sans doute, rien de plus juste que d'appliquer au médecin les art. 4382 et 4383 du Code Napoléon ; mais aussi rien de plus bizarre que de lui appliquer les art. 319 et 320 du Code pénal. Ces articles n'ont nullement été rédigés en vue de la responsabilité médicale ; or *pœnalìa non sunt extendenda*.

De ces trois systèmes, c'est le premier que nous adoptons, l'argumentation sur laquelle il s'appuie nous paraissant irréfutable.

On nous objecte bien que l'art. 29 de la loi du 19 ventôse an XI abrite complètement le médecin. Mais qu'établit en réalité cet article ? il établit d'une part, que, en ce qui concerne les grandes opérations chirurgicales, l'officier de santé est présumé incapable, tandis qu'il ne l'est pas en ce qui concerne les petites, et, d'autre part, que dans tous les cas, il y a présomption de capacité pour le médecin ; il n'établit pas autre chose.

On nous objecte bien encore que ce titre de docteur offre à la société toutes les garanties qu'elle a le droit d'exiger ! Mais on pourrait en dire autant du titre de notaire ou du titre d'avoué, et cependant personne ne songe à contester la responsabilité du notaire ou la responsabilité de l'avoué. Ne vaut-il pas mieux d'ailleurs tenir à l'égard des médecins le langage que tenait Favard de Langlade à l'égard des

notaires? « Assurément les fautes légères ne leur sont point imputables, parcequ'en toute chose il faut faire la part de la faiblesse humaine ; mais lorsqu'il s'agit d'un fait qui ne saurait échapper à celui qui est doué d'une intelligence et d'une attention ordinaires, ils sont responsables, *quia non intellexerunt quod omnes intelligunt*. Ils doivent s'imputer d'exercer une profession dont ils négligent les devoirs essentiels. Les juges doivent donc les condamner s'ils ont commis une *faute grossière*, une *grande négligence* ; ils les déchargeront de toute responsabilité, s'il s'agit d'une négligence qui peut être rejetée sur la faiblesse humaine. Mais dans quel cas y aura-t-il faute lourde, négligence vraiment reprehensible? Voilà le point où il n'est plus possible de donner de solution générale ; tout dépend ici de circonstances particulières qui varient à l'infini ; c'est aux juges à les apprécier et à décider, suivant les cas, s'il y a lieu ou non à responsabilité. Dans cette matière, la loi les investit d'un pouvoir discrétionnaire, comme dans tous les cas où il s'agit d'apprécier la moralité d'un fait ; et quelle que soit leur décision, elle échappe à la censure de la cour de cassation (4). »

Le médecin est donc responsable au point de vue civil et au point de vue correctionnel. Cette solution est celle de deux esprits éminents, Royer-Collard et Dupin : « Il n'y a pas

(4) MM. Briand et Chaudé, *Op. cit.*, p. 43.



de droit contre le droit, écrivait Royer-Collard, et les privilèges de la médecine, si grands qu'ils soient, ne sauraient aller jusqu'à constituer à son profit une sorte de justice exceptionnelle.» « Assurément, s'écriait Dupin, il serait injuste et absurde de prétendre qu'un médecin ou un chirurgien répondent indéfiniment des résultats qu'on voudrait attribuer à l'ignorance ou à l'impéritie. Mais, réciproquement, il serait injuste et dangereux pour la société, de proclamer comme un principe absolu, qu'en aucun cas, il ne sont responsables dans l'exercice de leur art. Un jugement qui se serait décidé pour l'une ou l'autre de ces deux questions ne pourrait échapper à la cassation. Mais, si la vérité n'est dans aucun de ces extrêmes, elle se trouve dans le juste milieu, qu'il faut garder ici, comme en bien d'autres circonstances. Non le médecin, le chirurgien ne sont pas indéfiniment responsables; mais ils le sont quelquefois. Ils ne le sont pas toujours, mais on ne peut pas dire qu'ils ne le soient jamais (1). »

#### IV

##### DU SECRET MÉDICAL

Aux termes de l'art. 378 du Code pénal, les médecins sont tenus d'observer le secret sur les choses qui leur ont

(1) Conclusions dans l'affaire Thouret-Noroy, Cass., 18 juin 1835.

été confiées ou qu'ils ont apprises dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions.

Cette règle n'est pas nouvelle . Déjà, du temps d'Hippocrate, nous la trouvons formulée. Elle ne constituait pas, il est vrai, une véritable obligation pour les médecins d'alors comme pour ceux d'aujourd'hui, mais elle n'en avait pas moins été universellement adoptée. Rien, en effet, de plus naturel, rien de plus juste que cette règle qui touche tout à la fois à l'intérêt de la famille et à l'intérêt de la société !

« *Juramento affirmo* (c'est Hippocrate qui parle)!, *teste Apolline, medicorum præsidi et Æsculapio, Hygea ac Panacea deabus disque omnibus, me quantum viribus et judicio assequi possum inviolatum hoc jusjurandum hancque stipulationem præstiturum.*

« ... *Quæ autem inter curandum visu aut auditu notavero vel extra medendi arenam in communi hominum vita percepero, quæ non decet enuntiare, silentio involvam et tanquam arcana illa estimabo.*

« *Itaque, inviolata integritate, sancte si hoc jusjurandum præstitero, nec falso, eveniant mihi feliciter vita et hæc ars, atque perpetuo gloria mea toto splendeat orbe : sin parjurus fefellerò fidem, his votis adversa eveniant omnia. »*

Tel est, réduit aux fragments afférents à notre sujet, le fameux serment d'Hippocrate qu'on lisait autrefois en tête de toutes les thèses de la Faculté de Médecine de Montpellier et que consacraient expressément les statuts de la Faculté

de Médecine de Paris : « *Ægrorum arcana, visa, audita, intellecta, eliminat nemo* (1). »

Un arrêt du Parlement de Paris, du 25 septembre 1601 posait, en principe, que les médecins sont tenus au secret, et nos autres anciens tribunaux n'hésitaient pas à suivre, dans cette voie, le Parlement de Paris. Ainsi, par exemple, une sentence du bailliage d'Evreux du 14 août 1747, confirmée le 6 novembre de la même année par un arrêt du Parlement de Rouen, suspendit pour six ans et condamna à dix livres d'amende un chirurgien d'Evreux qui, dans une demande d'honoraires, signifiée par huissier, avait mentionné l'affection scorbutique dont il avait traité un cha-noine (2).

En cela d'ailleurs, ces tribunaux ne faisaient qu'appliquer la théorie soutenue par Domat qui dit qu'un des devoirs des médecins, chirurgiens et pharmaciens est de ne pas abuser de la confiance qu'on leur a témoignée et de garder exactement et fidèlement le secret des choses qui sont venues à leur connaissance et qui doivent rester cachées (3).

N'exagérons pas cependant le respect dû au secret médical, sinon nous ferions d'un principe excellent par lui-même un véritable danger. Le plus souvent, sans doute, le médecin doit se taire, mais quelquefois aussi il doit parler. Consulté sur cette importante

(1) Statuts de 1171, art. 77, et statuts de 1600, art. 49.

(2) Trébuchet, *Op. cit.*, p. 274 et 275.

(3) *Droit public*, t. 1<sup>er</sup>, § 1, sect. 17, n° 15.

question par M. le docteur Pierquin de Montpellier, F. de Lamennais lui répondait le 17 décembre 1824 : « Le confesseur est tenu au secret par des motifs d'un ordre à part, presque toujours c'est le coupable qui s'adresse à lui. Il n'est en rapport qu'avec la conscience, c'est un sanctuaire dont il ne sort pas. Mais le médecin qui aperçoit ce qu'on ne lui déclare pas, ce qu'on voudrait plutôt lui cacher, a deux devoirs à remplir : l'un envers le malade qui réclame ses soins, l'autre envers la société dont il est, en cette occasion, le ministre ; et si, comme il n'est pas douteux, il doit avertir le magistrat, lorsqu'une maladie présente à ses yeux des signes alarmants de contagion, combien n'est-il pas plus obligé de révéler ce qui concerne non-seulement la vie de quelques hommes, mais celle même de la société (4), »

Quand donc le médecin doit-il parler ? Quand donc doit-il se taire ? Il doit parler s'il n'y a pas inconvénient pour le malade à révéler ce qui s'est passé et si l'intérêt de la société exige que cela soit révélé ; il doit se taire, au contraire, lors même que l'intérêt de la société exigerait que ce qui s'est passé soit révélé, s'il y a avantage pour le malade à ce que cela soit caché. En un mot, parle-t-il, c'est que peu importe au malade que ce qui s'est passé soit connu ou ne le soit pas ; se tait-il, c'est que le malade a eu en lui une confiance entière et sans réserve, c'est qu'il lui a avoué, sans crainte, des choses d'où dépendent son repos et son honneur, c'est qu'il a pensé qu'il pouvait compter de sa part sur une

(1) MM. Briml et Chevli, *Op. cit.*, p. 874.

discretion absolue et un silence inviolable. N'est-il pas, par conséquent, raisonnable de « considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu'à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance plus nuisible qu'utile, à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l'indiscrétion d'autrui, enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l'état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et de vrais consolateurs?... La disposition que contient l'art. 378 du Code pénal est nouvelle dans nos lois : il serait à désirer que la délicatesse la rendit inutile ; mais combien ne voit-on pas de personnes dépositaires de secrets dus à leur état sacrifier leur devoir à leur causticité, se jouer des sujets les plus graves, alimenter la malignité par des révélations indécentes, des anecdotes scandaleuses, et déverser ainsi la honte sur les individus, en portant la désolation dans les familles? (1) »

Nous avons souvent prononcé jusqu'ici le mot « révéler. » Donnons-en maintenant la signification juridique. Révéler, c'est porter à la connaissance de certaines personnes un fait qui ne leur était pas connu. Mais, comme qui dit révélation ne dit pas publication, il est inutile, d'une part, que la confidence ait été faite à plus d'une personne ; d'autre part aussi, si le fait avait été ébruité d'une manière quelconque, il n'y aurait pas de dédit.

(1) Exposé des motifs du Code pénal.

Ces préliminaires posés, nous allons traiter successivement les deux questions suivantes :

1° Quand la révélation est-elle prohibée ?

2° La révélation n'est-elle jamais obligatoire ?

PREMIÈRE QUESTION : Quand la révélation est-elle prohibée ?

La révélation peut constituer tantôt un délit purement criminel, tantôt un délit tout à la fois criminel et civil, tantôt un simple quasi-délit.

ELLE CONSTITUE UN DÉLIT PUREMENT CRIMINEL.

L'art. 378 du Code pénal est ainsi conçu : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs. »

Du texte de cet article et des principes généraux du droit criminel, il résulte que trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait délit de révélation :

1° Il faut que la personne qui s'est rendue coupable de la révélation soit une de celles dénommées en notre article.

2° Il faut encore que le secret ait été confié à cette personne ou qu'elle en ait eu connaissance à raison de son état ou profession. Peu importe d'ailleurs que le fait soit

relatif ou non au malade ; peu importe qu'il constitue ou non un crime ou un délit : « Il y a un dépôt nécessaire entre le malade et le médecin ; la présomption est donc que toute confiance doit rester secrète, et ce serait au médecin à prouver que, dans l'espèce, on lui a plutôt permis, ou même recommandé la divulgation, qu'on n'a exigé le secret (1). »

3° Il faut enfin qu'il y ait intention de nuire (2). On soutient cependant que cette condition n'est pas nécessaire, parce qu'il suffit du fait de la violation du dépôt (3). On oublie seulement que la loi n'a pas eu pour but de protéger ce dépôt, mais bien de protéger le déposant contre une révélation dangereuse, et que dès lors il n'y a pas de motif pour déroger aux principes généraux.

Puisqu'il faut qu'il y ait intention de nuire, c'est le ministère public qui doit faire la preuve, car il est demandeur. Nous ne dirons donc pas avec MM. Chauveau, Hélie et Dalloz, « que le seul fait d'une indiscretion volontaire fait présumer l'intention de nuire, ce qui met le prévenu

(1) Paroles de M. Quenault, avocat-général près la Cour de cassation, Dalloz, 43, 1, 540. Comp. Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Révélation des secrets, n<sup>o</sup> 18, et Trébuchet, *Op. cit.*, p. 284.

(2) Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 3, n<sup>o</sup> 1691 ; Cass., 25 juillet 1850 ; Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Témoins, n<sup>o</sup> 46.

(3) Rauter, *Traité du droit criminel*, t. 2, p. 104.

en demeure de justifier qu'il n'avait pas cette intention (1). »

Ajoutons qu'il n'y aura délit purement criminel qu'autant que la révélation n'aura pas causé de dommage à celui qui en a été la victime.

Nous venons de voir quand la révélation est prohibée ; voyons maintenant quand elle est permise. Elle l'est :

1° Lorsqu'il s'agit de faits délictueux dont le médecin a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions (2).

2° Lorsque, comparaisant comme témoin, le médecin révèle à la justice le secret du fait dont il est dépositaire (3).

3° Lorsque le médecin s'adresse aux surveillants légaux du malade, aux parents, par exemple,

4° Lorsque le malade, s'il n'y en a qu'un, ou les malades, s'il y en a plusieurs, délient le médecin de l'obligation du secret (4).

(1) Chauveau et Hélie, *Op. cit.*, t. 3, n° 1691 ; Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Révélation des secrets, n° 53. Voy. dans notre sens, M. Hémar, avocat-général près la cour d'appel de Paris, *Le secret médical au point de vue de la révélation des crimes et des délits*; *Revue critique*, t. 53, 4<sup>e</sup>, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> livraisons, p. 567.

(2) Code pénal, art. 378, et Code d'instruction criminelle, art. 50.

(3) Code d'instruction criminelle, art. 80.

(4) Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Révélation des secrets, nos 54 et 55, et V<sup>o</sup> Témoins, nos 47 et 49 ; Grenoble, 25 août 1828.



5° Lorsque pour arriver au paiement de ses honoraires, le médecin se voit forcé d'actionner le malade. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que le médecin ne manifeste pas l'intention de nuire, en donnant des détails scandaleux et inutiles à la poursuite (1). Certains juristes vont même plus loin et proscrivent toute demande d'honoraires qui ne pourrait s'appuyer que sur la révélation du secret.

LA RÉVÉLATION CONSTITUE UN DÉLIT TOUT A LA FOIS  
CRIMINEL ET CIVIL OU UN SIMPLE QUASI-DÉLIT.

Lorsqu'un dommage a été causé, il y a, outre le délit criminel, un délit civil qui entraîne l'obligation de réparer le dommage (2). Le délit criminel peut donc exister sans concomitance de délit civil. La réciproque n'est pas vraie. Et cependant l'obligation de réparer le dommage causé par la révélation provient quelquefois d'un autre fait que d'un délit civil concomitant au délit criminel. Ce fait est un quasi-délit. Or, nous savons qu'un quasi-délit est un fait illicite, dommageable, imputable à son auteur, mais commis sans intention de nuire.

Comme nous ne voulons pas entrer dans l'explication des principes généraux du droit civil concernant les délits

(1) Trébuchet, *Op. cit.*, p. 274 et 275 (Voy. les Préliminaires); Revue critique, *loc. cit.*, p. 371.

(2) Code Nap., art. 1382 et suiv.

et quasi-délits, explication qui est complètement en dehors du cadre de notre travail, nous n'insisterons pas sur ce point. Nous remarquerons seulement que le médecin n'est responsable que si la révélation est le résultat d'une libre détermination de sa volonté, et que, par conséquent, il ne l'est pas s'il se trouvait en état d'aliénation mentale lorsqu'il a trahi le secret.

La rédaction primitive de l'art. 378 du Code pénal était celle-ci : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé,..... seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs, *sans préjudice des dommages-intérêts qui seront au moins doubles de l'amende.* ». La fin de cette rédaction rappelait les actions du droit romain dans lesquelles la condamnation était un multiple de la valeur du préjudice causé. Mais elle était manifestement contraire à ce principe général de notre droit que les dommages-intérêts doivent être simplement l'indemnité de la perte subie et du gain manqué. Aussi disparut-elle dans la rédaction définitive (1).

SECONDE QUESTION : La révélation n'est-elle jamais obligatoire ?

Parcourons les principaux cas qui peuvent se présenter.

4° Une ordonnance du mois de décembre 1666 imposait la révélation : « Louis..... Comme le défaut de sûreté publique expose les habitants de notre bonne ville

(1) Loaré, *Législation française*, p. 411, 425 et 455.

de Paris à une infinité d'accidents..... et d'autant, qu'à cet effet, il importe de régler le port d'armes et de prévenir la continuation des meurtres, assassinats et violences qui se commettent journellement, etc. A ces causes..... seront tenus, les chirurgiens, de déclarer au commissaire du quartier les blessés qu'ils auront pansés chez eux ou ailleurs, pour en être fait, par ledit commissaire, son rapport à la police, faute de quoi faire, lesdits chirurgiens seront tenus des mêmes peines que dessus (deux cents livres d'amende pour la première fois, en cas de récidive, de l'interdiction de la maîtrise pendant un an, et pour la troisième, de la privation de leur maîtrise (1). » Cette ordonnance, dont ce qui précède est le préambule, fut aggravée le 4 novembre 1778, et ses prescriptions furent rappelées successivement le 17 ventôse an IX, 16 mars 1805 et 25 août 1806. Virtuellement abrogée par l'art. 378 du Code pénal, elle n'en fut pas moins successivement rééditée les 25 mars 1816, 2 décembre 1822 et 9 juin 1832. Mais, sur les violentes protestations qui, dès cette dernière date, s'élevèrent de tous côtés, elle ne tarda pas à ne plus être appliquée. Aussi, aujourd'hui est-ce à peine si l'on sait qu'elle a existé (2).

2<sup>o</sup> L'art. 378 du Code pénal punit la révélation qui a eu lieu en dehors des cas où la loi oblige les médecins à se

(1) Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. 18, p. 95 et 495; Delamarre, *Traité de la police*, t. 1<sup>er</sup>, p. 145 et 144; Revue critique, *loc. cit.*, p. 516.

(2) Chauveau et Hélie, *Op. cit.*, t. 5, nos 1692 et 1695.

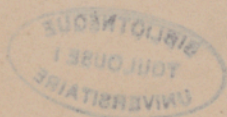


porter dénonciateurs. Quels sont les cas auxquels cet article fait allusion ? Ce sont ceux des art. 403 à 407, 436 et 437 du Code pénal, articles qu'a d'ailleurs abrogés la loi du 28 avril 1832. Ces articles frappaient ceux qui ne s'étaient pas portés dénonciateurs des complots formés contre la sûreté de l'Etat, ou de la fabrication de fausse monnaie.

3<sup>e</sup> L'art. 30 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Toute personne qui aura été témoin d'un attentat soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, sera tenu d'en donner avis au procureur impérial, soit du lieu du crime ou délit, soit du lieu où le prévenu pourra être trouvé. » Cet article commande donc la révélation. Mais, comme depuis la loi du 28 avril 1832, il n'a pas de sanction, son unique résultat est de permettre au médecin, sans la lui imposer, la révélation des faits qui lui sont connus.

4<sup>e</sup> « Toute personne citée pour être entendue en témoignage sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation : sinon, elle pourra y être contrainte par le juge d'instruction, qui, à cet effet, sur les conclusions du procureur impérial, sans autre formalité, ni délai, et sans appel, prononcera une amende qui n'excèdera pas cent francs, et pourra ordonner que la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage. » Tel est l'art. 80 du Code d'instruction criminelle.

Cet article s'applique-t-il au médecin ? Evidemment le médecin est tenu de comparaître. Mais, en déposant, peut-il violer le secret qui lui a été confié ? Il le peut. N'y est-il pas même obligé ? Non. Je considère comme con-



fidentiels, dira-t-il, les rapports qui ont amené à ma connaissance le fait sur lequel on m'interroge, et ne puis donc répondre à la question qui m'est adressée.

Il est d'ailleurs erroné de prétendre que si le médecin s'abrite derrière l'inviolabilité du secret, il doit le faire avant de prêter serment (1).

5° Prenons connaissance des prescriptions édictées par les art. 474, n° 15, et 475, n° 2, du Code pénal : « Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité municipale, en vertu des articles 5 et 4, titre XI de la loi du 16-24 août 1770, et de l'art. 46, titre 1<sup>er</sup> de la loi du 19-22 juillet 1791 (Comp. la loi du 18-22 juillet 1837, art. 44).—Seront punis d'amende, depuis six francs jusqu'à dix francs inclusivement,... les aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, qui auront négligé d'inscrire de suite et sans aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les noms, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui auraient couché ou passé une nuit dans leurs maisons ; ceux d'entr'eux qui auraient manqué à représenter ce registre aux époques déterminées par les règlements,

(1) Voy. en sens contraire Hélie, *Instruction criminelle*, t. 4, n° 1857, et Legraverend, *Législation criminelle*, t. 1<sup>er</sup>, p. 157. Comp. Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Révélation des secrets, n° 51, et *Recueil périodique*, 1855, 1, 205,—1845, 1, 540,—1855, 1, 51 et suiv., p. 521 à 550.

ou lorsqu'ils en auraient été requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, ou aux citoyens commis à cet effet : le tout sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés en l'art. 73 du présent Code, relativement aux crimes ou aux délits de ceux qui ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits. »

Ces prescriptions atteignent-elles les médecins qui dirigent des maisons de santé? La Cour de cassation répond non (1). Nous sommes de son avis.

6° L'art. 13 de la loi du 3 mars 1822 sur la police sanitaire oblige bien, il est vrai, les médecins à faire connaître aux autorités les pestes et épidémies, mais cela n'est pas incompatible avec l'inviolabilité du secret, puisque les médecins n'ont pas à donner le nom des malades.

7° Rappelons-nous les art. 55 et 56 du Code Napoléon et l'art. 346 du Code pénal : « Les déclarations de naissance seront faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté. — La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auraient assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. — L'acte de naissance sera rédigé

(1) 12 sept. 1846. Comp. Dalloz, *Recueil périodique*, 1864, 1, 452, — 1866, 1, 452.

de suite, en présence de deux témoins. — L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère et ceux des témoins. — Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'art. 56 du Code Napoléon, et dans les délais fixés par l'art. 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de seize francs à trois cents francs. »

S'il s'agit d'un enfant légitime, l'application de ces articles ne présente pas de difficulté, la question du secret médical ne pouvant pas alors être soulevée. Mais *quid juris* s'il s'agit d'un enfant illégitime? Le médecin ne sera-t-il pas, dans ce cas, obligé de révéler le nom de la mère? Bien que ce point soit très-controversé, c'est la négative qui doit l'emporter, pourvu cependant que le médecin n'ait connu le nom de la mère qu'à raison de son état et sous le sceau du secret. La discrétion nous paraît également naturelle, lorsque la révélation du lieu de l'accouchement peut conduire à la découverte du nom de la mère (1).

8° Les parties intéressées ont consenti à ce que le médecin révélât le fait qui lui a été confié; le médecin va-t-il

(1) Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Etat civil, n<sup>o</sup> 253 et 254, et *Recueil périodique*, 1831, 2, 20; M. Hémar, *Op. cit.*; *Revue critique*, *loc. cit.*, p. 550 et suiv.

être obligé de le révéler ? Personne évidemment n'oserait l'avancer (1).

Conclusion : La révélation n'est jamais obligatoire.

(2) Dalloz, *Répertoire*, V<sup>o</sup> Témoins, n<sup>o</sup> 47 et 49 ; *Revue critique*, *loc cit.*, p. 557.



## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN

- I. Le mariage est parfait *solo consensu*.
- II. L'accession n'est pas un mode d'acquisition de la propriété.
- III. L'obligation naturelle est prescriptible.

### DROIT COUTUMIER

- I, Les fiefs ont une origine ecclésiastique.
- II. Le *droit du Seigneur* n'est pas ce qu'ont voulu en faire certains publicistes et romanciers modernes.
- III. La saisine proprement dite est la véritable cause de l'obligation aux dettes *ultra vires*.

### DROIT CIVIL FRANÇAIS

- I. Les servitudes continues et apparentes peuvent être acquises par la prescription de 10 à 20 ans.
- II. Le légataire universel saisi est tenu *ultra vires successionis*.
- III. Le preneur n'a pas de droit réel sur la chose louée.

### PROCÉDURE CIVILE

I. La réintégrande, pour être exercée, n'exige pas, comme la complainte, la possession d'an et jour.

II. Les parties sont libres de renoncer à faire appel en tout état de cause.

III. Le droit d'être arbitre est un droit politique.

### DROIT CRIMINEL

I. Le condamné frappé d'interdiction légale peut tester.

II. Le complice est passible de l'aggravation de peine encourue par l'auteur principal à raison d'une qualité spéciale à celui-ci et exerçant une influence sur la nature même du crime.

III. La mémoire des morts est entourée de la même protection que celle accordée par la loi à l'honneur et à la considération des vivants.

### DROIT COMMERCIAL

I. En cas de refus du mari, ou même en cas d'absence ou d'incapacité de celui-ci, la justice ne peut autoriser la femme à faire le commerce.

II. L'engagement souscrit par un mineur commerçant, sans expression d'une cause étrangère à son commerce, est présumé commercial.

III. En cas de faillite du tiré, la provision appartient au porteur de la lettre de change.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Le maire ne saurait, sans violer le principe du secret médical, prendre des arrêtés relativement aux maisons de santé et d'accouchement, en les assimilant aux lieux publics dont l'art. 44 de la loi du 18-22 juillet 1837 leur confère la surveillance.

II. Des dommages-intérêts ne sont dus qu'à raison du *préjudice matériel* causé par le voisinage d'un établissement dangereux, insalubre ou incommode.

III. Les chemins ruraux sont prescriptibles.

*Vu par le Président de la Thèse,*

A. RODIÈRE.

*Vu par le Doyen,*

DUFOUR.

*Vu et permis d'imprimer :*

Le Recteur,

GUIRAUDET.

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statuts du 9 avril 1825, art. 44), mais non des opinions purement juridiques dont la responsabilité est laissée aux candidats.

« Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

TABLE DES MATIÈRES

I. De la nature de l'état, sans rapport à l'état de droit  
 II. De la nature de l'état, rapporté à l'état de droit  
 III. De la nature de l'état, rapporté à l'état de fait

II. Des devoirs des citoyens

III. De la nature de l'état, rapporté à l'état de droit

IV. De la nature de l'état, rapporté à l'état de fait

V. De la nature de l'état, rapporté à l'état de droit

VI. De la nature de l'état, rapporté à l'état de fait

VII. De la nature de l'état, rapporté à l'état de droit

VIII. De la nature de l'état, rapporté à l'état de fait

IX. De la nature de l'état, rapporté à l'état de droit

X. De la nature de l'état, rapporté à l'état de fait

DROIT FRANÇAIS

De la situation des médecins à l'égard de leurs malades

I. Du droit des médecins aux honoraires

II. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

III. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

IV. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

V. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

VI. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

VII. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

VIII. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

IX. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

X. De la responsabilité des médecins pour leurs malades

## TABLE DES MATIÈRES

---

### DROIT ROMAIN

#### De la **MANUS**

|   |    |
|---|----|
| Sa nature et son origine.....                               | 5  |
| I. De la <i>manus</i> établie <i>matrimonii causa</i> ..... | 12 |
| A) Modes de constitution.....                               | 12 |
| B) Effets .....   | 32 |
| C) Causes d'extinction.....                                 | 40 |
| II. De la <i>manus</i> établie <i>fiduciæ causa</i> .....   | 43 |

### DROIT FRANÇAIS

#### De la situation des médecins à l'égard de leurs malades.

|   |     |
|---|-----|
| I. Du droit des médecins aux honoraires.....  | 48  |
| II. De l'incapacité des médecins pour recevoir de leurs<br>malades par donation ou testament..... | 65  |
| III. De la responsabilité médicale.....   | 76  |
| IV. Du secret médical.....  | 89  |
| Positions.....  | 105 |