

L'acte *per aes et libram* et l'*auctoritas*

par André MAGDELAIN

(Paris)

Si on a pu dire que les Romains sont le peuple du droit, cela tient chez eux à la qualité du raisonnement juridique exercé de très bonne heure à séparer le droit du fait en évitant toute confusion, mais ce n'est pas un mince paradoxe qu'à Rome le nombre des institutions est faible et que la créativité juridique se meut à l'intérieur de limites assez étroites. A l'époque classique le total des contrats est insuffisant et cela a suscité la querelle des contrats innommés. En droit public la somme des institutions se referme sur un cercle assez mince qui ne contient même pas de véritable recours pour excès de pouvoir devant une juridiction administrative indépendante. Plus on remonte dans le temps, plus cette rareté des institutions s'accroît de façon surprenante. Dans l'ancien droit les actes juridiques entre vifs sont rarissimes et on ne peut tester que deux fois par an, devant les comices. Les pontifes exercent leur imagination pour extraire un acte nouveau d'une institution plus ancienne, comme par exemple l'*in iure cessio* du *sacramentum in rem*. Ce type de déductions se fera même en cascade en combinant divers actes entre eux pour en produire un nouveau, comme l'adoption qui combine mancipation, affranchissement, *in iure cessio*.

On n'a peut-être pas assez réfléchi à la rareté de l'acte juridique à l'époque archaïque. Les débuts du droit sont ponctuels et si on s'intéresse à ses origines, il vaut mieux faire porter son attention sur ses manifestations précises que de formuler des théories générales. Le tissu juridique commence par n'avoir qu'une très faible étendue et tout l'art jurisprudentiel tend à l'élargir par des artifices et subterfuges. Face au

nombre infime des actes juridiques, les pontifes exerceront leur talent à diversifier leurs emplois. La *sponsio* issue d'une formule de type sacramental pourra servir d'instrument à des promesses variées. L'acte libral axé sur la pesée de l'airain permettra aussi bien dans la mancipation de vendre un bien que dans le *nexum* de prêter une somme d'argent. Sous la forme de la *solutio*, ce sera aussi bien un paiement qu'une remise de dette. Ce même acte libral revêtira dans le mariage l'aspect de la *coemptio* et pourra sous celui de l'*emptio familiae* permettre de tester en dehors des deux jours prévus dans le calendrier pour le testament comitial. Autrement dit, le mécanisme assez rudimentaire d'une pesée d'*aes*, parce qu'on lui attribuait la vertu plutôt rare de l'efficacité juridique, mettra celle-ci au service de diverses finalités.

Peut-on mettre un certain ordre entre ces divers emplois? On a tenté bien à tort de coordonner la mancipation et le *nexum* en faisant de ce dernier une auto-mancipation. Mais le débiteur *nexus* n'est pas *in mancipio* et il est libéré non par affranchissement, comme il faudrait alors s'y attendre, mais par une *solutio* librale. Dans la famille des actes *per aes et libram*, mancipation et *nexum* sont parfaitement dissemblables et le lien symbolique (*nectere*) de l'un n'a rien de commun avec l'*emptio* de l'autre. Ce lien mal connu mérite une nouvelle étude, ainsi que l'expression décemvirale *nexum mancipiūque* (§ I). Une plus grande unité règne entre les autres formes de l'acte libral: si la mancipation a été conçue comme une vente au comptant, il est facile de comprendre que la *coemptio* soit une vente réelle ou simulée de la fille donnée en mariage et que l'*emptio familiae*, elle délibérément simulée, confie le patrimoine du mourant à l'ami ou parent qui mettra en œuvre ses dernières volontés. Mais un point reste obscur, c'est la parenté organique de la mancipation sous ses divers aspects avec l'usucapion, qui lui faisant suite consolide le droit de l'acquéreur. Et il est permis de se demander si la connexité des deux institutions ne va pas au-delà d'un simple problème de preuve, comme si le rôle de l'usucapion était surtout dans l'ancien droit de dispenser par la possession prolongée l'acquéreur de présenter désor-

mais son titre. Si l'usucapion est quelque chose de plus, c'est à travers le mot *auctoritas* (1) qu'on a une chance de s'en apercevoir (§ II).

I

Pour peu qu'on ait le goût de l'exégèse juridique, on éprouve un plaisir certain à relire l'immense littérature, surtout germanique, sur les rares textes que l'on possède sur le *nexum*. Des trésors d'ingéniosité ont été dépensés et malgré bien des échecs il est rare que chaque étude n'apporte au moins sur tel ou tel mot un éclaircissement. Depuis Huschke des progrès considérables ont été accomplis et l'image de l'institution a pu être dessinée dans ses grandes lignes en dépit de plusieurs obscurités. La plus grave entoure la forme de l'acte; et si par *nexum* il faut entendre à partir de *nectere* un lien noué dans le cérémonial, on ignore en quoi il consiste. Il est tentant de reprendre l'exégèse des principaux textes des XII tables à Festus, dans le propos avoué de rechercher ce qui au cours du rituel est lié, avec la prévision que cela même sera délié plus tard dans la *solutio per aes et libram*.

Le meilleur point de départ reste le texte célèbre de Varron qui arbitre une discussion entre prudents; il tranche le problème en des termes dont la lecture la plus probable paraît être: *de lingua latina*, 7, 105 *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaerit: nam id aes quod obligatur per libram « neque suum fit », inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, « nexus » vocatur ut « ab aere » « obaeratus » (2).*

(1) Sur la mancipation et l'*auctoritas*, pour une appréciation critique de la littérature récente, en particulier de PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, 1972, voir KASER, *R. Privatrecht* II, p. 573-574.

(2) Pour cette lecture généralement admise voir NOAILLES, *RHD* 1940-1941, p. 240 suiv. *Debet dat* pour *debebat* est une lecture de SCHWEGLER imposée par le fait que le relatif *qui* n'a pas de verbe.

Manilius donne à *nexum* un sens très général s'étendant à toutes les variétés (*omne*) d'actes *per aes et libram*, y compris la mancipation. Une vaste portée du mot se retrouve en termes analogues chez Cicéron (*de orat.* 3, 40, 159) et Festus qui se recommande d'Aelius Gallus: 160 L *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur: id quod necti dicitur.*

Varron met en balance l'opinion de Manilius avec celle de Mucius qu'il préfère; et le rapprochement des deux citations se fait au prix d'une mutation grammaticale remarquée depuis longtemps⁽³⁾ qui passe de *nexum* comme acte chez Manilius à *nexa* sous-entendu comme choses ou personnes qui font l'objet du rite chez Mucius, selon un emploi courant du neutre en vue d'un tel groupement⁽⁴⁾. Il s'agit, comme le montre la suite, de l'*aes nexum* et du *liber nexus*. Ce glissement du *nexum* aux choses *nexae* est une inélégance de style, peu suprenante chez Varron, qui s'est contenté de juxtaposer deux citations, nous dirions deux fiches, sans grand souci de leur coordination grammaticale. L'opposition entre les deux juristes est radicale: pour Mucius le *nexum* est tout autre chose que la mancipation et tend à affecter d'un lien à la fois l'*aes* et le débiteur: *quae per aes et libram fiant ut obligentur*. Varron a beau jeu de préférer Mucius à Manilius, car lui seul permet de retrouver dans le *nexum* le rite matériel que traduit le mot selon son étymologie: Fest. 160 L *nectere ligare significat.*

Il y avait aussi peu d'unanimité chez les anciens pour expliquer l'*aes nexum* que le *nexum* lui-même. Ce qu'il y a de remarquable chez Varron, c'est que cet *aes* est nettement distingué de la *pecunia* due par le débiteur. Il en parle comme de deux choses différentes, il oppose la *pecunia quam debet* à l'*aes* du rituel, qui d'abord dit *nexum* revient dans la formule: *ut ab aere obaeratus* à propos du *nexus*, ce qui laisse supposer que c'est le même lien qui attache l'*aes* et le débiteur. Au contraire,

(3) SCHLOSSMANN, *Nexum*, 1904, p. 23, 29; THORMANN, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*, 1943, p. 184.

(4) HOFMANN-SZANTYR, *Lat. Syntax und Stilistik*, 1972, p. 435.

chez Festus *aes* et *pecunia* sont identifiés: 160L *Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur*, si bien que dans cette tradition l'*aes nexum* est tout simplement la dette et *obligatur*, utilisé comme chez Varron pour rendre *nectere*, a selon un emploi rare du mot⁽⁵⁾ le sens assez plat de chose due. Chez Festus *aes nexum* est expliqué par *obligare* mais sur le mode abstrait. Autre grave différence avec Varron: l'absence du calembour étymologique qui tire *nexum* de *neque suum*. Là où Festus ne fait allusion avec une grande banalité qu'à une dette contractée *per libram*, Varron décrit avec une relative minutie un rituel. Chez lui tout roule sur la fiction qu'un petit lingot d'*aes* à lui seul représente toute la dette, la *pecunia*: le débiteur est *ut ab aere obaeratus*, cela veut dire qu'il est réputé devoir ce petit lingot qui grève sa personne comme s'il s'agissait de la somme tout entière, *pecunia*.

Qu'on ne s'y trompe pas, ce jeu de substitution entre *aes* et *pecunia* ne correspond pas à la pesée fictive de la mancipation à côté du prix véritable de l'objet aliéné. Le *nexum* disparaît vers la fin du IV^e siècle, à la veille de l'introduction à Rome de la monnaie. Le rituel décrit par Varron n'associe pas le petit lingot à une *pecunia numerata* mais à une masse d'*aes* reçue à titre de prêt par le *nexus*. Tandis que cette masse est pesée dans la balance, le lingot symbolique est attaché: *obligatur*, au sens propre du mot pour rendre *nectere*; et alors que la somme pesée devient la propriété de l'emprunteur, le lingot, lui, ne fait l'objet d'aucun transfert: *neque suum fit*, il reste la propriété du créancier. On achève de comprendre ce rite dès l'instant qu'on saisit que le lien qui attache le lingot, l'*aes nexum*, est le même qui attache le débiteur, lui aussi *nexus*. Ils sont liés l'un à l'autre. Toute la dialectique de Varron tend à rapprocher un lingot porteur d'un lien d'un débiteur qui en porte un lui aussi. Elle se conclut dans les mots *ab aere obaeratus*, par quoi il faut entendre que l'*aes* symbolique grève non pas abstraitement mais matériellement la personne du

(5) Par exemple Hor. *Carm.* 2, 7, 17 *ergo obligatam redde Iovi dapem*.

nexus: au cours du rite la miniature de lingot est attachée autour de son cou.

On n'a aucune peine à reconnaître que ce rite est magique. De longue date on a compris que l'acte *per aes et libram* ne pouvait prétendre à un passé sacré. Dans aucune de ses variétés, notamment le *nexum* et la mancipation, on ne perçoit la moindre parcelle de religion. Cela ne va pas sans embarrasser tous ceux qui s'obstinent à chercher les origines du droit dans le sacré. C'est vers la magie que le *nexum* oriente l'issue du problème. Le lingot symbolique reste la propriété du créancier et représente sa personne. Dans les mots *neque suum fit* il ne faut chercher aucune allusion voilée, perceptible moins par les Romains que aujourd'hui par d'habiles savants⁽⁶⁾, à l'idée d'*aes alienum*. Cet *aes*, Varron le dit assez, n'est pas la *pecunia* empruntée; le débiteur devient propriétaire de celle-ci mais non de celui-là. Il est *nexus* au sens littéral qu'il porte ce métal en collier autour du cou. Sous cette forme figurée c'est la personne du créancier qui s'attache comme à sa proie à celle du débiteur.

Deux illustres savants aujourd'hui disparus, H. Lévy-Bruhl et Leifer⁽⁷⁾, avaient eu séparément la pénétrante intuition que dans le droit romain archaïque l'*aes* s'identifie symboliquement à l'homme dans le rituel *per libram*. Mais à partir de là les voies ont divergé et ont fini par s'enliser en des corollaires inacceptables. Il serait dommage de perdre avec eux le bénéfice d'une intuition qui restitue au métal sa valeur magique quand il s'introduit dans le monde du droit. Il est expédient de récupérer cette trouvaille. Mais l'identité de l'*aes* avec le créancier ne va pas au-delà de l'*aes nexum* que le débiteur porte sur lui comme la marque de son assujettissement, elle ne s'étend pas à la *pecunia* qu'il a acquise à titre de prêt.

Lorsque Varron écrit que le débiteur est dit (*vocatur*) *nexus*

(6) Voir déjà sur ce point les réserves de SCHLOSSMANN, p. 25 note.

(7) LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, 1934, p. 143; LEIFER, ZSS 1937, p. 161 suiv.

jusqu'au paiement: *dum solveret* ⁽⁸⁾, cela doit s'entendre de deux manières: ou bien la dette est remboursée en *aes*, ou bien le débiteur s'acquitte par son travail, c'est-à-dire par ses *operae* qu'il a mises en servitude (*suas operas in servitutum*). Mais dans un cas comme dans l'autre, les mots *dum solveret* renvoient dans un contexte tout entier consacré à l'acte *per aes et libram*, à une *solutio* rituelle devant le *libripens*, soit qu'il s'agisse de peser l'*aes* qui est dû, soit qu'on ait affaire à un paiement fictif, lorsque la dette a été remboursée par les *operae*. Et dans ce dernier cas la *solutio* fictive a la même contexture que lui prête Gaius (3, 174), lorsqu'il décrit la remise de dette *per libram*. Le débiteur qui a remboursé par son travail, doit en outre à l'expiration de celui-ci être libéré rituellement *per libram* conformément à la loi de la correspondance des formes, qui a certes un domaine moins vaste qu'on ne croyait autrefois, mais qui s'appliquait aux dettes nées grâce au rituel libral comme le rappelle Gaius (3, 173): *veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*. En somme, la *solutio per libram* libère le *nexus*, soit qu'il paye en *aes*, soit qu'il rembourse en *operae*; dans le premier cas la pesée est sincère et dans le second fictive.

Dans la formule de la remise de dette *per libram* telle que la rapporte Gaius (3, 174), les mots: *me a te solvo liberoque* méritent une attention particulière. Personne ne doute qu'ils ne remontent au droit archaïque, en un temps où on ne parlait pas encore de *solvere pecuniam*; il s'agissait de libérer (*solvere*) le débiteur de son engagement (*Haftung*), selon que la pesée était réelle ou fictive. La correspondance des formes met en parallèle cette libération avec le rituel du *nexum*. Il faut s'attendre à ce que le débiteur soit libéré par un rite contraire à celui de son engagement. Il a commencé par se laisser grever par l'*aes nexum*, autrement dit par se laisser passer autour du cou un lien auquel est suspendu le lingot qui symbolise le créancier. A l'instant de la libération, ce lien est ôté et les mots qui accompagnent cette délivrance: *me a te solvo*, signi-

(8) Cf. Quint. *Inst.* 7, 3, 26 *an addictus, quem lex servire, donec solverit, iubet, servus sit*.

fient simplement ceci que le débiteur est dégagé du symbole métallique (*a te*) qui autour de son cou représente la personne du créancier. Au départ, dans le rite initial sur le corps du débiteur, qui devient *nexus*, un lien est noué auquel pend le *rodusculum*; en conclusion, ce lien est dénoué et le débiteur est rituellement *solutus*. Cet aspect du rite du paiement *per libram* disparut avec l'abolition du *nexum* et Gaius n'y fait pas allusion. Au contraire, si le débiteur est à l'échéance hors d'état de rembourser, il sera *vinctus* ⁽⁹⁾ et subira un sort peu enviable que rappelle avec complaisance l'annalistique. Le lien symbolique noué à la conclusion du *nexum* préfigure les liens qui plus tard garderont captif l'insolvable. A l'échéance on passe du symbole à la réalité. Mais dès le jour du prêt le débiteur est dit *nexus* ⁽¹⁰⁾ en raison du signe de son éventuel asservissement.

La magie qui est au cœur du *nexum* se retrouve dans la procédure du *sacramentum*. Chaque plaideur fait le dépôt d'une certaine somme et le gagnant à la fin du procès retire la sienne. On avait fini à Rome par se faire une image simplifiée de ce scénario, comme s'il s'agissait d'une simple *poena* (Gaius 4, 13) frappant le plaideur imprudent. Il se peut d'ailleurs qu'on ait vu les choses de la sorte dès l'époque des XII Tables, s'il est vrai que grâce à des lois contemporaines sur la conversion du métal en têtes de bétail on pouvait s'acquitter en nature de l'amende procédurale (Cic. *rep.* 2, 35, 60). Si de telles facilités datent du milieu du V^e siècle, l'institution était déjà transformée et le mot *sacramentum* avait déjà perdu son sens premier. Initialement par *sacramentum* il faut entendre l'*aes* et non le bétail que l'on toléra plus tard comme substitut, et cet *aes* n'a pas encore la fonction d'une amende, il sert à une consécration qui a valu son nom à cette procédure. Les antiquaires ont clairement recueilli le souvenir qui identifie le *sacramentum* avec le métal consacré au terme du procès: Varro, *de lingua latina*, 5, 180 *Ea pecunia, quae in iudicium venit in*

(9) Voir par exemple Liv. 2, 23, 8; 2, 27, 1; 8, 28, 9; cf. KLEINEIDAM, *Personalexecution*, 1904, p. 48 suiv.

(10) Voir déjà MOMBISEN, ZSS 1902, p. 349; LÜBTOW, ZSS 1950, p. 155.

libbus, sacramentum a « sacro »; Fest. 468L *Sacramentum aes significat...*

A première vue on ne saisit pas comment un certain poids d'airain peut servir de rachat après le faux serment dont le perdant s'est rendu coupable. On est obligé de supposer que la somme est employée à l'acquisition de victimes expiatoires, alors que l'on sait que le bétail obtenu de la sorte servait non à racheter le perdant mais à des sacrifices publics (Fest. *sacramentum* 468L), selon le mécanisme bien connu qui permet dans la gestion des biens sacrés de s'en procurer un avec le prix d'un autre⁽¹¹⁾. L'hypothèse d'un sacrifice expiatoire à la fin du procès de *sacramentum* se heurte à cette difficulté supplémentaire que le faux serment en droit archaïque est une faute inexpiable qui plus tard remplace la sacralité par l'*impietas*⁽¹²⁾. On échappe à toutes ces difficultés dès l'instant qu'on reconnaît dans l'*aes* du procès la personnification du plaideur, de même que le *rodusculum* du *nexum* s'identifie avec le créancier. Cet *aes* mérite le nom de *sacramentum*, parce qu'il est consacré à la place du perdant. Mais il n'y a pas expiation proprement dite, l'*aes* n'est pas substitué au coupable et en soi ne joue pas le rôle de victime, ce qui n'est pas dans sa nature, mais d'offrande, ce qui est courant pour le métal: l'*aes* s'identifie au perdant qu'il représente et sous cette forme c'est le parjure lui-même qui est réputé devenir la propriété du dieu. On arrive au même résultat que par l'expiation mais par une voie différente.

*
**

On est maintenant en mesure de relire le célèbre adage décemviral: 6, 1 *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*. Un point est au moins acquis, c'est que *nexum* est ici le simple geste par lequel un lien est noué sur le débiteur, sans que le mot fasse la somme de la parole

(11) Voir la loi de Furfo BRUNS n° 105; sur ce texte LAFFI dans *La Cultura Italica, Atti del Convegno della Società Italiana di Glottologia*, Pisa, 19 e 20 dicembre 1977, p. 121 suiv.

(12) WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, 1912, p. 388; cf. LATTE, RE XV, 346-357.

et de ce rite. *Nexum* n'est pas dans ce texte, comme on le croit habituellement, l'acte dans son ensemble, geste et parole; c'est une simple opération matérielle. Les *verba* sont autre chose, l'adage y renvoie en prenant la peine de rappeler que c'est par la langue qu'ils sont prononcés: *uti lingua nuncupassit* (cf. Varro, *de lingua latina*, 7, 8 « *quoad ego easte lingua nuncupavero* »). Le verset fait la synthèse des deux éléments de l'acte: le rite matériel et la *nuncupatio*. A ce point tout porte à croire que dans la formule *nexum mancipiumque* à son tour *mancipium* ne soit qu'un simple geste.

Dans cette enquête, le seul secours dont on dispose est l'étymologie transparente qui associe *manus* et *capere*. Mais *mancipare* et *manceps* ont dans la littérature latine des sens tellement évolués qu'ils n'apportent aucune lumière sur le droit archaïque: ces deux mots désignent l'aliénation et l'aliénateur⁽¹³⁾ par mancipation. Or ce n'est pas lui mais l'acquéreur qui dans l'acte fait un geste de la main. Avec *manceps* dans le sens d'adjudicataire des enchères publiques on est aussi loin des origines, même si ce personnage lève le doigt (Paul. Fest. 137L). Cette famille de mot n'a pas donné de verbe exprimant l'action d'acquérir par mancipation⁽¹⁴⁾. Ce contexte est extrêmement impropre à expliquer *mancipium* comme la mainmise de l'acquéreur dans l'acte *per libram*. Ainsi que l'avait bien compris le génial Beseler toujours près de l'histoire des mots⁽¹⁵⁾, il ne s'agit pas de *manu capere*, comme l'affirment avec obstination les Romains peu linguistes⁽¹⁶⁾, mais de *manum capere*. Le *mancipium* des XII Tables est un *Handschlag* comme invite à le penser la formation de ce mot composé: son premier terme (*manus*) est non l'instrument mais l'objet de la prise, comme c'est la règle pour les autres mots qui ont *capere* comme deuxième terme, par exemple *aucupium* (*avem capere*) ou *principium*, *princeps* étant celui qui prend la première part. On peut citer aussi *municeps*, *particeps*,

(13) Plaute *Cur.* 515; KASER, *Das altröm. Ius*, p. 137, 141.

(14) MEYLAN, *Studi De Francisci* I, p. 67.

(15) BESELER, *Beiträge* IV, p. 106; ZSS 45, p. 428.

(16) Varro *de lingua latina*, 6, 85; Galus, 1, 121; Paul. Fest. 115L.

vesticeps (17)... Toutefois ce *Handsclag* n'a pas pour fonction comme le croyait Beseler de consolider une promesse de garantie d'éviction. On sait que cette obligation a commencé par avoir pour fondement le délit qui consiste à vendre la chose d'autrui. Le *mancipium* des XII Tables associé au *nexum* n'a rien à voir avec le transfert de propriété, c'est le geste de la main par lequel le débiteur se place sous la dépendance du créancier. L'expression *nexum mancipiumque* forme un tout indissociable (18) et il est vain de prêter à *que* un sens disjonctif. Par ces mots la loi décrit l'ensemble des rites matériels qui accompagnent la prononciation des *verba*, la *nuncupatio*. Le *nexum* commence par recevoir le lien auquel est attaché un petit fragment d'*aes*, aussitôt après il se soumet au créancier par un *Handsclag*. C'est un geste de *fides*, qui symbolise ce que Tite-Live (8, 26, 6) appelle *Pingens fidei vinculum* du *nexum* (19). Les corollaires sont évidents. C'est la *fides* qui permet d'affecter d'un terme l'acte *per libram* habituellement réfractaire aux modalités (20). C'est elle aussi qui autorise à parler correctement de *pecunia credita* pour le prêt archaïque (Liv. 6, 27, 8; 8, 28, 9). Quant on parcourt les XII Tables, on peut s'étonner que la *fides* à première vue ne s'y manifeste qu'assez peu (par exemple *fraus* du patron), alors qu'elle est en bonne place dans le premier traité romano-carthaginois (Pol. I, 22, 9). Fausse impression, elle est au cœur de *nexum mancipiumque*.

La suite du verset: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, ne ratifie pas, comme on pourrait le croire, les *verba* de tout *nexum*. La loi ne prend pas la peine d'homologuer dans son entier cette institution, ce serait parfaitement inutile. On sait aujourd'hui, grâce surtout à Kaser (21), que les XII Tables ne

(17) MEYLAN, p. 65. De même *nuncupare* vient de *nomen capere*.

(18) Cic. *fam.* 7, 30, 2 *mancipio et nexo*. Comme parallèle de la construction *nexum faciet mancipiumque* on peut citer: Cic. *rep.* 4, 10, 12 (= XII Tables 8, 1b) *si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri; de orat.* 2, 55, 226 *ne in rutilis quidem et caesis*.

(19) Sur cette expression IMBERT, *Studi Arangio-Ruiz* I, p. 339 suiv.

(20) D. 50, 17, 77; KASER, *R. Privatrecht* I, p. 255.

(21) KASER, *Studi Donatuti*, 1973, II, p. 523-546.

cherchent pas à être exhaustives. Elles ne le sont que pour le catalogue des actions civiles ou celui des exécutions capitales⁽²²⁾, mais autrement elles omettent ce qui va de soi comme la puissance paternelle et la propriété, et s'attachent à ce qui n'est pas évident et aux cas-limites. Le *nexum* n'a retenu l'attention des décevirs que dans sa fonction secondaire de prêt fictif en vue du remboursement d'une dette antérieure par les *operae* du débiteur qui se met aussitôt au service du créancier⁽²³⁾. C'est à cela que se rapporte l'expression peu étudiée *nuncupata pecunia* que Festus (176L) et Varron (*de lingua latina* 6, 60)⁽²⁴⁾ rappellent à propos de notre adage. Elle n'appartient au vocabulaire ni de la mancipation ni du testament. Elle a trait à une somme d'argent que l'on s'est borné à énoncer, de toute évidence sans la verser. Cela convient fort bien à la remise de dette *per aes et libram*, dont la formule précise le montant (Gaius, 3, 174)⁽²⁵⁾. L'emploi archaïque de cette expression se retrouve sans doute dans le *nexum*, lorsqu'il prenait l'aspect d'un prêt fictif. Aussi bien quand les XII Tables disent: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, c'est une fiction (*uti...ita...*) qui est ratifiée, par laquelle de simples *verba* tiennent lieu du versement de l'*aes* dû et font figure de réalité juridique (*ius*). La loi n'a retenu du *nexum* que cet emploi dérivé.

L'abolition du *nexum* vers la fin du IV^e siècle aurait pu et même dû entraîner l'oubli de l'adage devenu sans objet. Mais c'est un luxe que la jurisprudence était hors d'état de s'offrir. Ce qui caractérise le mieux l'ancien droit romain, c'est la rareté des textes légaux, la rareté des institutions, la rareté des actes juridiques. Qu'on se rappelle les artifices souvent maladroits pour en inventer de nouveaux, comme l'émancipation ou l'adoption. Les prudents exploitent de leur mieux le matériel des

(22) MAGDELAIN, *Actions civiles*, 1954, chap. I. Pour la peine capitale la liste décevinaire ne vise que les crimes qui lèsent les particuliers, non les délits politiques sauf la *proditio* curieusement.

(23) Liv. 7, 19, 1; 8, 28, 2; Val. Max. 6, 1, 9; KASER, *R. Privatrecht* I, p. 167; DE MARTINO, *BIDR* 78, p. 40.

(24) MOMMSEN, *Jur. Schr.* III, p. 366 n. 4 reconnaît les XII Tables dans la mention *in legibus* de ce texte.

(25) BEIRENDS, *RIDA* 1974, p. 153.

textes normatifs et des formes juridiques pour étendre, autant que faire se peut, leur portée ou leur application. L'adage *uti lingua nuncupasset*, une fois vidé de son sens, en acquit un autre: il servit, comme l'indique Cicéron (*off.* 3, 16, 65 = XII Tables 6, 2) ⁽²⁶⁾ confirmé par Gaius (D. 2, 14, 48) ⁽²⁷⁾, de support légal à l'efflorescence continue des clauses accessoires de la mancipation, les *leges mancipii* prononcées par l'aliénateur, encore qu'elles n'aient souvent qu'une valeur déclarative ⁽²⁸⁾. L'adage fit aussi l'objet dans le droit successoral d'un remploi d'un plus grand retentissement. Comme nous l'apprend encore Cicéron (*de orat.* I, 57, 245), il servit à valider la *nuncupatio* du testament *per aes et libram* ⁽²⁹⁾. On restait dans le domaine de la mancipation et il s'agissait encore d'une formule prononcée par l'aliénateur.

L'expression *newum mancipiumque* fit les frais de cette mutation, elle ne désigna plus les rites abolis du prêt archaïque, et ce n'est pas sans quelque peine qu'on lui prêta un sens nouveau. Les choses tournèrent au pléonasme. Par *newum*, en dépit de l'étymologie évidente, on entendit l'acte *per aes et libram* en

(26) Cic. *Off.* 3, 16, 65 *cum ex XII tab. satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.* Toutefois cette interprétation de l'adage ne fait pas naître d'actions nouvelles; comme on l'a souvent remarqué (GIRARD, *Manuel*, p. 598 n. 3; ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, 1954, p. 354 suiv.), les seules actions pénales qui naissent de la mancipation sont l'action *auctoritatis* (ici utilisable par exemple au cas de la découverte d'une servitude grevant un fond déclaré *uti optimus maximus*) et l'action *de modo agri*; se sont elles qu'a en vue Cicéron à propos de la peine du double frappant l'auteur du mensonge. Ces actions furent amenées par la jurisprudence dans l'orbite d'un adage qui commença par n'avoir avec elles aucune parenté. Pour ma part, je ne discerne pas avec KASER (*R. Privatrecht* I, p. 47) d'*Exekutivkraft* à cet adage.

(27) BONFANTE, *Corso*, 2^e éd., II, 2, p. 195. Par contre Nicola BELLOCCI, *Struttura del negozio della fiducia*, 1979, p. 51 suiv. critique l'opinion dominante et voit dans le *mancipium* et la *nuncupatio* de l'adage le rite et la formule solennelle de la mancipation.

(28) KARLOWA, *R. Rechtsgeschichte* II, p. 372 suiv.

(29) BONFANTE *cit.*; HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff* I, p. 390; KARLOWA, II, p. 853.

général, comme le veulent Manilius cité par Varron ou Aelius Gallus cité par Festus (160L) ou plus précisément la mancipation, comme cela est courant dans la langue cicéronienne⁽³⁰⁾. Le *mancipium* fut d'un maniement plus aisé, le mot définissant un geste de la main, on reconnut en lui la mainmise de *emptor per aes et libram*. L'étymologie était à peine brutalisée: on passait de *manum capere* à *manu capere*. Ainsi les deux éléments de l'expression *noxum mancipiūque* devenaient presque synonymes, mais seul le second gardait un sens qui pouvait passer pour conforme à son origine.

On ferait fausse route, si l'on croyait que ce mot remodelé par la jurisprudence avait été mis par elle au service d'une chose fort ancienne. Le mot restructuré et la chose étaient également neufs. Sont dans le vrai ceux qui pensent que l'appréhension unilatérale de l'objet par le *mancipio accipiens* est un élément surajouté⁽³¹⁾, qui s'est greffé sur une simple vente au comptant. La formule vindicatoire: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio* (Gaius 1, 119), va de pair avec cette appréhension et est venue elle aussi précéder l'*emptio* proprement dite qui est le noyau initial de l'acte: *mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Les raisons de penser que l'amalgame des deux formules n'est pas archaïque, résulte de la contradiction sans remède qui les oppose: une appropriation abrupte dans les termes d'une *vindicatio* précède la remise du prix.

Une tentative de conciliation croit pouvoir atténuer le contraste en expliquant *emere* par son sens originnaire *sumere* (Fest. 66L; ou *accipere* 332L), si bien que la vente serait effacée d'*emptus esto*, sans pouvoir cependant être expulsée de *hoc aere aeneaque libra*. A la suite de la mainmise unilatérale, l'acqu-

(30) Cic. *Mur.* 2, 3; *har. resp.* 7, 14; *parad.* 5, 35; *top.* 5, 28; *fam.* 7, 30, 2; *rep.* I, 17, 27; *de orat.* I, 38, 173; voir MITTEIS, *R. Privatrecht*, p. 137; KASER, *R. Privatrecht* I, p. 43, 15; cf. TOMULESCU, *Iura* 1966, p. 105 suiv.

(31) C'est le thème de THORMANN, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*, 1943; c'est aussi la thèse de MEYLAN, *TR* 1953, p. 140 suiv., mais autrement conduite.

reur dirait non qu'il achète mais qu'il « prend » en contrepartie d'un prix. Les deux formules s'enchaîneraient avec un certain naturel. Il n'est pas possible de s'en tirer à si bon compte. Le sens premier du mot est une réminiscence d'antiquaire, sans le moindre écho ni dans l'usage courant ni dans la langue formulaire du droit. *Desunt nobis exempla certa*, lit-on dans le *Thesaurus linguae latinae* (V, 2, 511, 35). A ce sujet récemment G. Dumézil écrit: « En dépit de Festus (66L), la racine *em-* n'a gardé en latin sa valeur préhistorique de « prendre » que dans les composés adjectivaux et verbaux formés avec des préverbes locaux (*eximius*; *sumere*, *demere*, etc.); *emere*, au simple ou avec des préverbes de relation tels que *co-*(ainsi *redimere*), n'a pas d'autre sens que acheter » (32). Face à l'*emptus esto* de la *mancipatio* aucune équivoque n'est possible, il correspond au *venum dare* de l'aliénateur, comme le précisent les XII Tables (4, 2) à propos du père qui fait trois fois commerce libral de son fils (33). Une vente, les décevirs ne tiennent pas le transfert *per aes et libram* pour autre chose, même si déjà le prix pouvait être fictif.

Il a sans doute fallu des motifs très forts pour faire précéder d'une appropriation unilatérale une simple *emptio* qui ne faisait rien pour dissimuler sa vraie nature. Rien ne permet de dire que l'*aes* est en face de la mainmise agressive de l'acquéreur le prix grâce auquel le propriétaire se désiste. C'est tout simplement le prix de la vente. Alors pourquoi entamer l'opération par une mainmise brutale? Elle est avec la formule vindicatoire une imitation du *sacramentum in rem* et de l'*in iure cessio*. Lorsque ce préambule est venu s'ajouter à l'*emptio* librale, un étrange alignement s'est produit entre elle et ces deux procédures au prix du mensonge qui présente l'acquéreur comme déjà propriétaire du bien qu'il saisit. C'est ici qu'apparaît la nouveauté qui s'est introduite un jour dans la contexture de l'acte. Dans les XII Tables le transfert libral commence par une

(32) DUMÉZIL, *Mariages indo-européens*, 1979, p. 49; voir aussi BASANOFF, *Pomerium Palatinum*, 1939, p. 86 suiv.; THORMANN, p. 114, 7.

(33) Pour un autre emploi de *venum dare* dans les XII Tables, voir Modestin D. 40, 7, 25.

remise: *venum dare*, de la part de l'aliénateur, *venum* indiquant selon l'étymologie que le prix est le but de l'opération selon un usage parallèle à celui du supin. Ce *dare* exclut une mainmise unilatérale et la formule vindicatoire, qui ont servi plus tard de prélude à l'*emptio*. La remise a disparu au profit d'une prise unilatérale qui, à une époque qui reste à préciser, a reçu le nom de *mancipium* nouvelle manière. Paradoxalement l'acquéreur verse le prix d'un bien dont il a commencé par se déclarer propriétaire. Ces nouveautés ne sont pas un caprice de l'histoire, elles résultent des transformations du droit de propriété.

II

Sous l'impulsion de la science allemande et en particulier de Max Kaser⁽³⁴⁾, le droit des biens à l'époque archaïque est apparu sous un jour nouveau. Alors prévaut comme chez d'autres peuples le régime de la propriété relative qui a partie liée à Rome avec celui de l'action en revendication. Chacun des deux plaideurs fait une *vindicatio*, si bien que, même si aucun des deux n'a un droit opposable à tous, le juge obligé de choisir entre eux sera amené à trancher en faveur de celui qui a par rapport à l'autre un droit préférable, sans que cela empêche plus tard le vainqueur de succomber à son tour devant un tiers mieux armé que lui. Le *sacramentum in rem* n'exige pas du gagnant qu'il ait un droit absolu devant lequel tout le monde doit s'incliner. Cela donne à la propriété archaïque une certaine souplesse et permet d'étendre la *rei vindicatio* quiritaire à des cas qui plus tard seront protégés par l'action Publicienne, comme celui de l'acquéreur *a non domino* ou de l'acquéreur qui tient le bien du véritable propriétaire mais non selon les formes civiles. Les transformations de la procédure vont de pair avec la généralisation de la propriété absolue. Dans le régime de la procédure *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam*, un seul plaideur revendique le bien, le demandeur,

(34) KASER, R. *Privatrecht* I, p. 124 et 401 pour un résumé de la question.

et le juge pour lui donner gain de cause exige qu'il ait un droit inattaquable. Si tel n'est pas le cas, le plaideur aura recours à l'action Publicienne. Dans ce droit plus évolué il n'y a plus place pour la propriété relative, et seul est protégée civilement la propriété absolue.

Ce n'est pas à dire toutefois que la propriété absolue soit une nouveauté. Elle existait dans l'ancien droit lorsque le propriétaire avait usucapé, il n'avait qu'à se prévaloir de la possession prolongée pour triompher contre quiconque, à la condition que la *res* ne fût pas *furtiva*. Il en était de même lorsque l'acquisition résultait d'un mode originaire. Il s'ensuit qu'aux temps anciens la propriété absolue se distinguait de la propriété relative selon que le maître de la chose pouvait invoquer l'usucapion (ou un mode originaire) ou bien, au contraire, ne s'appuyait que sur un mode dérivé. Et même alors sa position pouvait être inattaquable, si tel avait été aussi le cas de l'aliénateur.

On n'a pas pris garde que à l'époque archaïque la propriété absolue et la propriété relative pouvaient coexister sur le même bien, lorsque l'aliénateur avait eu le temps d'usucaper. Cette coexistence rappelle celle de la propriété quiritaire et de la propriété prétorienne en droit classique, lorsque une *res mancipi* a fait l'objet d'une simple tradition. Dans l'ancien droit tout porte à croire que l'acquisition d'un droit relatif soit impuissante à effacer le droit absolu de l'aliénateur. La propriété absolue née de l'usucapion ne peut disparaître qu'à la suite d'une nouvelle usucapion au profit d'un nouveau maître. L'usucapion ne cède le pas qu'à l'usucapion. L'aliénateur qui a usucapé, reste propriétaire tant que l'acquéreur n'aura pas usucapé à son tour. Ce dernier n'a acquis qu'une propriété relative. Que la propriété absolue de l'aliénateur et la propriété relative de l'acquéreur coexistent sur le même bien, cela résulte de la terminologie décenvirale de l'usucapion.

*
**

Que l'expression *usus auctoritas* des XII Tables soit une asyndète c'est ce que prouve le rapprochement de deux passages de Cicéron :

top. 4, 23 usus auctoritas fundi biennium est.

pro Caec. 19, 54 lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium.

On s'est demandé si par ces mots la loi a en vue la situation qui a cours pendant le délai ou celle qui en résulte, quand il est expiré. Il ne devrait guère y avoir place au doute. « *Biennium est* » est une tournure qui signifie que deux années sont écoulées et non en voie d'écoulement (Plaut. *Merc. 533 Ecastor iam bienniumst quom mecum rem coepit*); si l'adage avait en vue ce qui se passe pendant le délai, il ne servirait à rien. Le possesseur pour protéger son *usus* bénéficie de l'*auctoritas* ou garantie d'éviction que lui doit l'aliénateur *per libram*: l'adage, s'il rappelait cela ne ferait que confirmer une chose allant de soi qui se passe fort bien de ce surcroît de précision. Ce n'est pas l'habitude des décenvirs de formuler des évidences. De plus, ainsi entendu, l'adage serait faux: l'*auctoritas* n'expire pas au bout de deux ans pour les immeubles et d'un an pour les meubles. Cela serait absurde: si à partir d'une date donnée un bien a été aliéné plusieurs fois pendant un ou deux ans, aucun des acquéreurs n'a eu le temps d'usucaper et le premier aliénateur serait libéré de l'obligation de garantie d'éviction⁽³⁵⁾. On ne saurait prêter à la loi un pareil corollaire.

Par *usus auctoritas* il faut entendre la situation à l'expiration du délai: au terme de l'usucapion le possesseur cumule l'*usus* et l'*auctoritas*, il possède le bien et jouit d'une garantie que lui confère le droit. C'est ce que dit Cicéron: *pro Caec. 26, 74 rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur*⁽³⁶⁾. Cette *auctoritas* est *rata* en raison du délai qui la

(35) Sur ce problème, KASER, *Ausgewählte Schriften* II, p. 58; YARON, TR 1967, p. 201 suiv.; sur la durée de l'*auctoritas*, BONFANTE, *Corso*, 2^e éd., II, 2, p. 194.

(36) Pour une analyse détaillée de ce texte: MAGDELAIN, RIDA 5, 1950, p. 142 suiv.; voir aussi ALBANESE, *Annali del seminario giuridico di Palermo* 20, 1949, p. 369 suiv.; LÉVY-BRULL, *Nouvelles études*, p. 26; KASER, *Fest. Wicacker*, p. 105; MAYER-MALY, ZSS 1961, p. 248; sur la relation de ce texte avec l'usucapion des servitudes, YARON, TR 1967, p. 226 suiv. De même Boèce, ad. Cic. *top. 4, 23*, se méprenant sur la

confirme. Elle ne provient pas d'un *auctor* particulier mais du *ius civile*, plus précisément des XII Tables. Mais de quelle garantie s'agit-il? Il est difficile de parler d'une garantie légale, l'idée ne serait pas archaïque. Lorsque Leifer a interprété l'usucapion de l'ancien droit comme une garantie collective du corps civique au profit de celui qui au vu de tous a exercé une possession prolongée sur un bien il a ouvert la voie à la solution d'un problème que cependant il n'a pas conduit à son terme⁽³⁷⁾. Lorsque la loi parle d'*usus auctoritas*, la garantie dont elle double l'*usus* est celle de l'ensemble des citoyens, si bien que l'usucapant, qui pendant le délai bénéficiait de la garantie individuelle de son *auctor*, a maintenant pour garants, *auctores*, l'ensemble des citoyens, qui selon un emploi courant du mot sont aussi des témoins⁽³⁸⁾. L'*auctoritas* individuelle née du transfert libral fait place au bout d'un ou deux ans à une *auctoritas* collective fondée sur le témoignage de tous.

Ce sont les Quirites. La clause *ex iure Quiritium* dans la formule vindicatoire entre dans ce jeu. Elle place un certain nombre de droits absolus sous la protection du corps civique: propriété, puissance paternelle, liberté⁽³⁹⁾. Mais cela ne veut pas dire seulement que ces droits sont opposables à tous⁽⁴⁰⁾, cela signifie surtout qu'ils sont garantis par le témoignage de l'ensemble des Quirites. Il s'ensuit que la clause *ex iure Quiritium* pour les biens est réservée à la propriété absolue née de l'usucapion ou d'un mode originaire d'acquisition. Pour elle seule on peut dire: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Pour la propriété relative, la revendication doit se

valeur asyndétique de l'expression, parle de *usus auctoritatem* dans le sens d'une garantie résultant de l'usucapion, si bien que parti d'une erreur grammaticale il arrive à un résultat juridiquement juste. Boèce à ce propos parle aussi de *iuris auctoritas* (Orelli, p. 308, 23). Pareillement Scaevola, D. 39, 3, 26 parle d'une *auctoritas* en matière de servitude naissant de la *vetustas* ou usage immémorial.

(37) LEIFER, ZSS 1937, p. 132 suiv.; pour une critique du sens littéral que Leifer prête à l'adage voir KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 90 suiv.

(38) *Oxford Lat. Dict.* v. *auctor* n. 2 et 7.

(39) MITTEIS, *R. Privatrecht*, p. 67 n. 15.

(40) KASER, *R. Privatrecht* I, p. 32.

contenter d'un *meum esse aio* sans plus. Entre l'*auctoritas* collective née de l'usucapion et le *ius Quiritium* archaïque, il y a une relation de cause à effet: c'est la garantie du corps civique qui justifie qu'un droit absolu puisse se placer sous l'invocation des Quirites. La propriété relative dépend d'un seul *auctor*, elle n'est pas *ex iure Quiritium*.

La finalité de l'usucapion archaïque mérite d'être reconsidérée. Il ne s'agit pas de clarifier des situations confuses, comme le veulent plus tard Gaius (2, 44 *ne rerum dominia diutius in incerto essent*) et Cicéron (*pro Caec.* 26, 74 *usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium*). Il ne s'agit pas non plus de préférer un usurpateur au propriétaire négligent qui s'est abstenu de réagir à temps et a apporté de façon tacite son acquiescement à la situation nouvelle qu'il a vu se former sous ses propres yeux. Cette interprétation fort répandue de nos jours⁽⁴¹⁾ ne correspond pas à la morale paysanne des anciens romains. Pour elle, celui qui se comporte en propriétaire doit l'être. Celui qui a l'*usus* doit pouvoir le justifier. Cela est si vrai que dans l'action en revendication le défendeur et pas seulement le demandeur doit faire la preuve de son droit. Il devra répondre à la question qui lui est adressée *in iure* dans le *sacramentum in rem: postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris* (Gaius 4, 16). Dans l'esprit de la paysannerie romaine, il serait intolérable que l'on pût se présenter comme maître de la chose que l'on détient sans avoir en justice à rendre compte du bien-fondé de cette attitude. C'est cette mentalité primitive plus que l'éventualité d'un soupçon de vol qui permet de comprendre qu'au défendeur à la revendication incombe comme au demandeur la charge de la preuve. Entre les preuves fournies par chacune des parties, le juge choisira la plus convaincante et tel est le mécanisme procédural de la propriété relative, à moins qu'un des plaideurs grâce à l'usucapion puisse se prévaloir d'une propriété absolue. De toute manière celui qui a l'*usus* doit en répondre: si l'usucapion est seulement en cours, il s'en tirera en présentant son *auctor*; si elle est

(41) Par exemple BONFANTE, *Ist.*, 9^e éd., p. 276.

achevée, l'*auctoritas* des Quirites le dispense de recourir à celle d'un particulier. L'esprit de l'usucapion archaïque devient manifeste à travers cette garantie collective: c'est une présomption de propriété, exactement le contraire de l'acquiescement tacite de l'ancien propriétaire au profit du nouveau, car, si pendant le délai personne n'a pu évincer l'usucapant, cette possession sereine pendant un an ou deux semble vérifier que c'est lui le vrai propriétaire⁽⁴²⁾.

Autrement dit, pendant le délai la propriété doit être prouvée, ensuite elle est présumée grâce au consentement des Quirites. Mais cette présomption souffre la preuve contraire, le vol. Si la *res* est *furtiva*, qu'elle soit restée entre les mains du voleur ou passée entre celles d'un tiers, elle ne peut pas être usucapée. Cette interdiction a d'abord été formulée par la loi des XII Tables (Gaius 2, 45) et plus tard reprise par la loi Atinia (Gell. 17, 7, 1). Il n'est pas nécessaire d'identifier le voleur, il suffit de prouver que la chose a été volée. Et c'est en vain qu'un possesseur, fût-il de bonne foi, conservera le bien jusqu'à la fin du délai légal, la preuve est faite qu'il n'est pas propriétaire, la présomption de propriété qui semblait le favoriser est détruite⁽⁴³⁾.

(42) On peut s'interroger sur la relation entre les expressions *usus auctoritas* d'une part et *usucapio*, *usucapere* d'autre part, ces dernières ne figurant dans les XII Tables qu'au style indirect (5, 2; 7, 4; 10, 10); sur la somme des dispositions sur l'usucapion voir MAYER-MALY, ZSS 1960, p. 30 suiv. Il n'y a pas d'obstacle à ce que ces qualifications différentes puissent être contemporaines, car si par *usus auctoritas* il faut entendre une présomption de propriété garantie par le corps civique, *usucapere* exprime l'acquisition de la propriété absolue et plus précisément le passage de la propriété relative à la propriété absolue. Sur ce problème terminologique: PERNICE, *Labeo* II, p. 331; BONFANTE, *Scritti* II, p. 472; KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 301; *Ausgewählte Schriften* II, p. 58; 63. Sur *usucapere* dans la langue pontificale, Cic. *leg.* 2, 19, 48.

(43) On ignore pourquoi la loi Atinia a répété l'interdiction des XII Tables qui selon Gaius était générale. Ce fut sans doute pour apporter une précision nouvelle qui reste inconnue. On a pu croire longtemps qu'il s'agissait de la *reversio rei* entre les mains du volé, ce qui rend l'usucapion à nouveau possible. Mais il n'est pas concevable qu'avant la loi Atinia la *res* malgré la *reversio* restait *imprescriptible* (MAYER-MALY,

L'adage *usus auctoritas* se place à l'instant où expire le délai, le possesseur ajoute alors à l'*usus* l'*auctoritas* des Quirites. Les adages qui parlent d'*aeterna auctoritas*, envisagent une situation toute différente: le propriétaire n'a plus l'*usus*, mais une *auctoritas* éternelle. Son usucapion est réputée définitive, elle n'est effacée ensuite par aucune autre. Le propriétaire a perdu l'*usus*, mais l'*auctoritas* lui demeure éternellement: si un nouveau délai court en faveur d'un tiers, il est sans effet, il ne produit pas une nouvelle *auctoritas* qui éliminerait l'ancienne. Celle-ci reste. La *res* est imprescriptible. L'*aeterna auctoritas* signifie l'interdiction d'usucaper. On la trouve dans la loi Atinia (Gell. 17, 7, 1): *quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*. Les XII Tables s'exprimaient sans doute de la même manière à propos des *res furtivae*. Elles interdisent aussi dans les mêmes termes au pérégrin d'usucaper une chose romaine: 3, 7 *adversus hostem aeterna auctoritas (esto)*.

Cet *hostis*, selon le sens archaïque du mot, est le pérégrin; aucune autre précision n'étant apportée, il n'a pas comme certains étrangers le *commercium*. Il n'est donc pas dépouillé injustement, car il n'a pas acquis *per libram*. Il n'a pas non plus l'usucapion, qui est réservée aux Romains (Gaius 2, 65). La loi prend la peine de la lui refuser expressément, ce n'est pas superflu, car s'il avait le *commercium* il pourrait usucaper⁽⁴⁾. Entre ces deux types de pérégrins avec ou sans *commercium*, la loi trace utilement une frontière, elle protège fièrement *adversus hostem* les choses romaines, elle les soustrait aux ingérences étrangères lorsque le droit ne les tolère pas.

Quand il y a *aeterna auctoritas* soit à la suite d'un vol, soit *adversus hostem*, de deux choses l'une. Ou bien c'est celui qui

Studi Betti III, p. 485). Il faut renoncer aussi à croire que les XII Tables ne prévoyaient l'imprescriptibilité qu'à l'encontre du voleur. YARON (TR 1967, p. 216 suiv.; cf. WATSON, *Law of Property*, p. 28) a définitivement réfuté cette thèse. Le volé n'a qu'à prouver le vol, il n'a pas à faire connaître le voleur. Le possesseur de la chose d'autrui n'est pas tenu automatiquement pour voleur, il peut prouver une acquisition régulière.

(44) HUVÉLIN, *Furtum*, p. 280 suiv.; cf. KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 94 n. 32; FRANCIOSI, *Labeo* 1963 sup., p. 20 note.

à usucapé en dernier, qui est lui-même dépossédé; ou bien il a régulièrement transféré le bien à un tiers qui est dépossédé avant d'avoir eu le temps d'usucaper à son tour. D'un cas à l'autre, le régime de la revendication contre l'actuel détenteur du bien n'est pas le même. Lorsque la dépossession atteint un propriétaire qui a eu le temps d'usucaper, il fera lui-même une revendication *ex iure Quiritium*, il a la propriété absolue, il est assuré du succès, il n'a pas à faire intervenir son vendeur. Lorsque au contraire la dépossession atteint quelqu'un qui n'a pas eu le temps d'usucaper, il ne pourra faire valoir qu'une propriété relative. Dans sa revendication il devra s'appuyer sur l'assistance de l'aliénateur qui avait usucapé précédemment. Mais cet appui en apparence isolé est considérable, car à travers lui c'est l'ensemble des Quirites qui viennent au secours du demandeur. Le recours à l'*auctoritas* individuelle de celui qui a été le dernier à profiter du délai légal, met en branle par voie de conséquence l'*auctoritas* collective qui est née à son avantage de la possession prolongée⁽⁴⁵⁾.

Les cas d'*aeterna auctoritas* permettent de vérifier à propos de situations critiques la coexistence de la propriété absolue et de la propriété relative. Cette coexistence intervient chaque fois que celui qui a usucapé aliène son bien au profit d'un acquéreur en faveur duquel le délai d'un ou deux ans n'a pas encore couru. A la limite on peut la retrouver lorsque à l'avenir toute usucapion est interdite. C'est ce qui a lieu lorsque celui qui a usucapé a transféré régulièrement la chose à un acquéreur qui est dépossédé avant l'expiration des délais soit par vol, soit au profit d'un *hostis*: alors le nouveau détenteur du bien ne peut pas usucaper. L'acquéreur dépossédé avant d'avoir lui-même usucapé est dans sa revendication amené à faire intervenir l'*aeterna auctoritas* du dernier usucapant. Celui-ci avait gardé la propriété absolue, elle coexistait avec la propriété relative de l'acquéreur. Il en est de même pour toute aliénation,

(45) Les théories de DE VISSCHER (*Nouvelles études*, p. 143 suiv.) sur l'*auctoritas* sont trop connues pour qu'il y ait lieu de souligner les différences avec notre exposé. Mais il est bon de rappeler, que ce sont elles qui ont ouvert la voie à la recherche contemporaine.

lorsque le dernier usucapant est l'aliénateur. Le propriétaire absolu n'aura pas la tentation de revendiquer contre le propriétaire relatif, il devrait rembourser le double du prix en raison de la garantie d'éviction. Si le prix a été fictif (fiducie, dot etc.), l'obstacle résulte de la *fides* et de sa protection sacrale.

La loi Atinia de la première moitié du II^e siècle appartient à une époque qui avait vu disparaître la propriété relative et ne connaissait plus que le régime de la propriété absolue. Cette loi protège comme les XII Tables le volé, qu'il ait eu ou non le temps d'usucaper. L'*aeterna auctoritas* qu'elle proclame est bivalente, elle doit s'entendre aussi bien de la garantie collective dont bénéficie celui qui a usucapé, que de la garantie individuelle due par l'aliénateur à celui qui n'en a pas eu le temps. Élégalement dans un seul mot la loi recouvre ces deux situations. Ce texte permet de vérifier qu'entre l'*auctoritas* collective et l'*auctoritas* individuelle, malgré leurs différences, s'affirme à travers l'identité de qualification une même inspiration juridique. Dans un cas comme dans l'autre, il convient d'asseoir le droit du propriétaire, absolu ou relatif, sur la garantie soit de tous, soit d'un seul, ou peut-être de quelques-uns, si le bien est passé rapidement entre plusieurs mains.

*
**

L'histoire de l'usucapion éclaire celle du transfert libral. Si la propriété absolue dans l'ancien droit ne naît (sauf le cas des modes originaires d'acquisition) que de la possession prolongée, il s'ensuit que l'acte *per aes et libram* ne peut conférer à l'acquéreur qu'un droit relatif. Il n'y a place que pour une simple *emptio*: *mihî emptus esto hoc aere aeneaque libra*, et la formule vindicatoire est hors de propos: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*. Une propriété *ex iure Quiritium* garantie par le corps social dans son entier ne saurait dépendre d'un seul *auctor*. La formule vindicatoire qui en appelle au témoignage des Quirites, fait référence à l'usucapion qui repose sur le témoignage de tous, elle n'a rien à voir avec un transfert privé qui est dépourvu de ce support. Aussi n'a-t-on pas tort de penser (§ I *in fine*) que, des deux formules qui composent

les *verba* de la mancipation, seule celle de l'*emptio* est archaïque. La formule vindicatoire *ex iure Quiritium*, incompatible avec l'acquisition d'une propriété relative, est venue se greffer sur l'acte, quand s'est généralisé le régime de la propriété absolue. Ainsi est apparue la dissymétrie⁽⁴⁶⁾ de l'opération, en même temps que le paradoxe qui associe une affirmation unilatérale doublée d'une mainmise brutale avec la déclaration plus pacifique d'un simple achat (*emptus*) au comptant avec pesée du prix.

A l'époque de la propriété absolue l'emploi de la clause *ex iure Quiritium* devient général : elle figure à la fois dans le *sacramentum in rem*, l'*in iure cessio*, la procédure *per sponsionem*, la *formula petitoria* et la mancipation. Entre toutes ces formules le régime de la propriété absolue a créé une harmonie de fraîche date. En droit civil la propriété se proclame désormais invariablement quiritaire même en l'absence d'usucapion. On vit désormais sur la fiction que l'*auctoritas* d'un seul peut tenir lieu de l'*auctoritas* de tous, ce qui n'est vrai que lorsque le droit de l'*auctor* était inattaquable. Dans ce nouveau système, le *mancipio accipiens* est réputé acquérir un droit absolu qui s'exprime dans la formule vindicatoire. Par rapport au régime ancien, cela a l'avantage d'abolir la coexistence de la propriété absolue de l'aliénateur, s'il a usucapé, avec la propriété relative de l'acquéreur. Mais il n'en reste pas moins que le droit de l'un dépend toujours comme par le passé de celui de l'autre.

Il ne faut pas croire cependant qu'à l'époque archaïque la propriété absolue née de l'usucapion ne pouvait pas faire l'objet d'un transfert entre vifs. Il n'y a aucune raison de douter que la formule vindicatoire *ex iure Quiritium* n'ait figuré de tout temps dans l'*in iure cessio*. Elle y affirme un droit absolu qui est transféré immédiatement. Cela suppose que l'aliénateur avait usucapé. Et ainsi s'explique la présence du magistrat qui autrement serait mystérieuse : il procède par un bref examen à cette vérification. Il ne donne son *addictio* que si la possession

(46) Déjà perçue par MITTEIS, *R. Privatrecht*, p. 260.

prolongée du cédant est établie sans peine. Aussi comprend-on que cet acte ne fasse pas naître de garantie d'éviction, elle est inutile. L'autorité du magistrat moyennant la publicité de la justice suffit à garantir que le droit transféré était sans reproche. En droit classique l'*in iure cessio* a perdu cette fonction et le droit qu'elle sert à transmettre est sujet aux mêmes vicissitudes que celui que confère la mancipation (47).

*
**

C'est un tort pour le droit archaïque de présenter indépendamment les uns des autres les divers modes d'acquisition de la propriété. Une étroite coordination les unit: l'*in iure cessio* fait suite à l'usucapion qui est à son tour précédée par le transfert libral. Ces mécanismes sont dominés par la relation entre propriété relative et propriété absolue. Le transfert libral ne confère qu'une propriété relative qui devient absolue grâce à l'usucapion, à la suite de quoi elle peut être retransmise telle quelle par l'*in iure cessio*.

Un lien organique unit l'*emptio* librale à l'usucapion, elles sont complémentaires et leur succession assure le passage de l'*auctoritas* individuelle à l'*auctoritas* collective: le droit fragile de l'acquéreur avec le temps devient parfait. L'esprit de l'institution n'est pas de créer un droit *ex nihilo* mais de consolider grâce à l'*usus* par une garantie collective une situation juridique dont jusque là répondait un seul *auctor*. C'est seulement par voie de conséquence, puisque au bout du délai on n'exige pas dans l'ancien droit la preuve d'un juste titre, qu'un usurpateur pourra bénéficier de la présomption que crée la possession prolongée. Il en résulte une ambiguïté qui a faussé souvent les perspectives: il ne s'agit pas de favoriser les intrus mais au bout d'un certain temps de dispenser les honnêtes gens de la preuve de leur titre initial qui est présumé: leur droit relatif

(47) La fonction archaïque de l'*in iure cessio* ne concerne pas les applications plus récentes de cette procédure, lorsqu'elle porte sur l'usufruit, la tutelle (KASER, *R. Privatrecht* I, p. 87 n. 12 et p. 88 n. 28), l'*hereditas* (KASER, p. 722).

devient absolu. Cette présomption profite à tous, honnêtes ou malhonnêtes gens, elle est générale. Elle ne se limite pas à la seule propriété, les romains lui ont donné une vaste extension, dans le droit des biens, des personnes et des successions. Il est possible de vérifier que l'usucapion des servitudes, l'*usus* matrimonial et l'usucapion *pro herede* n'avaient pas pour fonction de faire naître un droit du simple usage sans le moindre embryon de titre, mais tendaient au contraire à consolider par le temps une acquisition régulière dont on n'avait plus ensuite à faire la preuve; il est vrai que cette présomption pouvait par voie de corollaire profiter à ceux qui avaient commencé par n'avoir ni servitude, ni *coemptio*, ni droit de succession.

Chaque fois que l'on voit coexister pour le même type de droit le transfert libral et l'usucapion, il y a lieu de présumer que les deux institutions comme pour la propriété sont complémentaires: on est en mesure de penser qu'elles s'articulent l'une sur l'autre pour permettre à un droit relatif de devenir absolu. Or cette coexistence de l'acte libral et de l'*usus* se vérifie non seulement pour les servitudes, mais aussi pour le mariage: il se conclut aussi bien par *coemptio* qu'il voit naître la *manus* au bout d'un an de cohabitation. On retrouve une combinaison du même genre dans le droit des successions, qui connaît à la fois l'*emptio familiae* comme forme rudimentaire du testament et l'usucapion *pro herede* comme mode d'acquisition d'une succession. C'est seulement en droit classique dans le régime des droits absolus que dans ces différents cas entre l'acte libral et l'usucapion ou *usus* il n'y a pas de lien direct. Mais à l'époque archaïque, quand du transfert *per aes et libram* ne naît qu'un droit relatif, ce n'est sans doute pas un hasard si cet acte est au service des servitudes, du mariage et des successions en même temps que la possession prolongée. Il y a tout à parier que les deux institutions ont partie liée et se cumulent, de telle sorte que l'*usus* a pour fonction dans cette gamme de situations assez diverses de remplacer une garantie individuelle par une garantie collective sur le modèle de ce qui se passe pour l'acquisition de la propriété.

Certes l'usucapion des servitudes se passait d'un titre qui

l'eût couverte, mais cela était si peu conforme à sa finalité que le législateur a préféré l'abolir. Cette atteinte à la propriété avait fini par paraître intolérable, et une loi Scribonia de date inconnue y mit un terme. Dans son principe à l'époque archaïque l'usucapion des servitudes avait servi de complément à l'*emptio* librale en transformant en absolu un droit relatif. C'est par surcroît que le simple usage pouvait aboutir aussi à créer de toutes pièces une servitude. Mais la loi y mit bon ordre. La morale romaine se rebellait contre ce genre d'usurpation.

L'*usus* matrimonial est dans le droit des personnes une transposition du droit des biens. Mais à quoi sert-il? Sa fonction embarrasse les historiens. Le mariage fait avec la *coemptio* un autre emprunt au droit des biens sous la forme d'un acte libral. La plus sûre méthode est d'associer les deux choses et de penser que l'*usus* a été conçu pour faire suite à la *coemptio*, comme l'usucapion complète le transfert libral; mais à l'expiration du délai la preuve de la cohabitation se suffit à elle-même, il n'est alors pas plus question de la *coemptio* initiale que du transfert libral au terme de l'usucapion. Un système aussi simple avait comme suite qu'en l'absence de *coemptio* la *manus* naissait quand même au bout d'un an contre le gré des époux et principalement de la femme qui n'avait d'autre issue pour y échapper que le subterfuge du *trinoctium* imaginé à cet effet. Cet artifice déjà codifié dans les XII Tables (Gaius I, 111) était particulièrement utile, comme on l'a noté⁽⁴⁸⁾, à la femme *sui iuris* qui ne désirait pas tomber avec son patrimoine sous la puissance du mari. Faut-il dire que la fonction de l'*usus* était probatoire⁽⁴⁹⁾ pour dispenser le mari de fournir la preuve de la *coemptio*? Cette remarque est exacte mais ne suffit pas pour rendre compte des origines de l'institution. Initialement la *coemptio* est une vente, comme le mot l'indique. Dans l'acte libral, on l'a vu, *emere* n'a pas d'autre sens que acheter. Contrairement à Servius (*Georg.* I, 31; *Aen.* 4, 103) et Isidore de Séville (*Orig.* 5, 24, 26), le préverbe n'exprime pas la

(48) KASER, *R. Privatrecht* I, p. 79; TR 45, 1977, p. 167.

(49) KASER, *R. Privatrecht* I, p. 78.

réciprocité, ce qui n'aurait aucun sens. Comme l'a noté G. Dumézil, il a la même valeur que dans *co-optare*: « de même que, dans un collège de prêtres, *co-optare* est s'adjoindre un nouveau membre par élection (et non s'élire réciproquement), de même *co-emere* est s'adjoindre une épouse par achat (réel ou simulé) ⁽⁵⁰⁾ ». Il ne faut pas douter que la vente n'ait été à l'origine réelle. A l'occasion du mariage le père vendait sa fille, comme pour faire argent il lui arrivait aussi à l'aide de l'acte libral de vendre son fils selon une pratique suffisamment fréquente pour que les XII Tables aient réagi contre elle en libérant de la puissance paternelle le fils que le père avait vendu trois fois. Le mari pouvait même songer à vendre sa femme, mais pour le prémunir contre cette tentation une loi royale le frappait de sacralité ⁽⁵¹⁾. Mais la *coemptio*, comme le transfert libral de propriété, ne confère qu'un droit relatif. Le mari est exposé à la revendication d'un tiers qui peut se prétendre ou *dominus* ou *pater familias* de la femme. Surtout une simple *emptio* encore dépourvue de la formule vindicatoire, qui seule fait naître un droit absolu, n'est pas de nature à faire acquérir la *manus* au mari et à priver le père de sa puissance paternelle. Elle est impuissante à elle seule à rompre les liens d'agnation. Il est vrai que le père ne sera pas tenté de revendiquer sa fille sous peine de rembourser le double du prix ou en cas de prix fictif d'encourir les suites sacrales de la violation de la *fides*. C'est parce que la *coemptio* ne crée qu'un droit relatif, qu'elle est associée à l'*usus* qui la complète, comme l'*usus* capion complète le transfert libral. Seul l'*usus* crée un droit absolu, c'est lui qui engendre la *manus* et rompt les liens d'agnation. Sa fonction est de conduire à terme l'entreprise commencée avec la *coemptio*, et non en l'absence de celle-ci de créer une *manus* dont personne n'a voulu. C'est seulement à l'époque où l'acte libral crée d'emblée des droits absolus, que la *coemptio* fait aussitôt tomber la femme sous la *manus* du mari grâce à l'adjonction d'une formule vindicatoire d'une

(50) DUMÉZIL, *Mariages indo-européens*, 1979, p. 49.

(51) Plut. *Rom.* 22; LE BONNIEC, *Culte de Cérès*, 1958, p. 86; dans un autre sens KASER, *ZSS* 1950, p. 496.

rédaction propre à cet acte (Gaius 1, 123) et c'est alors seulement que la *coemptio* détachée de l'*usus* entreprend une carrière indépendante pour devenir à elle seule un mode de *conventio in manum*.

La *confarreatio* est en marge de tout ceci. En tant qu'acte sacré à grand spectacle en présence du flamme de Jupiter et du grand pontife, elle ne produit pas un effet différé mais immédiat et fait aussitôt acquérir la *manus* au mari. Elle n'entretient aucune parenté avec l'*usus* qui est le complément normal de l'*emptio* libérale et ne saurait être mis en mouvement par un rite pontifical. L'*usus* au bout d'un an ne tiendra même pas lieu de preuve, tant l'immense publicité de l'acte se passe de ce secours.

Ce qui vient d'être dit de la fille mariée par *coemptio* trouve sa contre-épreuve dans la vente du fils. Tous deux font de la part du père l'objet d'un transfert libéral au profit soit du mari soit d'un acheteur⁽⁵²⁾. Mais là s'arrête la ressemblance. La suite diffère profondément. Le droit romain ignore délibérément l'usucapion du fils⁽⁵³⁾. Le schéma qui combine le transfert libéral avec la possession prolongée, est une imitation du droit des biens qui dans le droit des personnes se limite à la fille et ne s'étend pas au fils. C'est assez naturel. Le mariage et la *manus* sont une condition durable, alors que la vente du fils crée un état provisoire qui par engagement fiduciaire de l'acheteur est au bout d'un certain temps appelé à prendre fin soit par retransfert au père soit par affranchissement⁽⁵⁴⁾. Aussi l'*usus* matrimonial est-il une institution unique en son genre, c'est le seul cas où une personne libre voit se créer sur elle une puissance en vertu d'un processus qui a l'usucapion pour modèle. Au bout d'un an la femme tombe sous la *manus* du mari qui ne disposait jusque là sur elle que d'un droit relatif en vertu de la *coemptio*. Ce simple droit à l'*usus* coexistait pendant le délai avec la puissance paternelle que le père conser-

(52) Par une évolution de l'amélioration du statut de la femme en droit classique, elle ne sera plus objet mais sujet de la *coemptio*.

(53) CAPOGROSSI COLOGNESI, *Struttura della proprietà*, I, 1969, p. 441.

(54) Sur le retransfert, KASER, ZSS 1950, p. 490.

vait sur sa fille. Cette coexistence est l'équivalent de celle qui dans le droit des biens combine la propriété absolue de l'aliénateur qui avait eu le temps d'usucaper, avec la propriété relative de l'acquéreur à la suite d'un transfert libral. Le parallélisme des deux institutions est parfait. Il se poursuit à l'expiration du délai: alors la propriété absolue de l'aliénateur s'éteint pour faire place à celle de l'acquéreur, comme s'éteint la puissance paternelle du père au profit de la *manus* du mari.

La loi des XII Tables tolère que le père vende trois fois le fils, mais à la troisième vente la puissance paternelle est éteinte comme une sorte de pénalité pour l'abus qui en a été fait. On a l'habitude de dire que jusqu'à la troisième vente la puissance paternelle est en sommeil pour en sortir au premier et second affranchissement ou retransfert⁽⁵⁵⁾. Il faut employer un langage plus radical. L'acheteur n'a acquis sur le fils qu'un droit relatif, comme tout acquéreur à la suite d'un transfert libral. La puissance paternelle du père reste intacte et son exercice est seulement suspendu par la crainte du recours en garantie d'éviction. Comme dans la relation de l'aliénateur qui a usucapé avec l'acquéreur et comme dans celle du père avec le mari qui a reçu la fille par *coemptio*, un droit absolu coexiste avec un droit relatif. Mais le temps ne fait rien à l'affaire et ne transformera pas en absolu le droit relatif de l'acheteur du fils de famille. Pour lui le transfert libral n'a pas le complément de l'usucapion et la garantie individuelle n'est pas remplacée par une garantie collective.

Les choses changeront quelque peu d'aspect, lorsque l'*emptio* librale sera précédée de la formule vindicatoire. Alors l'acheteur du fils acquiert un droit absolu qui a pour effet d'éteindre la puissance paternelle. Désormais le fils est dit *in mancipio*, mais au premier et second affranchissement la puissance paternelle renaît. Ce qui vérifie son extinction à chaque mancipation, c'est que la théorie de la *capitis deminutio* a pu s'emparer de la vente réelle ou fictive du fils (Fest. 61L; Gaius 1,162) pour déclarer rompus les liens d'agnation⁽⁵⁶⁾.

(55) PEROZZI, *Istituzioni*, 2^e éd., p. 292 suiv.; KASER, ZSS 1950, p. 486.

(56) Sur la date d'apparition du concept de *capitis deminutio* on discu-

Dans le droit des successions, l'usucapion *pro herede* se présente à première vue sous un jour singulier, elle provoque la perplexité de Gaius (2, 55-56) qui l'appelle *improba* et *lucrativa*. De nos jours la perplexité reste aussi grande et on n'a pas la possibilité de supprimer le problème en disant qu'il s'agit simplement de l'application de l'adage *usus auctoritas* au profit de celui qui, appelé ou non à la succession, l'a possédée pendant un an. Car le délai d'un an est inattendu pour une masse successorale qui peut contenir des immeubles, et c'est un artifice jurisprudentiel inattendu de dire qu'on écarte le délai de deux ans propre aux *res soli* pour ne retenir que celui des *ceterae res* parmi lesquelles on range l'*hereditas* (Gaius 2, 54). Cette remarque n'efface pas l'originalité d'une usucapion qui ne se plie pas aux normes habituelles de la possession prolongée. Elle seule assimile l'usucapant à un héritier, il est *pro herede*, et s'il acquiert la succession il doit aussi répondre de ses dettes (Gaius 2, 55). Voilà une conséquence qui excède largement les limites de l'adage *usus auctoritas*. *Pro herede* est une fiction archaïque de la jurisprudence pontificale, ce n'est pas une *iusta causa* ⁽⁵⁷⁾ du type *pro emptore* à une époque où on n'exige rien de tel.

Cette usucapion singulière profite à ceux qui s'emparent des successions jacentes sans y être appelés, parce que par une survivance de l'ancien droit au terme du délai on ne demande plus la preuve du titre. Les usurpateurs bénéficient d'une institution qui n'a pas été faite pour eux. Mais c'est le lot commun de toutes les usucapions d'avoir été conçues pour dispenser le titulaire d'un droit de sa preuve, remplacée par la possession prolongée, si bien que cette présomption joue aussi en faveur de ceux qui n'avaient aucun titre. En général l'usucapion complète un transfert libral pour consolider le droit de l'acquéreur. Est-ce encore ici le cas ?

Sans doute car cet usucapant qui est *pro herede* fait songer à un autre personnage qui est dans le même cas, l'*emptor*

te. Il n'est pas attesté dans les XII Tables: KASER, *Iura* 1952, p. 49. Sur son extension à la vente du fils, KASER, ZSS 1950, p. 486 n. 43.

(57) FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, 1965, p. 8.

familiae qui est *loco heredis*: *heredis locum optinebat*, dit Gaius (2, 103). Il est tentant de penser que ces deux personnages n'en font qu'un et que l'usucapion *pro herede* est tout simplement le complément de l'*emptio familiae*. Selon l'opinion la plus probable⁽⁵⁸⁾, l'*emptor familiae* avant de devenir un simple intermédiaire avec la mission de distribuer l'ensemble des biens du défunt aux personnes de son choix, retenait pour lui-même, véritablement *loco heredis*, l'essentiel de la succession à charge pour lui de faire quelques libéralités à des tiers. Mais l'*emptio familiae* ne lui avait conféré qu'une propriété relative qui pour devenir absolue avait besoin de l'usucapion. Telle était la fonction de l'usucapion *pro herede* qui dans le but de simplifier la succession avait le privilège de ne durer qu'un an. Pendant ce temps coexistaient la propriété absolue du disposant et la propriété relative de l'*emptor*. Avant son expiration le disposant n'avait rien à craindre et il lui était toujours loisible de revendiquer sa *familia* sans avoir à répondre de la garantie d'éviction puisque le prix avait été fictif⁽⁵⁹⁾.

Sur un point précis on peut vérifier que l'*emptio familiae* et l'*usucapio pro herede* sont complémentaires, c'est qu'elles exigent l'absence d'*heres suus*. C'est à défaut de *suus* que le disposant confie tout son patrimoine à un *emptor* qui n'est *loco heredis* qu'à cette condition. De même l'usucapion *pro herede* n'est admise que si le défunt n'a pas laissé d'héritiers siens (Gaius 2, 58; 3, 201); c'est bien naturel, puisqu'elle fait suite à un acte qui n'est possible que s'il en est ainsi. Or c'est cette même condition qui facilite la tâche des usurpateurs, lorsqu'ils se prévalent de ce délai accéléré: puisque la succession

(58) En ce sens par exemple COLL, *Iura* 1956, p. 40; LEIFER, *Fest. Koschaker* II, p. 246; KASER, *R. Privatrecht* I, p. 108; VAN DEN BRINK, *Labeo* 1970, p. 166; dubitatif sur la question KOSCHAKER, *ZSS* 1943, p. 452 suiv.

(59) Beaucoup d'auteurs (WIEACKER, *Fest. Siber*, p. 32; MITTEIS, *R. Privatrecht*, p. 77 n. 11; PEROZZI, *Ist.* II, p. 473; APPLETON, *Studi Bonfante* III, p. 30 etc.) supposent que l'*emptor* n'entrait en possession qu'à la mort du disposant. S'il en est ainsi, l'usucapion ne commençait qu'alors. Dans un autre sens: GIRARD, *Manuel*, p. 857; SOLAZZI, *Diritto ereditario*, 1932, I, p. 95.

jacente ne revient pas à un *suus* elle est sans maître, et ils sont lavés du vol qui ferait obstacle à l'usucapion⁽⁶⁰⁾. A cet égard comme pour la présomption de titre ils profitent de la structure préconstituée d'une institution qui n'était pas faite pour eux. En somme la fiction *loco heredis* s'applique aussi bien aux audacieux qu'à l'*emptor familiae*. Mais dans un cas comme dans l'autre ce n'est qu'une fiction: au bout du délai l'usucapant, contrairement à ce que l'on pense parfois, ne devient pas *heres*⁽⁶¹⁾, bien qu'il en assume les charges. Ni l'*emptio familiae* ni la possession prolongée ne peuvent faire naître un titre qui résulte de la filiation légitime ou du testament comitial. Les pontifes ont dû se contenter d'une fiction: on est *pro herede* comme on est *pro consule*.

La combinaison de l'*emptio familiae* avec l'usucapion *pro herede* n'eut qu'un temps. Assez tôt on voit diverger les deux institutions. L'*emptio familiae* comme tout transfert libral est bientôt dotée d'une formule vindicatoire mais qui contrairement à sa finalité habituelle, au lieu d'affirmer un droit absolu, se borne à attribuer à l'*emptor* une *custodela* sur la masse des biens: *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio* (Gaius, 2, 104)⁽⁶²⁾. L'*emptor* ne gardera rien et distribuera la succession entre les personnes choisies par le défunt. Il est devenu un simple intermédiaire en attendant de devenir, dans le testament libral, un figurant. Désor-

(60) En droit classique l'idée simple qu'un tiers peut s'emparer d'une succession jacente en l'absence de *suus*, parce qu'elle est sans maître, s'est compliquée. On admet l'usucapion contre l'héritier externe qui a accepté la succession sans avoir encore pris possession (Gaius, 2, 52; 3, 201). On raisonne en effet en fonction de la règle *furtum fit possessionis*. Le problème est résumé par Scaevola *ap. Ulp. D. 47, 4, 1, 15*. On se demanda aussi si on pouvait usucaper contre un *suus* qui ne possédait pas, et ce doute fut écarté (Gaius, 3, 201 *placuit*; C. 7, 29, 2 *obtinuit*). Voir TOMULESCU, *Studi Grosso* IV, p. 426, 441, 446; LÛBTOW, *Studi De Francisci* I, p. 467; FRANCIOSI, *Usucapio pro herede*, p. 12; cf. HUVELIN, *Furtum*, p. 323; BONFANTE, *Corso*, 2^e éd., VI, p. 288.

(61) En ce sens BIONDI, *Iura* I, p. 176. Sur *pro herede* voir TOMULESCU, *Studi Grosso* IV, p. 443; voir aussi BONFANTE, *Scritti* II, p. 648; HAUSMANINGER, *ZSS* 1967, p. 504.

(62) Pour la lecture de ce texte KASER, *R. Privatrecht* I, p. 108 n. 26.

mais l'usucapion *pro herede* suit sa propre voie indépendamment de l'*emptio familiae*. Comme le pense Gaius (2, 55), elle servira de stimulant aux héritiers externes pour qu'ils acceptent rapidement une succession qui entre les mains d'étrangers risque de leur échapper.

En conclusion, qu'il s'agisse de servitudes, de *manus* ou de *familia*, il n'est pas fortuit que, comme pour la propriété, la meilleure façon d'expliquer le rôle de l'usucapion ou de l'*usus* soit de voir en eux le moyen de rendre absolu le droit relatif né du transfert libral. Et cela confirme que l'usucapion soit la présomption d'un droit antérieur. Mais la sagesse un peu diabolique de l'institution veut que pour simplifier les choses cette présomption favorise aussi le possesseur sans titre.