Le testament d'une femme: à propos de D. 5,2,19 (*)

par Carmen TORT-MARTORELL LLABRES

(*Barcelone*)

1.- *Crux iuris*

Le D. 5,2,19 reprend un texte du second livre des *quaestiones* de Paul. Il s'agit d'un fragment discuté de tout temps, si bien même qu'il a gardé le nom propre de la dénomination médiévale, "*Lex Mater*", emprunté au mot qui ouvre le fragment. Cet honneur est sans doute dû à ses difficultés d'interprétation, lesquelles lui ont valu de se voir attribuer l'épithète de *crux iuris* (1).

---

*) Une partie de cet article a fait l'objet d'une communication présentée à la 50ème Session de la Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'antiquité à l'Université Libre de Bruxelles (16 - 19 septembre 1996).

1) BOYÉ, "Essai critique sur une *crux iuris*. La loi *mater* (Dig, V, 2, 19) et le Papyrus de Heidelberg 1272", dans *TR* 5 (1924), pp. 464 ss. Cette caractéristique est probablement celle qui pousse Justus SCHMIDT-OTT à éviter l'exégèse de ce texte dans son ouvrage *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textsgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993; à la p. 16 n. 9, il l'inclut dans la relation des *cruces iurisconsultorum*.

Voici le texte (2):

D. 5,2,19 (Paul. 2 *quaest.*).

(1) *Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit.*

(2) *Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit.*

(3) *Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset:*

(4) *itaque dici potest eam quae omissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.*

(5) *sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso:*

(6) *praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit:*

(7) *et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.*

(8) *Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur.*

(9) *Ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem:*

(10) *nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant.*

---

2) J'ai numéroté personnellement les paragraphes pour faciliter ainsi la localisation dans le texte des aspects discutés tout au long du travail.

(11) *Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse.*

(12) *Ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.*

Paul présente le cas d'un testament établi par une femme. Le cas concret envisagé est en apparence très simple, mais dans sa discussion le juriste tient compte conjointement de plusieurs solutions à partir de présupposés souvent implicites, ce qui complique le suivi des différentes voies de son raisonnement.

De nombreux spécialistes s'y sont penchés depuis les glossateurs (3) jusqu'aux romanistes modernes, le dernier article monographique étant paru dans *IVRA* l'année 1988 (4). Sa

---

3) Selon Adolf Friedric RUDORFF, les glossateurs commentèrent tout le Digeste sauf six fragments à cause de leur interprétation difficile, et celui-ci serait l'un de ces six; *Römische Rechtsgeschichte, erster Band (Rechtsbildung)*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1857, p. 340. Giorgio LA PIRA expose cependant l'opinion de Irnerio, Giovanni Bassiano et Accursio prise de plusieurs gloses qu'il reproduit; *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi Ed., Firenze, 1930, pp. 555-557.

4) Le fragment est cité dans de nombreux ouvrages de droit successoral et il est étudié avec plus de détails dans ceux qui traitent de la *querela inofficiosi testamenti*. La relation que j'offre à la suite présente uniquement ceux qui l'étudient de manière individualisée comme un problème en soi. MÜHLENBRUCH dans GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, II, pp 264 ss.; Giorgio LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi Editore, Firenze 1930, pp. 543-558, étudie in extenso le fragment dans le chapitre III de l'"Appendice esegetica e casistica" dont le titre est "La natura della querela postclassica desunta dalla esegesi del fr. 19 D 5,2"; Cesare SANFILIPPO, "Studi sull'hereditas", *Annali Palermo* 17 (1937), p. 5-337, sur la loi *Mater* aux pp. 207-211; E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la Querela Inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942; les références au texte sont

difficulté a mené plus d'un chercheur à mettre en question la rédaction actuelle du texte, et même l'authenticité de certains de ses passages. On n'est pas non plus d'accord au sujet de ceux qui sont interpolés (5). Il est très probable qu'il s'agisse d'une *lex*

---

multiples mais tout particulièrement dans les pp. 112-115, 195, 210, 224; Matteo MARRONE, "L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano", *Annali Palermo* 24 (1955), pp. 5-604, traite le texte spécifiquement aux pp. 69-79. Pasquale VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1963, pp. 693-699, étudie conjointement les deux fragments du livre 2 des *quaestiones* de Paul (D. 5,2,17 et 19) dans le chapitre consacré au régime substantiel de la *querela inofficiosi testamenti*. Matteo MARRONE, "Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti", *Annali Palermo* 27 (1959), pp. 165-179; après l'ouvrage de VOCI il modifie sa théorie au sujet de l'existence de deux types de *querela* (exposée dans "Sulla natura della querela inofficiosi testamenti", *SDHI* 21 (1955), pp. 74-122); Luigi DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Eugenio Jovene, Napoli, 1972, s'occupe tout particulièrement de ce texte aux pp. 211-220, dans le chapitre consacré à la *querela* et la sucession *ab intestato*. Il étudie la *lex mater* en ce qui concerne une possible polémique de Paul avec Papinien et Ulpien et donc en connexion directe avec le fragment D. 5,2,16 pr. de Papinien (Pap. 2 *resp.*), et uniquement en second ordre en ce qui concerne le reste de la *quaestio* de Paul, D. 5,2,17; José RIBAS-ALBA, "Una pretendida controversia entre Papiniano - Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 *quaest.*) y una hipótesis sobre la legítima", *IVRA* 39 (1988), pp. 75-98, qui nie évidemment la controverse et propose une interprétation nouvelle et très complexe de notre cas.

5) Luigi Di LELLA offre une relation critique des travaux sur le Papyrus Heidelberg 1272 (voir n. 1), mais face à ceux qui estiment qu'il présente une feuille des *quaestiones* de Paul avec des annotations préjustiennes, DI LELLA est de l'avis de ceux qui croient qu'il reproduit une feuille du Digeste. Il n'existe aucun accord au sujet des interpolations de ce texte. GRADENWITZ, "Glossierte Paulusreste im Zuge der Digesten", *ZSS*, 23 (1902), p. 459, considère comme des gloses les sous-alinéas *quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem* (que Giorgio LA PIRA, *op. cit.* p. 549 qualifie d'interpolation), ainsi que *praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit.* Giorgio LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, offre aux pp. 460-461 une reconstruction qui tente "di isolare elementi

damnata, mais les importantes interpolations suggérées par les différents auteurs sont si nombreuses et coïncident si rarement qu'elles dépendent davantage de la thèse que chacun cherche à défendre au sujet de la *querela* que de raisons objectivement démontrables (6).

Il me semble plus convenable de travailler avec l'hypothèse de VOCI qui veut qu'il s'agisse d'un épitomé de la *quaestio* paulienne et, en tout cas, il convient de tenir compte des

---

sicuramenti classici del testo", et dans la note de la p. 461 il recueille d'autres avis sur les problèmes de son authenticité; LA PIRA relève plusieurs interpolations byzantines, par exemple le mot *semissem*, qui à son avis devrait être *dodrantem*. Pasquale VOCI et Luigi DI LELLA ne parlent pas de l'existence d'interpolations, quoique Pasquale VOCI considère que la rédaction actuelle du texte n'était pas la rédaction originale: "Non sembra poterci essere dubbio que noi abbiamo solo un epitome della *quaestio* paolina: l'esposizione è intrincata e nello stesso tempo sommaria; tocca gli argomenti, più que svolgerli, causando una notevole oscurità" (*Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, p. 698); pour résoudre ce problème, il propose aux pp. 694-695 une division du texte en quatre parties, qu'il remet en ordre de façon différente. José RIBAS-ALBA, "Una pretendida controversia entre Papiniano - Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 *quaest.*) y una hipótesis sobre la legítima", *IVRA* 39 (1988), pp. 87-88, qualifie de glossème *filia praeterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset*; "*ab intestato*" et "*legitimam*" seraient des ajouts postclassiques; le sous-alinéa *sed non admittendum ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso* serait un glossème (dans le même sens se prononce SANFILIPPO, "Studi sull'hereditas", dans *Annali Palermo* 17 (1937), p. 209); *secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur* n'est pas classique non plus.

6) Nous trouvons un exemple typique dans Giorgio LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 548: "Dopo che, in base ai principii, abbiamo risolta la fattispecie posta dal fr. 19 D 5.2, vediamo ora se la nostra soluzione trova rispondenza nel testo. Diciamo subito che questa rispondenza non c'è. Il testo è profondamente alterato...".

difficultés dérivées du propre style de Paul à qui, selon POTHIER, "Duarenus, Grotius *et alii plures*" reprochaient "*tortuosum et obscurum scribendi genus*" (7).

Face à une discussion séculaire, je reconnais qu'il est audacieux de ma part de proposer un point de vue différent, mais permettez-moi de courir le risque de soumettre aujourd'hui à votre considération une nouvelle lecture de la *lex mater*.

On a voulu voir traditionnellement dans ce fragment selon les paroles de Luigi DI LELLA "un banco di prova delle varie construzioni proposte in ordine alla natura e all'efficazia dell'azione di inoficiosità" (8). Ce point de vue n'est pas uniquement justifié par son insertion dans le Digeste sous la rubrique "*de inofficioso testamento*" mais aussi parce que le premier titre du livre 2 des *quaestiones* de Paul portait ce même intitulé (9).

En effet, le texte aborde la portée et les conséquences d'une *querela inofficiosi testamenti*, mais avec une nuance fondamentale qui n'a peut-être pas suffisamment été mise en valeur: il s'agit en l'occurrence du testament d'une femme.

---

7) R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Paris. 1818, I, p. 176.

8) *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, p. 213, n. 60.

9) De ce titre de l'ouvrage de Paul on conserve uniquement D. 5,2,17 et 19, et également une brève référence de Justinien dans C. 3,28,33,1 (LENEL, Pal. 1279, 1280 et 1281).

Mon rapport essayera de mettre en relief cet aspect, abandonnant tout exprès le débat autour de la nature et de la portée de la *querela inofficiosi testamenti.* C'est ainsi que je laisse de côté la discussion de l'hypothétique solution de ce cas, en admettant qu'il fût réel, car nous savons bien que les *quaestiones* pourraient être des discussions abstraites ou des exercices scolastiques. Le texte dit que la fille omise *de inofficioso egit et optinuit*: quel *optinuit*? quel fut le résultat de la *querela*? Il est clair qu'elle devait obtenir une participation de l'héritage, mais, dans quelle mesure? Je crois que Paul ne l'élucide pas parce que son objectif est tout autre: déterminer à quel titre la fille instituée aura finalement une participation dans l'héritage de sa mère.

Ce changement d'optique dans l'étude du fragment nous oblige à approfondir d'autres aspects marginaux, mais préalables, par rapport à ceux portant strictement sur la *querela*: quelles étaient les limites auxquelles était soumis le testament d'une femme au début du III^{e} siècle après J.-C. Et quelles étaient les possibilités de réclamation de celui qui se considérait omis? Je crois que celles-ci étaient les grandes questions que Paul avait à l'esprit dans la discussion de la *querela* pour ce cas.

Le problème de fond était qu'à cette époque, pour d'évidentes raisons historiques, le traitement légal auquel étaient soumis le testament de la femme et celui de l'homme n'avait plus le même sens. Dans la rédaction de la *quaestio* de Paul on peut apprécier son embarras du fait de se voir obligé à évaluer la contestation de ce testament avec des critères différents de ceux qu'il utiliserait

s'il s'était agi d'un homme testateur. Cela provoque un paradoxe qui amène Paul à discuter conjointement plusieurs possibilités.

En acceptant que la *querela* est le point d'arrivée d'un long processus d'élaboration accompli par la praxis centumvirale et la jurisprudence; que les deux instances agirent selon le critère d'équité, entendant celle-ci comme la conformité à des exigences pratiques suivant la conscience sociale de chaque moment historique; également que, après Auguste, comme nous dit RENIER "le domaine de la *querela* permet à l'empereur de jouer le rôle du préteur par des règlements équitables" (10); sachant aussi que l'on tenait compte dans chaque cas des droits relatifs aux institués et aux omis ou déshérites (11): pourquoi ne pas envisager que le testament d'une femme ait été traité aussi avec des critères d'équité même postérieurement à l'Édit Perpétuel, qui selon DI LELLA est le moment à partir duquel on introduit la *querela* comme moyen spécifique de contestation du testament? L'ordre successoral était déjà fixé mais la succession de la femme était toujours un problème sans solution organique.

---

10) E. RENIER, *Étude sur l'Histoire de la Querela Inofficiosi en Droit Romain*, H.Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 97.

11) Aspects que met en relief Luigi DI LELLA dans toute son œuvre, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, spécialement aux pp. 133 et 202.

2.- Analyse de l'hypothèse envisagée

Paul présente le cas d'une femme *sui iuris* qui fait un testament où elle institue deux héritiers: à un étranger elle laisse 3/4 de la totalité et le quart restant à une de ses filles. La testatrice a une autre fille qu'elle ne mentionne pas.

La première question qu'il faut analyser est la suivante: la femme a-t-elle l'obligation de respecter les droits successoraux de certains parents déterminés?

Les limitations progressives que depuis la fin de la République le *ius civile* a imposées peu à peu à la liberté de tester se concrétisent dans le principe bien connu *sui heredes vel instituendi sunt vel exheredandi* (12), qui, évidemment, ne s'applique qu'au *paterfamilias*: la femme n'a pas de *sui heredes* puisqu'elle ne peut jamais être titulaire de la *patria potestas*. N'ayant pas de *sui*, la femme n'aura pas non plus, ultérieurement, de *liberi* dans le cadre du *ius honorarium*; n'oublions pas que les *liberi* sont essentiellement les *sui heredes* du *ius civile* plus les émancipés, que le préteur assimile aux premiers, moyennant ce que l'on appelle une *fictio suitatis*. Une fois de plus l'élément qui détermine l'inclusion d'un héritier dans cette classe prétorienne est, par voie réelle ou fictive, celui de la *patria potestas*.

Ainsi l'obligation de respecter les droits successoraux de certains parents sont uniquement applicables au *paterfamilias* à

12) Gai. 2, 123.

partir des obligations qu'impose la *patria potestas*. Cette réglementation se justifie parce que le *paterfamilias* était le seul titulaire du patrimoine familial qui est d'une importance décisive aussi bien religieuse qu'économique. Quand on accepte que la femme puisse être *sui iuris*, son patrimoine, tout important qu'il puisse être, ne sera jamais le patrimoine familial. En fin de compte la femme comme testatrice jouit d'une bien plus grande liberté que l'homme pour choisir ses héritiers.

Mais examinons la seconde question: comment concilier cette liberté de tester avec les expectatives que peuvent avoir les parents les plus proches, dans ce cas précis la fille omise, avec l'héritage de la mère?

Les expectatives légitimes furent reconnues en 178 par l'empereur Marc Aurèle avec le SC Orfitien, établissant que la mère *sui iuris* qui mourait intestat aurait pour successeurs tous ses enfants, en qualité d'héritiers civils ([13]).

Ce SC modifie radicalement le régime précédent, aussi bien dans le cadre du *ius civile* que dans celui du *ius honorarium*. Selon le *ius civile*, les héritiers ab intestat de la femme pourraient être les enfants, mais uniquement s'ils étaient *agnati proximi*,

13) L'*oratio* de Marc Aurèle et Commode est citée spécifiquement dans: D. 38,17,1 (Ulp. 12 *Sab.*), D. 38,17,4, (Mod. 9 *reg.*) et D. 38,17,9 (Gai. *lib.sing. SC Orphit.*). Sur le thème on se reportera avant tout à Marianne MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht*, Hermann Böhlaus Nachf., Graz - Wien - Köln, 1967.

c'est-à-dire des enfants que la femme avait eus avec son mari actuel auquel elle devait être unie par un mariage *cum manu* (14). Le *ius honorarium* reproduisait ici même les problèmes du *ius civile*: la mère n'a pas de *liberi* puisqu'elle n'a pas de *sui* ni d'émancipés; pouvaient hériter *unde legitimi* uniquement les enfants de la femme mariée *cum manu*; et c'est seulement après les *agnati*, c'est-à-dire *unde cognati*, que les enfants d'un mariage précédent ou d'une femme *sui iuris* pouvaient hériter de leur mère.

Après le SC Orfitien, le préteur intègre les enfants dans la classe *unde legitimi* en tant qu'héritiers de leur mère (15). Si la femme vient à mourir intestat tous ses enfants ont un droit préférentiel à la succession, et le préteur leur concède pour solliciter leur part la *petitio bonorum possessionis*. N'oublions pas que cette *bonorum possessio* est toujours ab intestat et seulement *unde legitimi*.

Donc, par la voie ab intestat, la fille omise se voyait reconnaître ses droits à l'héritage de sa mère. Et arrivés à ce point nous pouvons nous poser la troisième question: comment la qualité d'héritière légitime influe sur ses possibilités de réclamer sa part de l'héritage testamentaire? Car, dans le cas qui nous occupe, il existe bien un testament.

---

14) Gai. 3,24.

15) D. 38,7,2,4 (Ulp. 46 *ed.*).

Dans le cadre du *ius honorarium*, l'héritier légitime omis pouvait réclamer des droits successoraux contre un testament valide *iure civili* moyennant la *bonorum possessio contra tabulas testamenti* ([16]) (*bpct*). Tant le processus que les conséquences sont bien connus. Exposés de façon très schématique: l'émancipé omis sollicite la *bpct*; le fils institué doit la solliciter également s'il veut avoir droit à la collation; on maintient le testament mais l'étranger, s'il y en a un, disparaît, et on partage à nouveau les quotités héréditaires selon les règles de la succession ab intestat.

Mais la *bpct* appartient uniquement aux *liberi* ([17]) et, comme nous l'avons vu, la femme n'a pas de *liberi*; donc la *bpct* n'est pas possible contre le testament de la femme, comme Paul le dit précisément au D. 37,4,4,2: *ad testamentum feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.*

Mais dans notre cas c'est un SC, du *ius civile novum*, qui a concédé des droits successoraux à la fille omise. Quelle solution lui propose donc le *ius civile*? Elle ne peut qu'en intenter une, mais de gros calibre: la *querela inofficiosi testamenti.* Une

16) Seul l'émancipé expressément déshérité (non pas l'omis) doit obtenir d'abord la nullité du testament à travers la *querela inofficiosi testamenti* et solliciter ensuite la *bp sine tabulis*, car le préteur ne peut ignorer la volonté expresse du *de cujus*: D. 5,2,23 pr. (Paul. *l. sing de inoff. test.*); D. 37,4, 10,5 (Ulp. 40 *ed.*). Il est clair d'ailleurs que l'omis ne dispose que de la *bpct* quand il ne s'agit pas d'un *suus* mâle, puisque dans ce cas son omission provoquerait la nullité civile du testament.

17) D. 37,4,1 pr (Ulp. 39 *ed.*).

constitution de l'empereur Philippe de l'an 245 clôt un débat qui devait être polémique, en tranchant un cas qui semble être un calque de celui qui nous intéresse: *Filiam praeteritam a matre ad successionem eius citra inofficiosi querelam adspirare non posse* et il ajoute, *explorati iuris est* (18). La question ne devait pas être si claire un siècle plus tôt, approximativement, car le juriste Marcel dit avec une grande prudence: *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, quum et de matris testamento agant, et obtinere assidue soleant...* (19). Notre cas se situe chronologiquement entre les deux textes, bien qu'il soit sans doute plus proche de la décision absolue de Philippe que de la prudence de Marcel.

L'unique voie que peut prendre la fille omise pour réclamer sa part dans la succession de sa mère est la *querela* et c'est effectivement ce qu'elle fait: *haec de inofficioso egit.* Et c'est là qu'apparaît la grande discussion dogmatique autour de la nature rescisoire ou revendicative de cette action, discussion où l'on ne peut pas entrer pour l'instant.

Nous indiquerons seulement que dans le Digeste il existe suffisamment de textes pour appuyer les deux théories, ce qui a amené certains importants spécialistes (Luigi DI LELLA serait son défenseur le plus sûr) à se poser la question de l'existence d'une polémique entre juristes, concrètement de Paul face à Papinien et

---

18) C. 3,28,15.

19) D. 5,2,5 (3 *dig.*) sous la rubrique "*De inofficioso testamento*". Marcel est le premier juriste qui consacre un livre au traitement de la *querela*, ce livre 3 des *digesta*.

Ulpien ([20]), polémique que d'autres ont nié plus tard ([21]) ou qu'ils avaient accepté auparavant de manière plus nuancée ou partielle ([22]). Je veux juste remarquer, très brièvement, que DI LELLA apporte des textes où Paul soutient que la *querela* a une portée rescisoire totale du testament, alors que dans d'autres textes Papinien et Ulpien défendent son caractère revendicatif. Selon ces deux juristes la *querela* permet uniquement de réclamer à l'omis la quotité qui lui serait revenue *ab intestato*, elle doit être interposée contre l'héritier qui porterait préjudice à la quotité de l'omis, et elle n'aura effet que contre celui-ci.

Ma thèse est que Paul considère que, ne pouvant appliquer au testament d'une femme la solution d'équité que pourrait procurer la *bpct*, une *querela* comme action de rescision totale du testament est excessive. Tout le texte laisse apparaître implicitement un

---

20) Clairement en faveur d'une controverse frontale, Luigi DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 205-226 où il argumente en faveur de sa position en commentant les textes de ces juristes.

21) José RIBAS-ALBA, "Una pretendida controversia entre Papiniano - Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 *quaest.*) y una hipótesis sobre la legítima", *IVRA* 39 (1988), pp. 75-98.

22) E. RENIER propose une jurisprudence non unitaire sur le thème: "La contrariété entre les positions de principe de Paul et de Tryphonien, les décisions pratiques de Papinien, et les hésitations d'Ulpien portent sur le fait de savoir si le testament sera nul en tout ou en partie". *Étude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, Liège, 1942, p. 123. Pasquale VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963, p. 691, reconnaît que le régime qui résulte de la conception revendicative de la *querela* est exposé par Papinien, et à la p. 693 il admet le contraste jurisprudentiel entre Papinien et Ulpien contre Paul dans le régime de l'accroissement.

thème fondamental: les conséquences de l'omission d'une fille dans le testament d'une femme seraient beaucoup plus graves que la même omission dans celui d'un homme, puisque dans le premier cas l'omise ne peut agir qu'au moyen de la *querela* avec le risque d'annuler tout le testament, et dans le second cas elle dispose de la *bpct* pour réclamer sa part en laissant subsister le testament.

Le parallélisme entre *querela* et *bpct* est implicite dans toute la discussion (et même explicite dans le paragraphe 11), aussi bien dans les arguments utilisés par la sœur omise que dans ceux de Paul quand il défend l'instituée.

3.- Analyse de la discussion reflétée dans la *quaestio*

A partir du second paragraphe et jusqu'à la fin, Paul argumente les positions confrontées des deux sœurs, qui sont les actrices principales du cas, comme le souligne le texte même qui désigne la testatrice comme "*Mater*". La position de l'étranger est totalement subordonnée au dénouement de la discussion entre les deux filles de la testatrice. Il convient de les présenter avant d'entrer dans la discussion recueillie dans la *quaestio*.

Réclamation de la fille omise.

L'objectif de la fille omise est d'obtenir seule tout l'héritage par la voie ab intestat.

Par conséquent elle dépose une *querela* contre les deux héritiers (l'étranger et la sœur instituée) pour obtenir la nullité totale du testament et l'ouverture de la succession ab intestat.

Ab intestato l'étranger perd ses droits et l'omise prétend nier ceux de sa sœur avec l'argument suivant: la fille instituée était héritière volontaire et avait donc la possibilité de refuser l'héritage, mais elle l'a accepté. En acceptant la volonté testamentaire de sa mère elle répudiait implicitement l'héritage légitime.

Par la voie civile l'omise nie à l'instituée la possibilité de solliciter l'*hereditatis petitio ab intestato* après l'adition civile.

Mais aussi dans la succession prétorienne, l'institué qui voulait se joindre à l'omis en sollicitant la *bpct* pour avoir droit à la collation devait s'abstenir d'accepter l'héritage testamentaire; c'était ce qui était appelé la *bonorum possessio commisso per alium edicto.* S'il acceptait la volonté testamentaire de son père, il perdait la possibilité de solliciter la *bpct.* Dans ce cas l'argument de l'omise se déplace à la seule *bp* à laquelle elle avait droit en ce qui concerne le testament d'une femme, la *bp sine tabulis unde legitimi*: quand on a fait adition de l'héritage testamentaire on ne peut plus demander, après la *querela*, la *bp sine tabulis.*

Si la façon d'envisager le problème de la fille omise était acceptée, la *querela* annulerait tout le testament et donnerait lieu à l'ouverture de la succession ab intestat, à laquelle l'étranger ne peut prétendre et à laquelle la fille instituée aurait renoncé implicitement en acceptant sa part testamentaire. L'omise resterait donc comme unique héritière *ab intestato.*

Position de la fille instituée.

La position de la fille instituée est, dans ce cas, difficile et très particulière, puisque ses possibilités de choix avaient été peu nombreuses pour ne pas dire pratiquement nulles.

Le testament de sa mère était valable et devient efficace par un acte extérieur, l'acceptation de l'étranger.

Il est probable que l'instituée ait envisagé la possibilité de répudier sa quotité testamentaire, puisque *ab intestato* elle partagerait à parts égales avec sa sœur et obtiendrait ainsi la moitié de l'héritage, et non pas le quart comme le lui avait concédé sa mère dans le testament. Par quels moyens pourrait-elle obtenir cette moitié ab intestat? Le seul était d'essayer d'annuler le testament par la *querela inofficiosi testamenti*, puisque si elle répudiait tout simplement sa quotité accroîtrait à l'étranger. Le problème était que l'instituée n'était pas légitimée pour intenter elle-même une *querela*, ni pour se joindre à sa sœur dans l'introduction de cette action, car elle avait été instituée pour une portion supérieure à celle qui était considérée comme la *portio debita* (1/8). Il est important de remarquer que l'on ne peut pas parler du renoncement de l'instituée à intenter la *querela* puisqu'elle ne peut pas renoncer à un droit qu'elle n'a pas.

Le seul choix à sa portée était d'accepter ou de répudier le testament. Mais, si elle le répudiait, l'accroissement s'opérait, et elle pouvait uniquement attendre que sa sœur omise dépose la *querela*, ce qui était une possibilité bien trop incertaine: et si l'omise n'avait aucun intérêt à demander sa quotité? Et, même si elle la réclamait, quel en serait le résultat?

Si elle voulait garantir sa participation à l'héritage maternel elle n'avait pas d'autre possibilité que d'accepter elle aussi le testament.

La réaction de sa sœur est foudroyante: non seulement elle dépose la *querela* contre les deux héritiers pour faire déclarer le testament inofficieux mais, en outre, comme nous avons vu, elle prétend nier à sa sœur ses droits *ab intestat.* Face à cette situation, c'est la fille instituée qui doit se rendre chez le juriste pour demander de l'aide: (2) *"quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit".*

Argumentation de Paul

Paul doit défendre la fille instituée contre les prétentions exclusives de sa sœur. Il envisage la discussion autour du titre successoral de l'instituée; c'est pour cela qu'il ne mentionne pas la quotité qui lui reviendrait en conséquence du titre par lequel elle succéderait: si l'instituée hérite au titre testamentaire, sa quotité sera de 1/4; si elle le fait comme successeur ab intestat, elle aura 1/2. Bien que l'argumentation soit complexe, son intérêt pour défendre le droit de la fille instituée par tous les moyens est évident.

Je trouve extrêmement intéressant que le juriste envisage alternativement les deux solutions que la doctrine présente souvent comme opposées dans ses analyses au sujet de la nature de la *querela inofficiosi testamenti*:

a) la rescision partielle du testament, qui sauvegarde la quotité testamentaire de l'instituée.

b) la rescision totale, qui suppose l'ouverture de la succession *ab intestato.*

Paul se manifeste clairement pour la première solution, mais il est obligé de discuter la seconde puisqu'elle a été proposée par la fille omise. Il préserve la possibilité d'hériter de la fille instituée, aussi bien *ex testamento* dans le premier cas, comme *ab intestato* dans le second.

A) POUR LA RESCISION PARTIELLE.

Ce serait la solution la plus facile, celle qui fait le moins violence aux principes juridiques, parce qu'elle n'est pas affectée par le thème épineux du renoncement implicite de l'instituée à la succession ab intestat du fait d'avoir accepté la succession testamentaire. La fille instituée succéderait comme telle, et il ne serait pas nécessaire de défendre ses droits *ab intestato* (23).

Le point de départ de Paul est très clair dès le début: (3) *"respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre*

23) Selon Luigi DI LELLA, la propre position de Paul est contre cette interprétation; elle se manifeste dans D. 5,2,17, l'autre fragment conservé de la même *quaestio*, ainsi que D. 5,2,23,2 (Paul. *1. sing. de inoff. test.*). De ces textes DI LELLA conclut que ce juriste considère, contre Papinien et Ulpien, que la *querela inofficiosi testamenti* est un acte de rescision totale du testament. *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 220-226. Mais les cas envisagés dans ces textes sont différents du nôtre et ne permettent pas de conclure que, dans certaines hypothèses, la *querela* ne produit pas toujours la nullité de tout le testament.

habitura esset"; cela veut dire qu'il détermine que l'omise ne peut prétendre qu'à une rescision partielle du testament, en revendiquant ce qui lui serait revenu *ab intestato*, la moitié de l'héritage ([24]). Il semble que Paul prétende s'approcher des résultats qu'aurait obtenus l'omise si elle avait pu solliciter une *bpct*: s'occuper de ses intérêts sans pour autant annuler tout le testament.

Donc la *querela* ne peut être introduite contre les deux héritiers mais uniquement contre l'étranger dont la quotité testamentaire de 3/4 est celle qui lèse les droits de l'omise: (5) *"sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso"*. Il est important de remarquer une idée avancée par LA PIRA ([25]): la position de l'instituée est une position renforcée, car ses droits à l'héritage sont reconnus aussi bien par la voie testamentaire qu'en principe par celle ab intestat; cette idée prend une importance toute spéciale si nous considérons que, dans la *querela*, on tient compte des droits **relatifs** des parties en conflit. La fille omise, en tant que parent ayant les mêmes droits, peut revendiquer les siens, mais ne peut attaquer les droits de sa sœur.

---

24) Il semble qu'il adhère ainsi à l'opinion maintenue avec plus de clarté par Papinien et Ulpien dans le sens qu'il existe un lien indivisible entre la *querela inofficiosi testamenti* et les expectatives que chaque successeur aurait si le *de cujus* était mort intestat. Ainsi donc la *querela* légitime uniquement la réfutation partielle du testament pour réclamer la quotité ab intestat. D. 5,2,8,8 (Ulp. 14 *ed.*); D. 37,7,6 (Pap. 6 *resp.*); D. 5,2,16 pr (Pap. 2 *resp.*). Voyez Luigi DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 205-211.

25) Giorgio LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 549.

L'instituée maintient la quotité testamentaire puisque le testament n'est pas invalidé complètement et que la succession se fait en partie ab intestat, bien que la dernière volonté de la testatrice n'ait pas été respectée comme s'il s'était agi d'une folle ([26]): (8) *"secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium eius damnetur"*.

Il ne reste à commenter que la position qui est celle de l'étranger, comme dit le paragraphe (7): *"et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat"*. L'omise doit déposer la *querela* uniquement contre l'étranger pour lui réclamer seulement le *semissem* ([27]), c'est-à-dire la moitié de l'héritage auquel elle a droit. L'étranger sera obligé de lui concéder toute cette moitié, non pas la moitié de sa quotité mais la moitié de l'héritage. Le 1/4 restant revient à l'étranger, c'est là une différence importante par rapport à la *bpct*, où l'étranger perd toujours tous ses droits en faveur des héritiers légitimes.

---

26) D. 5,2,2 (Marcian. 4 *inst.*) *furiosus* se réfère au fait que le *de cujus* a fait un testament valide légalement mais n'a pas respecté l'*officium pietatis*, *"nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum"*. Cette folie est donc un recours légal qui ne produit pas nécessairement la nullité totale du testament.

27) *Semis* comme substantif signifie habituellement la moitié de l'as, quoiqu'il puisse avoir une seconde acception comme une partie de la totalité; H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. Je considère que dans ce cas on l'utilise avec son sens habituel, comme moitié de l'as héréditaire. Cependant certains auteurs comme LA PIRA maintiennent qu'il fait allusion à toute la part de l'*extraneus*.

B) ÉTUDE DE LA POSSIBILITÉ DE RESCISION TOTALE DU TESTAMENT.

La seconde ligne d'argumentation de Paul s'ouvre avec un "*ceterum*" très révélateur: disons que jusqu'ici il a exposé la solution qu'il considère comme la plus correcte mais il accepte, apparemment un peu forcé, de prendre part à la discussion avec ceux qui pourraient (au conditionnel: "*si quis putaverit*") soutenir une opinion contraire: considérer que, la fille omise gagnant le litige, tout le testament s'annule. L'objectif de Paul est de défendre la possibilité de l'instituée d'accéder elle aussi à la succession héréditaire ab intestat.

Pour réfuter les raisons de la fille omise il accepte le double parallélisme que celle-ci a envisagé: entre *bonorum possessio* et *hereditas*, et ses conséquences aussi bien dans la succession testamentaire que dans la succession ab intestat.

S'il n'existait pas de testament, quels droits aurait l'instituée par la voie ab intestat? *Bonorum possessio unde legitimi* ou adition civile de sa quotité héréditaire.

1) Paul examine en premier lieu les droits ab intestat de la fille instituée dans la sphère prétorienne, dans un paragraphe qui ne peut être interprété facilement qu'en termes de *bonorum possessio*: (4) "*itaque dici potest eam quae omissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato* ***petat*** *et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera* ***omisisset*** *legitimam hereditatem*". "*Petat*" fait référence à la *petitio bonorum possessionis ab intestato*, pétition qui peut se faire ou s'omettre

puisque c'est un bénéfice prétorien qui ne se concède qu'à la demande de l'intéressé. S'il n'y avait pas eu de testament, il est vrai, comme le soutient l'omise, qu'elle succéderait seule si elle avait sollicité la *bp unde legitimi* et que sa sœur ne l'avait pas demandée, car *ab intestato* les droits de l'étranger disparaissent.

Mais, comme Paul argumente à l'encontre de cette thèse, nous partons ici d'une succession testamentaire, et donc la prétention de l'omise de comparer la non-pétition de la *bp unde legitimi* et ab intestat, avec le fait de faire adition en vertu d'un testament, n'est pas licite: (6) *"praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit"*. Autrement dit, l'application analogique à l'*hereditas* d'arguments valables pour la *bonorum possessio ab intestato* n'est pas admissible.

2) Et dans la sphère civile? La réponse de Paul est claire: même si on invalidait tout le testament, l'instituée peut aussi faire adition de l'héritage ab intestat: (9) *"dicendum est etiam institutam ab intestato posse* ***adire*** *hereditatem"*.

Nous pourrions défendre dogmatiquement cette affirmation de Paul si nous considérons que la nullité du testament opère *ex tunc* (28); ainsi l'adition testamentaire de l'instituée sera aussi invalidée car elle s'est produite après l'ouverture d'un testament nul. Si, au contraire, l'annulation était *ex nunc* (29), l'opinion de Paul serait difficilement défendable: le testament était valable

---

28) Dans ce sens, Ulpien dans D. 5,2,8,16 (14 *ed.*).

29) Ainsi raisonne Giorgio LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 546.

jusqu'au moment de la sentence et donc l'acceptation testamentaire de l'instituée est également toujours valable. L'omise aurait alors raison de réclamer tout l'héritage *ab intestato.*

Paul justifie sa décision d'une façon très différente dans le paragraphe 10. Voyons les points principaux de son raisonnement.

2.1- Il parle de la validité du testament: la fille instituée a accepté un testament valable.

Mais cet argument serait très discutable, et Paul le sait. Même dans le cadre du droit honoraire, l'héritier institué dans le testament d'un *paterfamilias* doit considérer que s'il existe un émancipé omis il lui convient de s'abstenir d'accepter un testament valable afin de conserver la possibilité de solliciter la *bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto*, pour réclamer ainsi son droit à la collation.

Le problème est que cette solution, impeccable du point de vue théorique, ici se radicalise: en effet, dans le premier cas l'institué qui acceptait le *iudicium patris* ne pouvait demander la *bpct commisso per alium edicto* mais maintenait sa quotité testamentaire, alors que, dans le problème qui nous occupe, si la fille instituée faisait adition testamentaire et qu'alors la *querela* annulait tout le testament, elle perdrait la part qui lui était attribuée civilement en vertu du testament, et cette même adition lui bloquerait le passage à la succession ab intestat aussi bien civile que prétorienne.

Ulpien présente un cas semblable ([30]), aussi paradoxal que celui-ci, au sujet d'un patron et de l'héritage d'un esclave affranchi. La référence que fait Paul dans le paragraphe 11 de notre texte nous oblige à en faire mention. Le patron ne peut solliciter la *bonorum possessio contra tabulas liberti* quand le testament de l'esclave affranchi est efficace, c'est-à-dire quand au moins un des héritiers institués a accepté le testament. Le problème surgit quand le patron est l'unique héritier testamentaire mais que l'esclave affranchi s'est frauduleusement appauvri pour diminuer l'héritage, ou bien qu'il l'a grevé de legs au point de ne pas respecter la *portio debita*: pour solliciter la *bpct* le patron doit accepter afin que le testament soit efficace; mais cette même adition testamentaire exclut la possibilité de demander cette *bpct*. Le préteur résout la situation en lui concédant l'action Fabienne, *quia erat iniquum excludi eum a Fabiana qui* ***non sponte*** *adiit hereditatem, sed quia bonorum possessionem contra tabulas petere non potuit.*

2.2- Mais Paul sait que cette position est discutable et il apporte une autre raison: l'ignorance. Après l'adition testamentaire de l'étranger, l'instituée qui n'était pas légitimée pour déposer elle-même la *querela*, ignorait que l'héritage pouvait lui être déféré ab intestat. En dernier recours elle dépendait d'un acte d'autrui: le cas se produirait uniquement si l'omise déposait avec succès la *querela inofficiosi testamenti* et que l'instituée était admise ensuite à la succession ab intestat. C'est à cause de cela

30) D. 38,5,3,2 (44 *ed.*).

que cette acceptation ne peut se comparer à la répudiation de l'héritage légitime.

C'est l'argument le plus important de Paul et il l'appuie avec une *regula* et un cas analogue.

Effectivement, dans le paragraphe 10 il énonce presque sous forme de *regula*: *"cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant"*, c'est-à-dire que même ceux qui connaissent leur droit ne le perdent pas s'ils choisissent ce qu'ils pensent leur revenir.

Et il donne un exemple dans le paragraphe suivant: le patron qui par erreur accepte le testament de l'esclave affranchi ne perd pas pour autant la *bonorum possessio contra tabulas* pour réclamer la moitié complète de l'héritage à laquelle on lui reconnaît le droit. C'est une solution que Paul avait donnée lui-même dans un *responsum* recueilli au D. 38,2,36 (31).

Paul compare l'ignorance de l'instituée avec l'erreur du patron. Les deux hypothèses sont des cas exceptionnels auxquels on doit prêter attention de la même façon qu'on avait concédé l'action Fabienne au patron dans le cas que nous avons commenté précédemment.

En définitive, il semble que Paul soit tout à fait conscient qu'il défend ici une solution contraire à la règle générale, mais il le fait

---

31) Lib. 3 *resp.*: *Paulus respondit, patronus, qui deceptus falsum iudicium testatoris secutus est, bonorum possessionem contra tabulas testamenti liberti petere non prohibetur*; et une exception qu'Ulpien accepte aussi pour des cas semblables au D. 38,2,8 pr-1 (43 *ed.*).

comme dernier recours parce qu'il s'agit d'un cas exceptionnel et aussi pour des raisons d'équité.

Il conclut avec ce résumé: *"ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis"*. L'omise ne doit pas réclamer tout l'héritage, mais si elle le fait et que le testament en vienne à être totalement annulé, l'instituée conserve son droit de participer à la succession civile *ab intestato*, mais non à la succession prétorienne.

Conclusion

Le texte de Paul doit être interprété dans la perspective des ouvrages de *quaestiones*, c'est-à-dire comme une réflexion sur les conséquences que comporte l'utilisation de la *querela* contre le testament d'une femme, où il fait coïncider deux circonstances qui en font un cas paradoxal: la fille omise n'a pas d'autre moyen pour réclamer si ce n'est la *querela*, et la fille instituée pourrait difficilement faire autre chose que d'accepter le *iudicium matris*.

Dans le contexte du droit successoral du début du III^e^ siècle après J.-C., la solution la plus simple à ce cas aurait été que la fille omise réclame sa participation à l'héritage grâce à une *bpct* avec laquelle elle obtiendrait sa portion héréditaire en laissant subsister le testament. Comme cette possibilité n'existe pas pour le testament d'une femme, Paul cherche à assimiler les conséquences de la *querela inofficiosi testamenti* à celles de la

bpct. Pour ce faire, il doit défendre une rescision partielle du testament, et non pas son annulation complète.

Mais la fille omise prétend obtenir l'annulation de la totalité du testament, niant ainsi les droits *ab intestato* de sa sœur. Comme l'argument de l'omise est de comparer l'adition testamentaire de sa sœur au renoncement de ses droits ab intestat, argument impeccable aussi bien dans le cadre civil que dans le droit prétorien, Paul se voit obligé de défendre également le droit *ab intestato* de l'instituée, en alléguant qu'il s'agit d'un cas exceptionnel.

L'argumentation de Paul peut être considérée, à mon avis, comme un élément très important dans la discussion au sujet de la nature revendicative ou rescisoire de la *querela*: si Paul envisage, accepte comme étant possibles, et discute les deux éventualités dans un même cas, cela signifie que la *querela* pourrait avoir comme conséquence la rescision partielle ou totale du testament contesté selon les circonstances du cas concret. Mais cela est un tout autre débat.