

14 - C - 215

PIERRE-EUGÈNE CAVIN

Inv. Cl. 284
Sign: 195

L'EXTINCTION

DE

L'USUFRUIT "REI MUTATIONE"

ÉTUDE DE DROIT ROMAIN CLASSIQUE

THÈSE DE LICENCE ET DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ
DE LAUSANNE

I dcb 197



LAUSANNE
IMPRIMERIE LA CONCORDE
1933

I - 5014

2033

A mes Parents.

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la dissertation de M. Pierre-Eugène Cavin, candidat au doctorat et à la licence, intitulée : *L'extinction de l'usufruit rei mutatione. Etude de droit romain classique*, ainsi que des thèses qui l'accompagnent.

Lausanne, le 26 octobre 1933.

Le Doyen :

R. SECRETAN.



Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre vive reconnaissance à M. le professeur Ph. Meylan, dont les conseils nous ont été d'un précieux secours dans la confection de ce travail.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

I. *Le problème.* — A quel moment les transformations que subit une chose en emportent-elles l'extinction et ont-elles pour effet d'en créer une nouvelle? Quand peut-on au contraire considérer que ces deux choses conservent encore assez d'éléments communs pour que l'existence de la seconde n'apparaisse pas comme initiale, mais simplement comme la continuation de celle de la première?

C'est en ces termes que se pose généralement en droit le problème de l'identité, un de ceux que le juriste est appelé à résoudre fréquemment. Dans de nombreux cas, en effet, la loi attache des conséquences au fait qu'une chose conserve ou perd son *identité*. Qu'il nous suffise d'en citer trois, les plus importants peut-être au point de vue pratique.

L'exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ : une des conditions de l'exercice de cette exception est que l'objet du litige soit le même dans les deux procès. La

partie qui soulève l'exception doit donc établir cette identité.

La *spécification* : c'est le fait pour une personne d'appliquer à une chose une activité telle qu'il en naisse une chose nouvelle. Avant donc de se poser la question : à qui appartient la chose nouvelle, il faudra se demander s'il y a eu spécification, s'il y a chose nouvelle.

Enfin, et c'est la question qui va nous occuper, l'*extinction des droits réels par suite de l'anéantissement de leur objet*. Le droit réel a pour fonction de procurer la jouissance plus ou moins étendue des utilités d'une chose. Son sort est donc étroitement lié à celui de cette chose. Est-elle détruite, le titulaire se trouve dans l'impossibilité matérielle d'exercer sur elle les pouvoirs que lui confère le droit, qui perd ainsi sa raison d'être et s'éteint. Il faudra donc préciser ce qu'on entend par disparition, destruction de la chose, déterminer les critères d'après lesquels on décide qu'une chose nouvelle est créée.

C'est ce dernier aspect de la question de l'identité que nous nous proposons d'étudier ici, en examinant plus particulièrement la solution qu'avaient donnée du problème de l'extinction de l'usufruit les jurisconsultes romains de l'époque classique.

Cette institution paraît en effet être régie par une règle spéciale : tandis que, d'après nos sources, pour la propriété, le gage et les servitudes, la « disparition » de la chose (*interitus rei*) entraîne seule l'extinction du droit, une simple « transformation » (*mutatio*) éteint l'usufruit : *rei mutatione amittitur ususfructus*, dit Paul (Sent. 3.6.31).

D'où provient cette différence de régime, quelle en est la raison ? Voilà ce que nous essaierons de déterminer au cours de cette étude.

II. *Les sources*. — Parmi nos sources, certaines se rapportent à l'extinction d'un droit déjà constitué (Paul. Sent. 3.6.28 et 31 ; D. 7.1.53 et 71 ; D. 7.4.23 et 24 pr.), d'autres visent le cas où la transformation atteint la chose dont l'usufruit est légué, du vivant du testateur, avant que le légataire ait acquis le droit (D. 7.1.34 § 2 et 36 pr.). Il s'agit alors, non plus d'extinction du droit, mais de l'anéantissement du legs, de sa *caducité*, d'après la terminologie moderne (cf. *Vocabulaire juridique* de H. Capitant, t. I, Paris 1930, p. 95 ; nous éviterons cependant ici l'emploi de ce terme, qui, en droit romain, peut prêter à confusion avec l'invalidité résultant des lois caducaires).

Dans les textes que nous citons plus haut, la distinction est facile à faire. Mais il n'en est pas de même pour tous les cas visés par le long extrait du livre XVII ad Sabinum d'Ulpien qui figure au D. 7.4, fr. 5, 8, 10 et 12. S'agit-il du legs ou du droit ? C'est ce que nous allons élucider tout d'abord.

Si l'on considère la terminologie d'Ulpien dans ces fragments, on remarquera l'emploi presque exclusif du verbe *extinguere* pour désigner l'effet de la *mutatio* : il y figure à dix-sept reprises. Trois fois seulement, le jurisconsulte dit *interire*. Relevons par ailleurs l'absence du mot *amittere* qu'on rencontre à maintes reprises chez le même Ulpien, aux fragments 1 et 3, h. t., tirés aussi du livre XVII ad Sabinum, et qui paraissent avoir précédé, dans le commentaire du jurisconsulte, le fragment reproduit au D. 7.4.5.

Il est peu probable qu'Ulpien aurait répété ainsi sans jamais varier *amittere*, puis l'aurait remplacé dans le corps du même livre par *extinguere* si ces termes avaient eu la même signification pour lui. Cette constatation nous conduit à examiner la terminologie des jurisconsultes romains.

Traitant de l'extinction du droit d'usufruit, Paul s'exprime ainsi :

Paul. Sent. 3.6.28 : *Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit; amittitur autem quinque modis : capitis minutione, rei permutatione, non utendo, in iure cessione, domini comparatione.*

Ibidem 3.6.33 : *Finitur ususfructus aut morte aut tempore : morte, cum usufructuarius moritur; tempore quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, velut biennio aut triennio.*

Paul fait ici une distinction : il traite tout d'abord des modes d'extinction qu'on pourrait appeler accidentels, qui mettent prématurément fin au droit : *capitis minutio, mutatio rei*, non usage, *in iure cessio*, consolidation. On parle alors d'*ususfructus amissus*, de perte du droit. A cela s'opposent les modes normaux : le terme et la mort de l'usufruitier. Le jurisconsulte dit alors : *ususfructus finitur*, le droit prend fin.

Cette terminologie n'est pas particulière à Paul. Tryphoninus fait la même distinction dans un texte qui figure au D. 23.3.78 § 2. Il s'agit d'un usufruit constitué sur ses biens par une femme au profit de son mari. Le jurisconsulte écrit : *...si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum.*

C'est dans ces acceptions précises que ces termes sont employés dans l'ensemble des sources figurant au Digeste. En dehors des textes où il s'agit de l'extinction du droit en général, sans que le jurisconsulte envisage tel mode particulier, le verbe *finire*, appliqué à l'usufruit, se rapporte à ces deux seuls modes : la mort du titulaire et le terme (cf. Tryph. D. 23.3.78 pr.). Nous ne connaissons qu'une seule exception : au D. 33.1.8 pr., ce terme désigne l'extinction par la mort ou par la *capitis minutio* de l'usufruitier. Aux

Inst. II, 4 § 3, *finitur* est employé quel que soit le mode d'extinction. Mais Ferrini (Opere II, p. 361) a relevé que ce texte était l'œuvre des Byzantins.

D'autre part, qu'il s'agisse de perte du droit, c'est le mot *amittere* qui est employé. Cf. D. 7.4, fr. 23, 24 pr., 25 et 28 ; D. 23.3.78 ; D. 27.9.3 § 5 ; D. 31.66 § 7.

Reprenons l'extrait du livre XVII ad Sabinum, au D. 7.4. Il y est tout d'abord question de l'extinction du droit par suite de la *capitis minutio* du titulaire (fr. 1), puis de la *repetitio*, qui permet à l'usufruitier qui a perdu son droit d'en acquérir un nouveau ayant le même objet. Ulpien n'emploie que le terme *amittere* ; il s'agit en effet tout du long de la *perte* du droit. Puis, au fr. 5 § 2, le jurisconsulte aborde le problème de la transformation de la chose fructuaire ; on s'attendrait à voir encore figurer *amittere*. C'est en effet également un cas de perte du droit. Or ce terme disparaît complètement et Ulpien ne parle plus que d'*ususfructus extinctus*.

A lui seul, ce changement radical de terminologie nous amène à considérer comme très probable que, dans la seconde partie du texte (dès le fr. 5 § 2), il est question d'autre chose que de l'extinction du droit, à savoir de l'anéantissement du legs très vraisemblablement. Il nous suffira d'examiner le sens du mot *extingui* dans l'ensemble de nos sources et de rapprocher du texte d'Ulpien le résultat de notre recherche pour nous en convaincre entièrement¹.

Extingui, tout comme le mot français s'éteindre, s'emploie couramment dans le langage juridique romain pour désigner qu'un droit, une prétention, un état

¹ Tandis qu'*extingui* est très fréquemment employé, *interire* ne figure qu'une seule fois dans l'ensemble de nos sources juridiques préjustiniennes ; nous ne pouvons pas tirer de ce terme les mêmes déductions que du mot *extingui*, dont il paraît d'ailleurs être un synonyme.

juridique quelconque prend fin. Ainsi c'est un mot usuel pour l'extinction de l'action civile (cf. VIR t. I, col. 121, lignes 27 à 29) ou pénale (crimen, cf. VIR t. I, col. 1067, lignes 47 à 49). Il est rarement employé pour désigner l'extinction des droits réels : jamais à propos du *dominium*, deux fois à propos du gage (D. 44.2.30 § 1 ; D. 20.6.8 § 12), trois fois à propos des servitudes (D. 8.3.27 pr. ; D. 8.6.11 § 1 ; D. 30.116 § 4). On le rencontre cependant à huit reprises désignant l'extinction du droit d'usufruit (D. 7.1.3 § 2 ; D. 7.4.15 ; D. 7.4.30 ; D. 15.2.1 § 9 ; D. 20.6.8 pr. ; D. 28.5.9 § 20 ; D. 32.3 § 3 ; F. V. 61).

Mais, outre ces acceptions générales, *extingui* est pris, en matière de legs, dans un sens très précis. Il signifie qu'un legs ou un fidéicommiss est anéanti pour une cause non initiale, mais postérieure à l'acte constitutif : aliénation, disparition de la chose léguée, etc. Et les jurisconsultes romains ne mentionnaient pas toujours qu'il s'agissait du legs ou du fidéicommiss et non pas du droit. Ainsi Ulpien écrit aux *Regulæ*, II, 11 : *Alieno seruo per fideicommissum data libertate si dominus eum iusto pretio non vendat, extinguitur libertas, quoniam nec pretii computatio pro libertate fieri potest.* Ce n'est pas un droit qui s'éteint dans ce cas, mais un fidéicommiss qui tombe.

Le rapport entre *amitti* et *extingui* nous paraît pouvoir être défini comme suit :

Pour qu'un droit soit *amissus* (perdu), il faut qu'il y ait eu un titulaire (*a-mittere*).

Pour qu'un droit soit *extinctus* (éteint), il suffit qu'il existe en germe et qu'un fait empêche qu'il ne vienne à naître — ce qui explique le sens de ce terme en matière de legs. Mais ce n'est pas à dire qu'un droit constitué ne puisse être *extinctus*. Seulement cette extinction produit *amissio*. Dans le cas du droit à

naître, il ne saurait être question d'*amissio*. Ulpien marque très justement cette différence, lorsqu'il dit, au D. 7.4.3 § 3 : *Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguitur...*

Quelle signification a *extingui* aux fr. 5, 8, 10 et 12 D. 7.4 ? La réponse ne fait aucun doute dans trois cas :

D. 7.4.5 § 2 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Rei mutatione interire usumfructum placet : veluti ususfructus mihi ædium legatus est, ædes corruerunt vel exustæ sunt : sine dubio extinguitur. an et areæ? certissimum est exustis ædibus nec areæ nec cæmentorum usumfructum deberi. et ita et Iulianus.*

La présence du mot *deberi* révèle clairement que la *mutatio* a eu lieu avant l'acquisition du droit par le légataire : c'est un exemple d'anéantissement du legs.

D. 7.4.10 § 1 (Ulp. ibidem) : *Non tantum si ædes ad aream redactæ sint, ususfructus extinguitur, verum etiam si demolitis ædibus testator alias novas restituerit : plane si per partes reficiat, licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum.*

Ulpien envisage expressément ici le cas de disparition de l'édifice antérieure au décès du testateur. *Ususfructus extinguitur* signifie : le legs tombe et non : le droit s'éteint.

Il s'agit aussi manifestement d'un legs au fr. 12 § 1, h. t. :

D. 7.4.12 § 1 (Ulp. ibidem) : *Proinde et si histrionis reliquerit usumfructum et eum ad aliud ministerium transtulerit, extinctum esse usumfructum dicendum erit.*

Or, si Ulpien emploie à trois reprises le terme *extingui* dans ce sens, il nous paraît certain que ce verbe doit avoir la même signification dans le reste du fragment, où il s'agit également de legs d'usufruit.

Remarquons par ailleurs qu'il n'est question que d'*ususfructus legatus* aux fr. 5, 8, 10 et 12, tandis qu'aux fr. 1 et 3, au contraire, on parle tantôt d'*ususfructus legatus*, tantôt d'*ususfructus constitutus*. Il serait en outre invraisemblable qu'Ulpien passe sans autre d'exemples se rapportant au legs à des exemples visant l'extinction du droit. Il paraît infiniment plus plausible qu'il illustre le principe posé au fr. 5 § 2 : la transformation de la chose fait tomber le legs.

A considérer la rubrique du titre 7.4, *Quibus modis ususfructus vel usus amittitur*, on pourrait croire que les Byzantins considéraient le texte d'Ulpien comme se rapportant à l'extinction du droit. En fait, ils ne se sont pas souciés de la distinction entre anéantissement du legs et perte du droit. C'est ainsi que les fragments de Pomponius et de Julien (D. 7.4.6 et 7) qu'ils insèrent à la suite d'un extrait d'Ulpien, concernent nettement une transformation postérieure à l'acquisition du droit d'usufruit par le légataire. Le fragment 11, de Paul, au contraire, vise un cas d'anéantissement du legs.

Nous avons ainsi déterminé quels sont les textes qui se rapportent à l'extinction du droit d'usufruit *rei mutatione*.

Nous les examinerons dans le paragraphe suivant et nous les comparerons aux textes concernant l'extinction *interitu rei* de la propriété, du gage et des servitudes. Nous aurons ainsi un aperçu général de la question de l'extinction du droit réel par suite de la disparition de son objet en droit romain classique.

Puis, nous étudierons les effets de la transformation de la chose en matière de legs d'usufruit et de legs de propriété. Bien que la question des legs ne se rapporte pas directement à cette étude, nous ne saurions la négliger : en matière d'usufruit, ainsi que nous le

verrons, le régime des effets de la *mutatio rei* ne dépend pas du moment où la *mutatio* se produit et les exemples que nous donnent nos sources en matière de legs nous paraissent valoir également pour le cas du droit déjà constitué. Cette étude des legs fera l'objet du dernier paragraphe de notre Introduction.

III. *L'extinction du droit d'usufruit et des autres droits réels par suite de la transformation de la chose.* — Nos sources nous enseignent que l'usufruit sur une maison d'habitation s'éteint si cette maison s'écroule, est démolie ou incendiée ; il ne subsiste ni sur les matériaux, ni sur le terrain. Ainsi :

Paul. Sent. 3.6.31 : *Rei mutatione amittitur ususfructus, si domus legata incendio conflagraverit aut ruina perierit, licet postea restitatur.*

Mais tant que l'immeuble n'est pas complètement détruit, qu'il en reste une partie, le droit conserve son existence (Iav. D. 7.1.53).

Porte-t-il sur un terrain à bâtir, *area*, l'usufruit s'éteindra en cas de construction, *inædificatio* (Marcell. D. 7.1.71).

Il en est de même si le jardin grevé est envahi par les eaux du fleuve et est ainsi transformé en *alveus* (Pomp. D. 7.4.23 ; Iav. D. 7.4.24 pr.).

Enfin, d'après Gaius (D. 7.4.30), l'usufruit portant sur l'animal s'éteint par la mort de cet animal et ne porte pas sur la dépouille.

Qu'en est-il des autres droits réels ?

Pour le *dominium*, la question de l'extinction du droit par suite de la disparition de son objet ne présente pas le même intérêt que pour les *iura in re aliena*. Le *dominium* est une maîtrise universelle sur la chose : peu importe que cette chose perde son identité, le droit subsiste : *meum est quod ex mea re superest, cuius vindicandi ius habeo* (Cels. D. 6.1.49 § 1). Il n'y a

qu'en cas de spécification qu'un conflit est possible et que la question de l'identité se pose. Nous y reviendrons à propos de la spécification de la chose léguée.

Le droit subsistera donc sur les matériaux et sur l'*area* en cas de destruction de la maison ; il ne s'éteindra pas par suite de construction sur l'*area*. Toutefois, l'envahissement du fonds par la mer ou le fleuve met fin au droit de propriété (Pomp. D. 7.4.23).

Le droit de gage, au contraire de l'usufruit, n'est pas atteint par la simple *mutatio* de la chose grevée.

D. 13.7.21 (Paul. lib. 6 brevium) : *Domo pignori data et area eius tenebitur : [est enim pars eius, et contra ius soli sequetur ædificium]*¹.

Malgré la destruction de la maison grevée, le gage subsiste sur le terrain.

D. 20.1.29 § 2 (Paul. lib. 5 resp.) : *Domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius et extruxit : quæsitum est de iure pignoris. Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare et ideo² ius soli superficiem secutam videri [id est cum iure pignoris]*³...

¹ La fin du fragment, dès *est enim*, nous paraît suspecte : 1. elle est en désaccord avec un autre texte de Paul. D. 20.1.29 § 2, où la décision repose sur un principe différent ; 2. l'*area* est-elle considérée par le juriste classique romain comme une *pars ædificii* ? cela est nié par PRINGSHEIM, ZSS 42 (1921), pp. 660 sqq., pour qui l'*area pars ædificii* est un indice d'interpolation ; 3. si l'on admettait comme classique la fin de ce fragment, pourquoi l'usufruit ne subsisterait-il pas également sur l'*area* de même qu'il subsiste sur la *portio insulæ* ? cf. D. 7.1.53 ; 4. la forme *est enim... et contra*, enfin, nous semble suspecte.

² BESELER, ZSS 45 (1925), p. 467, déclare interpolés les mots *pignoris persecutionem perseverare et ideo*. Il est en effet très vraisemblable que Paul n'a pas écrit : *pignoris persecutionem perseverare et ideo ius soli superficiem secutam videri*. *Et ideo* est une locution suspecte et les mots *ius soli... videri* sont une répétition de *pignoris... perseverare*. On peut se demander toutefois si ce ne sont pas les mots *pignoris persecutionem perseverare* qui sont de Paul et le reste du texte qui est interpolé. S'il est certain qu'il y a là une interpolation, nous ne pouvons dire sûrement où elle est ; elle ne modifie pas d'ailleurs le sens du texte.

³ Ces mots nous paraissent interpolés. Cf. BESELER, *loc. cit.* ; KÜBLER, VIR, col. 1099, ligne 29.

La suite du texte, qui traite des indemnités à payer à l'acquéreur de bonne foi, ne nous intéresse pas directement ; elle est d'ailleurs probablement interpolée, comme le prouve M. Riccobono¹.

D'après ce fragment, le gage ne s'éteint pas malgré les transformations successives de la chose grevée ; la destruction de la maison, puis sa reconstruction laissent le droit intact. Une solution identique est donnée par un texte de Labéon :

D. 20.1.35 (Labeo lib. primo pithanon a Paulo epitomatorum) : *Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes.*

Herzen² a mis en doute, à tort croyons-nous, l'authenticité de ce fragment, qui nous semble au contraire tout à fait correct, si l'on admet la proposition de Mommsen : ... <de> suo ...

Il s'agit d'une sûreté réelle où le débiteur est possesseur : hypothèque, ou bien gage ou aliénation fiduciaire accompagnés de louage ou de précaire. Cf. Herzen, *loc. cit.*

Signalons encore un texte de Marcien :

D. 20.1.16 § 2 (Marcian. lib. sing. ad form. hypothec.) : *Si res hypothecæ data postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecæ et horto facta : item si de loco convenit et domus facta sit : item de loco dato, deinde vineis in eo positis.*

Le gage qui greve une maison subsiste sur le jardin qui la remplace ; celui qui portait sur un terrain englobe la maison qu'on y bâtit.

L'authenticité de ce fragment a été mise en doute par plusieurs auteurs.

M. Fehr³, dont les conclusions ont été reprises par

¹ Annali Palermo III/IV (1917), p. 422.

² ZSS 25 (1904), p. 452.

³ Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in klassischer Zeit. (Uppsala 1910). Cf. p. 104.

Mitteis¹, soutient que le mot *hypotheca* n'est pas classique. Par conséquent, les fragments où figure ce terme sont interpolés, entre autres le fr. 16 § 2, D. 20.1, où les mots *hypothecæ*, *hypothecaria* devraient être remplacés par *pignori*, *pigneraticia*². Cette hypothèse se base avant tout sur la constatation que le mot *hypotheca* ne se rencontre ni chez les écrivains non juristes, ni dans les sources qui nous ont été transmises directement. MM. Manigk³ et Erman⁴ ont réfuté avec vigueur cette thèse. Nous nous rallions à ces auteurs.

M. Ebrard⁵ relève un double ablatif absolu en fin de fragment : il est possible, en effet, que le texte soit interpolé dès *item de loco dato*. En outre, cet auteur s'attaque à l'expression *actio competit*, qui ne s'applique, en droit classique, qu'aux actions civiles, les jurisconsultes disant *actio datur* à propos des actions prétorienes, ainsi que l'a démontré Krüger⁶ en 1895 déjà. Cette distinction est faite très nettement par Gaius, aux Institutes II 253 et IV 112.

Sans contester la valeur des conclusions de Krüger, on peut se demander toutefois si, à l'époque de Marcien, l'un des derniers jurisconsultes classiques, l'emploi du mot *competere* ne s'était pas étendu aux actions prétorienes figurant dans l'édit. Il est fort possible que la rigueur de la distinction de Gaius se fût un peu relâchée à cette époque.

Nous considérons donc comme authentique, jusqu'à *item de loco dato* tout au moins, ce texte, qui d'ailleurs

¹ ZSS 31 (1910), pp. 489 sqq.

² *Op. cit.*, p. 104 ; cf. ALBERTARIO, Riv. it. per le sc. giur. 49 (1911), p. 66.

³ PAULY-WISSOWA, R. E. IX 1, pp. 364 sqq.

⁴ Mélanges Girard (Paris 1912), pp. 419 sqq.

⁵ *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam*. Thèse (Leipzig 1917), p. 107.

⁶ ZSS 16 (1895), pp. 1 sqq. ; cf. ERMAN, ZSS 24 (1903), pp. 421 sqq. et ZSS 25 (1904), pp. 316, 319 n. 1, 347 sqq. ; BESELER, Beiträge I, p. 114.

confirme purement et simplement les résultats de nos précédentes exégèses.

D. 13.7.18 § 3 (Paul. lib. 29 ad ed.) : *Si quis caverit ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis : et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait : « quæque ex silva facta natave sint ».*

Ce texte présente de nombreux indices d'interpolations. Eisele¹ attribue aux compilateurs les mots *quia aliud sit materia, aliud navis*. Il se prévaut de la teneur que devrait avoir la convention, d'après Cassius, pour que le gage pût porter également sur le bateau : *quæque ex silva facta natave sint*. Cela révèle que Cassius opposait, non pas *materia* à *navis*, mais la forêt d'une part, à *materia* (*quæque nata sint*) et *navis* (*quæque facta sint*) d'autre part. Il en résulte que le jurisconsulte ne saurait avoir écrit : *quia aliud sit materia, aliud navis*. Eisele remarque en outre qu'une proposition a dû tomber après *esset* : *ex ea materia* prouve en effet qu'on parlait de *materia* auparavant. Enfin il considère comme une adjonction byzantine les mots *nominatim in dando pignore*. *Nominatim* est un mot fréquent chez les compilateurs, d'autant plus suspect ici que le jurisconsulte reproduit le texte de la convention qui eût été nécessaire. *In dando pignore* ne saurait avoir été écrit par Paul, s'agissant d'une constitution d'hypothèque. De cet avis : Manigk (*loc. cit.* p. 390).

Eisele reconstitue ainsi la fin du fragment : ... *Cassius ait : et ideo adiciendum esse : quæque, etc...*

Nous croyons qu'il faut aller plus loin et nous suivons M. Beseler², qui déclare interpolée toute la fin dès *et ideo* : les mots *et ideo* sont suspects : *nata* est étrange et devrait pour le moins précéder *facta* ; l'indicatif

¹ ZSS 13 (1892), p. 144 sqq.

² ZSS 45 (1925), p. 463.

erunt paraîtrait plus indiqué que le subjonctif *sint*. Autant d'indices qui, ajoutés à ceux relevés par Eisele, nous font douter de la fin du fragment.

Que dire des mots : *quia aliud sit materia, aliud navis*? La démonstration d'Eisele perd sa base si l'on reconnaît l'interpolation de la fin du fragment. Cet auteur se prévalait en effet des mots : *quæque ex silva*, etc. Reconnaissons cependant qu'Eisele raisonne très justement quand il dit que Cassius n'opposait probablement pas *materia* à *navis*, mais plutôt *silva* à *materia* et *navis* ; il ne saurait en être autrement : « denn, wenn ein Wald (also ein fundus) verpfändet ist, so dürfte doch in erster Linie in Betracht kommen, dass *aliud sit silva, aliud materia vel navis ex ea facta* » (Eisele, *loc. cit.*).

Point n'est besoin de se prévaloir des derniers mots du fragment : le bon sens l'indique.

Seulement ce raisonnement pêche en un autre point : Eisele relève très à propos qu'une partie de la phrase a dû tomber ; si l'on admet la reconstitution préconisée par Krüger (ad Dig.) : *licet materia ex ea silva cæsa pignori sit*, l'objection d'Eisele s'écroule. Cassius oppose d'abord *silva* à *materia* et remarque à ce propos que la coupe des bois n'éteint pas le gage, puis il passe à la seconde transformation de l'objet du droit, qui, elle, met fin au gage.

Mais, bien que la démonstration d'Eisele ne soit pas très convaincante et qu'il semble que les mots *quia aliud sit materia, aliud navis* se concilient avec le sens général de ce texte, ils nous paraissent suspects : ils sont parfaitement inutiles, alourdissent un texte sobre dans son ensemble. Nous proposons donc la reconstitution suivante :

Si quis caverit ut silva sibi pignori esset, <licet materia ex ea silva cæsa pignori sit>, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait.

D'après ce texte, le droit de gage ne s'éteint pas quand on coupe les arbres de la forêt grevée et porte alors sur les bois abattus. Mais il en est autrement si l'on emploie ces arbres à la construction d'un bateau, car la destination économique de la chose a changé. L'objet du droit perd son identité, le droit s'éteint. Tel est tout au moins le point de vue de Cassius. Les Proculiens soutenaient-ils le contraire et y avait-il en matière de spécification le même conflit entre les deux écoles à propos du gage qu'à propos de la propriété? Aucun texte ne nous permet de l'affirmer.

Cette conception si large de l'objet du gage s'explique par la fonction économique de cette institution, destinée à procurer au créancier la garantie la plus étendue possible ; il importe que ses droits ne soient pas mis en péril par une transformation quelconque. Une conception de l'objet aussi étroite qu'en matière d'usufruit est exclue.

Quant aux *servitudes*, la question est plus complexe et nos sources sont moins sûres. Il faut faire à notre avis une distinction entre les servitudes rustiques et les servitudes urbaines.

a) *Les servitudes rustiques* :

Javolène, au D. 8.3.13 pr., nous enseigne qu'un changement de culture du fonds dominant est sans influence sur le droit. Pouvait-on, par convention, constituer une servitude pour une culture déterminée? La réponse est douteuse, notre fragment ayant certainement été retouché par les compilateurs :

D. 8.3.13 pr. (Jav. lib. 10 ex Cassio) : *Certo generi agrorum adquiri servitus <non> potest velut vineis quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet : ideo sublatis vineis servitus manebit ; sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, [doli mali exceptio erit necessaria].*

Pernice¹ a signalé l'interpolation de la fin du texte. M. Riccobono² a repris la question ; il a fait la preuve de l'interpolation signalée par Pernice et a démontré la nécessité de l'adjonction du mot *non* : il est impossible, dit-il en substance, que le jurisconsulte ait écrit : *certo generi agrorum adquiri servitus potest*, pour détruire aussitôt cette affirmation en ajoutant : *quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet*, proposition d'où il résulte que, *iure civili*, la servitude était acquise non pas *certo generi agrorum*, mais au sol. Cependant, toujours d'après Riccobono, une intervention du préteur n'était pas impossible et si la limitation convenue ne constituait pas un terme ou une condition (cf. D. 8.1.4. pr.), la *mancipatio* ou l'*in iure cessio* n'était pas viciée *in totum*. L'intervention de Tribonien à la fin du passage n'exclut pas la classicité de la décision. Il est fort probable que le compilateur, pour qui la distinction entre droit prétorien et civil avait perdu toute signification, ait simplement généralisé.

Il ne faut pas attribuer une portée générale au texte de Paul, lib. 21 ad ed., D. 8.1.3 : *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*. D'après M. Riccobono³, Justinien a probablement supprimé le début du texte où Paul distinguait entre les servitudes constituées *iure civili*, *quæ ad solum pertinent* et celles du droit prétorien, qui portent sur la *superficies*. On a confondu le tout dans la compilation.

La *mutatio* du fonds servant n'entraîne pas, elle non plus, extinction de la servitude. Le droit porte sur le fonds et non sur la superficie. Quelles que soient les transformations qu'on apporte au sol, le droit subsiste :

¹ ZSS 9 (1888), p. 197 n. 2.

² Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 3 (1922), pp. 346 sqq.

³ *Op. cit.*, p. 350.

D. 8.5.9 pr. (Paul. lib. 21 ad ed.) : *Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere. quod si probavero, inhihebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo ædificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium...* : la construction sur le terrain grevé d'une servitude de passage n'éteint pas le droit.

D. 8.3.34 § 1 (Pap. lib. 7 quæst) : *Si fons exaruerit ex quo ductum aquæ habeo isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquæ ductus amissus erit, quæritur* :

D. 8.3.35 pr. (Paul. lib. 15 ad Plautium) : *Atilianus ait Cæsarem Statilio Tauro rescripsisse in hæc verba : « Hi, qui ex fundo Sutрино aquam ducere soliti sunt, adierunt me proposueruntque aquam, qua per aliquot annos usi sunt ex fonte, qui est in fundo Sutрино, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, et postea ex eo fonte aquam fluere cœpisse : petieruntque a me ut quod ius non negligentia aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur, quorum mihi postulatio cum non iniqua visa sit, succurrendum his putavi, itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua pervenire ad eos non potuit, id eis restitui placet ».*

Une source grevée d'une servitude de prise d'eau tarit. Il y a ici une véritable disparition de la chose grevée. Or nous voyons par ces deux fragments que ce fait n'entre pas en considération. En effet, la perte du droit, dont l'Empereur relève les requérants, est due indubitablement au *non-usus*. On peut conclure de ce texte que le fait qu'une source tarit n'entraîne pas l'extinction *interitu rei* de la servitude de prise d'eau dont est grevée cette source.

b) *Les servitudes urbaines* :

Nous sommes moins bien renseignés à leur sujet : voici notre texte principal :

D. 8.2.20 § 2 (Paul. lib. 15 ad Sab.) : *Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit ut idem intelligatur : nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur : et ideo sublato ædificio usus-fructus interit quamvis area pars est ædificii.*

Mais ce texte est très suspect. Pringsheim¹ a démontré que la fin du fragment dès *alioquin* avait été profondément remaniée. M. Guarneri-Citati² s'en prend au début du texte ; ici aussi la trace des Byzantins est nette : ainsi l'expression *utilitas exigit*. Quelle est la portée de ces interpolations ? Ont-elles altéré le sens du texte ? Il nous semble que les mots visant l'hypothèse de fait tout au moins n'ont pas été retouchés : *si sublatum sit ædificium ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur...* Il s'agit d'un édifice grevé du droit de *stillicidium*, qui a été démoli *ut eadem specie et qualitate reponatur* ; notre texte affirme que, dans ce cas, le nouvel édifice est identique à l'ancien, identité qui ne dérive pas d'une norme juridique, mais qui est reconnue en vertu de l'*utilitas*. Qu'est-ce au juste que cette *utilitas* ? Très probablement une notion byzantine et devant ce texte complètement bouleversé par les compilateurs, on ne peut se risquer qu'à des hypothèses quant au contenu de la décision classique.

Le problème, selon nous, devait se poser de la façon suivante : la destruction de l'édifice éteint le *stillicidium*. Cependant, dans le cas spécial de démolition *ut eadem specie et qualitate reponatur*, un lien intellectuel (la volonté du propriétaire de remplacer l'édifice) relie ces deux choses, de telle sorte que l'existence de la seconde apparaît simplement comme la continuation de celle de la première. Ce lien intellectuel ne

¹ ZSS 42 (1921), pp. 660 sqq.

² Rend. Lomb. 59 (1926), pp. 147 sqq.

devait pas permettre, *iure civili*, d'affirmer l'identité des deux édifices ; il est probable que c'est une création du préteur, qui a accordé une action utile, vraisemblablement basée sur une fiction, au titulaire du *stillicidium*. Les Byzantins auraient remplacé cette distinction entre droit prétorien et droit civil par la distinction entre *utilitas* (ἀκριβεία) et *ius strictum*.

C'est à une hypothèse semblable, dans ses grandes lignes, qu'aboutit M. Guarneri-Citati ; mais la reconstitution du texte qu'il propose nous paraît vaine et peu plausible.

Toutefois, ce qui nous importe ici, c'est moins la solution que donnait le jurisconsulte dans ce cas particulier que la constatation suivante : alors qu'en matière de servitudes rustiques, les transformations que subit le fonds sont sans importance pour le droit, elles jouent un rôle primordial en matière de servitudes urbaines (cf. D. 8.2.17 § 4 : les solutions apportées pour le *stillicidium* valent pour les servitudes urbaines).

On peut déduire avec sûreté de ce fragment qu'en règle générale la destruction de la maison a pour effet d'éteindre la servitude urbaine constituée au profit de cette maison. Car ce n'est que dans le cas très spécial de la maison démolie *ut eadem specie et qualitate reponatur*, auquel il convient de limiter très strictement ce texte, qu'il y a lieu à discussion au sujet de la survivance du droit sur le nouvel édifice. En dehors de cette hypothèse, l'extinction est la règle.

Nous avons vu, au contraire, que la construction sur le *fonds grevé* d'un droit de *stillicidium* n'éteint pas le droit (Paul. D. 8.5.9 pr.).

Le même jurisconsulte nous donne cependant une solution différente en cas de servitude de jours :

D. 8.2.31 (Paul. lib. 48 ad ed.) : *Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus servitutemque præstaret, deposuit ædificium, concedenda erit legatario*

utilis actio, qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum ædificium conabitur.

La destruction de l'immeuble grevé éteint la servitude *iure civili*. Cependant le prêteur accorde au titulaire du droit une action utile pour le cas où le propriétaire reconstruit.

En résumé : Les servitudes rustiques portent sur le fonds ; les transformations de la superficie sont sans importance pour le droit.

Les servitudes urbaines portent sur la superficie. Elles sont éteintes par la destruction de l'édifice en faveur duquel elles sont constituées et ne renaissent point en cas de reconstruction ; reste réservée la question de la démolition de l'édifice *ut eadem specie et qualitate reponatur* ; il est probable que le prêteur était intervenu dans ce cas. En ce qui concerne les transformations du fonds servant, les deux fragments contradictoires que nous avons relevés ne permettent aucune conclusion ; il semble que le prêteur soit largement intervenu dans ce domaine.

IV. *L'anéantissement du legs de propriété et du legs d'usufruit par suite de la transformation de la chose léguée.* — La question de l'identité des choses se pose également en matière de legs. Et cela non seulement dans le cas du legs *per vindicationem*, où la chose léguée doit être propriété quiritaire du de cuius lors de la confection du testament et au moment de la mort (Gai. Inst. II 196), mais aussi dans celui du legs *per damnationem* : la chose qui existe lors de l'adition d'hérédité doit être la même que celle qui fait l'objet de la disposition.

Le legs est donc anéanti quand la chose léguée perd son identité.

Mais une difficulté se présente quand la transformation qui atteint la chose léguée est l'œuvre du

testateur lui-même. Dans ce cas, en effet, la question se complique : l'anéantissement du legs peut être attribué ou bien à l'extinction de la chose (et on appliquera les règles régissant l'identité), ou bien à un changement survenu dans la volonté du testateur, que fait présumer la transformation (et ce sont les règles régissant la révocation qui trouvent alors application).

Ainsi quand Paul, par exemple, nous dit que le legs d'une certaine quantité de laine s'éteint si l'on fait un vêtement de cette laine (D. 32.88 pr.), quel est le motif de sa décision ? Considère-t-il que la laine, devenue vêtement, a perdu son identité et que le legs est rendu impossible par suite de la disparition de son objet ? Ou bien en dehors de toute question d'identité, le juriste estime-t-il que cette transformation fait présumer un changement dans la volonté du testateur, emportant révocation tacite de la disposition ?

Selon que l'on adopte l'une ou l'autre de ces solutions, on résoudra le problème sur le terrain de l'identité des choses ou sur celui de l'interprétation des actes pour cause de mort.

Quel était le point de vue des jurisconsultes classiques ?

M. Sokolowski¹ opte pour la seconde hypothèse. La question de savoir si le legs subsiste ne dépend pas, pour cet auteur, du fait que la transformation entraîne l'extinction de la chose léguée. La transformation ne peut avoir d'influence que dans la mesure où la différence entre la chose nouvelle et la chose désignée dans le testament révélerait un changement dans la volonté du de cuius. Elle ne fait pas tomber le legs comme telle, mais pour autant qu'elle fait présumer une révocation de la disposition. « Beim Vermächtnis aber, dit cet auteur, fragte man nicht danach, ob der Begriff der Sache fortbestehe oder

¹ *Die Philosophie im Privatrecht I* (Halle 1902), pp. 277 sqq., 351 sqq. et note 579.

nicht, sondern beschäftigte man sich nur mit den Wandlungen im subjektiven Willen des Testators.» (p. 354.)

A vrai dire, les exemples donnés à l'appui de sa thèse par M. Sokolowski ne sont pas très convaincants. La comparaison entre les fragments D. 7.4.10 § 7 et D. 30.22 (pp. 353 sqq.) nous paraît peu probante. L'auteur expose que, dans le premier de ces textes, la maison ou le bateau sont démolis par le testateur ; on présume alors son intention de révoquer la disposition ; le legs tombe. Au D. 30.22, le legs subsiste malgré une transformation identique, parce que cette transformation n'a pas été voulue par le testateur.

Ce raisonnement pêche en plusieurs points : tout d'abord, la comparaison entre un legs d'usufruit et un legs de propriété est peu probante. Pourquoi M. Sokolowski va-t-il chercher si loin, alors que, quelques lignes plus haut, au D. 7.4.5 § 2, Ulpian donne lui-même un exemple de destruction indépendante de la volonté du de cuius : *ædes corruerunt vel exustæ sunt?* Notre auteur aurait vu que le jurisconsulte aboutit ici à la même solution qu'au fr. 10 § 7. D'autre part, dans ce même fr. 10 § 7, Ulpian admet que le legs subsiste si le bateau ou la maison sont refaits *per partes*. Pourquoi donne-t-il une solution contraire quand le testateur démolit sa maison ou son bateau pour les reconstruire avec les mêmes matériaux ? Ne doit-on pas présumer, dans ce second cas également, qu'il avait l'intention de ne pas détruire la chose léguée, mais de la restaurer ?

A propos du fr. 10 § 5, h. t., traitant de la spécification d'une chose dont l'usufruit est légué, M. Sokolowski écrit : « Hier entscheiden der strenge Stoiker Cassius und der freier denkende Spätstoiker Ulpian übereinstimmend, dass die Umformung der Sache als

Aufhebung des legierten Niessbrauches gelten solle, während nach ihrer metaphysischen Doktrin ein Untergang des Gegenstandes doch nicht vorlag. Im gegebenen Falle erschien ihnen aber die Umgestaltung als ein Zeichen der Willensänderung des Testators und darauf kommt es hier an ». (note 579.)

Mais si tel avait été réellement le point de vue d'Ulpian, pourquoi ce jurisconsulte donnerait-il au D. 30.44 §§ 2 et 3 et au D. 32.49 § 5 une solution contraire en matière de legs de propriété ? C'est à notre sens parce qu'Ulpian prend pour critère l'identité de la chose, qu'il apprécie différemment en matière de legs d'usufruit et de legs de propriété¹.

M. Sokolowski cite encore (note 579) le juriste Africain (D. 7.1.36 pr.) à propos de la spécification de la chose léguée. Mais justement dans sa première partie, à laquelle d'ailleurs notre auteur ne s'arrête pas, le texte contredit sa théorie subjective : si le testateur construit sur l'*area* léguée, c'est, d'après M. Sokolowski, un indice de *mutatio voluntatis* et le legs est révoqué. Fort bien ! Mais si la maison est brûlée, disparaît donc sans que le testateur le veuille, pourquoi le legs renaît-il alors que rien ne nous permet d'avancer que le testateur est revenu à son idée première ? Bien plus, lorsque la maison léguée est détruite par cas fortuit, puis reconstruite par le testateur, on devrait logiquement en déduire que celui-ci entend conserver l'objet du droit et confirmer ainsi la dispo-

¹ C'est d'ailleurs ce que reconnaît implicitement M. Sokolowski à son chapitre sur la spécification, où il contredit nettement ce qu'il dit à la note 579 : « Auch in letztwilligen Verfügungen bewährt sich bei den Sabinianern die stoische Auffassung von der Kraft und Dauer der Materie. Die Umgestaltung des vermachten Gegenstandes durch den Testator bewirkt an sich niemals die Aufhebung des Legats... Der legierte *ususfructus* dagegen erlischt durch Umgestaltung des Objekts ; aus sehr begreiflichen Gründen, da ja nicht die Sache selbst, sondern eine bestimmte Benutzung derselben vermacht wurde, welcher sie jetzt infolge der Spezifikation nicht mehr dienen kann ». (*Op. cit.*, p. 101.)

sition. Au contraire, d'après Africain, le legs tombe.

C'est que l'ancienne *area* a subsisté, tandis que la maison reconstruite n'est plus la même que celle qui a brûlé. Dans le premier cas, il y avait identité entre l'objet de la disposition et ce qui en subsiste lors du décès, — et le legs vaut ; dans le second, une telle identité n'existe plus, — et le legs tombe. C'est là qu'il faut voir plutôt le critère qui a servi aux juriconsultes classiques. Citons à ce propos un texte de Marcellus :

D. 34.2.6 § 1 (Marcell. lib. sing. responsorum) : *Item quæro, si probari possit Seiam uniones et hyacinthos quosdam in aliam speciem ornamenti, quod postea pretiosius fecit additis aliis gemmis et margaritis, convertisse, an hos uniones vel hyacinthos petere possit [et heres compellatur ornamento posteriori eximere et præstare]. Marcellus respondit petere non posse : [nam quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur,] cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, [nam quodammodo extinctum sit? ut interim omittam, quod etiam dissolutione ac permutatione tali voluntas quoque videatur mutata]*¹.

Des perles et des pierres précieuses sont léguées ; elles entrent, avec d'autres matières, dans la fabrication d'un bijou : le legs tombe, *cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit*.

Le juriste se réfère ici explicitement à l'identité de

¹ Nous adoptons la reconstitution de GUARNERI-CITATI, *Annali Palermo* 14 (1930), p. 243 : La fin du texte dès *ut interim* a déjà été déclarée interpolée par SEGRE, *Studi Scialoja* I, p. 246 n. 2 et KRÜGER, *ad Dig.* Dans la proposition *et heres... præstare*, d'ailleurs tout à fait superflue, l'expression *præstare compellitur* est suspecte ; cf. LENEL, *ZSS* 7 (1886), p. 28 et APPLETON, *Interpolations dans les Pandectes* (Paris 1895), p. 99. GUARNERI-CITATI considère l'expression *nam...nam* comme un indice certain de l'intervention des compilateurs qui, au motif original, en ajoutent un de leur cru. Il signale la forme pompeuse *quid fieri potest ut legatum vel fideicommissum durare existimetur*. Enfin, il fait remarquer que les textes des réponses de Marcellus sont toujours concis, comme ceux de Scævola, qu'ils rappellent par leur forme.

l'objet grevé pour apprécier les effets juridiques de la transformation. C'est parce que les pierres ont perdu leur identité que le legs, dont l'objet a disparu, est anéanti. Le renvoi de la fin du texte à la volonté des parties est interpolé.

D'autres textes également se réfèrent expressément à la question de l'identité. Ainsi Africain, au D. 7.1.36 pr. : *licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus est* ; Ulpien, au D. 7.4.5 § 3 : *...rem mutari et usumfructum extinguere constat* ; Ulpien, au D. 7.4.10 § 3 : *...mutata re ususfructus extinguitur*.

Qu'on examine le texte d'Ulpien, au D. 7.4, fr. 5 à 12 ; aucune distinction n'est faite entre les transformations dues au testateur ou non : que la maison s'écroule (fr. 5 § 2) ou soit démolie par le testateur (fr. 10 § 7), la solution est la même. Mais que le testateur la restaure progressivement ou bien la démolisse pour la reconstruire en bloc, les solutions sont contraires, bien que, dans les deux hypothèses, l'intention du testateur paraisse être la même. Cf. D. 7.4.10 § 7 ; D. 30.65 § 2.

On peut conclure que les juriconsultes classiques faisaient dépendre l'anéantissement du legs de la perte de l'identité de la chose léguée. Si elle était transformée au point de devenir une chose nouvelle, le legs tombait. Si, au contraire, les transformations qu'elle subissait ne portaient pas atteinte à son identité, le legs subsistait. *L'animus adimendi* pouvait exister, mais ce n'était pas la cause directe de l'anéantissement du legs¹.

C'était aux parties à se conformer à une telle interprétation et à parer aux risques d'extinction du droit en désignant l'objet du legs par un terme plus large

¹ Telle est également la thèse de FERRINI, *Legati*, pp. 588 sqq., *BIDR* II (1889), pp. 243 sqq. ; RATTI, *Studi Bonfante* I, p. 278.

ou bien, en matière d'usufruit, en usant de la *repetitio*, qui fait renaître, au profit du titulaire qui perd son droit, un usufruit nouveau ayant le même objet que l'ancien.

Les Byzantins ont repris le système classique, mais en le dénaturant. L'anéantissement du legs dépend encore de l'extinction de la chose léguée ; mais ce fait constitue, à l'époque de Justinien, une simple présomption de changement de volonté chez le testateur et l'on pourra prouver dans chaque cas particulier que telle n'était pas en réalité cette volonté. Selon leur tendance, les juristes de Byzance substituent à des critères abstraits et rigoureux, mais sûrs, la recherche casuelle de l'intention probable des parties. Cf. D. 30. 44 § 2 (*si modo ... fin. itp.*), § 3 (*durante scilicet voluntate, itp.*), § 4 (*nisi testator mutavit voluntatem, itp.*) ; D. 34.2.6 § 1, dont nous avons déjà relevé les interpolations.

Nous pouvons maintenant aborder l'examen de nos sources. Cette étude nous révélera que les transformations atteignant la chose léguée étaient appréciées différemment selon qu'il s'agissait de legs d'usufruit ou de propriété.

D. 7.4.5 §§ 2, 3 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Rei mutatione interire usumfructum placet : veluti ususfructus mihi ædium legatus est, ædes corruerunt vel exustæ sunt : sine dubio extinguitur. an et areæ? certissimum est exustis ædibus nec areæ nec cæmentoribus usumfructum deberi. et ita et Iulianus. § 3 : Si areæ sit ususfructus legatus et in ea ædificium sit positum, rem mutari et usumfructum extinguere constat. [plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur]*¹.

¹ D'après la grande majorité des auteurs, le texte d'Ulpien, tel qu'il nous est transmis par la compilation, serait incomplet. On admet généralement que le jurisconsulte faisait des distinctions au sujet de la recevabilité de ces actions, distinctions qui auraient été supprimées par les

Un legs d'usufruit sur une maison tombe si cette maison s'écroule, est démolie ou incendiée ; il ne portera ni sur les matériaux, ni sur la maison nouvelle qu'on édifierait à la place de l'ancienne. Cf. aussi : Iul. D. 7.1.34 § 2 ; Afric. D. 7.1.36 pr. ; Ulp. D. 7.4.10 § 1 ; Inst. II.4.3. A-t-il pour objet l'*area*, le legs d'usufruit est anéanti en cas de construction.

Le legs tombe également si le jardin grevé est envahi par les eaux *ut stagnum iam sit aut palus* — au contraire de la simple *inundatio*, qui n'emporte pas *mutatio rei* (Ulp. D. 7.4.10 § 2) ; il en est de même si l'étang grevé se dessèche et devient un champ (Ulp. D. 7.4.10 § 3), si l'on abat une forêt pour cultiver des céréales à la place (Ulp. D. 7.4.10 § 4), si l'on transforme en maison d'habitation un établissement de bains ou en appartement une boutique (Ulp. D. 7.4.12 pr.), si l'on destine à une autre fonction un esclave comédien (Ulp. D. 7.4.12 § 1), ou bien encore en cas de spécification : on lègue l'usufruit d'une coupe ; cette coupe est fondue et, avec le même métal, on en fait une nouvelle ; on lègue l'usufruit d'une masse de métal brut, dont on fait des vases ou bien l'usufruit de bijoux, qui sont fondus : le legs ne portera ni sur la coupe nouvelle dans le premier cas, ni sur les vases dans le second, ni sur la masse de métal dans le dernier (Afric. D. 7.1.36 pr. ; Ulp. D. 7.4.10 § 5).

Lorsqu'on lègue l'usufruit d'un troupeau, dont un si grand nombre de têtes vient à périr que le reste

Byzantins. Cf. Wlassak, ZSS 31 (1910), p. 227, en note et GUARNERI-CITATI, *op. cit.*, p. 96 en note. Nous croyons que toute la fin est interpolée dès *plane si*. Le mot *plane* est en effet suspect (cf. *Indice* de Guarneri-Citati, p. 67). D'autre part, on ne voit pas pourquoi le jurisconsulte traiterait dans ce cas seulement et non dans les suivants la question des actions ouvertes à l'usufruitier contre le propriétaire. Relevons enfin que ce texte concerne un cas de *mutatio* se produisant du vivant du testateur ; or le mot *proprietary* implique que le droit d'usufruit est constitué ; il contredit ainsi le début du paragraphe.

ne mérite plus d'être appelé un troupeau, le legs tombe (Pomp. D. 7.4.31). De même pour le quadrigé dont un cheval périt ; si cependant l'acte constitutif parlait de quatre chevaux et non de quadrigé, le legs subsistait sur les trois autres chevaux :

D. 7.4.10 § 8 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Quadrigæ usufructu legato si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus quæritur. ego puto multum interesse, equorum an quadrigæ ususfructus sit legatus : nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigæ, non remanebit quoniam quadriga esse desiit :*

D. 7.4.11 (Paul. lib. 3 ad Sabinum) : [*nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit*]¹.

Le legs d'usufruit subsiste malgré la disparition complète de la substance d'une chose, pour autant que la *species rei* reste inchangée. Ainsi, on répare une maison ou un navire ; le legs ne tombe pas, quand bien même ces réparations, effectuées peu à peu, auraient abouti à ce que pas une pierre de la maison, pas une planche du navire primitifs ne subsistent (Ulp. D. 7.4.10 § 1). Mais le legs tombe si l'on démolit le navire ou la maison pour les reconstruire avec les mêmes matériaux (Ulp. D. 7.4.10 § 7). Les mots *quam sententiam puto veriore* indiquent cependant que l'opinion n'était pas unanime sur ce point. Cf. Noodt : *De usufructu, Opera omnia*, éd. 1724, t. I, p. 387.

Quant au legs de propriété, il résiste mieux que celui d'usufruit aux transformations qui atteignent la chose léguée.

C'est ainsi que la destruction de la maison léguée n'anéantit pas le legs, qui porte alors sur l'*area* (Pomp.

¹ GUARNERI-CITATI, *Annali Messina I* (1927), pp. 100 sqq., a suspecté, avec raison semble-t-il, l'authenticité du fr. 11. Il est peu probable que les jurisconsultes classiques estimaient que le quadrigé dont un cheval a été remplacé restait le même quadrigé.

D. 30.22 : *...quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari*). Cf., à propos du legs d'u sufruit, D. 7.4.5 § 2.

De même, la démolition, par le testateur, de la maison léguée ne fait pas tomber la disposition :

D. 30.44 § 4 (Ulp. lib. 22 ad Sabinum) : *Si areæ legatæ domus imposita sit, debebitur legatario [nisi testator mutavit voluntatem]*.

D. 31.39 (Iav. lib. 3 ex Cassio) : *Si areæ legatæ post testamentum factum ædificium impositum est, utrumque debebitur et solum et superficies*¹.

Signalons cependant, en sens contraire, une décision du Proculien Celse :

D. 32.79 § 2 (Cels. lib. 9 dig.) : *Area legata si inædificata medio tempore fuerit ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur*.

Une divergence sur ce point entre les deux écoles n'est pas exclue ; sic. Ratti, *loc cit.*, pp. 278 sqq.

Si la maison s'écroule avant le *dies cedens*, on est en présence de la même *area* et le legs vaudra (Cels., fragment cité).

Nous avons vu que le legs d'usufruit sur l'*histrion* est anéanti, dès qu'on destine cet esclave à d'autres fonctions. Il n'en est pas de même pour le legs de propriété.

D. 32.61 (Alf. lib. 8 digestorum a Paulo epitomatorum) : *Textoribus omnibus, qui sui essent cum moreretur, legatis, quæsitum est, an et is, quem postea ex his ostiarium fecisset, legato contineretur. respondit contineri : non enim ad aliud artificium, sed ad alium usum transductum esse*.

D. 32.65 § 1 (Marc. lib. 7 institutionum) : *Si ex officio quis ad artificium transierit, quidam recte putant legatum extinguere, quia officium artificii mutatur*.

¹ Ce fragment a toutefois été suspecté par RATTI, *Studi Bonfante I*, p. 279 n. 34, qui suppose qu'une partie du texte original a disparu.

Le legs d'un esclave tisserand n'est pas anéanti parce qu'on a fait de ce tisserand un portier ; on a donné à cet esclave une autre fonction, mais il n'en reste pas moins un tisserand et tant que l'esclave garde le même métier (occupation exigeant des connaissances particulières, un apprentissage), il reste le même esclave.

Voyez cependant la forme *quidam recte putant*, qui montre que l'opinion de Marcien était celle d'une minorité.

D. 31.65 § 1 (Pap. lib. 16 quæst.) : *Quadrigæ legatum equo postea mortuo perire quidam ita credunt, si equus ille decessit qui demonstrabat quadrigam :...*

Alors qu'en matière d'usufruit, il suffit qu'un des chevaux périsse pour que le legs soit anéanti, il faut, d'après Papinien, que ce soit le cheval de tête *is qui quadrigam demonstrabat*, qui disparaisse pour faire tomber le legs de propriété. Et encore, n'était-ce pas l'opinion unanime : les mots *quidam ita credunt* montrent que, selon la majorité des jurisconsultes, le legs subsistait.

La question de la spécification paraît avoir été très vivement débattue en matière de legs de propriété et nos sources ne sont, à ce sujet, ni claires, ni complètes. Elles sont en outre souvent suspectes. Qu'il nous suffise de noter, sans examiner plus à fond le problème, qu'en matière d'usufruit, la spécification était unanimement considérée comme anéantissant le legs (Ulp. D. 7.4.10 §§ 5, 6 ; Afric. D. 7.1.36 pr.)¹. En matière de legs de propriété, au contraire, la question était très controversée : d'après Ulpien et Julien (D. 30.44 §§ 2, 3 ; D. 32.49 § 5), elle est sans effets sur le legs ; pour Marcellus (D. 34.2.6 § 1), elle le fait tomber. Quant aux passages qui nous rapportent l'opinion de Paul, ils sont très probablement inter-

¹ Cf. FERRINI, *Legati*, pp. 599 sqq.

polés ; cf. D. 32.88 ; D. 32.78 § 4, dont la solution doit être attribuée à Tribonien.

Citons enfin un texte de Paul, d'après lequel le legs d'un bœuf ne s'étend pas au cadavre de cet animal :

D. 31.49 pr. (Paul. lib. 5 ad legem Iuliam et Papiam) : *Mortuo bove qui legatus est neque corium neque caro debetur.*

Nous avons ainsi examiné le régime des effets de la *mutatio* en matière de legs. Cette rapide étude nous conduit aux constatations suivantes :

L'extinction du legs de propriété et du legs d'usufruit dépend, en droit classique, de critères abstraits, à savoir l'identité de la chose léguée.

Cette identité est appréciée plus strictement pour le legs d'usufruit que pour le legs de propriété.

Enfin, en matière de propriété, la transformation de la chose a des effets différents selon qu'il s'agit du legs ou du droit. Ainsi, d'après le Proculien Celse (D. 32.79 § 2), le legs de l'*area* tombe en cas de construction par le testateur. Mais la propriété de cette *area* subsiste, si elle est acquise au légataire lors de la construction. Le legs du bœuf ne porte pas sur le cadavre de l'animal tandis que le droit s'étend à cette chose nouvelle (Paul. D. 31.49 pr.). Selon Marcien, le legs est anéanti si l'esclave légué change de métier (D. 32.65 § 1) ; or cette transformation n'éteint pas le droit.

Pour le legs d'usufruit, au contraire, les critères de l'identité ne varient pas selon que la *mutatio rei* est antérieure ou postérieure à la constitution de l'usufruit.

En effet, nous voyons d'une part que c'est le même mot *mutatio* qui s'applique. Traitant du droit d'usufruit, Paul écrit (Sent. 3.6.31) : *Rei mutatione amittitur ususfructus*. Au D. 7.4, Ulpien qui vise le cas

du legs, reprend le même terme : *Rei mutatione interire usumfructum placet* (D. 7.4.5 § 2) ; ...*rem mutari et usumfructum extinguere constat* (fr. 5 § 3, h. t.) ; ...*mutata re ususfructus extinguitur* (fr. 10 § 3, h. t.).

D'autre part, les exemples cités en matière d'extinction du droit d'usufruit sont les mêmes que ceux qui se rapportent à l'anéantissement du legs : le terrain sur lequel on construit la maison détruite, le champ envahi par les eaux du fleuve. Le long extrait d'Ulpien au D. 7.4.10 contient une énumération des cas de *mutatio* dont l'exemple type, la maison détruite, est celui dont se sert également Paul pour illustrer sa règle.

Il apparaît donc que le régime des effets de la *mutatio* ne dépend pas du moment où ce fait se produit. Que l'usufruit ait sa source dans une disposition à cause de mort ou dans un acte entre vifs, que la transformation atteigne une chose encore dans le patrimoine du testateur ou une chose sur laquelle le droit d'usufruit a déjà été acquis par le légataire, c'est le même critère : *mutatio rei*.

CHAPITRE II

APERÇU GÉNÉRAL DE LA NOTION D'IDENTITÉ DES CHOSSES EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

L'examen de ces quelques textes révèle manifestement que l'objet du droit d'usufruit est plus restreint que celui des autres droits réels. Aucune des transformations qui éteignent l'usufruit ne porte atteinte au droit de propriété — exception faite de la transformation du fonds en *alveus*. Le gage et les servitudes rurales subsistent sur les ruines de l'édifice grevé ; un changement de culture du fonds, de destination du bâtiment, la construction sur l'*area*, la disparition de la maison grevée laissent ces droits intacts, alors que l'usufruit s'éteint. Pour les servitudes urbaines, nous voyons le préteur intervenir. Il n'en est rien pour notre institution où l'on s'en tient à l'interprétation stricte du *ius*.

Le legs de propriété résiste également mieux que celui d'usufruit aux transformations qui atteignent la chose léguée.

Enfin, tandis qu'il semble y avoir souvent des controverses dans la doctrine à propos des servitudes et du legs de propriété, nos textes sur l'usufruit ne nous en révèlent pas, exception faite d'un point spécial

(D. 7.4.10 § 7). La jurisprudence semble unanime et cela avec une continuité remarquable, car, tandis que de nombreux textes concernant le legs de propriété, les servitudes et le gage présentent des indices d'interpolations, les nôtres n'ont pour ainsi dire pas été retouchés par les compilateurs de Justinien.

Bien qu'à des degrés divers, les autres droits réels sont attachés à la chose plus solidement que l'usufruit. Ils sont moins sensibles aux transformations qu'elle subit. Un champ reste pour le propriétaire *eadem res*, bien qu'on y ait planté une forêt ; mais pour l'usufruitier, cette forêt est une *nova species* ; il voit son droit s'éteindre. Les critères qui servent à déterminer l'identité des choses varient donc selon les institutions pour les juristes romains.

Quels sont alors ces critères ? D'après quelles normes le jurisconsulte classique décidait-il que tel objet de droit a été transformé, qu'on est en présence d'une chose nouvelle ? En d'autres termes, comment résolvait-il le problème de l'identité ?

C'est ce que nous essaierons de déterminer, en nous consacrant plus spécialement à l'étude de l'usufruit.

On chercherait vainement dans nos sources une réponse directe à cette question. La compilation ne donne à ce sujet que des cas d'espèce. Mais si les jurisconsultes romains n'ont pas exprimé leur doctrine abstraitement, s'ils n'ont pas énoncé des règles d'une portée générale, il est acquis que cette doctrine, ils la possédaient, que leurs solutions ne sont pas données au hasard de l'espèce, mais d'après des principes qu'il s'agit de reconstituer. La parfaite concordance et l'unité des réponses qu'ils donnent dans les cas concrets, la ligne de leur jurisprudence ne laissent aucun doute à cet égard.

Nous possédons cependant un texte d'une portée générale, celui du jurisconsulte Alfenus, un contem-

porain de Cicéron, texte qui nous est rapporté au D. 5.1.76.

D. 5.1.76 (Alfenus lib. 6 digestorum) : *Proponebatur ex his iudicibus, qui in eandem rem dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse inque eorum locum alios esse sumptos, et quærebatur, singulorum iudicum mutatio eandem rem an aliud iudicium fecisset. respondi, non modo si unus aut alter, sed et si omnes iudices mutati essent, tamen et rem eandem et iudicium idem quod antea fuisset permanere : neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus : nam et legionem eandem haberi, ex qua multi decessissent, quorum in locum alii subiecti essent : et populum eundem hoc tempore putari qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret : itemque navem, si adeo sæpe refecta esset ut nulla tabula eadem permaneret quæ non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari. quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex eius ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hæc cottidie ex nostro corpore decederent aliæque extrinsecus in earum locum accederent, quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.*

— Un tribunal dont la composition a changé d'une audience à l'autre est-il toujours le même tribunal ? Oui, répond Alfenus, et cela quand bien aucun des juges présents à la première audience n'assisterait à la suivante. Car le remplacement des parties d'une chose par des parties nouvelles n'entraîne pas l'extinction de la chose ; ainsi une légion où des recrues ont pris la place des soldats tombés à la bataille, un peuple à cent ans de distance, un vaisseau si souvent réparé que toutes les planches en sont nouvelles, sont iden-

tiques à la légion, au peuple, au bateau primitifs. La matière dont est faite une chose peut disparaître, cette chose reste la même tant que la *species rei* subsiste : *quapropter cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari*.

C'est à ce même critère, la *species*, que les jurisconsultes font appel dans un autre domaine où la question de l'identité se pose également, celui de la spécification.

Nous avons vu qu'en matière de spécification, il faut, avant de se demander à qui appartient la chose spécifiée, déterminer s'il y a une chose nouvelle, s'il y a eu spécification. C'est le même problème que celui soulevé par Alfénus : quels sont les éléments d'un corps qui doivent être modifiés pour que ce corps perde son identité? Et là aussi, on a recours à cette notion de *species* ; *nova species = nova res* (cf. Gai. D. 41.1.7 § 7 ; Paul. D. 41.2.30 § 4). Au point que, comme le remarque M. Bonfante¹, *species* peut-être quelquefois assimilé à *res* : « *species... viene a significare senz'altro l'oggetto stesso* ». Cf. Pap. D. 33.10.9 pr. ; Scæv. D. 34.2.36 ; Marcell. D. 39.4.16 § 7 ; Iul. D. 44.7.17 ; Ulp. D. 45.1.29 pr.

Reste à préciser ce qu'on doit entendre par *species*, ce qu'aucun jurisconsulte classique n'a fait à notre connaissance. Mais si les Romains ne se sont pas embarrassés de définitions, ils avaient cependant une conception très nette de cette notion. C'est cette conception que nous allons essayer de dégager.

Quels sont les éléments qui doivent subsister, dans une chose, dans tel bateau déterminé, par exemple, pour que la *species navis* soit sauvegardée, pour qu'on puisse parler du même bateau? Quelles sont les qualités qui donnent à la chose son identité au point de vue juridique?

¹ *Corso di diritto romano* II 2 (Rome 1928), p. 118.

Faut-il, pour que soit conservée l'identité du concept à examiner, que tous ses éléments restent identiques?

Non, notre point de vue n'est pas celui du philosophe ou de l'homme de science et ce serait dépasser les exigences de la vie juridique ; ce serait même l'encombrer et la compliquer terriblement. Le texte d'Alfénus (D. 5.1.76) révèle bien clairement que cette identité envisagée par le juriste n'est pas absolue, qu'elle n'exige pas une concordance de tous les éléments du concept à identifier. C'est une identité relative ; il suffit que certains éléments restent les mêmes. Alfénus nous fait bien voir à quelle absurdité nous conduirait l'exigence, dans la vie juridique, d'une identité absolue telle que la conçoivent les mathématiques : si l'on déclarait que le renouvellement des parties fait disparaître l'identité du tout, dit-il, il faudrait, poussant le raisonnement jusqu'à ses conséquences extrêmes, déclarer que nous ne sommes pas le même homme qu'il y a un an, car, à ce que disent les philosophes, notre corps est constitué d'une quantité considérable de molécules, qui disparaissent sans cesse, remplacées par des nouvelles ; nous sommes donc composés d'une matière entièrement différente qu'il y a un an. Le droit ne peut pas s'arrêter à de pareilles considérations ; il a besoin de critères moins subtils, peut-être, mais plus pratiquement utilisables.

Avant même de reprendre nos textes pour déterminer ces éléments essentiels de la *species*, il est deux éléments que nous pouvons éliminer de prime abord : ce sont la *matière* et la *forme*.

Plusieurs fragments (D. 5.1.76 ; D. 7.4.10 §§ 1 et 7 ; D. 45.1.83 § 5) prouvent en effet que la disparition progressive de la matière et son remplacement simultané par une matière nouvelle et homogène n'emportent pas destruction de la chose. Alfénus, au D. 5.1.76, oppose même à ce phénomène, qui n'altère pas l'iden-

tité de la chose, la modification de la *species*. L'exemple classique, non seulement dans les textes juridiques, mais encore dans les textes philosophiques et littéraires, est celui du bateau qui subit un si grand nombre de réparations que plus aucune des planches dont était fait le bateau primitif ne subsiste ; et c'est cependant toujours le même bateau qui demeure (cf. les exemples cités par M. Sokolowski, *op. cit.*, notes 76, 79 et 80, pp. 506 et 507). Au contraire le bateau détruit, puis refait avec la même matière, perd son identité.

Certains auteurs ont voulu voir, dans *species*, la notion de forme, apparence extérieure. Ce serait là le critère de l'identité des choses ; tant que la forme d'une chose subsiste, celle-ci ne change pas. Ainsi Czyhlarz¹ et Bechmann² : « Nach den Anschauungen des gewöhnlichen Lebens, écrit ce dernier auteur, ist nicht die Substanz, sondern die Form das Wesentliche an der Sache ; diese ist das Moment, durch welches sie ihre Individualität erhält ». Bien que le sens étymologique du mot *species* soit en effet apparence, forme extérieure, une telle conception est erronée ; *species* n'a que très exceptionnellement ce sens au Digeste ; jamais même, d'après Perozzi³ : « quanto è certo che secundo l'origine etimologica *species* significa *forma*, altrettanto è per me certo, che questo significato etimologico nei nostri testi giuridici scompaie interamente ; non mi è avvenuto mai di poter rendere tutto il senso di *species* in un testo qualsiasi, traducendolo per *forma* ».

Comme le remarque Fischer dans une énergique réfutation de cette thèse, on ne comprendrait pas pourquoi, par exemple, le fait de cuire des plaques de terre pour en faire des tuiles est, d'après nos sources

¹ Dans les *Pandekten* de GLÜCK, livres 41 et 42, p. 249.

² *Ueber den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Specification*, ACP 47 (1864), pp. 25 sqq.

³ BIDR 3 (1890), p. 229.

(Iav. D. 18.1.65), une spécification, bien qu'il n'y ait aucune modification de forme ; mais donner à ces plaques une forme ronde, allongée, cubique, n'est pas une spécification.

Comment Gaius (D. 41.1.7 § 6) pourrait-il dire : *inundatio speciem fundi non mutat*? L'inondation ne modifie-t-elle pas l'aspect extérieur du fonds?

Cette opinion est d'ailleurs ancienne (l'étude de Bechmann date de 1864) et n'est plus soutenue actuellement ; elle avait été combattue en 1865 déjà par Fitting.

Ni la matière, ni la forme — les deux éléments constitutifs de la chose — ne sont à la base de cette notion de *species*. Reprenons alors quelques fragments visant cette question d'identité et voyons quels sont les éléments dont la modification a pour effet la naissance d'une chose nouvelle :

D. 41.2.30 § 4 (Paul. lib. 15 ad Sabinum) : *Item quod mobile est, multis modis desinimus possidere :... item si quod possidebam in aliam speciem translatum sit, veluti vestimentum ex lana factum*.

La laine transformée en vêtement perd son identité pour en acquérir une nouvelle. Pourtant la substance reste exactement la même et nous avons vu que la forme ne joue aucun rôle dans cette question. Mais cette laine, sous forme de vêtement, a un autre usage, une autre fonction, une utilité différente ; et c'est cela qui en fait une chose nouvelle. *Speciem* pourrait être remplacé ici par *usum*, sans inconvénient pour l'intelligence du texte. Ce qui importe, ce n'est pas la forme que prend cette laine, mais les services qu'elle rend sous cette forme. Si l'on teint seulement la laine, elle garde la même utilité, rend les mêmes services que précédemment. Aucune qualité essentielle n'est détruite ; sa fonction subsiste. Le juriste n'attribue pas plus d'effets à la teinture qu'à des taches de boue :

D. 41.1.26 § 2 (Paul. lib. 14 ad Sabinum) : *Si meam lanam infeceris, purpuram nihilominus meam esse Labeo ait, quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quæ in lutum aut cænum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.*

D. 7.8.23 (Paul. lib. 1 ad Neratium) : Neratius : *Usuariæ rei speciem is cuius proprietas est nullo modo commutare potest.*

Le propriétaire ne peut modifier en rien l'état, la destination de la chose grevée d'un droit d'*usus*. C'est ici la chose considérée en relation avec la fonction qu'elle remplit. Ce mot se retrouve avec le même sens chez le même jurisconsulte, au D. 25.1.16 : ... *impensæ... ad conservandam ipsam rem speciemque eius necessariæ...*

D. 41.1.7 § 6 (Gai. lib. 2 rerum cottidianarum sive aureorum) : *Aliud sane est si cuius ager totus inundatus fuerit : namque inundatio speciem fundi non mutat et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse cuius et fuit.*

Dans ce fragment, Gaius oppose les effets d'une simple inondation au cas où le fleuve abandonne son lit pour en creuser un nouveau (§ 5). Tandis que, dans la première hypothèse, le fonds temporairement envahi par l'eau ne change pas, dans la seconde, il perd son identité au point que le droit de propriété qui portait sur ce sol s'éteint par suite de disparition de son objet. En effet, la simple inondation ne transforme pas le champ ; bien qu'il ne rende pas, temporairement, ses services habituels, il n'en continue pas moins à répondre à l'idée de champ, on le considère toujours comme tel. Dans le cas du fleuve qui change de cours, au contraire, le champ envahi par les eaux subit une transformation. Et quand les eaux se retirent, on est en présence, non plus d'un champ, mais d'un *alveus derelictus*. Le fonds ne rend plus les services du champ ;

il a maintenant une autre fonction. C'est une chose nouvelle.

D. 41.1.7 § 7 (Gai. ibidem) : ... *cum enim grana quæ spicis continentur perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit.*

Le fait de battre du blé n'est pas, d'après Gaius, une spécification ; il n'y a pas création d'une chose nouvelle, d'une *nova species*, car les grains qu'on délivre de leur balle n'acquièrent pas d'utilités, de qualités nouvelles.

D. 6.1.5 § 1 (Ulp. lib. 16 ad edictum) : ... *mulsum... suam speciem pristinam non continet.*

Quand on mélange du vin et du miel, la boisson qu'on obtient n'a ni les qualités du vin, ni celles du miel ; le mulsum a son goût propre, ses qualités spécifiques propres. C'est une *nova species*.

La notion de *species* ne repose donc pas sur les éléments constitutifs de la chose ; ni la matière, ni la forme, dont la réunion crée la chose physique, ne sont à sa base. C'est avant tout une notion relative, déterminée d'après des considérations pratiques, empruntées à la vie même, comme le dit Bechmann : « Im Einzelnen kann die Frage, wann eine *nova species* vorhanden sei, nur von dem Leben ... beantwortet werden » (*loc. cit.*). *Species* est la chose, non pas considérée en sa structure interne, ni déterminée par des critères physiques, mais pour autant qu'elle rend tels services déterminés. Dès que sa structure ne lui permettra plus de rendre ces services, elle perdra son identité.

Il faut voir, dans *nova species*, non pas une chose nouvelle dans son essence — cela n'entre pas en considération en tant que critère de l'identité —, mais une chose remplissant des fonctions nouvelles qu'elle était inapte à remplir sous sa forme primitive. Les transformations de la matière dont elle se compose, de la forme

qu'elle revêt ne contribuent à lui donner cette identité nouvelle qu'indirectement, en lui permettant de rendre d'autres services.

Species désigne la chose pour autant que cette chose répond à une représentation abstraite que nous nous en faisons, représentation basée sur la fonction économique, sur l'utilité de cette chose. C'est, pour reprendre l'heureuse définition que M. Piccard¹ attribue aux Proculiens : « la chose en tant que somme de telles possibilités pratiques ».

La définition de M. Bonfante² tient également compte de ce point de vue : « *species* significa... ciò che rappresenta ai sensi l'individualità e l'idea dell'oggetto ».

Si nous reprenons le D. 5.1.76, nous aboutissons à la constatation suivante :

Alfenus ne se réfère pas à un critère général pré-établi, mais il choisit un critère propre au droit ; il énonce une notion juridique d'identité des choses, particulière à la vie du droit. Nous avons déjà vu qu'elle est différente de l'identité absolue. C'est une notion plus souple, plus en rapport avec la vie de tous les jours, basée sur un critère plus pratique. Ce n'est pas à une analyse de la constitution de la chose que le jurisconsulte emprunte sa notion d'identité, mais à la fonction même que remplit cette chose.

Cette notion de l'identité des choses, telle qu'elle ressort de l'exégèse à laquelle nous venons de nous livrer, est une notion « neutre », pour ainsi dire. Les critères qui la déterminent sont indépendants des droits qui portent sur la chose à identifier. Or nous avons vu, dans notre Introduction, qu'en matière d'extinction des droits réels *interitu* ou *mutatione rei*, les effets des transformations qui atteignent une chose

¹ *Recherches sur l'histoire de la spécification*. Thèse, Lausanne 1926, p. 33.

² *loc. cit.*

sont appréciés différemment selon le rapport de droit envisagé. Les critères de l'identité varient selon les institutions.

Nous sommes ainsi amenés à distinguer : il n'y a pas *une* question de l'identité des choses en droit romain classique. Il y a deux notions : *identité de la chose* et *identité de l'objet du droit*.

La première notion est celle que nous avons étudiée dans le présent chapitre. Nous la verrons s'appliquer chaque fois qu'on se demande si une chose déterminée a conservé son identité, en faisant abstraction des rapports de droit dont elle est l'objet.

C'est ainsi qu'en matière d'*exceptio rei iudicatæ vel in iudicium deductæ*, par exemple, il importe peu que la chose dont on apprécie l'identité soit grevée d'une servitude ou d'un usufruit. On la considère en elle-même, sans s'en référer en aucune façon à son statut juridique.

La notion de l'identité de l'objet du droit est différente. Ses critères sont déterminés par le pouvoir plus ou moins étendu qui est conféré au titulaire du droit. Et comme ce pouvoir diffère pour chaque institution, la notion d'objet variera en fonction du rapport de droit. Elle ne sera pas la même selon qu'il s'agira de propriété, de gage, de servitudes, de legs de propriété, de possession (cf. D. 41.2.30 § 4) ou d'usufruit.

Ainsi en matière de propriété, l'objet du droit est déterminé par des critères très larges ; cette notion dépasse celle de chose : Cels. D. 6.1.49 § 1 : *meum est quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo*. Mais pour les titulaires de *iura in re aliena*, l'objet du droit disparaîtra quand disparaîtront telles qualités sur lesquelles portait le droit.

C'est la seconde notion qui seule nous intéresse. Quels sont les critères qui déterminent l'objet du

droit d'usufruit d'après les jurisconsultes romains de l'époque classique?

* * *

Avant de terminer ce chapitre et de nous consacrer plus particulièrement à l'examen du droit d'usufruit, nous tenons à exposer en quelques lignes la thèse de M. Sokolowski et à prendre position à son égard. Il s'agit ici d'une étude sommaire ; nous n'avons pas la prétention d'apporter une solution originale au problème de l'influence de la philosophie grecque sur le développement du droit romain. Cela exigerait de notre part une incursion dans le domaine de la philosophie grecque et une étude sur les conditions dans lesquelles les philosophes romains, les petites écoles en particulier, ont admis les enseignements de leurs prédécesseurs grecs, recherches qui dépasseraient de beaucoup le cadre de ce travail et nos compétences. Nous nous bornerons à reprendre ici le point de vue de M. Albertario, qui réfute avec vigueur la théorie de l'influence de la philosophie hellénique sur le développement du droit romain¹. Nous n'examinerons en détail que l'exégèse que fait M. Sokolowski du fragment d'Alfenus au D. 5.1.76.

Dans un ouvrage paru en 1902², cet auteur attribue à la philosophie grecque une influence marquée sur le développement du droit romain. Le concept de chose, la notion d'identité tels que les exposent les jurisconsultes classiques auraient leur origine dans la théorie des Idées de Platon, reprise avec quelques divergences par les écoles péripatéticienne et stoïcienne. Les controverses entre les diverses écoles juridiques de la Rome classique — à propos de la spécification tout

¹ *La crisi del metodo interpolazionistico*. Studi Bonfante I, pp. 611 sqq.

² *Die Philosophie im Privatrecht I* (Halle 1902).

particulièrement — s'expliqueraient par l'appartenance des jurisconsultes à telle ou telle école philosophique. Les Sabinien auraient été Stoïciens, tandis que les Proculien se seraient rattachés à la doctrine d'Aristote.

Il est vrai qu'à l'époque du droit classique (fin de la République, début du Principat), la culture grecque avait pénétré profondément la société romaine et de là à conclure à l'influence de ces idées grecques sur le développement de la jurisprudence, il n'y a qu'un pas. La théorie de M. Sokolowski est tentante assurément ; elle permet apparemment une explication facile et élégante de certaines controverses de la doctrine romaine. M. Cornil¹ l'a reprise à son compte dans un résumé de l'ouvrage de M. Sokolowski. Elle n'en a pas moins rencontré une vive résistance chez les auteurs modernes. M. Hägerström² l'a réfutée longuement et M. Rabel³ la rejette en ces termes : « Erst in letzter Linie sind bei der Formulierung auch philosophische Kunstausdrücke im Spiel ; der Gegensatz der philosophischen Schulen aber hat hier nicht den geringsten sichtbaren ja auch nur denkbaren Einfluss »⁴.

Si l'on ne peut mettre en doute l'influence qu'eut la civilisation grecque sur la société romaine, il est peu

¹ *Philosophie et droit privé*. Revue de droit international et de législation comparée, 2^e série, t. 9 (Bruxelles 1907), p. 382 et *Droit romain*, pp. 110 et 201.

² *Der römische Obligationsbegriff* (Uppsala 1927), p. 246 n. 1.

³ *Grundzüge*, p. 443.

⁴ Certains auteurs, sans entrer dans les vues de M. Sokolowski sur le point spécial qui nous occupe, admettent d'une façon toute générale l'idée d'une influence de la philosophie grecque sur le développement du droit romain. Citons en premier lieu STROUX, *Summum ius summa iniuria* (éd. Teubner, Leipzig et Berlin, sans date), dont l'étude a été traduite en italien par RICCIBONO, *Annali Palermo* 12 (1928), pp. 639 sqq. ; PEROZZI, *BIDR* 3 (1890), p. 220. HÄGERSTRÖM (*op. cit.*, p. 236 sqq.), tout en rejetant la thèse de Sokolowski, admet que la notion romaine de *species* est due à l'influence hellénique.

Le point de vue de ces auteurs a été énergiquement réfuté par ALBERTARIO, *loc. cit.*

plausible que cette influence se soit étendue au droit, la seule culture vraiment indigène à Rome. Les sources de cette jurisprudence romaine — la loi des XII Tables, la science des pontifes, l'usage du forum, l'édit du préteur — sont bien antérieures à l'influence grecque. Certes, la plupart des définitions générales qui figurent au Digeste sont de source hellénique¹ ; mais elles sont purement platoniques et leur zone d'influence ne dépasse pas le domaine de la pure théorie. Comme le fait remarquer M. Albertario, l'infans est toujours resté à Rome *is qui fari non potest* ; les définitions des philosophes n'y ont rien changé. Ce qu'il y a de superficiel dans l'hellénisme d'un Cicéron, par exemple, nous laisserait déjà sceptique à l'égard du bien fondé de cette doctrine.

Pour nous rendre la thèse de M. Sokolowski vraisemblable, il faudrait nous prouver que l'influence de telle école philosophique — dont il faudrait alors nous exposer en détail les idées — a fait subir une déviation marquée à l'évolution de telle institution ; il faudrait décrire le développement de l'institution avant que l'influence de la philosophie se soit fait sentir, puis marquer le changement que ces doctrines y ont apporté.

Mais l'ouvrage de M. Sokolowski est loin de nous rapporter cette preuve. L'auteur expose, sans entrer dans de grands détails, les doctrines des principales écoles philosophiques ; or ces grandes écoles n'ont pu avoir d'influence sur le développement des institutions romaines qu'indirectement, par l'intermédiaire des écoles mineures contemporaines de nos jurisconsultes, écoles que M. Sokolowski néglige complètement. En outre il s'abstient totalement de nous décrire le processus par lequel ces thèses philosophiques en sont

¹ Cf. SENN, *De la Justice et du Droit* (Paris 1927) et : *Les origines de la notion de jurisprudence* (Paris 1926).

venues à développer des effets dans le domaine juridique. Il nous montre bien qu'il y a une certaine similitude entre telle notion juridique et tel concept philosophique, mais cela ne l'autorise pas à en conclure à une relation de cause à effet.

Pour faire voir combien cette démonstration est superficielle, reprenons-la sur un point. C'est à propos de la fameuse définition de Gaius aux Institutes II §§ 12 et 13 : *Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. corporales hæ sunt quæ tangi possunt velut fundus homo vestis aurum argentum denique aliæ res innumerabiles*. M. Sokolowski (p. 41) dit à ce sujet : « Es ist ein schlagender Beweis für den Einfluss des peripatetischen Systems, dass sich die klassischen Rechtslehrer in dieser grundlegenden Frage ganz auf seinen Standpunkt (celui d'Aristote) gestellt haben ». En effet, Aristote dit quelque part : *σῶμα δὲ ἅπαν ἄπτον*.

Aristote et Gaius choisissent, il est vrai, le même critère pour déterminer la chose matérielle ; mais que Gaius, après Aristote, je le veux bien, dise qu'une chose matérielle est celle qu'on peut toucher, ce n'est pas là une preuve bien convaincante du fait que ce juriste suivrait sur ce point la philosophie péripatéticienne. C'est plutôt que le toucher est le sens le plus sûr, le plus grossier, qu'on retrouve chez toutes les créatures, celui auquel on pense en premier lieu. M. Sokolowski lui-même le dit : « Der Grund dieses Kriteriums ist darin zu suchen, dass der Tatsinn als primärer, allen Lebewesen gleichmässig eigentümlicher Sinn angesehen wird. Der Tactus fehlt keinem einzigen Geschöpf und ist mit dem Stoff des Lebens, z. B. mit seinem Fleisch verbunden ». N'en peut-on pas dire autant pour Gaius ?

Le choix si naturel de ce critère relève du domaine du sens commun, qui est tout aussi bien le patrimoine du juriste que celui du philosophe.

Reprenons enfin la démonstration de M. Sokolowski (p. 36) à propos de la notion d'identité et du fragment d'Alfenus (D. 5.1.76). Nous y retrouvons la même désinvolture. Après avoir exposé les doctrines platonicienne, péripatéticienne et stoïcienne sur l'identité, M. Sokolowski fait l'analyse du texte d'Alfenus. Puis, sans autre, il conclut : « Es unterliegt gar keinem Zweifel, dass die klassischen Rechtslehrer je nach ihrer philosophischen Richtung unter dem terminus *species* in einem gewissen Zusammenhang bald das peripatetische εἶδος, bald die stoische εἶς verstehen, also gerade dasjenige, was nach platonischer analoger Auffassung die Idee, den Begriff der Sache ausmacht ».

Reprenons ce raisonnement : tout d'abord, l'auteur constate une analogie entre les notions d'εἶδος, εἶς et celle de *species*. Mais il n'a pas même recherché ce qu'entendait le juriste par *species*. En fait il est frappé par un caractère commun aux deux notions : l'élément matériel n'entre pas en ligne de compte. Se basant sur cette seule similitude, bien fragile, il conclut à l'identité des deux concepts. Bien plus, de cette prétendue identité, il déduit une relation de cause à effet : puisque la *species* est analogue à l'εἶδος d'Aristote, c'est que la conception d'Alfenus remonte à la philosophie péripatéticienne, à l'Idée de Platon.

Rien de plus arbitraire, rien de moins prouvé. Malgré leur caractère commun (abstraction de l'élément matière), nous sommes persuadé que la *species*, que nous avons vu être avant tout une notion pratique et relative, n'a aucun rapport avec l'Idée de Platon — réalité suprasensible, dont les objets terrestres ne sont que le pâle reflet — d'où elle tirerait son origine, d'après M. Sokolowski ¹.

Et encore ces notions seraient-elles identiques, il

¹ Dans une de ses épîtres, Sénèque (Ep. 65) traduit régulièrement εἶδος par *forma*, alors que l'expression *species* ne paraît pas une seule fois.

faudrait démontrer que le juriste a emprunté la sienne à la métaphysique d'Aristote. M. Sokolowski veut trouver encore un argument en faveur de sa thèse dans les exemples choisis par Alfenus : le bateau dont les réparations ont totalement renouvelé la matière et l'homme dont la structure physique s'est également entièrement renouvelée par suite du développement des tissus. Car on trouve ce même exemple chez Olympiador, un commentateur de Platon et Aristote. Mais c'étaient là des exemples courants, non seulement dans les écrits philosophiques, mais aussi dans les ouvrages littéraires. Notre auteur les traite même de cas d'école (Schulbeispiele). C'est ainsi qu'on en retrouve de semblables chez Plutarque (Vita Thesei cap. 23), qui se demande si le bateau de Thésée, monument national athénien, a gardé son identité malgré les nombreuses réparations dont il fut l'objet ; même question chez Denis d'Halicarnasse, à propos de la cabane mythique de Romulus que conservaient les Romains. C'est le comique Epicharme, qui, dans une de ses comédies, dont un fragment nous est parvenu, met en scène un débiteur se refusant à payer sous prétexte qu'il n'est plus le même qu'il était lorsqu'il a contracté ¹. Il est probable qu'Alfenus doive l'idée de cet exemple à sa culture hellénique, certes, mais on ne saurait prétendre que ses conclusions en soient influencées. C'est un élément tout à fait accidentel, extérieur de son texte.

Enfin M. Sokolowski — et d'autres auteurs avec lui ² — invoque les mots *ut philosophi dicerent* : Alfenus se reporte directement à l'autorité des philosophes ; sa théorie repose donc sur des conceptions philosophiques.

¹ BERNAYS, *Gesammelte Abhandlungen*, herausgegeben von H. Usener (Berlin 1885), p. 116.

² GROTIUS, *De iure belli et pacis*, lib. II, cap. IX § 3 ; p. 522 du t. II de l'édition de Lausanne (1761) ; FISCHER, *loc. cit.* ; PICCARD, *loc. cit.*

Mais un examen moins superficiel du texte montre que la portée de cette référence est beaucoup plus restreinte. Les mots *ut philosophi dicerent* ne se rapportent qu'au passage : *ex quibus particulis minimis consisteremus, hæ cottidie ex nostro corpore decederent aliæque extrinsecus in earum locum accederent*. Empruntant une comparaison au domaine de la science, le juriste cite sa source et se rapporte en toute modestie aux dires de l'homme de science — de l'histologiste, dirions-nous aujourd'hui ; et c'est à ce sens très restreint qu'il faut ramener *philosophi*, terme par lequel on entendait alors aussi bien le physicien, l'anatomiste, l'astronome que le métaphysicien. Ramenons donc cette citation de l'opinion des philosophes à ses justes limites ; ce n'est en rien une référence à la philosophie de la matière d'Aristote. Au contraire, elle marque plutôt une opposition entre le point de vue pratique du juriste et celui de l'homme de science.

L'examen attentif de cette exégèse confirme nos premières affirmations : rien ne nous permet de conclure à une influence directe de la philosophie grecque sur le développement du droit romain ; il semble, bien au contraire, qu'en cette question d'identité des choses, la jurisprudence classique admettait des solutions pratiques, indépendantes de toute influence philosophique.

CHAPITRE III

LE PROBLÈME DE L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT

REI MUTATIONE

Nous pouvons maintenant passer sans plus au problème de l'identité en matière d'usufruit. D'après quels critères les jurisconsultes romains classiques déterminaient-ils qu'il y avait *mutatio rei* et que le legs était par conséquent anéanti ou le droit éteint ?

Les Pandectistes n'ont attribué à cette question qu'une place fort restreinte dans leurs systèmes. Ne s'attachant guère à déterminer l'objet de l'usufruit, ils se sont bornés à signaler que ce droit s'éteint *mutatione rei* et à opposer *mutatio* à *interitus*, la transformation de la chose à sa disparition¹.

D'après Dernburg, une transformation importante (eine erhebliche Veränderung) est nécessaire pour entraîner l'extinction du droit. Cet auteur prétend que nos jurisconsultes n'avaient aucun critère, qu'ils décidaient arbitrairement si la chose perdait ou non son identité : « Uebrigens läuft die Unterscheidung der

¹ WINDSCHEID, *Pand.* I § 215 ; PUCHTA, *Pand.* 8^e éd. (Leipzig 1856), p. 291 ; DERNBURG, *Pand.* I, § 254.

römischen Juristen zwischen erheblicher Veränderung und unerheblicher in Willkür aus »¹.

Karlowa² recherche un critère dans la facilité plus ou moins grande avec laquelle on remet la chose dans son état antérieur : « Die Veränderung von Ackerbau in Weinland, écrit-il, oder umgekehrt mag als eine blosse Veränderung der Benutzung erscheinen, sie lässt sich leichter weiter rückgängig machen. Dagegen die Niederlegung eines Waldes und die Umwandlung desselben in Saatland ist ein wesentlicher Eingriff in die Substanz der Sache : der Wald liesse sich nur allmählich in langen Jahren wiederherstellen ». Seulement ce critère nous paraît vague ; il manque de précision.

Czyhlarz³, Bechmann⁴ et Leist⁵ déclarent que les autres droits réels portent sur la matière de la chose et l'usufruit sur la forme (c'est ainsi qu'ils traduisent *species* : die äussere Sacherscheinung), qui donne à la chose son individualité, son nom. Cette interprétation ne résiste pas à un examen attentif des textes. Il est exact que la *mutatio rei* comporte le plus souvent un changement dans la forme de l'objet ; mais ce n'est pas là l'élément décisif. Nous avons vu plus haut que ce n'est pas la forme qui donne à la chose son individualité et cette remarque vaut aussi pour l'usufruit. D'autre part, il suffit de relire le fragment d'Alfenus (D. 5.1.76) pour se persuader du fait que l'extinction de la matière ne fait pas perdre à la chose son identité.

D'après Sintenis⁶, le droit porte seulement sur l'objet primitif. Cette conception est tout à fait juste,

¹ *Pand.* I § 254.

² *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901), p. 546.

³ *Op. cit.*, pp. 227 sqq.

⁴ ACP 47 (1864), p. 39.

⁵ *Natur des Eigentums* (Iena 1859), p. 127.

⁶ *Das praktische Gemeine Civilrecht*, 3^e éd. (Leipzig 1868), t. I, p. 66.

mais Sintenis ne résout pas le problème qui est : déterminer quand l'objet primitif perd cette qualité pour devenir une chose nouvelle.

Il faut reconnaître, avec Burckhardt (*op. cit.*, p. 59), que l'expression n'est pas très claire. En quoi la *mutatio* diffère-t-elle de l'*interitus* ? Notre opinion est qu'il n'y a pas, entre ces deux termes, une opposition telle que celle qu'y voient les Pandectistes : *mutatio*, tout comme *interitus*, désigne l'extinction de l'objet du droit, qui entraîne celle du droit. La seule différence qu'il y ait est simplement de degré ; on parlera de *mutatio*, quand l'identité de cet objet est plus fragile et qu'une transformation plus légère de certains de ses éléments emporte sa disparition. Et encore la limite est-elle impossible à tracer nettement : c'est une question d'appréciation.

En effet, parmi les exemples qu'Ulpien et Paul citent pour illustrer la règle *rei mutatione*, certains se réfèrent à des cas d'*interitus*, où la transformation de la chose est telle que la propriété également s'éteint. Ainsi au D. 7.4.10 § 2, l'inondation, qui transforme un champ en un marais ou en un cours de rivière, a aussi pour effet la perte du droit de propriété et des servitudes (cf. D. 7.4.23 et 24 pr. ; D. 41.1.7 § 5). De même la spécification (D. 7.4.10 § 6) ; nous avons vu plus haut que, selon la doctrine romaine, elle emporte l'extinction totale de la chose spécifiée et en fait naître une nouvelle (cf. Gai. Inst. II. 79). Enfin l'exemple type de *mutatio*, celui que donnent Paul (Sent. 3.6.31) et Ulpien (D. 7.4.5 § 2) comme illustration première de leur règle, la destruction de la maison, nous paraît constituer non pas une transformation, mais une disparition de la chose léguée.

Il y a plus : au Code III. 33.16 § 1 (Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.), nous ne trouvons plus *mutatio* mais *interitus* : *usumfructum... cadere... tantummodo morte*

usufructuarii et ipsius rei interitu... § 2 : tunc eum tantummodo desinere cum usufructuarius vel res pereat et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare.

Serait-ce que les Byzantins aient méconnu la règle de Paul et Ulpien ? Non pas, car ils la consacrent expressément au Digeste et, aux Institutes, s'ils n'emploient pas le terme *mutatio*, ils reprennent l'exemple des Sentences de Paul et du commentaire d'Ulpien, la destruction de l'édifice. Qu'on se reporte encore aux Basiliques 16.45 § 2 : τοῦ πράγματος ἐναλλαγέντος φθείρεται ἡ χρῆσις ; on parle de transformation et non de disparition. Voyez encore les paraphrases de Théophile, lib. 1, tit. 4 pr. et § 3.

Ulpien et Paul disent donc *mutatio* et citent des exemples d'*interitus*. Justinien, qui n'emploie que le terme *interitus* donne en exemple un cas de *mutatio*. C'est donc qu'il n'y a pas entre ces deux notions l'opposition qu'y ont vue les Pandectistes. Il s'agit là du même phénomène ; qu'on envisage la *species rei*, on parlera d'*interitus*, car la chose perd ses qualités spécifiques pour en acquérir des nouvelles ; mais on emploiera *mutatio* si l'on considère la chose elle-même, car elle ne fait que se transformer.

Nous ne trouvons donc pas, dans la règle *rei mutatione amittitur ususfructus*, un critère précis. Cette phrase énonce simplement le principe général que la perte de l'objet entraîne l'extinction du droit. Elle nous avertit en outre que la notion d'objet du droit est plus étroite en matière d'usufruit que pour les autres droits réels. Mais, si nous voulons déterminer plus exactement quels critères sont à la base de cette notion d'identité, elle ne nous est d'aucun secours. C'est par l'exégèse des exemples, dont, fort heureusement pour nous, Paul et Ulpien illustrent ce principe et de quelques autres textes du livre VII du Digeste

que nous pourrions nous faire de cette notion une représentation plus précise. Ces textes sont les suivants : D. 7.1, fr. 34 § 2, 36 pr., 53, 71 ; D. 7.4, fr. 5 à 12, 23, 24 pr., 30 et 31 ; Paul. Sent. 3.6.28 et 31.

Ce que révèle avant tout la lecture de ces fragments, c'est un étroit rapport entre le changement de nom de l'objet et l'extinction du droit. La plupart des auteurs qui ont traité cette question n'ont pas manqué de le remarquer. Ainsi Noodt : *mutato igitur rei nomine, mutata videtur rei forma et perit eius ususfructus*¹. Voyez surtout Burckhardt (*op. cit.*), qui, le premier, a insisté sur l'importance de ce rapport.

C'est ainsi que l'usufruit tombe quand la maison (*ædes*) est détruite (Ulp. D. 7.4.5 § 2) ; ce qui reste n'a plus le nom d'*ædes*, c'est une *area*. Mais la destruction de la maison ne porte pas atteinte au droit, si c'est un fonds qui a été légué, le tout portant encore le nom de fonds (*fundus*) ; le droit subsiste également tant qu'une partie de la maison est encore debout : *quamdiu quælibet portio insulæ remanet totius soli usumfructum retinet* (Iav. D. 7.1.53)². Bien qu'à moitié démolie, elle répondra encore au nom d'*insula*. L'*area ædificata* cesse d'être *area* pour devenir *ædificium* (Ulp. D. 7.4.5 § 3). Au D. 7.4.10 § 2, Ulpien précise : *Agri vel loci ususfructus legatus, si fuerit*

¹ *Op. cit.*, lib. II cap. XI ; cf. également : CONNANUS, *Commentarius Iuris Civilis* (Paris 1558), p. 212 D ; DONNELLUS, *Commentarii de Iure Civili* (Francfort 1589), lib. X, cap. 18 § 4 : *de hac mutatione ex rei nomine esse iudicandum* ; GLÜCK, *Pandekten IX* (Erlangen 1808), p. 349 ; ZAMBEAUX, *De l'extinction de l'usufruit*. Thèse (Paris 1887), N° 33.

² GUARNERI-CITATI déclare interpolés les mots *totius soli* ; en ce qui concerne la forme, son argumentation ne nous paraît pas très pertinente. Si Javolène emploie *solum* et non *area*, c'est qu'une partie du sol est encore occupée par la construction ; or *area* signifie justement le terrain non bâti (cf. CONNANUS, *op. cit.*, p. 212 B). D'autre part les mots *totius soli usumfructum retinet* n'impliquent pas que l'usufruitier acquière un droit d'usufruit sur l'*area* comme telle. Javolène entend simplement ici que, en cas de reconstruction de la partie détruite de l'*insula*, l'usufruitier aura la jouissance de cette portion nouvelle.

inundatus, ut stagnum iam sit aut palus, procul dubio extinguetur. Il faut que le champ inondé soit appelé *stagnum* ou *palus* pour que l'usufruit s'éteigne. Il en est de même dans le cas où l'étang, dont l'usufruit a été légué, est desséché : *Sed et si stagni ususfructus legetur et exaruerit sic, ut ager sit factus, mutata re ususfructus extinguitur* (Ulp. D. 7.4.10 § 3). Au § 5, la matière, *massa*, devient des vases, *vasa*. Le quadriga dont une tête a péri perd cette dénomination (§ 8). De même de l'établissement de bains dont on fait une maison d'habitation, de la boutique transformée en appartement (fr. 12 pr., h. t.). Au § 1 de ce fragment, le comédien destiné à d'autres fonctions n'est plus un *histrion*. *Proinde et si histrionis reliquerit usumfructum et eum ad aliud ministerium transtulerit, extinctum esse usumfructum dicendum erit.*

Tant que la chose garde le même nom, elle reste identique, le droit subsiste. Mais qu'elle vienne à perdre ce nom, c'est que la transformation qu'elle a subie en a fait un objet nouveau : l'usufruit s'éteint.

Un seul fragment fait exception : D. 7.4.10 § 4 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Non tamen, si arvi ususfructus legetur et ibi vineæ sint positæ, vel contra, puto extingui...*

Le changement de nom et la *mutatio rei* ne se couvrent pas ici. Bien que la *vinea* remplace l'*ager*, le droit subsiste. Riccobono, ZSS 30 (1909) p. 509, y voit une intervention des compilateurs qui, d'après lui, avaient une conception de l'usufruit entièrement différente de celle des jurisconsultes classiques et ne comprenaient plus notre règle. Nous ne sommes pas de cet avis et nous croyons au contraire que ce fragment est classique¹ ; tout au plus peut-on admettre que les mots *vel contra* sont interpolés.

¹ Dans le même sens : BURCKHARDT, *op. cit.*, note 43 ; ZAMBEAUX, *op. cit.*, N° 33.

Il est exact que, dans le langage courant, le Romain opposait *arvus*, le champ de céréales, à *vinea*, la vigne. Ainsi Cicéron. (*De Senectute* 15.54) : *segetibus et pratis et vineis et arbustis* ; Pline (*Hist. Nat.* 18.4.24) : *apud Romanos multo serior vitium cultura esse cœpit, primoque, ut necesse est, arva tantum coluere.* De même, dans un fragment traitant des déclarations à faire au fisc par le propriétaire romain, Ulpien dit : *...et arvum quod in decem annos proximos satum erit quot iugerum sit, vinea quot vites habeat* (D. 50.15.4 pr.).

Mais dans d'autres textes, nous voyons *arvus* pris dans le sens de *vinea*. Ainsi Varron (R. R. 1.7.2) : *maiores nostri ex arvo æque magno male consito et minus multum et minus bonum faciebant et vinum et frumentum.* Cf. Columelle (R. R. 3.3.2) et Pline (*Hist. Nat.* 14.1.14) ; cf. en outre : *Thesaurus linguæ latinæ* à l'article *arvus* : *vinea* figure au nombre des synonyma aussi bien que parmi les opposita.

Et cela s'explique : *arvus*, de *arare*, signifie exactement le champ labouré et c'est dans ce sens qu'il est le plus souvent employé. Mais de nombreux auteurs nous enseignent qu'on labourait la vigne à la charrue chez les Romains. Il est évident que, dans ce cas, *vinea* rentre dans la notion d'*arvus* au sens large, champ labouré, sens qu'il a encore à notre époque¹.

D'ailleurs de nombreuses sources nous enseignent qu'à Rome la vigne est fréquemment cultivée dans des champs de céréales, comme cela se pratique encore maintenant dans l'Italie méridionale. Les plants, espacés, sont supportés par des arbres, et, dans les intervalles, on cultive soit du blé, soit d'autres plantes. Voyez Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie der Altertumswissenschaft* I (Stuttgart 1894), article Acker-

¹ Cf. l'art. *vinea* de JARDE dans : Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* et les textes cités : Columelle, R. R. 3.13.3 ; Virgile, Georg. 2. 356 sqq., etc.

bau, p. 276 et les sources qui y sont citées, en particulier Columelle, de arb. 4.4. Cf. aussi Columelle, R. R. 5.6.11.

C'est cette hypothèse que nous paraît viser le fragment en question. *Si arvi ususfructus legetur et ibi vineæ positæ sint...* Il s'agit d'un champ de blé où l'on plante de la vigne, mais sans en exclure complètement la culture du blé, qui reste principale. Le champ répond toujours à la dénomination d'*arvus*. Il y répondrait encore à la rigueur, croyons-nous, si seule la vigne y était cultivée ; qu'on se reporte d'ailleurs au mot *puto* qui dénote une certaine hésitation chez le jurisconsulte. Il faut donc prendre ce mot au sens large ; on entend également par là la *vineæ*, notion qui est comprise dans celle d'*arvus*.

Mais l'inverse n'est pas vrai ; la notion de *vineæ* ne comprend pas celle d'*arvus* et nous soupçonnons fort les mots *vel contra* d'être interpolés. Le legs de l'usufruit d'une *vineæ* ne devait pas subsister, à notre avis, sur le champ de céréales qui la remplaçait. Le mot *vineæ* désigne très strictement l'emploi du fonds auquel doit être limitée la jouissance de l'usufruitier — tandis que le mot *arvus* est beaucoup plus large. Dès qu'on utilisait le champ à d'autres fins, le fonds perdait cette qualité de *vineæ* ; il y avait *mutatio rei*, le legs était anéanti. Remarquons que les mots *vel contra* se retrouvent au paragraphe précédent ; aux §§ 2 et 3 du même fragment 10, l'inondation du champ, comme l'assèchement de l'étang éteignaient l'usufruit ; au D. 7.4.5 §§ 2 et 3, le même effet est attribué à la destruction de la maison et à l'*inædificatio*. Il est fort possible que le compilateur, trompé par le fait que, dans le contexte, les phénomènes inverses avaient les mêmes effets, ait glissé ces deux mots dans le texte. C'est peut-être plus simplement encore une vulgaire glose.

Nous pouvons ainsi admettre que le nom est le critère de l'identité en matière d'usufruit. Il y aura *mutatio*, et par conséquent extinction du droit chaque fois que la chose perdra son nom. Ce critère nous permettra de déterminer avec sûreté s'il y a *mutatio* ou non dans tel cas donné ; mais ce n'est qu'un moyen extérieur, qui n'explique rien et nous ne pouvons arrêter là notre analyse. Il faut rechercher quelle signification a ce nom, quelles sont les qualités qu'il désigne, dont la disparition entraîne l'extinction du droit. En d'autres termes, quelles sont les qualités de la chose que comportent les termes employés par le constituant et auxquelles on se réfère pour décider de l'identité ou de la non-identité de l'objet du droit d'usufruit ?

Nous avons vu précédemment que cette question était étroitement liée à la nature même de l'institution. Selon le pouvoir plus ou moins étendu, plus ou moins déterminé qui est attribué au titulaire du droit, la notion d'identité varie. Pour préciser cette notion et en expliquer le pourquoi, il importe donc que nous étudions quelques caractères du droit d'usufruit tel que le concevaient les jurisconsultes romains de l'époque classique.

* * *

Selon le témoignage des Pandectes, l'usufruit était considéré par les Romains comme un droit sur une chose (Cels. D. 7.1.2 : *est enim ius in corpore...*) et classé parmi les servitudes (Marcian. D. 8.1.1 : *servitutes aut personarum sunt, ut ususfructus...*). Cette notion de l'usufruit a été reprise par la science romainiste ; les Pandectistes, plus épris de systématique que de véritable recherche historique, l'ont adoptée et, sous leur influence, elle passe dans nos codes

modernes : le Code Civil allemand et le Code Civil suisse l'ont consacrée¹.

Mais des travaux plus récents ont démontré que les jurisconsultes classiques avaient une notion différente de l'usufruit et ont reconstitué avec une réelle vraisemblance la conception originale. C'est l'œuvre de M. Riccobono², dont les conclusions ont été reprises et complétées avec quelques amendements sur certains points par MM. Buckland³ et Meylan⁴. Nous nous rallions à l'opinion de ces auteurs et les résultats de leurs travaux sont à la base de l'exposé qui suit.

L'usufruit en droit classique n'est pas une servitude. Longo⁵ l'a démontré le premier. C'est sur un texte de Marcien au D. 8.1.1 qu'on se basait avant tout :

D. 8.1.1 (Marcian. lib. 3 regularum) : *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum et urbanorum.*

Or aucune de nos sources classiques ne le considère comme tel : ni Gaius aux Institutes, ni même aucun des extraits qui forment aux Fragments du Vatican notre source la plus importante pour l'histoire de l'usufruit. Au livre VII du Digeste, les quelques fragments qui se réfèrent aux servitudes, se rapportent aux servitudes prédiales (D. 7.1, fr. 15 § 7, 16, 19 pr., 27 § 4 ; D. 7.6.1 pr.). Seul le D. 7.4.27 conçoit l'usufruit comme une servitude ; mais ce texte est manifestement interpolé (cf. Longo). Enfin qu'on se reporte aux titres D. 33.2 : *de usufructu et reditu... per legatum vel fideicommissum datis* et 33.3 : *de*

¹ Cf. BGB, chap. V, tit. II ; CCS, titre XXI, chap. II.

² *Lezioni di Istituzioni*, cours professé à l'Université de Palerme (1907-1908) ; ne se trouve pas dans le commerce ; mais ZANZUCCHI en a donné un compte rendu fort clair dans ZSS 30 (1909), pp. 509 sqq.

³ *The conception of usufruct in classical law*, dans *The Law Quarterly Review* 43 (Londres 1927), pp. 326 sqq.

⁴ *Fructus sine usu et actus sine itinere*, dans Studi Albertoni I (Padoue, 1932), pp. 97 sqq.

⁵ BIDR 11 (1898), pp. 316 sqq.

servitute legata ; aux titres 7.1 : *de usufructu...* et 8.1 : *de servitutibus* ; au Code, 3.33 et 3.34, ainsi qu'aux Institutes, il en est de même. On traite à part et comme d'objets différents, l'usufruit d'un côté, les servitudes de l'autre.

On peut en conclure, ou bien avec Longo, que le texte de Marcien est interpolé, ou bien, comme M. Buckland¹, que Marcien serait l'un des premiers représentants de la conception nouvelle.

En second lieu, l'usufruit n'est pas un *ius in re*. Au contraire, selon la conception que, très justement à notre avis, M. Riccobono prête aux juristes classiques, c'est un droit permettant de s'approprier les fruits de la chose d'autrui, mais qui ne confère aucun pouvoir sur cette chose même :

« I classici concepivano questo ...come un diritto che si limita alla *species rei*, cioè alla forma esteriore e quindi alla produttività della cosa secondo la sua attuale destinazione che da quella forma dipende, ma non investe la *substantia*, cioè l'essenza della cosa. »²

« Il diritto alla percezione dei frutti fu concepito dalla dottrina romana come un diritto a se indipendente da qualsiasi relazione giuridica con la cosa. »³

M. Riccobono s'appuie sur la définition de Paul au D. 7.1.1 : *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Il part des mots *salva rerum substantia* qu'il traduit ainsi : « il diritto di usare e godere delle cose aliene salva la sostanza »⁴. Ainsi *salva* signifie sauf, sans comprendre la substance.

A notre avis, ce n'est pas là la juste exégèse de ce texte. Il faut, pour saisir le sens de l'expression *salva*

¹ *Op. cit.*, p. 326 et Studi Riccobono, t. I, pp. 278 sqq.

² Cité d'après ZANZUCCHI, *op. cit.*, p. 509.

³ Cité d'après BUCKLAND, *op. cit.*, p. 332.

⁴ Cité d'après BUCKLAND, *loc. cit.*

rerum substantia, comparer notre fragment à un texte trop négligé, qui figure aux Règles d'Ulpien 24.26 : *Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas*. Les mots *salva substantia* ne se rapportent pas ici au droit, dont ils limiteraient la portée, mais aux choses susceptibles d'être objet de l'usufruit. Si nous transposons au D. 7.1.1 cette interprétation, nous obtenons la traduction suivante : l'usufruit est le droit de jouir et user de la chose d'autrui pour autant qu'il s'agit de choses frugifères. Il est possible d'ailleurs que ce texte ne soit pas classique. Remarquons qu'aucune définition ne figure au long fragment des Sentences de Paul. Les compilateurs ont également composé une définition de l'obligation au moyen d'un texte de Paul (D. 44.7.3 pr.). En outre, cette définition du D. 7.1.1 omet le caractère essentiellement personnel de l'usufruit (cf. Paul. Sent. 3.6.33 ; Ulp. D. 7.1.12 § 2). Enfin les mots *salva rei substantia* sont très suspects (leur sens énigmatique, l'ablatif absolu en fin de fragment, la répétition inélé-gante de *res*). Di Marzo, suivi par plusieurs auteurs, a déclaré ce texte interpolé¹.

Mais si cette interprétation du D. 7.1.1 se révèle erronée, cela n'infirme en rien la thèse de M. Riccobono, qui s'appuie en partie sur cette exégèse, certes, mais n'en dépend aucunement. Il y a d'autres arguments :

1. L'usufruitier ne possède pas la chose fructuaire (Gai. Inst. II.93 : *usufructuarius...non possidet, sed habet ius utendi fruendi*), comme c'est le cas pour le titulaire d'un autre droit réel.

¹ Dans ce sens : DI MARZO, *Studi Fadda I*, pp. 141 sqq. ; PEROZZI, *Ist²*, p. 780 n. 2 ; PAMPALONI, *Riv. it. per le sc. giur.* 49 (1914), p. 279 n. 6 ; EBRARD, *ZSS* 38 (1917), pp. 329 et 331 n. 2. *Contra* : ARANGIO-RUIZ, *Ist²*, p. 217 n. 1 ; RABEL, *Grundzüge*, p. 450.

2. Il use de la chose non pas en vertu d'un droit propre d'*usus*, mais parce que les facultés inhérentes de l'*usus* sont des facultés constitutives de l'*ususfructus* (*fructus enim sine usu esse non possunt*. Paul. Sent. 3.6.24). Cf. Meylan, *op. cit.*, p. 126.

3. Son droit ne s'étend pas aux accroissements, sauf quand ils sont insensibles, comme les alluvions (Ulp. D. 7.1.9 § 4 ; Pap. fr. 33, h. t.).

4. L'usufruit n'est pas un démembrement du *dominium*, mais est autre chose que le *dominium*, *aliud quid* (Iul. D. 45.1.58 ; Pomp. 44.2.21 § 3). Cf. Meylan, *op. cit.*, p. 122.

5. Enfin les actions qui compètent ordinairement au propriétaire lui sont refusées :

a) *actio legis Aquiliæ* (cf. Ulp. D. 7.1.17 § 3 : *Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliæ fructuario dandam nunquam dubitavi*. Cf. D. 9.2.11 § 10 et fr. 12, h. t.).

b) *actio arborum furtim cæsarum* : (Paul. D. 47.7.5 § 2 : *Is cuius ususfructus est in fundo hanc actionem (arborum furtim cæsarum) non habet...*).

c) *actio pluvix arcendæ* (Ulp. D. 39.3.3 § 4 : *Neque fructuarius neque cum eo aquæ pluvix arcendæ agi potest*).

d) l'usufruitier ne peut pas revendiquer les servitudes existantes au profit du fonds fructuaire (Ulp. D. 7.6.5 § 1 : *Nam et si fundo fructuario servitus debeat, fructuarius non servitutum, sed usumfructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*). Il ne peut pas non plus acquérir des servitudes au fonds ou l'en grever (Ulp. D. 7.1.15 § 7 : *...fructuarius quidem adquirere fundo servitutum non potest...*).

On peut donc, avec M. Riccobono, réputer interpolé le fragment de Celse, D. 7.1.2 et celui attribué à Gaius, D. 46.1.70 § 2, qui traitent l'usufruit comme un droit sur une chose. Le droit d'usufruit porte sur

les fruits de la chose, sur ses produits, sur sa « productivité », comme dit M. Riccobono.

Et cette productivité est celle que fournit la chose dans sa destination actuelle. La preuve en est dans la règle selon laquelle, d'après M. Riccobono, suivi de M. Bückland, l'usufruitier devait conformer l'étendue (*modus*) et le mode (*qualitas*) de sa jouissance à la jouissance du *pater familias* dont il tenait son droit. Pour ces auteurs, le critère abstrait, la jouissance du *bonus pater familias*, qui figure dans la plupart des fragments de la compilation, est byzantin. Nous sommes de leur avis sur ce dernier point ; nous ne croyons pas que la jouissance du *bonus pater familias* soit le critère originel. Mais il n'en est pas de même lorsque M. Riccobono prétend que l'usufruitier doit conformer le mode de sa jouissance à la jouissance du *bonus pater familias* dont il tenait son droit. Cet auteur, à notre avis, ne tient pas assez compte des termes contenus dans l'acte constitutif de l'usufruit. Nous avons vu, dans un autre domaine, celui de l'extinction du droit, l'importance qu'accordaient les jurisconsultes classiques aux termes de la disposition. Le nom n'est pas tant un moyen de rechercher quelle fut l'intention réelle du testateur, qu'une norme donnant à la chose certaines limites. La désignation de l'objet du droit comporte non seulement la désignation d'une certaine chose, mais encore l'indication de l'usage à en faire, des qualités de cette chose auxquelles sera limitée la jouissance de l'usufruitier (cf. les mots : *taberna, histrio, diæta*, etc.).

Nous estimons que le mode de jouissance est déterminé avant tout par les termes qui désignent l'objet du droit dans l'acte constitutif. C'est plutôt en ce qui concerne l'étendue de la jouissance que l'usufruitier doit se conformer aux habitudes du constituant. Pour le mode de la jouissance, ce critère est relégué au

second plan. Ulpien fait nettement la distinction :

D. 7.1.9 § 7 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Instrumenti autem fructum habere debet : vendendi tamen facultatem non habet. nam et si fundi ususfructus fuerit legatus et sit ager, unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice vel arundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat, nisi forte salicti ei vel silvæ palaris vel arundineti ususfructus sit legatus : tunc enim et vendere potest. nam et Trebatius scribit silvam cæduam et arundinetum posse fructuarium cædere, sicut pater familias cædebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti : ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi.* (Cf. F. V. 70.)

Il s'agit, au début, de l'usufruit d'un fonds. L'usufruitier aura le droit de couper les arbres et arbustes sis sur ce fonds dans la mesure où le faisait le constituant. S'il n'a pas le droit de couper pour vendre, quand bien le propriétaire le faisait, c'est que la destination du *fundus* s'y oppose ; ce serait étranger aux besoins rationnels de l'exploitation du fonds ; cela constituerait un acte de disposition atteignant la chose même. Il en est autrement si les arbres, les saules ou les roseaux grevés sont des plantations exploitées régulièrement. Ce ne sont pas alors des saules ou des arbres situés sur le fonds légué, dont on tire au besoin des matériaux pour l'entretien des bâtiments. C'est le legs d'une plantation, destinée à l'exploitation : *nisi forte salicti ei vel silvæ palaris vel arundineti ususfructus legatus est*. L'usufruitier devra régler ses coupes d'après celles que faisait le constituant — mais il sera libre de vendre le bois ainsi obtenu, qui est devenu sa propriété, qui n'est pas un *instrumentum* dans ce cas, mais un véritable *fructus*, et cela quand même le propriétaire ne le faisait pas. Ulpien fait une distinction qui nous paraît tout à fait justifiée.

Les corrections faites à ce texte par M. Riccobono¹ ont supprimé cette distinction. Elles ne sont pas heureuses à notre avis. Cet auteur remplace *nisi forte* par *item si* ; plus bas, il écrit : *vendere autem non poterit, si pater familias vendere non solebat*. Il y a, nous semble-t-il, une contradiction entre ces deux phrases ainsi reconstituées : Ulpien ajoute que, dans le cas où le constituant ne vendait pas le produit de ses coupes, l'usufruitier n'avait pas non plus le droit de vendre. Si ce juriste fait cette réserve dans ce cas précis, c'est qu'il estimait que l'usufruitier pouvait vendre son bois si le constituant avait l'habitude de le faire. Or c'est une solution contraire qui nous est donnée par la phrase : *item si salicti ei vel silvæ*, etc. En effet les termes *puto fructuarium hactenus uti posse ne ex eo vendat* sont repris par *item*, l'usufruitier n'a donc pas le droit de vendre, quand même le constituant, lui, en avait l'habitude.

On pourra nous faire remarquer qu'en fait la question est dépourvue de toute importance pratique et que nous querellons l'éminent romaniste italien sur une question d'intérêt purement académique. C'est vrai : le testateur désigne toujours l'objet du legs selon l'usage qu'il en faisait. Qu'on se réfère aux termes du testament ou aux habitudes du constituant, cela reviendra pratiquement au même. Mais il nous importait toutefois de relever ici encore le grand rôle que jouent les termes mêmes de l'acte constitutif.

Enfin, un dernier caractère de l'usufruit est qu'il ne peut exister sans une personne susceptible de percevoir les fruits de la chose grevée. Paul. F. V. 55 : *usufructus sine persona esse non potest*. Le droit est étroitement lié à l'acte physique du titulaire qui percevait les fruits. Cf. à ce sujet :

¹ Studi Brugi (1910), p. 173, cité d'après GIRARD, Textes, 5^e éd. (Paris 1923), p. 524 ; et *Lezioni*.

Ulp. F. V. 59 : *Quamquam enim usufructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur et utitur...*

Ulp. F. V. 60 : *...sed est verior Iuliani sententia secundum quam tunc constituitur usufructus, cum quis iam frui potest.*

Ulp. F. V. 77 : *...usufructus cottidie constituitur...*

Cela explique la difficulté avec laquelle la doctrine romaine a admis l'usufruit en faveur des personnes morales (Gai. D. 7.1.56), la règle d'après laquelle l'usufruitier n'acquiert les fruits que *perceptione* et non *separatione* (Iul. D. 22.1.25 § 1 ; Paul. D. 7.4.13), la règle *personæ non portioni adcrecit usufructus*. Ce dernier caractère de droit personnel, nécessairement attaché à une *persona*, capable d'exercer le pouvoir physique que lui confère l'usufruit, ne présente pas un intérêt direct pour cette étude. Nous nous bornerons donc à le signaler.

Tels sont les traits caractéristiques du droit d'usufruit classique. M. Riccobono attribue cette conception aux fins alimentaires qu'aurait remplies cette institution à ses origines. D'après l'hypothèse, généralement reçue, de Karlowa¹, ce droit aurait eu pour but d'assurer des aliments aux parents du de cujus et principalement à la femme mariée *sine manu*. Certains textes, dont deux de Cicéron (Top. III.17 ; pro Cæcina IV.17) confirment cette supposition. M. Buckland a repris cette thèse et voit dans l'usufruit une conséquence indirecte de la lex Voconia interdisant aux citoyens de la première classe d'instituer une femme héritière. Pour que cette fonction fût remplie, il n'était pas nécessaire d'attribuer au bénéficiaire un pouvoir sur une portion du patrimoine. Il suffisait de lui assurer la possibilité de disposer des fruits de certaines choses de ce patrimoine.

L'usufruit est donc un droit donnant à une per-

¹ *Römische Rechtsgeschichte* II, p. 534.

sonne le pouvoir de s'approprier les produits d'une chose selon la destination actuelle de cette chose. Il apparaît moins comme une institution scientifiquement conçue que comme la transposition sur le terrain juridique du pouvoir physique de percevoir les fruits. L'usufruit est strictement limité à la productivité de la chose, mais non à tous les produits : à ceux seuls qu'en retirait le constituant, qui spécifie ordinairement le genre de jouissance par une désignation précise de l'objet : *taberna, diæta, balineae, histrio, insula*, etc. C'est en se rapportant, soit à ces termes, soit aux habitudes du constituant que le titulaire du droit devra régler sa jouissance.

Quand donc la chose fructuaire est transformée à tel point qu'elle est inapte à rendre les services légués, le droit se trouve sans objet, il s'éteint.

Nous pouvons conclure ainsi :

L'objet de l'usufruit consiste dans une jouissance déterminée par les termes employés par le constituant pour désigner la chose fructuaire. Tant qu'une telle jouissance est possible, l'objet du droit conserve son identité.

Cette notion si étroite s'explique sans autre par la nature de l'usufruit, strictement limité à cette jouissance déterminée. La *mutatio rei* n'est pas autre chose que la disparition de l'objet du droit. La règle *rei mutatione amittitur ususfructus* n'est que l'expression spéciale, en matière d'usufruit, de la règle générale et naturelle : la perte de l'objet du droit emporte l'extinction du droit lui-même.

* * *

L'usufructus omnium bonorum.

D. 7.1.34 § 2 (Iul. lib. 35 digestorum) : *Universonum bonorum an singularum rerum ususfructus*

legetur, hactenus interesse puto, quod, si ædes incensæ fuerint, ususfructus specialiter ædium legatus peti non potest, bonorum autem usufructu legato areæ ususfructus peti poterit : [quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum quæ in specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur : in substantia autem bonorum area est] ¹.

Ce texte vise le cas où l'usufruit de tout un patrimoine est légué. Comment les Romains concevaient-ils ce droit sur une universalité ?

Un texte de Cicéron nous renseigne à cet égard.

Cic. Top. III.17 : *Non debebat ea mulier cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere ; usus enim non abusus legatus est : ea sunt inter se contraria.*

La construction est la suivante : Il y a autant de droits d'usufruit qu'il y a de choses frugifères dans le patrimoine. Le legs est nul pour les choses dont on ne peut user ou jouir sans consommer la substance : le légataire ne peut pas toucher au vin et à l'huile qui sont dans les caves ; ce serait un acte de disposition. Conception singulièrement lourde, qui aboutit, dans certains cas, à des fins contraires à celles voulues par le testateur. L'institution du quasi-usufruit viendra d'ailleurs remédier aux inconvénients de ce système.

La question présente pour nous un intérêt particulier. Puisque chaque chose est grevée, chacun des usufruits doit s'éteindre *mutatione rei*. Le fragment de Julien nous enseigne que tel n'était pas le cas. La destruction de la maison n'entraîne pas l'anéantissement du legs, à la différence des cas où on a légué

¹ PAMPALONI, Riv. it. per le sc. giur. 49 (1911), p. 282 sqq. et PEROZZI, Ist², p. 794 n. 5, ont dénoncé l'interpolation de cette fin de fragment. La présence du mot *substantia*, dans le sens de essence, suffit à rendre ce passage suspect. Cf. *Indice* de Guarneri-Citati, p. 84.

l'usufruit *specialiter*. Comment expliquer juridiquement cette conséquence ?

Pampaloni (*loc. cit.*) et Perozzi (*loc. cit.*) voient un cas de *repetitio ususfructus* tacite. Mais rien dans nos sources ne nous fait entrevoir cette possibilité. Cette supposition est parfaitement gratuite.

Dans la première édition de ses *Istituzioni*, Perozzi émettait une hypothèse différente, plus plausible à notre sens. Les Romains du Principat auraient abandonné la notion première, autant de droits que de choses, conception, qui, avec le développement économique du monde romain, se révélait de jour en jour moins pratique. Il est infiniment plus probable qu'ils en étaient arrivés à une conception plus simple : il n'y a qu'un seul droit, qui porte alors sur l'ensemble du patrimoine. Et ainsi peu importent les transformations que subissent les choses qui, tant qu'elles subsistent physiquement, tant qu'elles font partie du patrimoine, sont soumises au droit. Et nous croyons voir un indice de cette conception dans la distinction dans les termes que fait Julien entre *universa bona* et *res singulæ*, *ususfructus specialiter legatus* : legs de l'ensemble ou legs des choses prises une à une. Qu'on compare d'ailleurs avec le legs du fonds, il n'y a qu'un droit portant sur l'ensemble des biens ; la destruction de la maison qui y est sise n'éteint pas l'usufruit.

Dans ce cas donc, l'usufruit ne porte pas seulement sur les fruits de la chose selon la destination actuelle de cette chose, mais quels que soient les services que rende cette chose, tant que, sous une forme quelconque, elle subsiste dans le patrimoine, le droit reste intact.

C'est là une notion d'usufruit beaucoup plus large que la notion ordinaire, une notion qui se rapproche de la conception byzantine et moderne.

CHAPITRE IV

LA RENAISSANCE DU DROIT D'USUFRUIT PAR SUITE DE RESTITUTION DE LA CHOSE GREVÉE

Le droit d'usufruit s'éteint par la transformation de la chose (*mutatio rei*). Mais qu'en est-il lorsque cette transformation n'est pas définitive et qu'à la suite d'une nouvelle *mutatio* la chose ancienne recouvre son individualité première ?

Il ne s'agit pas, bien entendu, de la reconstruction du navire ou de l'édifice détruits — nous avons alors une *nova species* — mais des cas où le même corps, après transformation temporaire, revient à son état antérieur, naturellement ou par le fait de l'homme.

Nos textes nous en donnent un premier exemple, celui de l'*area* : on bâtit sur l'*area* dont l'usufruit est légué ; l'édifice s'écroule, est démoli ou incendié ; on est en présence, non pas d'une *nova species*, mais de la même *area*. C'est ce que nous enseigne Africain.

D. 7.1.36 pr. (Afric. lib. 5 quæstionum) : *Qui usumfructum areæ legaverat, insulam ibi ædificavit : ea vivo eo decidit vel deusta est : usumfructum deberi existimavit. Contra autem non idem iuris esse, si insulæ usufructu legato area deinde insula facta sit. idemque*

esse, et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta et iterum scyphi : licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse quorum ususfructus legatus sit.

Ce texte vise l'hypothèse où l'*area* est restituée avant la mort du testateur. On se pose alors la question : y a-t-il identité entre ce qui a été légué et ce qui subsiste au décès ? Cette identité est affirmée dans notre cas — et le legs sera valable. Il en est autrement dans l'hypothèse de la maison léguée qui est détruite, puis reconstruite à nouveau par le testateur, ou dans celle des *scyphi* fondus, puis refaits. L'*insula*, les *scyphi* qui subsistent au décès ne sont pas identiques à l'*insula*, aux *scyphi* qui font l'objet de la disposition : *licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse quorum ususfructus legatus sit.*

Mais qu'en est-il quand la disparition et la restitution de la chose interviennent après que le droit d'usufruit a été constitué ?

Deux hypothèses peuvent être faites :

ou bien le droit sera réputé n'avoir pas été éteint par la disparition de l'*area*. Ce n'est qu'un obstacle matériel à l'exercice de l'usufruit. Le droit est seulement paralysé, suspendu, *quiescens* et il suffira que l'obstacle soit levé pour qu'il reprenne toute sa vigueur. C'est là la thèse de Hoffmann¹ et Elvers² ;

ou bien la construction sur l'*area* a véritablement éteint le droit. Alors se posera la question : l'extinction est-elle définitive ou bien le droit peut-il renaître *ipso iure* en cas de restitution de la chose ?

Examinons la réponse que donnent les textes :

D. 7.1.71 (Marcell. lib. 17 digest.) : *Si in area cuius ususfructus alienus esset, quis ædificasset, intra*

¹ *Lehre von den Servituten*, t. II (Darmstadt 1843), pp. 181 sqq.

² *Die römische Servitutenlehre* (Marburg 1856), pp. 762 sqq.

tempus quo ususfructus perit superficie sublata restitui usumfructum veteres responderunt.

D. 7.4.5 § 3 (Ulp. lib. 17 ad Sabinum) : *Si areæ sit ususfructus legatus et in ea ædificium sit positum, rem mutari et usumfructum extinguere constat. [plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenetur]...*

D. 7.4.7 (Iul. lib. 35 digest.) : *...nisi sublato ædificio usumfructum areæ mihi cesserit, tempore scilicet quo ususfructus perit transacto.*

Le premier de ces textes, reliés par Justinien, concerne le cas où la *mutatio* intervient avant la mort du testateur, tandis que le second se rapporte à une *mutatio* postérieure à la constitution du droit.

D. 8.5.9 pr. (Paul. lib. 21 ad edictum) : *Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere : quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo ædificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, [sicut in via diximus. sed si quidem nondum ædificavit, sive usumfructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest : quod si iam ædificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usumfructum : et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait], contra si in itinere quod per fundum tibi debeo ædifices, recte intendam ius tibi non esse ædificare vel ædificatum habere, quemadmodum si in area mea quid ædifices.*

La construction sur un terrain grevé des servitudes d'*iter* ou de *stillicidium* n'éteint pas ces droits. Le titulaire d'un droit d'usufruit, au contraire, peut empêcher la construction mais ne pourra plus faire valoir son droit quand la maison sera édiflée.

Ce dernier texte toutefois présente des indices d'in-

terpolation et son identité a été mise en doute en certains points. Ainsi M. Lenel¹ attribue aux Byzantins : *sed si quidem... intendere ius sibi esse*. Son opinion a été reprise par M. Guarneri-Citati².

Remarquons tout d'abord un changement de personne et de temps : *si eo loco, per quem iter mihi debetur, tu ædificaveris..., quod si probavero inhibebo opus tuum* ; et dans le passage suspect : *sed si... ædificavit, sive usumfructum sive viam habet, ius sibi esse intendere potest*. Dès *contra*, on revient au même temps et à la même personne qu'au début du texte.

En outre, à l'intérieur même de ce passage, un changement de sujet, toujours suspect : celui d'*ædificavit* est le propriétaire du fonds grevé, tandis que *potest et habet* ont pour sujet le titulaire du droit. M. Lenel (*loc. cit.*) l'avait déjà signalé.

Relevons d'autre part la construction peu classique : *sed si quidem, sive... sive... quod si* (cf. Donatuti, BIDR 33, 1923, p. 189).

Nous voyons en outre un indice certain d'interpolation dans le passage d'*iter* à *via* (*sicut in via diximus*), alors qu'on avait traité non de *via*, mais d'*iter*.

L'intervention inopinée et perturbatrice de l'usufruit dans un texte concernant les servitudes est suspecte aussi ; il est peu plausible que ce soit l'œuvre des classiques.

Enfin, on insiste sur une distinction sans importance pour le *ius itineris* et tout ce qu'on dit au sujet de l'*iter* est une répétition du début du texte.

Ces indices nous conduisent à considérer comme remaniée par les compilateurs la partie du texte qui précisément nous intéressait : *sicut in via diximus...Iulianus ait*. Quant à la portée de ces interpolations, il est difficile de se prononcer. Il est possible que le

¹ ZSS 39 (1918), p. 170.

² Annali Palermo IX (1924), p. 38, n. 3.

sens du texte primitif nous ait été conservé, hypothèse que confirme le *Iulianus ait*. Quoi qu'il en soit, ce texte ne peut pas fournir, pour le droit classique, une base solide à l'exégèse, nous le laissons de côté.

Ulpien nous enseigne (D. 7.4.5 § 3) que la construction sur l'*area* constitue une *mutatio*. Or nous savons par Paul (Paul. Sent. 3.6.28) que la *mutatio* entraîne l'extinction de l'usufruit. La décision d'Ulpien au fr. 5 § 3 cité vaut donc également pour le cas du droit déjà constitué. Nous pouvons en conclure : la construction sur l'*area* éteint le droit d'usufruit. Au D. 7.4.7, la solution est contraire : le droit d'usufruit ne s'éteint pas par *mutatio*, il est seulement *quiescens* et la démolition du bâtiment suffit pour lui rendre sa vigueur. Il ne s'éteint que par non-usage. Dans le même sens, Marcellus, D. 7.1.71.

Nous n'hésitons pas à accorder notre préférence à la solution que nous avons tirée du fr. 5 § 3, dont l'authenticité, jusqu'à *extingui constat*, tout au moins, ne fait aucun doute. Cette solution est tout à fait conforme à l'enseignement que nous recevons de nos autres sources, des Sentences de Paul en particulier.

La fin du fr. 7 est interpolée selon toute probabilité. Voyez en ce sens : Lenel, Paling., Julien 511 et Burckhardt (*op. cit.* p. 82), ainsi que M. Guarneri-Citati¹. L'ablatif absolu en fin de fragment est déjà suspect. D'autre part, le mot *scilicet* est très fréquemment relevé comme un indice d'interpolation². Enfin, au point de vue byzantin, cette adjonction mettait d'accord le fr. 7 et le fr. 71, D. 7.1. Dans ce dernier texte, les termes *intra ... perit* sont aussi très vrai-

¹ Annali Messina I (1927), pp. 95, 98 et 99.

² ERMAN, ZSS 11 (1890), p. 265, n. 1 ; LEVY, ZSS 24 (1903), p. 141 ; BONFANTE, Storia³ II, p. 152 ; BESELER, Beiträge II, p. 41 et IV, p. 328.

semblablement interpolés ; cf. Lenel, Paling., Marcellus 197.

La probabilité de ces interpolations est d'autant plus grande que nous savons que, dans des cas analogues de restitution de l'objet du droit, où la doctrine classique était partagée entre la thèse de l'extinction — renaissance du droit et celle de la simple suspension, les Byzantins ont toujours opté pour cette dernière¹.

Nous excluons donc l'hypothèse de Hoffmann et Elvers, d'après laquelle l'*inædificatio* ne fait que suspendre le droit, qui ne s'éteint que par non-usage pendant deux ans. En effet, comment peut-on concilier une telle interprétation avec le fr. 5 § 3 ? D'après ces auteurs, quand Ulpien parle d'extinction du droit, il n'envisagerait que ce dernier cas, l'extinction par prescription, conséquence indirecte mais normale de la *mutatio*. Il ne nie pas la restitution éventuelle de l'usufruit dans le cas très rare où l'édifice disparaîtrait dans le délai de deux ans.

Pour autant que le fr. 5 §§ 2 et 3 se rapporte à un droit déjà constitué, ce que nous contestons, remarquons qu'Ulpien traite dès le § 2 de l'extinction de l'usufruit par *mutatio*. Le § 3 est un cas particulier de la règle générale énoncée au paragraphe précédent, où le juriste envisage la *mutatio* comme cause d'extinction sans souffler mot du non-usage. Qu'on se reporte d'ailleurs aux Sentences de Paul, 3.6.28, où la transformation de la chose trouve place dans l'énumération des causes d'extinction de l'usufruit. Or ni Elvers, ni Hoffmann ne contestent que l'*inædificatio* ne constitue une *mutatio*.

Non, quand Ulpien nous dit : *rem mutari et usum-*

¹ RATTI, Studi Bonfante I, p. 266 et *passim* ; GIRARD, Manuel⁸, pp. 352, n. 5 et 355, n. 4. —

fructum extinguï constat, il a bien en vue la transformation de la chose. Nous repoussons également l'hypothèse de M. Zambeaux¹, pour qui il y aurait eu à Rome deux opinions radicalement opposées (extinction-renaissance et simple suspension), dont Justinien aurait laissé subsister quelques traces : l'expression *usumfructum extinguï constat* dément vigoureusement cette thèse. Ulpien, compilateur consciencieux, nous aurait signalé la controverse ou tout au moins aurait employé un terme moins catégorique : *videtur, placet*.

A notre sens donc, l'extinction du droit d'usufruit consécutive à l'*inædificatio* ne fait aucun doute. Cette extinction est-elle définitive ou bien la restitution de l'*area* aura-t-elle pour effet de faire renaître l'usufruit ?

Cette dernière solution était repoussée *a priori* comme illogique par la plupart des pandectistes², dont le point de vue a été repris avec plus de lyrisme que de sens historique, nous semble-t-il, par M. Guarneri-Citati (*op. cit.*, pp. 19 sqq.).

La renaissance spontanée d'un droit, dit en substance cet auteur, ne se conçoit pas en logique ; il faut que l'existence soit seulement latente ou que, du moins, il reste une étincelle de vie qui permette la résurrection ; sans cela une intervention surhumaine pourrait seule expliquer ce miracle. Ce qui est mort ne peut pas renaître et, par conséquent, la véritable extinction du droit exclut logiquement la possibilité de renaissance.

A vrai dire, ces arguments ne sont pas bien convaincants. Notre étude consiste à rechercher quelles ont été des institutions dont nous connaissons très mal les facteurs de formation ; ces facteurs remontent

¹ *L'extinction de l'usufruit*. Thèse, Paris 1887, pp. 20 sqq. —

² Cf. WINDSCHEID, Pandekten⁹ I, p. 974 et la littérature qui y figure. En sens contraire : PERNICE, Labeo II 1, p. 317, n. 4.

pour la plupart très haut dans un passé dont nous ignorons presque tout. Et ce vieux droit de l'époque quiritaire a été perfectionné, amélioré dans sa technique, mais le traditionalisme romain en a conservé les fondements ; il n'a pas été altéré, à l'époque classique tout au moins. C'est donc, à nos yeux, faire complètement fausse route que de repousser *a priori* une hypothèse parce qu'elle a quelque peine à se concilier avec nos conceptions modernes. L'historien doit faire preuve d'un esprit beaucoup plus libéral et être profondément pénétré du relativisme de toutes les créations juridiques. Il doit envisager toutes les hypothèses possibles, sans en exclure aucune *a priori*, si ce n'est pour des raisons purement historiques.

La thèse de M. Guarneri-Citati est d'ailleurs renversée par l'aveu qu'il doit faire de quelques dérogations à ce principe, ainsi le *postliminium* en droit quiritaire (*op. cit.*, pp. 24 et 119).

Enfin, comme le fait remarquer M. Ratti (*op. cit.* pp. 265 sqq.), qui combat aussi cette étrange méthode, les cas ne manquent pas en droit moderne où logique et droit ont quelque peine à se concilier. Qu'on en juge par les difficultés que présentent à la doctrine certaines constructions juridiques : la personne morale, les droits sur les droits, pour ne citer que celles-là.

L'examen de nos sources nous place en face d'une contradiction : D. 7.1.71 : *si in area cuius ususfructus alienus esset [...] superficie sublata restitui usumfructum veteres responderunt*. D. 7.4.7 : *...nisi, sublato ædificio, usumfructum areæ mihi cesserit [...]*

Marcellus prétend que la simple démolition du bâtiment fait renaître l'usufruit. D'après Julien, la restitution de la chose ne suffit pas à faire renaître le droit : il faut une constitution par les modes ordinaires (*in iure cessio*).

Il est vrai que Marcellus est le critique acharné de Julien. Mais cet argument ne tient pas devant la considération que Marcellus nous cite, non pas son opinion personnelle, mais celle des *veteres*. Cette opinion aurait-elle été délaissée ou combattue à l'époque de notre jurisconsulte, il l'aurait sans doute signalé et il est peu probable que les compilateurs eussent supprimé dans ce passage ce qui pouvait être contraire à l'opinion des *veteres* et se rapprocher ainsi de celle des Byzantins, qui étaient opposés à la doctrine de la renaissance du droit. Nous ne croyons donc pas à une divergence de vues entre les *veteres* cités par Marcellus et Ulpien.

Voici la correction proposée par M. Guarneri-Citati : *si in area cuius ususfructus alienus esset quis ædificasset [...] superficie sublata <non> restitui usumfructum veteres responderunt*. La méthode qui consiste à mutiler ou à forcer un texte pour le faire correspondre avec tel autre est très délicate à appliquer et peu sûre dans ses résultats. Elle peut prêter à l'arbitraire et demande à être employée avec beaucoup de circonspection et d'objectivité. Ce n'est qu'à la dernière extrémité que le romaniste doit s'y résoudre. M. Guarneri-Citati nous semble être bien affirmatif. Pourquoi s'en prendre à ce malheureux fr. 71 plutôt qu'à son antagoniste, le fr. D. 7.4.7 ? Il est vrai que le texte de Marcellus illustre le principe abhorré de la renaissance spontanée des droits !

Relevons que ce fragment, ainsi reconstitué par M. Guarneri-Citati, renverse la thèse de cet auteur, d'après laquelle l'idée de renaissance du droit était étrangère aux jurisconsultes classiques ; si tel était le cas, ils n'auraient pas même dit : *non restitui*. La question ne se serait pas posée.

N'oublions pas que nos textes sont tous deux très suspects. C'est un facteur dont notre exégèse doit tenir compte. Que *tempore... transacto*, au D. 7.4.7, et *intra... perit*, au D. 7.1.71, ne soient pas classiques, cela est certain. Mais ce qui l'est moins, c'est ce qu'il y avait à la place de ces mots, si toutefois il y avait quelque chose. En l'absence de tout indice, il nous est impossible de prétendre reconstituer avec sûreté le texte classique. Nous devons nous borner à de simples hypothèses, comme le font d'ailleurs Burckhardt et Schirmer.

Lenel (Paling., Marcellus 197), suivi par Burckhardt (*op. cit.*, p. 82), suppose qu'au D. 7.1.71 le texte original portait *intra biennium*. Cette hypothèse est tout à fait plausible. A la *mutatio rei* vient s'ajouter une nouvelle cause d'extinction du droit, le non-usage. La restitution de l'*area*, qui fait renaître le droit si elle intervient *intra biennium*, n'a plus aucun effet si elle se produit après le délai. Les compilateurs ont supprimé le mot *biennium*, qui ne correspondait plus aux délais du droit de Justinien et l'ont remplacé par des termes plus généraux. Notre texte aurait ainsi la teneur suivante :

D. 7.1.71 : *Si in areæ cuius ususfructus alienus esset quis ædificasset, <intra biennium> superficie sublata, restitui usumfructum veteres responderunt.*

Quant au D. 7.4.7, il est très délicat de tenter une reconstitution de ce texte. Nous ignorons en effet à quelle hypothèse il se rapportait dans l'original. Il paraît très suspect, si l'on considère les deux ablatifs absolus en fin de fragment. Nous renonçons à rétablir un texte si corrompu, sur lequel on ne saurait baser aucune hypothèse sérieuse, ni dans un sens, ni dans l'autre.

La restitution de l'*area* a pour effet de faire renaître le droit éteint. Telle est notre conclusion, que nous

présentons cependant avec toutes les réserves qu'exige la fragilité des hypothèses sur lesquelles elle est basée. La seule chose que nous soyons en mesure d'affirmer avec certitude, c'est l'extinction de l'usufruit par suite de l'*inædificatio*.

* * *

Le problème de la restitution du droit d'usufruit éteint *rei mutatione* se posait-il en droit romain classique dans le cas du champ temporairement occupé par les eaux ? Deux textes, l'un de Pomponius, l'autre de Javolène (D. 7.4.23 et 24 pr.) paraissent l'impliquer.

Mais, avant de les aborder, étudions la question dans ses grandes lignes et examinons le fragment classique des *res cottidianæ* de Gaius, qui nous introduira dans notre propos.

D. 41.1.7 §§ 5, 6 (Gai. lib. 2 rerum cottidianarum sive aureorum) : *Quod si toto naturali alveo relicto flumen alias fluere cæperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque prædii, quæ latitudo prope ripam sit : novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium. quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius prædia possident. cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non [tamen]¹ is [cuius is ager fuerat]¹ [stricta ratione]¹ quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum præ-*

¹ RICCOBONO, Studi Schupfer I (Turin 1898), p. 215. BESELER, Beiträge V, pp. 73 sqq., a mis en doute la classicité des mots *ratione vicinitatis*.

dium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere : [sed vix est ut obtineat].
 § 6 : *Aliud sane est, si cuius ager totus inundatus fuerit : namque inundatio speciem fundi non mutat et ob id, cum recesserit aqua, palam est eiusdem esse, cuius et fuit.*

Un *flumen publicum* change de lit, puis, à quelque temps de là, recommence à couler dans l'ancien. Le propriétaire du champ où le fleuve avait creusé son lit — et dont l'ager était devenu *alveus publicus* — ne recouvre toutefois pas la propriété de son fonds : *quia et ille ager qui fuerat desiit esse, amissa propria forma.*

La transformation que les eaux font subir au champ lui fait perdre son identité. On est alors, lorsque les eaux se sont retirées, non plus en présence du même ager, mais d'un lit de rivière délaissé (*alveus derelictus*). Le droit éteint lors de l'envahissement par les eaux ne saurait renaître sur cette chose nouvelle¹. Une seconde conséquence de cette transformation est que le champ est soustrait à la propriété privée pour passer dans le domaine public : *novus autem alveus eius iuris esse incipit cuius et ipsum flumen, id est publicus iuris gentium.*

A ce cas s'oppose celui de la simple inondation : elle ne porte pas atteinte à l'identité du fonds ; un champ inondé reste un champ. Le fait-elle passer au domaine public et entraîne-t-elle ainsi l'extinction temporaire du droit, qui renaît *ipso iure* quand les eaux se retirent ? C'est ce que paraît impliquer, au § 6, l'emploi du parfait *fuit* : *palam est eiusdem esse cuius et fuit.*

Mais voici une décision d'Ulpien en sens contraire :

¹ Il semble peu vraisemblable qu'il y eût sur ce point des divergences dans la doctrine classique, comme le soutiennent BRUGI, *Archiv. Giur.* 42 (1889), p. 232 et PRINGSHEIM, *ZSS* 42 (1921), p. 658, sur la base du D. 41. 1. 30 § 3. Cf. de notre avis RICCOBONO, *loc. cit.*, et surtout GUARNERI-CITATI, *Annali Macerata* I (1926), pp. 107 sqq., dont l'interprétation de ce dernier texte nous paraît être la plus plausible.

D. 43.12.1 § 9 (Ulp. lib. 68 ad edictum) : *Aliter atque si flumen aliquam terram inundaverit, non alveum sibi fecerit : tunc enim non fit publicum, quod aqua opertum est.*

Ici, seule la transformation du fonds en *alveus publicus* le fait passer au domaine public : *tunc enim non fit publicum quod aqua opertum est.* Cf. § 7 du fragment cité.

Y avait-il une divergence entre Gaius et Ulpien ? C'est possible. Considérons cependant qu'au § 10 du fr. 1 cité, Ulpien écrit à propos d'un cas analogue : *sciendum est eius manere cuius fuit.* Le jurisconsulte emploie ici le parfait ; or le mot *manere* exclut, nous semble-t-il, l'hypothèse de la restitution d'un droit éteint. Si donc nous sommes certain de l'opinion d'Ulpien il serait hasardeux d'affirmer quoi que ce soit en ce qui concerne Gaius.

Passons maintenant à nos deux fragments :

D. 7.4.23 (Pomp. lib. 26 ad Quintum Mucium) : *Si ager, cuius ususfructus noster sit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittitur ususfructus, cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur : [ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum]. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas, ita et usumfructum restituendum dicendum est.*

Comme le soutiennent Di Marzo¹ et Guarneri-Citati², les mots *ac ne piscando quidem retinere poterimus usumfructum* sont probablement interpolés. Ils paraissent correspondre à une conception byzantine, d'après laquelle le droit n'est pas éteint mais seulement suspendu ; on se demandait alors si l'on pouvait écarter le danger que courait le droit d'usufruit de s'éteindre

¹ *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Q.*, p. 101.

² *Annali Messina* I (1927), pp. 64 sqq.

par non-usage. L'idée d'ailleurs de conserver l'usufruit d'un champ par l'exercice de la pêche était si étrangère à la conception classique de cette institution, qu'une telle hypothèse s'excluait d'elle-même ; il n'était pas nécessaire d'y attirer l'attention.

Dans le premier cas cité par Pomponius, le fleuve public ou la mer occupent un champ. Le droit s'éteint par transformation de la chose ; cf. Ulp. D. 7.4.10 § 2.

Dans le second cas, il s'agit d'une occupation momentanée du fonds, les eaux se retirent aussitôt : *restituitur proprietas ita et usumfructum restituendum dicendum est*. Quel sens faut-il donner à ces mots ?

M. Guarneri-Citati¹ prétend qu'ils se rapportaient à l'exercice du droit. Nous ne partageons pas cette opinion. D'après Pomponius, le passage du fonds au domaine public entraîne l'extinction du droit (propriété ou usufruit) : c'est là le sens du mot *amittitur* (cf. Paul. Sent. 3.6.28 à 32). Le droit renaît *ipso iure* lorsque l'eau se retire *eodem impetu... quo venit*, c'est-à-dire à condition que le fonds ne subisse pas de transformation.

Tenons compte aussi de la place que devait occuper ce fragment dans le livre 26 ad Quintum Mucium. Selon toute probabilité, il précédait immédiatement le texte reproduit au D. 11.7.36 (cf. Krüger ad Dig. et Lenel, Paling.). Or ce dernier fragment traite des *res sacræ* tombées au pouvoir de l'ennemi ; sont-elles reprises, leur caractère sacré leur est restitué *quasi quodam postliminio*. Or c'est là — la comparaison avec le *postliminium* le prouve — indiscutablement, un cas d'extinction suivie de renaissance ; cf. Girard, Manuel⁸, p. 358. Si Pomponius traite à la suite l'un de l'autre deux cas ne présentant d'autre rapport entre eux que cette question de restitution de l'objet d'un droit et s'il ne marque aucune opposition entre ces deux

¹ *Loc. cit.*, ainsi que : Annali Palermo 14 (1930), p. 257.

hypothèses, c'est que, pour lui, le problème juridique se posait et était résolu de la même manière.

Le contenu et le contexte de ce fragment nous conduisent donc à cette conclusion : extinction temporaire du droit.

D. 7.4.24 pr. (Iav. lib. 3 ex posterioribus Labeonis) : *Cum usumfructum horti haberem, flumen hortum occupavit, deinde ab eo recessit : ius quoque ususfructus restitutum Labeoni videtur, quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset. ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupavit : nam si alveo mutato inde manare cœperit amitti usumfructum existimo, cum is locus alvei publicus esse cœperit, neque in pristinum statum restitui posse.*

Javolène distingue ici deux hypothèses : celle de la simple inondation et celle où le fleuve change de cours. Dans ce dernier cas, le fonds est transformé, l'usufruit s'éteint définitivement *rei mutatione*.

Le début du fragment présente plus de difficultés. Qu'entend Javolène par les mots : *ius quoque ususfructus restitutum esse*. M. Guarneri-Citati (*loc. cit.*) a soutenu qu'ici également il ne s'agissait que de l'exercice du droit, hypothèse que paraissent confirmer les mots : *quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset*. D'autre part, dans la seconde partie du texte, Javolène écrit : *amitti usumfructum existimo...neque in pristinum statum restitui posse*. On en pourrait déduire que le jurisconsulte opposait *ius restitutum esse* non seulement à *non restitui*, mais aussi à *amitti usumfructum*.

Javolène soutiendrait ainsi une thèse contraire à celle de Pomponius.

Mais l'expression *ius ususfructus restitutum esse* nous paraît difficilement pouvoir s'appliquer à l'exercice du droit. Nous avons vu, à propos des fr. D. 7.1.71 et D. 7.4.23, que les mots *restitui usumfructum se*

rapportaient à la restitution du *droit* d'usufruit. Il doit en être de même à plus forte raison quand le jurisconsulte écrit : *ius ususfructus restitutum esse*.

Quant aux mots *quia id solum perpetuo eiusdem iuris mansisset*, ils ont été déclarés interpolés par Pernice¹. Et seraient-ils authentiques, ils signifieraient à notre sens, non que le fonds est resté dans le domaine privé, mais que les rapports de droit privé dont le fonds était l'objet n'ont pas été modifiés dans leur structure, ce qui permet la renaissance de ces droits.

Nous estimons donc que Javolène, comme Pomponius, admet que l'inondation temporaire d'un fonds par les eaux publiques éteint les droits de propriété et d'usufruit qui portent sur ce fonds et que ces droits renaissent quand les eaux se retirent, pour autant que le champ n'a pas été transformé en *alveus*. Dans ce cas, les droits seraient définitivement éteints par suite de la disparition de leur objet.

Cette extinction passagère de l'usufruit, dont parlent Pomponius (fr. 23 *in fine*) et Javolène (fr. 24 pr. *initio*), est la conséquence du passage du fonds au domaine public ; il n'y a pas ici de *mutatio rei*. Le problème de la restitution de l'usufruit par suite d'une *mutatio* temporaire ne se pose pas dans le cas de l'envahissement du fonds par les eaux. En effet :

ou bien il y a *mutatio* : l'*ager*, l'*hortus* deviennent *alveus*. Le retrait des eaux découvre une chose nouvelle. L'usufruit est alors définitivement éteint. Cf. D. 7.4.10 § 2 ; D. 7.4.23 *initio* ; D. 7.4.24 pr. *in fine* ;

ou bien il n'y a pas *mutatio*. L'inondation n'a d'effets juridiques que pour autant qu'elle fait passer le fonds au domaine public. Cf. D. 7.4.23 *in fine* ; D. 7.4.24 pr. *initio*.

¹ Dans BREMER, *Jurisprudentiæ antihadrianæ quæ supersunt* (Leipzig 1898), t. III, p. 198 et t. II, 2, p. 420.

CHAPITRE V

L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT *REI MUTATIONE* EN DROIT *BYZANTIN*

D'après M. Riccobono, la règle *rei mutatione amittitur ususfructus* ne se serait pas maintenue en droit de Justinien.

Les Byzantins avaient en effet de l'usufruit une conception entièrement nouvelle et profondément différente de celle des classiques. Pour autant qu'ils avaient une notion précise de la nature de cette institution, ils le considéraient comme un droit sur une chose. C'est ce que prouvent deux textes empruntés, l'un à Paul, l'autre à Celse, et manifestement remaniés, qui figurent, au Digeste comme aux Institutes, au début du titre traitant de l'usufruit.

D. 7.1.1 et 2 = Inst. II.4 pr. : *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est enim ususfructus ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est.*

Le droit d'usufruit était en outre, selon la conception qu'on tendait à en avoir à l'époque de Justinien, une partie de la propriété : les textes qui, au Digeste, présentent l'usufruit comme une *pars dominii* sont en effet interpolés. Ainsi : Paul. D. 7.1.4 ; Paul. D. 50.16.25 pr. ; Gai. D. 46.1.70 § 2¹.

¹ Cf. MEYLAN, *op. cit.*, p. 125.

Enfin il était rangé au nombre des servitudes.

Il semble que notre règle n'avait alors plus de raison d'être. Cependant, si les juristes de l'époque byzantine ont atténué ici et là la rigueur des déductions des jurisconsultes classiques, ils n'ont pas éliminé cette règle de la compilation. Les quelques interpolations, dépourvues de méthode, qu'ils ont fait subir à nos textes, décèlent plutôt une tendance vague qu'une doctrine bien arrêtée.

Il est vrai que le mot *mutatio* ne figure pas aux *Institutes* de Justinien et qu'il a été remplacé au Code par le terme *interitus*. Mais nous avons démontré qu'il n'y avait de différence que dans les termes. D'ailleurs, deux ans après la rédaction de ces mêmes *Institutes*, nous voyons Justinien consacrer le principe *rei mutatione* en insérant dans la compilation le long fragment d'Ulpian, tiré du livre 17 ad Sabinum (D. 7.4.5, 8, 10 et 12) et des textes plus courts, mais non moins décisifs d'autres juristes classiques.

A part les deux interpolations du fr. 10 § 4 et du fr. 11, rien n'y dénote la main de Tribonien en ce qui concerne l'extinction du droit. Nous sommes pourtant dans le terrain de l'interprétation de la volonté, où, mus par un malhabile désir d'équité, les compilateurs ont partout atténué les règles strictes de la jurisprudence classique par des renvois à l'intention réelle du *de cuius*. Qu'on se reporte seulement aux trois titres « *De legatis* ». Au D. 7.4, l'interprétation classique subsiste avec toute sa rigueur logique.

Nous avons déjà relevé plus haut (p. 60) que les *Basiliques* avaient repris un équivalent grec du terme *mutatio*.

Il convient encore de rappeler l'interpolation que nous avons signalée (p. 79) du fragment de Paul au D. 8.5.9 pr. Dans un texte où, très vraisemblablement, il ne s'agissait que d'*iter* et de *stillicidium*, le

compilateur byzantin a introduit une distinction :

...[*sed si quidem nondum ædificavit, sive usumfructum sive viam habet, ius sibi esse agere vel frui intendere potest : quod si iam ædificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usumfructum*]...
Qu'on se reporte également à l'interpolation du fr. D. 8.2.20 § 2.

C'est là un argument très sérieux contre la thèse de M. Riccobono. Ces adjonctions révèlent combien était présente à l'esprit des jurisconsultes de Byzance la distinction entre l'usufruit et les autres droits réels en ce qui concerne le régime de l'extinction du droit par suite de disparition de son objet.

Mais si la règle *rei mutatione ususfructus amittitur* a subsisté chez les Byzantins, la *ratio legis* n'était certes plus la même. Il semble probable qu'on voulait faciliter l'extinction d'un droit qui absorbait tout le profit que le propriétaire pouvait tirer de sa chose.

Deux mots enfin, de la question de la renaissance du droit éteint. D'après les fr. D. 7.1.71 et D. 7.4.7, tels qu'ils figurent dans la compilation (nous avons longuement démontré qu'ils avaient été retouchés), on peut conclure que le droit ne renaissait par suite de restitution de la chose que pour autant que le délai d'extinction par non-usage n'était pas écoulé ; c'était donc que seul le non-usage éteignait le droit, qui n'était que suspendu par la *mutatio rei*. Or l'effet extinctif de la *mutatio rei* est affirmé à plusieurs reprises au texte d'Ulpian.

Nous voyons qu'ici encore les Byzantins n'avaient pas de principe bien établi. Ces textes contradictoires sont une preuve de plus du manque de méthode des commissaires de Justinien.

THÈSES ACCESSOIRES

Droit civil suisse.

Contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la constitution de sûretés réelles par la femme en faveur du mari est une « obligation » au sens de l'art. 177 al. 3 CCS et n'est valable que si elle a été approuvée par l'autorité tutélaire.

Poursuite pour dettes.

Quand il résulte de la déclaration du débiteur qu'il reconnaît la dette comme partiellement exécutoire, son opposition ne sera pas valable s'il n'a pas précisé le montant contesté, même s'il lui était alors impossible de déterminer ce montant.

Droit constitutionnel vaudois.

Aucune disposition de droit public vaudois ne donne à l'autorité exécutive le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité d'une demande d'initiative. Est donc contraire au droit une décision du Conseil d'Etat interdisant à la Chancellerie d'apposer le visa prévu à l'art. 77 de la loi du 17 novembre 1924 sur l'exercice des droits politiques, sur les formulaires d'une initiative, quand même cette autorité estime que l'initiative en question poursuit un but inconstitutionnel.

Droit pénal vaudois.

Dans l'état actuel du droit, les émissions radiophoniques ne peuvent être, au regard de la loi sur la presse, assimilées à un journal. On ne saurait donc imposer des réponses rectificatrices au concessionnaire d'une station d'émission, tant que des dispositions nouvelles n'auront pas étendu au journal parlé les règles des journaux imprimés.

INDEX DES TEXTES JURIDIQUES CITÉS

<i>Gai. Inst.</i>		
II. 12 . . .	p. 43	7.1.1 . . . pp. 67 sqq., 93
II. 13 . . .	p. 43	7.1.2 . . . pp. 65, 69, 93
II. 79 . . .	p. 59	7.1.4 . . . p. 93
II. 93 . . .	p. 68	7.1.9 § 4 p. 69
II. 196. . .	p. 26	7.1.9 § 7 p. 71
		7.1.12 § 2 p. 68
<i>Ulp. Reg.</i>		7.1.15 § 7 pp. 66, 69
2.11. . . .	p. 12	7.1.17 § 3 p. 69
24.26 . . .	p. 68	7.1.19 pr. p. 66
		7.1.27 § 4 p. 66
<i>Paul. Sent.</i>		7.1.33. . . p. 69
3.6.24. . .	p. 69	7.1.34 § 2 pp. 9, 33, 74
3.6.28. . .	pp. 9, 10, 81	7.1.36 pr. pp. 9, 29, 31, 33, 36, 77 sqq.
3.6.31. . .	pp. 8, 9, 15, 37, 59	7.1.53. . . pp. 9, 15, 16, 61
3.6.33. . .	pp. 10, 68	7.1.56. . . p. 73
<i>Fragmenta Vaticana.</i>		7.1.71. . . pp. 9, 15, 33, 78 sqq., 95
55.	p. 72	7.4.3 § 3 p. 13
59.	p. 73	7.4.5 § 2 pp. 11, 13, 14, 28, 31, 32, 35, 38, 59, 61, 82
60.	p. 73	7.4.5 § 3 p. 31, 32, 38, 61, 79
70.	p. 71	7.4.6 . . . p. 14
77.	p. 73	7.4.7 . . . pp. 14, 79 sqq., 95
<i>Inst. Iust.</i>		7.4.8 . . . pp. 9, 61
II. 4 pr. . .	p. 93	7.4.9 . . . p. 61
II. 4.3. . .	pp. 11, 33	7.4.10 § 1 pp. 13, 34, 43
<i>Digesta.</i>		7.4.10 § 2 pp. 33, 59, 61, 90
5.1.76. . .	pp. 41 sqq., 58	7.4.10 § 3 pp. 31, 33, 38, 62
6.1.5 § 1. .	p. 47	7.4.10 § 4 pp. 33, 62, 94
6.1.49 § 1 .	pp. 15, 49	7.4.10 § 5 pp. 28, 33, 36, 62
		7.4.10 § 6 p. 59

7.4.10 § 7	pp. 28, 31, 34, 40, 43	30.65 § 2 .	p. 31
7.4.10 § 8	pp. 34, 62	31.39. . .	p. 35
7.4.11. .	pp. 14, 34	31.49 pr. .	p. 37
7.4.12 pr.	pp. 33, 62	31.65 § 1 .	p. 36
7.4.12 § 1	pp. 13, 33, 62	31.66 § 7 .	p. 11
7.4.13. .	p. 73	32.49 § 5 .	pp. 29, 36
7.4.23. .	pp. 9, 11, 15, 16, 59,	32.61. . .	p. 35
	87 sqq.	32.65 § 1 .	pp. 35, 37
7.4.24 pr.	pp. 9, 11, 15, 59,	32.78 § 4 .	p. 37
	87 sqq.	32.79 § 2 .	pp. 35, 37
7.4.25. .	p. 11	32.88. . .	pp. 27, 37
7.4.28. .	p. 11	33.1.8 pr..	p. 10
7.4.30. .	p. 15	33.10.9 pr.	p. 42
7.4.31. .	p. 34	34.2.6 § 1	pp. 30, 32, 36
7.6.1 pr..	p. 66	39.3.3 § 4	p. 69
7.6.5 § 1	p. 69	39.4.16 § 7	p. 42
7.8.23. .	p. 46	41.1.7 § 5	pp. 46, 59, 87
8.1.1 . .	pp. 65, 66	41.1.7 § 6	pp. 45, 46, 87
8.1.3 . .	p. 22	41.1.7 § 7	pp. 42, 47
8.1.4 pr..	p. 22	41.1.26 § 2	p. 46
8.3.13 pr.	p. 21	41.1.30 § 3	p. 88
8.2.17 § 4	p. 25	41.2.30 § 4	pp. 42, 45, 49
8.2.20 § 2	pp. 24, 95	43.12.1 § 9	p. 89
8.2.31. .	p. 25	44.2.21 § 3	p. 69
8.3.34 § 1	p. 23	44.7.3 pr.	p. 68
8.3.35 pr.	p. 23	44.7.17. .	p. 42
8.5.9 pr..	pp. 23, 25, 79, 94	45.1.29 pr.	p. 42
9.2.11 § 10	p. 69	45.1.58. .	p. 69
9.2.12. .	p. 69	45.1.83 § 5	p. 43
13.7.18 § 3	p. 19	46.1.70 § 2	pp. 69, 93
13.7.21. .	p. 16	47.7.5 § 2	p. 69
20.1.16 § 2	p. 17		
20.1.29 § 2	p. 16	<i>Codex Iust.</i>	
20.1.35. .	p. 17	3.33.16 §§ 1, 2 .	p. 59
22.1.25 § 1	p. 73	<i>Theoph.</i>	
23.3.78 pr.	p. 10	1.4 pr. et § 3 .	p. 60
23.3.78 § 2	p. 10	<i>Basilica.</i>	
27.9.3 § 5	p. 11	16.45. § 2 . . .	p. 60
30.22. . .	pp. 28, 35	<i>Cicero.</i>	
30.44 § 2 .	pp. 29, 32, 36	Top. III. 17. . .	pp. 73, 75
30.44 § 3 .	pp. 29, 32, 36	Pro Cæc. IV. 17 .	p. 73
30.44 § 4 .	pp. 32, 35	De Senect. 15.54	p. 63

BIBLIOGRAPHIE

I. SOURCES ET LEXIQUES

- CORPUS IURIS CIVILIS. — Rec. Mommsen, P. Krüger, Schœll, Kroll, ed. stereot., Berolini.
- ERGÄNZUNGSINDEX ZU IUS ET LEGES. — Herausgegeben von E. Levy, Weimar 1930.
- GIRARD, P.-F. — *Textes de droit romain*, 5^e édit., Paris 1923.
- GUARNERI-CITATI, A. — *Indice delle parole e frasi ritenuti interpolati nei testi giuridici romani*. Milano 1927 (cité Indice).
- INDEX INTERPOLATIONUM. — Cur. E. Levy, E. Rabel, t. I et II. Weimar 1929 et 1931 (cité Ind. Interp.).
- VOCABULARIUM IURISPRUDENTIÆ ROMANÆ. — T. I (1903), II (1933), etc., Berolini (cité VIR).
- ZANZUCCHI. — *Vocabulario delle Istituzioni di Gaio*. Milano s. d.

II. PÉRIODIQUES

- Archiv für die civilistische Praxis*. Tübingen, dès 1818 (cité ACP).
- Bulletino dell'Istituto di diritto romano*. Roma, dès 1888 (cité BIDR).
- Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere*. Milano, dès 1867 (cité Rend. Lomb.).
- Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. Haarlem, dès 1922 (cité Tijdsch.).
- Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. Weimar, dès 1862.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Romanistische Abteilung. Weimar, dès 1880 (cité ZSS).

III. PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CONSULTÉS

- ALBERTARIO, Emilio. La crisi del metodo interpolazionistico. Studi in onore di Pietro Bonfante I, Milano 1930, pp. 609 sqq.
- BECHMANN, August. Ueber den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Spezifikation. ACP 47 (1864), pp. 25 sqq.
- BESELER, Gerhard von. Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Bände I-V. Tübingen-Leipzig, 1910-1931 (citè Beiträge).
- BUCKLAND, W. W. The conception of usufruct in classical law. The Law Quarterly Review 43, London 1917, pp. 326 sqq.
- Marcian. Studi in onore di Salvatore Riccobono I, Palermo 1932, pp. 275 sqq.
- BURCKHARDT, C.-Ch. Mutatione rei interire usumfructum placet. Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Heusler, Basel 1904, pp. 59 sqq.
- CORNIL, Georges. Droit romain. Bruxelles 1921.
- ELVERS, Rudolf. Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.
- FERRINI, Contardo. Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano. Milano 1889 (citè Legati).
- Appunti sulla dottrina della specificazione. BIDR II (1889), pp. 182 sqq. Réédité dans : Opere IV. Milano 1930, pp. 43 sqq.
- «Materia» e «species». Rend. Lomb. 24 (1891), pp. 923 sqq. Réédité dans : Opere IV. Milano 1930, pp. 103 sqq.
- FISCHER, Otto. Das Problem der Identität und der Neuheit. Festgabe zum Doktor-Jubiläum von R. von Jhering. Breslau 1892.
- FITTING, Hermann. Die Spezifikation. ACP 48 (1865), pp. 1 sqq., 57 sqq., 311 sqq.
- GIRARD, Paul-Frédéric. Manuel élémentaire de droit romain. 8^e éd. revue et mise à jour par Félix Senn. Paris 1929 (citè Manuel⁸).
- GRADENWITZ, Otto. Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1887.

- GUARNERI-CITATI, Andreas. Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio. Rend. Lomb. 59 (1926), pp. 147 sqq.
- Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano. Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della R. Università di Messina I (Messina 1927). pp. 19 sqq.
- HÄGERSTRÖM, Axel. Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I. Uppsala-Leipzig 1927.
- HOFFMANN, Emil. Die Lehre von den Servituten II. Darmstadt 1843.
- KARLOWA, Otto. Römische Rechtsgeschichte II. Leipzig 1901.
- KRUEGER, Paul. Histoire des sources du droit romain. Trad. Brissaud, Paris 1894.
- LENEL, Otto. Das Edictum perpetuum, 3. Aufl., Leipzig 1927.
- LEIST, Burkard-Wilhelm. Ueber die Natur des Eigentums. Iena 1859.
- MANICK, Alfred. Article « hypotheca » dans : Paulys Real-Enzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, neue Bearbeitung von Wissowa-Kroll (citè R. E.) IX 1, Stuttgart 1914, pp. 343 sqq.
- MAYNZ, Charles. Cours de droit romain, 4^e éd., Bruxelles 1877.
- MEYLAN, Philippe. « Fructus sine usu » et « actus sine itinere ». Studi in memoria di Aldo Albertoni I, Padova 1932, pp. 97 sqq.
- PAMPALONI, Muzio. Il concetto classico dell'usufrutto. BIDR 22 (1910), pp. 109 sqq.
- PEROZZI, Silvio. Istituzioni di diritto romano, 2^a ed., Roma 1928 (citè Ist²).
- «Materia» e «species». BIDR 3 (1890), pp. 212 sqq.
- PICCARD, Robert. Recherches sur l'histoire de la spécification. Thèse, Lausanne 1926.
- RABEL, Ernst. Grundzüge des römischen Privatrechts. Paru dans : Holtzendorff-Kohler : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft I, Berlin 1915.
- RATTI, Umberto. Rinascita della proprietà in tema di accessione. Studi in onore di Pietro Bonfante I. Milano 1930, pp. 265 sqq.

- RICCOBONO, Salvatore. Lezioni d'Istituzioni, cours professé à l'Université de Palerme en 1906-1907; ne se trouve pas dans le commerce. Mais est connu par le compte rendu qu'en a fait Zanzucchi, ZSS 30 (1909), pp. 509 sqq.
- SCHIRMER, Joh.-Theodor. Einzelnes zur Lehre von den Gebäudeservituten. Zeitschrift für Rechtsgeschichte 12 (1876), pp. 161 sqq.
- SOKOLOWSKI, Paul. Die Philosophie im Privatrecht I. Halle 1902.
- STROUX, Johannes. Summum ius summa iniuria. Leipzig-Berlin, s. d.
- ZAMBEAUX, Louis. L'extinction de l'usufruit. Thèse, Paris 1887.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE PREMIER : Introduction	7
CHAP. II : Aperçu général de la notion d'identité des choses en droit romain classique	39
CHAP. III : Le problème de l'extinction de l'usufruit rei mutatione	57
CHAP. IV : La renaissance du droit d'usufruit par suite de restitution de la chose grevée	77
CHAP. V : L'extinction de l'usufruit rei mutatione en droit byzantin	93
Index des textes juridiques cités	97
Bibliographie	99

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04419