

Faculté de droit et de criminologie

**Le testament dans les *Decisiones*
de Paulus CHRISTINAEUS
(1553 - 1631)**

Entre droit romain et Edit perpétuel (1611)

Auteur :
Arnaud HOENRAET

Promoteur :
Alain WIJFFELS

Année académique 2019-2020

Master [120] en droit, à finalité
spécialisée : Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

Par ce mémoire, nous rendons hommage à :

Léopold HECHT (3 mars 1996 – 23 mars 2016)

En souvenir de l'intérêt qu'il portait tout particulièrement au droit international et à l'Histoire du droit, de l'ami, du très grand juriste qu'il aurait pu être.

En souvenir de chaque étape du parcours de formation du juriste qu'il ne franchira pas, car c'est aussi pour lui que nous les franchissons.

En souvenir de ce funeste jour de mars 2016.

Que jamais ni lui, ni ce jour, ne soient oubliés.

Amice, requiescas in pace

Au moment d'arrêter ce mémoire, nous adressons nos plus sincères remerciements à :

1. Monsieur le Professeur Alain WIJFFELS, qui fut promoteur de ce travail, pour sa présence, ses instructions et ses rappels quant à la rigueur des principes de sa science, et surtout... pour sa très grande patience.

2. Monsieur le Professeur Lambert ISEBAERT, qui fut promoteur de notre travail de fin de cycle de Bachelier en langues et lettres anciennes, orientation classiques, achevé simultanément au Master en droit, ce travail ayant été conçu véritablement comme une annexe à ce mémoire, reproduit ici par extraits sous forme décomposée en première et en seconde annexes, pour avoir accepté de diriger ce travail et d'avoir accepté notre proposition de le concevoir comme une annexe à ce mémoire.

3. Madame Marie Marguerite STRASSER GILSON, notre grand-mère, pour sa relecture intégrale de ce travail.

4. Monsieur Etienne HOENRAET, notre père, pour sa relecture intégrale de ce travail, pour son soutien moral et financier tout au long de nos études.

5. Madame Anne GILSON, notre mère, pour sa relecture intégrale de ce travail, pour son soutien moral et financier lors de la rédaction de ce mémoire, et tout au long de nos études.

Remarque liminaire

Certains des relecteurs ci-mentionnés nous recommandent d'indiquer au lecteur qui n'aurait pas de connaissance juridique de base, en particulier en droit romain ou en histoire du droit, de commencer la lecture du présent mémoire par sa seconde annexe et par sa table des matières se trouvant à la fin de cet écrit. Soucieux de rendre notre recherche accessible à tous les publics, nous y encourageons.

INTRODUCTION

Le droit romain, en particulier de la période justinienne, considéré aux côtés du droit canonique comme droit savant, a fortement influencé l'Histoire du droit. Celui-ci est même encore appliqué à titre subsidiaire¹.

Et par rapport aux relations du droit romain et droit canonique avec la coutume, Ph. GODDING s'étonne, en matière de testaments, au sein des Pays-Bas méridionaux, pour la période du XVI^e au XVIII^e siècle, de ce que « les règles qui se sont imposées au moyen âge ne subissent pas de modifications importantes »². Et il poursuit : « Ce fait est d'autant plus remarquable que l'influence du droit romain dans ce domaine aurait dû être très forte. Le testament est une institution étrangère que le droit coutumier a assimilée tant bien que mal, tardivement ; tandis qu'il était le fondement même du droit successoral romain, où sa technique avait été remarquablement affinée »³. Au vu de l'Histoire de son évolution et de sa renaissance – cf. *infra* –, il est normal que le testament ait été plus influencé par le droit canonique et ait été assoupli dans ses formes : « Or, sur des points importants, les usages établis aussi bien par la coutume que par le droit canonique, ne furent pas remplacés par les règles du droit romain. Cela vaut aussi bien pour la forme des testaments, que pour leur contenu »⁴. P. GOUDELIN se rapportait déjà au même constat : une faible pénétration du droit romain, tant sur la forme, que sur le fond des testaments⁵.

Mais Ph. GODDING tempère tout aussitôt ses propos : « L'influence du droit romain se fit pourtant ressentir »⁶. Il cite ici la légitime comme l'emprunt le plus manifeste et le plus important au droit romain, bien que nous ayons fait le choix de ne pas en traiter pour pouvoir nous centrer sur les formes de testament. Comme exemple manifeste d'emprunt au droit romain, nous développerons le testament militaire.

Il faut toutefois, nous semble-t-il, prendre en compte un quatrième élément dans ce tableau d'analyse : l'Edit perpétuel de 1611. En effet, la période de la fin du XVI^e / début XVII^e

¹ A. WIJFFELS, « Van Paul van Christijnen (1631) tot Jean-Alphonse de Coloma (1739). Rechters en advocaten bij de Grote Raad van Mechelen tegen de achtergrond van de zeventiende-eeuwse Europese rechtsontwikkeling », *De Zeventiende Eeuw*, 1993, p. 8 et 9.

² Ph. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle*, Coll. Mémoires de la classe des lettres, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1987, p. 382.

³ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 382.

⁴ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 382.

⁵ P. GOUDELIN, *Commentariorum de iure novissimo*, Lucques, Franciscus Bonsignorus, 1753, lib. II, cap. V, p. 51.

⁶ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 382.

siècle est une période très particulière dans l'Histoire du droit, une période de transition entre le Moyen Age et les Temps Modernes, une période du passage d'un droit de la coutume à un droit de la loi. Et l'Edit en fut l'un des moteurs. Au sein de cette période, la jurisprudence a acquis un rôle important en tant que source du droit⁷. L'Edit perpétuel a en effet, d'une part, imposé la rédaction des coutumes par son article 1^{er} au sein des Pays-Bas méridionaux, et d'autre part, a grandement influencé les formes des testaments en systématisant les apports de chacune des sources du droit et de chaque coutume, en identifiant plus clairement quelle règle il faut appliquer. Pour G. MARTYN, les articles 11, 12 et 13 de l'Edit ont eu l'effet de *canaliser* la réception et l'application du droit romain, de même que du droit canonique⁸.

La prise en compte de l'Edit perpétuel dans cette tripartition des sources permet un double apport : tout d'abord, nous prenons conscience de ce que la coutume n'est plus vraiment coutume : bien qu'il ne s'agisse toujours que de la rédiger, par ce seul fait, sa nature est vouée à changer, elle se rigidifie⁹, et le glissement vers le paradigme de la loi va en effet s'opérer de plus en plus dans les siècles suivants¹⁰. Ensuite, nous apprenons qu'il a joué un rôle, visiblement important, dans la réception du droit romain et du droit canonique. Nous comprenons qu'il a, notamment, été l'agent régulateur du droit savant vis-à-vis des coutumes.

Faut-il dès lors en déduire que l'Edit perpétuel est une raison supplémentaire, outre l'Histoire du testament, qui a engendré une faible pénétration par le droit romain ? Porte-t-il la responsabilité de ce que, comme le dit Ph. GODDING, même les conseillers de justice, juristes connaisseurs du droit romain et influents en leur temps, n'ait pas privilégié « un droit qu'ils considéraient a priori comme techniquement supérieur »¹¹, ce qu'était le droit testamentaire romain ? Dans quelle mesure l'Edit a-t-il, précisément, canalisé le droit romain, et a-t-il freiné sa réception en le canalisant ?

C'est un questionnement qui mérite que nous nous arrêtions, pour y répondre, sur la problématique suivante : où et comment situer le droit de la période qui a suivi l'Edit perpétuel, entre le droit romain et ce même Edit ? Déterminer les influences de l'un et de

⁷ J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 221 à 224 et 370 à 371; A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 7.

⁸ G. MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht*, Coll. Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de provinciën – Archives générales du Royaume et Archives de l'État dans les provinces, Bruxelles, Algemeen Rijksarchief – Archives générales du Royaume, 2000, p. 248.

⁹ J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 265 et 266. Sur la question, nous y renvoyons avec insistance le lecteur.

¹⁰ A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 14.

¹¹ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 382.

l'autre au sein de ce droit permettra de comprendre alors comment l'un a canalisé l'autre. Et nous verrons que le droit de cette période semble se situer *entre* droit romain et Edit perpétuel.

Pour tenter cette démarche, il nous a fallu déterminer avec plus de précisions quel serait notre champ d'action. En effet, les possibilités restent, ainsi, trop larges. Nous avons donc décidé de cibler l'étude d'un ouvrage, que nous allons tenter de situer entre droit romain et Edit perpétuel, en y mesurant l'influence de l'un et l'autre, et de l'un sur l'autre, dans le développement des règles de droit qui y sont présentées et des controverses relatées. Et le choix des *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS, à cet égard, s'est imposé comme une évidence. En effet, il répond à tous les critères qui devaient être remplis. Tout d'abord, il entre dans les limites géographiques et temporelles que nous nous sommes fixées : les Pays-Bas méridionaux, entre le XVI^e et le XVIII^e siècle. En outre, l'*editio princeps* est parue peu après la promulgation de l'Edit perpétuel – cf. *infra* –. Ensuite, P. CHRISTINAEUS est un praticien du droit et était proche du Grand Conseil de Malines – cf. *infra* –, précisément l'un de ces Conseils dans la jurisprudence desquels le droit romain aurait pu être privilégié : l'analyse de son recueil est donc particulièrement intéressante dans notre démarche¹². Qui plus est, l'ampleur du recueil, et ensuite, l'abondance d'éditions disponibles étaient des facteurs supplémentaires par rapport à d'autres auteurs que nous avons envisagés, comme J. WAMÈSE, P. SOTCKMANS ou P. COSPEAU. D'une part, le recueil comprend, en effet, six volumes. Sur conseil de notre promoteur, nous avons toutefois exclus le sixième volume de notre analyse, parce qu'il concerne le droit féodal. Au sein de ceux-ci, les références au droit romain, en particulier au *Corpus Juris Civilis*, sont très présentes, ainsi que les décisions concernant les testaments. La matière restait donc assez large pour y consacrer notre travail. D'autre part, nous en avons trouvé de nombreuses éditions. En particulier, l'Université de Gand a reproduit sur support numérique quatre éditions, accessibles librement. Nous renvoyons à notre bibliographie. Par ailleurs, nous avons pu acquérir la reproduction sur support papier d'une cinquième édition datant de 1734 publiée par Tobias Jacob Reinharth. Au vu de la commodité qu'un support papier apporte, nous avons utilisé surtout celle-ci et c'est celle-ci que nous référencerons. Mais nous sommes parfaitement conscients de ses limites: altérations du texte plus ou moins grandes dues au processus de reproduction, caractère très tardif de l'édition (cf. *infra*)¹³. C'est pourquoi nous avons constamment confronté celle-ci aux autres éditions dont

¹² A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 11.

¹³ Cons. W. DRUWÉ, *Loans and credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500 – 1680)*, Leyde / Boston, Brill, 2020, p. 139.

nous disposions, en particulier celles de 1626 et de 1636. Ainsi nous avons pu nous garantir de l'authenticité la plus forte de notre source.

Nous avons donc exclus le droit canonique de notre recherche, puisque la démarche choisie ne le concerne pas. Par ailleurs, nous avons consacré la plus grande attention aux formes des testaments, plutôt qu'au fond des testaments. C'est en effet celles-ci que l'Edit perpétuel a le plus influencées, et cela permet de garder une cohérence avec le constat de G. MARTYN.

Où se situe le testament dans les *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS entre le droit romain et l'Edit perpétuel de 1611 ? Déterminons-le en développant le régime juridique des testaments tel qu'il en ressort et en relatant les controverses qui y sont présentes.

Il nous faut, enfin, donner quelques informations méthodologiques supplémentaires.

Les références au *Corpus Juris Civilis* abondent, et il nous a donc fallu consulter les parties que composent celui-ci. Nous nous sommes référés, à titre principal, aux éditions de T. MOMMSEN, P. KRUEGER *et al.*¹⁴. A chaque fois que nous avons cité un élément de l'œuvre justinienne, nous avons aussi mentionné entre parenthèses l'auteur de ces éditions et la page précise, pour faciliter le travail du lecteur.

A titre secondaire, nous avons consulté les éditions suivantes : pour le *Digeste* de Justinien, l'édition de D. GAURIER. Mais celle-ci présente une lacune majeure : celle de ne fournir qu'une traduction française, et non le texte latin, ni grec. C'est pourquoi nous avons consulté en parallèle l'édition de J. E. SPRUIT *et al.* Nous avons aussi consulté cette dernière pour les *Institutes* de Justinien. Par rapport aux *Novelles* de Justinien, enfin, l'édition de M. BÉRENGER nous fut utile. Nous renvoyons à la bibliographie pour les références.

Puisque notre intérêt voulait se porter sur le droit romain, nous en avons mentionné des éléments. Nous avons donc consulté des ouvrages généraux de droit romain, et nous avons privilégié l'usage de celui de M. KASER. Toutefois, nous ne maîtrisons pas du tout la langue allemande, si bien que nous fûmes contraints d'utiliser uniquement l'abrégé paru en néerlandais grâce à F. B. J. WUBBE. C'est pourquoi nous avons maintenu la consultation en parallèle de l'ouvrage de P. F. GIRARD. Nos connaissances linguistiques actuelles nous permettent seulement de comprendre le français, le néerlandais, le latin, le grec ancien – pour

¹⁴ *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa. Volumen prius. Institutiones*, établi par P. KRUEGER, *Digesta*, établi par T. MOMMSEN, Berlin, Weidmann, 1872 ; *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa tertia. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, établi par P. KRUEGER, Berlin, Weidmann, 1877 ; *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa tertia. Volumen tertium. Novellae*, établi par R. SCHOEL, terminé par G. KROLL, Berlin, Weidmann, 1895.

ces deux dernières langues, jusqu'où un étudiant de 3^e année de Bachelier le peut –, et à faible dose, l'italien et l'anglais.

Pour l'Edit perpétuel, nous disposons d'une importante étude de G. MARTYN, ainsi que – principalement – de l'ouvrage d'A. ANSELMO, paru au XVII^e siècle. Nous renvoyons le lecteur à la bibliographie.

Toutes les fois que P. CHRISTINAEUS a cité des auteurs qui nous paraissaient importants, nous avons tenté d'identifier ces auteurs et de retrouver l'ouvrage mentionné. Si nous y sommes parvenus, nous avons nous-mêmes fait référence à cet ouvrage. En ce cas, nous avons aussi renvoyé, en bibliographie, au lien permettant au lecteur de retrouver l'ouvrage, pour lui faciliter la tâche. Si cela n'a pas été possible, nous avons tenté d'au moins identifier l'auteur à l'aide des dictionnaires juridiques pour la France et l'Italie repris en bibliographie. Nous avons en ce cas tenté de retrouver l'ouvrage au sein des bibliothèques et nous en avons mentionné la cote. Aussi, nous avons privilégié – dans la mesure du possible – de citer les auteurs en langue vernaculaire. Seul notre auteur principal conserve son nom latin au sein de ce travail, pour le distinguer des autres.

Ce travail se développe ainsi : après avoir donné les éléments nécessaires à la bonne compréhension de l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS dans une partie de contextualisation (partie 1^{re}), nous avons abordé la formation des testaments (partie 2), ensuite de quoi nous avons laissé de côté l'annulation et la révocation des testaments (partie 3, pour mémoire), avant d'envisager la preuve des testaments (partie 4), de laisser pour mémoire également l'ouverture du testament (partie 5), et d'analyser enfin de façon séparée les testaments militaires (partie 6).

Ainsi, nous avons choisi de développer des questions qui permettent des regards variés sur la réception du droit romain et l'influence de l'Edit perpétuel sur celle-ci, abstraction faite du droit canonique. La question du concours ou non du testament *in scriptis* avec le testament nuncupatif, d'abord, permet de comprendre l'articulation que le droit du XVII^e siècle développe avec le droit romain, et les conséquences de la promulgation de l'Edit. La problématique de la preuve du testament, quant à elle, permet d'envisager une branche du droit qui n'existait pas comme telle en droit romain et de voir comment celle-ci s'est créée en ce contexte. La question du testament militaire, enfin, permet d'analyser l'application d'un régime qui, lui, est directement hérité du droit romain qui est lui-même encore en vigueur.

PARTIE 1^{RE}. CONTEXTUALISATION

Dans cette première partie, nous allons revenir sur des éléments de la contextualisation de l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS essentiels à sa compréhension. Après avoir envisagé brièvement l'Histoire qui a conduit le testament à devenir ce qu'il est au XVII^e siècle et la renaissance qu'il a connue (chapitre 1^{er}), nous mentionnerons à nouveau le contexte extrêmement particulier de la période qui nous occupe (chapitre 2), avant d'envisager une courte bibliographie de l'auteur ainsi que quelques considérations sur la genèse et les éditions de ses *Decisiones* (chapitre 3).

Chapitre 1^{er}. Brèves remarques sur l'Histoire et le statut du testament

S'il nous fallait donner deux traits aux testaments, outre bien sûr son caractère unilatéral, nous dirions qu'il s'agit d'une figure ambivalente et fondamentale. Ambivalente, car son statut oscille entre droit réel et droit personnel. S'il règle la succession des biens, il s'ouvre en conséquence d'un élément concernant la personne, le décès, et comprend des éléments spéciaux concernant la capacité des personnes : il peut ainsi notamment servir au « salut de l'âme », en plus d'autres buts¹⁵. Il est donc de nature à intéresser tant le droit romain que le droit canonique. Et cette constatation se démontre bien à travers la difficulté qui a pu se poser à en déterminer la nature à travers la théorie des statuts (cf. *infra*). Fondamentale, ensuite, car son existence fait basculer d'un mode de succession à un autre. En droit romain, cela est très strict par l'application de la règle *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* et l'institution d'héritier obligatoire, mais la succession testamentaire y a un caractère normal dans le mode de succéder¹⁶. Mais il n'en fut pas toujours ainsi. Dans la période du IX^e au XVI^e siècle, l'usage du testament a été perdu. Seule l'Eglise pouvait encore y gagner intérêt, et elle a poussé dès lors à la pratique de donations à son égard. Mais celle-ci finit par se lasser de ses inconvénients et dès le XIII^e siècle, elle donna une impulsion décisive qui fit renaître les testaments. Du XIII^e au XV^e siècle, leur usage fut donc très limité, se concentrant sur les testaments *ad pias causas*, dans un but pieux. Aucune institution d'héritier n'intervenait, et ceux-ci n'obviaient en rien à la succession *ab intestat* : le rôle du testament n'était pas que la succession soit réglée. Cela a eu deux conséquences : d'une part, l'influence

¹⁵ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 381.

¹⁶ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 377; G. MARTYN, *op. cit.*, p. 217.

plus forte du droit canonique que du droit romain, qui fut ensuite conservée, car le testament ne s'est plus débarrassé ensuite des traits que cette renaissance lui a donnés, et d'autre part, une souplesse de formes très grande : il n'était pas nécessaire aux yeux de l'Eglise de s'alourdir de formalités accrues, inutiles, et pouvant empêcher que des biens ne lui parviennent. Ainsi, même les testaments oraux ont été admis, pourvu que deux témoins soient présents. Bien que les coutumes fussent dans un premier temps hostiles à cette évolution, le testament a fini par s'imposer, et sa renaissance s'est alors achevée, et cela explique aussi la grande divergence qui a pu s'ensuivre dans les Provinces et le flou juridique qui s'en est suivi. La figure a retrouvé ce caractère fondamental, mais non pas sans heurts par rapport à son modèle romain. Signalons-le déjà, l'influence la plus marquante fut la disparition de la règle selon laquelle nul ne peut mourir en partie *testatus* et en partie *intestatus* au sein de nos régions, en conséquence du fait que l'institution d'héritier a perdu son caractère obligatoire – avec plusieurs conséquences dont l'effritement de la distinction testament / codicille –. Ce ne fut pas le cas partout ; par ailleurs, un assouplissement a persisté pour le testament *ad pias causas*, reliquat du testament de la période qui a précédé, justifié par le rôle différent attaché à un tel testament¹⁷. C'est en fait de cette forme si particulière de testament qu'il a pu renaître.

Chapitre 2. Le contexte du début du XVIIe siècle : une période de transition

Nous renvoyons à l'introduction, dans laquelle nous avons déjà abordé la période particulière que représente le début du XVIIe siècle, mais nous souhaitons y insister : une période de transition entre le Moyen Age, où la source principale du droit était la coutume, et celle des Temps Modernes, où elle était la loi. Cette période est caractérisée par un accroissement de l'importance du rôle de la jurisprudence comme source du droit. Et c'est cela qui a permis le développement des ouvrages tels que celui de P. CHRISTINAEUS¹⁸. L'Edit perpétuel de 1611, comme l'Ordonnance de Montilz-lès-Tours de 1454 en France, en furent les moteurs¹⁹.

Chapitre 3. L'auteur, P. CHRISTINAEUS, et la création de son ouvrage, les *Decisiones*

Il convient maintenant de fournir une très brève biographie de l'auteur que nous avons choisi, ainsi que des éléments sur la rédaction de l'ouvrage.

¹⁷ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 377 à 383.

¹⁸ J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 371 ; A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 7 et 8.

¹⁹ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 144 et 145.

Paulus CHRISTINAEUS, ou Paul van CHRISTIJNEN de son nom en langue vernaculaire, est né à Malines le 25 octobre 1553. Il a suivi des études de droit en Italie – ce qui se ressent à travers son recueil –, avant de revenir à Malines où il devint avocat près le Grand Conseil en 1580, et il travailla comme fonctionnaire pour la ville de Malines de 1585 à 1622, date à laquelle il céda le poste à son fils, Sébastien van CHRISTIJNEN, tout en continuant sa carrière d’avocat. Il décéda en 1631²⁰.

Dans un premier temps, P. CHRISTINAEUS n’avait pas composé son ouvrage en vue d’être publié. Il l’avait simplement écrit à l’attention de son fils et de lui-même. Mais à la demande de proches, il décida de procéder à sa publication. Pour ce faire, il y prépara son recueil. Ainsi, l’*editio princeps* a été publiée entre 1626 et 1633. Par la suite, plusieurs rééditions ont vu le jour, et il est probable que S. CHRISTINAEUS ait procédé à des modifications et des ajouts au sein de celles-ci, dès l’édition de 1636 – ce qui incite à la prudence par rapport à l’édition papier que nous utilisons –²¹.

L’ouvrage en lui-même se décompose en *Decisiones*. Mais celles-ci correspondent plutôt à une sorte d’article²² sur des questions juridiques : chaque *decisio* ne correspond pas à un cas tranché par le Grand Conseil. Le premier volume reprend des décisions sans ordre particulier, et à partir du volume deux, jusqu’au volume 5, l’auteur se contente de suivre l’ordre du Code de Justinien²³.

Ainsi, cette œuvre est inévitablement liée au Grand Conseil de Malines. L’institution de laquelle il était proche a été sa source principale, et il a pu avoir accès à ses coulisses par plusieurs biais – notamment, par le fait qu’il était marié à la petite-fille d’un de ses conseillers –²⁴. Son manque d’objectivité, due à une proximité si forte, lui est même reproché²⁵. Mais elle a aussi permis au Grand Conseil une réputation favorable²⁶. Celle-ci, travail d’un juriste qui fut un praticien du droit²⁷, est la seule du genre pour cette juridiction, et est d’une ampleur des plus grandes.

²⁰ A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 10 à 12 ; W. DRUWÉ, *op. cit.*, p. 137 et 138.

²¹ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 10 à 12 ; W. DRUWÉ, *ibidem*, p. 137 à 139.

²² A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 11.

²³ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 11 ; W. DRUWÉ, *op. cit.*, p. 137 à 139.

²⁴ W. DRUWÉ, *ibidem*, p. 138 et 139.

²⁵ W. DRUWÉ, *ibidem*, p. 139.

²⁶ W. DRUWÉ, *ibidem*, p. 137.

²⁷ A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 11.

PARTIE 2. LA FORMATION DU TESTAMENT

Il convient, en premier lieu, de s'intéresser aux conditions de formation des testaments civils. Dans un premier chapitre, nous aborderons les différentes formes possibles de testament, qui contiennent chacune différentes formalités propres (chapitre 1^{er}). Dans un second chapitre, nous traiterons, plus brièvement, du fond des testaments (chapitre 2). Il faut en particulier revenir sur une question fondamentale : l'institution d'héritier.

Chapitre 1^{er}. La forme des testaments

Comme le note P. CHRISTINAEUS, le droit du début du XVII^e siècle, dans les régions analysées, connaît deux grandes formes de testament civil : le testament *in scriptis* (section 1^{re}), et le testament nuncupatif (section 2)²⁸, qui subsistent parmi les formes existantes dans le droit romain de Justinien²⁹. Celles-ci diffèrent entre elles, comme c'est expliqué dans le *Codex* et les *Institutes*³⁰.

A côté de celles-ci, il existe différentes formes d'assouplissements des formalités, en raison de la cause du testament. Nous traiterons, très sommairement, du testament *ad pias causas* (section 4) et du testament *inter liberos* (section 5), et plus en détails, du testament militaire (cf. *infra*, partie 5).

Par ailleurs, le testament oral a été admis dans des époques antérieures mais encore récentes par rapport au XVII^e siècle, et qui ont laissé quelques vestiges. Ces périodes sont caractérisées par le commencement faible de la pénétration du droit romain, l'oralité beaucoup plus prononcée du droit et la diversité déconcertante des coutumes orales : c'est d'ailleurs pour pallier ces manques, qui devenaient problématiques, et systématiser les apports des différents horizons, que l'Edit perpétuel a été promulgué³¹. Ce dernier a rendu inutilisable le testament oral³². Nous l'aborderons dans une section distincte (section 3).

²⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Anvers, Tobias Jakob Reinharth, 1734, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°1 (édition reproduite sur support papier par Nabu press, 2012).

²⁹ *Instit.*, 2, 10 (P. KRUEGER, p. 19 et 20 ; J. E. SPRUIT, p. 86 à 90).

³⁰ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°1^{er} ; *Codex*, lib. VI, XXIII, 21 (P. KRUEGER, p. 21) ; *Instit.*, 2, 10 (P. KRUEGER, p. 19 ET 20 ; J. E. SPRUIT, p. 86 à 90).

³¹ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 94 et s.

³² G. MARTYN, *ibidem*, p. 94 et s. ; Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 386 et 387.

En vérité, du moins avant l'Édit, les formes de testaments étaient donc très nombreuses³³.

Section 1^{re}. Le testament in scriptis – testament authentique

La première des deux formes de testament en vigueur au début du XVII^e siècle est, donc, le testament *in scriptis*. Il faut d'emblée remarquer qu'une telle appellation est une catégorie générale qui regroupe des testaments qui peuvent être bien différents. En effet, les solennités des testaments sont réglées par les différentes coutumes, qui peuvent être très divergentes.

P. STOCKMANS note que les solennités du testament écrit ont évolué depuis le droit romain et sont, à son époque, moins nombreuses et moins contraignantes. P. GOUDELIN se rapporte au même constat³⁴. Dès lors, même si P. CHRISTINAEUS se réfère au droit de Justinien, il faut garder à l'esprit le fait qu'outre le nom de testament écrit – testament *in scriptis*, ce sont des contenus différents qu'il regroupe, et que les différences sont parfois grandes, derrière cette dénomination, entre le droit romain et le droit du XVII^e siècle³⁵. Cette remarque est d'autant plus vraie depuis la promulgation de l'Édit perpétuel. Par exemple, nous le verrons, le nombre de témoins requis n'est pas identique.

Désormais, le testament *in scriptis* est devenu le testament authentique, véritable acte de la même qualité, étant passé devant notaire ou curé, et donc forme privilégiée assurant la sécurité juridique³⁶.

Afin de remédier à ce problème de diversité des coutumes, l'Édit perpétuel a tenté de systématiser et de clarifier les règles à appliquer. Comme le souligne G. MARTYN, l'Édit perpétuel de 1611 n'a aucunement voulu unifier celles-ci : bien plus qu'une œuvre pour l'unité du droit, il s'agit d'une œuvre pour la sécurité juridique³⁷. Mais le flou était devenu tel qu'il était même parfois impossible de savoir quelles étaient les règles en vigueur, ou quelles étaient les règles à appliquer à un cas concret. L'Édit perpétuel a donc bien plutôt entendu systématiser le droit des coutumes³⁸. Il l'indique d'ailleurs lui-même en son article 1^{er}³⁹.

³³ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 386.

³⁴ P. GOUDELIN, *op. cit.*, lib. II, cap. V, p. 51.

³⁵ P. STOCKMANS, « Decisiones Brabantinae », *Opera omnia*, Cologne, Franciscus Metternich, 1700, decis. V, p. 14 et 15, n°3 ; decis XVI, p. 30 et 31, n°1 et 5.

³⁶ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 202, 203 et 228.

³⁷ G. MARTYN, *ibidem*, p. 215 et 227.

³⁸ G. MARTYN, *ibidem*, p. 94 et 212 à 215.

³⁹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 130.

Plutôt que d'énoncer toutes les solennités nécessaires à la formation d'un testament *in scriptis*, ce qui nous semble avoir moins de pertinence dans ce travail, au vu de la grande diversité de ces coutumes, et de leur nombre, nous préférons porter une attention particulière au régime systématisé par l'Edit et à la compréhension de l'articulation qu'il a prôné avec les coutumes ; nous épingleons aussi l'une ou l'autre question.

§ 1^{er}. Le régime instauré par l'Edit perpétuel de 1611 : la rédaction des coutumes

Ce sont les articles 11 à 13 de l'Edit perpétuel qui concernent les formes du testament. Quant aux articles 14 à 18, elles concernent le fond des testaments – legs, fidéicommiss – et cela étant mentionné, nous n'y reviendrons pas. Enfin, l'article 19, duquel nous traiterons, concerne la preuve d'un acte juridique, dont le testament, et règlemente dès lors l'*instrumentum*, alors que les articles dont nous traitons ici concernent le *negotium*⁴⁰.

L'article 11 de l'Edit perpétuel doit se lire en combinaison avec son article 1^{er}. Ce dernier impose en effet aux localités de rédiger leurs coutumes. Et l'article 11 énonce le fait que dans les provinces où les coutumes ont été rédigées, il faut se conformer à ses coutumes pour savoir quelles formalités sont à appliquer pour former un testament⁴¹.

Ensuite, son article 12 prévoit un régime qui s'applique subsidiairement, dans les provinces où les coutumes n'ont pas été rédigées. Et celui-ci prévoit la présence de deux témoins, et d'un notaire, d'un curé ou d'un vicaire⁴².

Au sujet de l'article 13, nous y reviendrons : celui-ci concerne aussi les règles de fond.

Comme A. ANSELMO et G. MARTYN le mentionnent⁴³, les articles 11 et 12 prévoient la peine de nullité⁴⁴.

H. COING revient sur le caractère subsidiaire du droit commun en général⁴⁵.

⁴⁰ G. MARTYN, *ibidem*, p. 197.

⁴¹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 197.

⁴² G. MARTYN, *ibidem*, p. 197 et 198.

⁴³ A. ANSELMO, *Commentaria ad perpetuum Edictum*, Anvers, Henricus et Cornelius Verdussen, 1701, art. 11 à 14, § 4, p. 58 ; G. MARTYN, *ibidem*, p. 202.

⁴⁴ G. MARTYN, *ibidem*, p. 197.

⁴⁵ H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band. Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Munich, Beck, 1976, t. 2/2, p. 61.

§ 2. Une formalité particulière : le nombre de témoins

Comme d'autres auteurs⁴⁶, P. CHRISTINAEUS rappelle le fait que deux témoins sont suffisants pour former un testament, comme en droit canonique, et non pas sept comme en droit romain⁴⁷. L'influence est donc marquée par le premier, et non par le deuxième. Et c'est aussi le nombre qu'exige l'article 12 de l'Edit perpétuel⁴⁸. Au niveau de la qualité que doivent revêtir les témoins, l'Edit ne précise rien, et c'est donc le droit romain qu'il convient d'appliquer subsidiairement – sexe masculin, pleinement capables, majeurs –⁴⁹.

§ 3. L'absence de signature du testateur

Normalement, les signatures du testateur, des témoins et du notaire sont toutes requises⁵⁰. Mais qu'en est-il si la signature du testateur est absente ? Nous renvoyons le lecteur à la décision CCCLI du volume 1^{er}⁵¹.

Section 2. Le testament nuncupatif

Abordons maintenant le testament nuncupatif, qui est la seconde forme de testament encore en vigueur au début du XVIIe siècle. À cet égard, une question intéressante, qui est présente à travers les décisions de l'ouvrage, doit être relatée : le testament *in scriptis* invalidé peut-il néanmoins déployer des effets, en étant considéré comme un testament nuncupatif valable, en considérant un concours entre les deux formes ? Après avoir rappelé la définition et les origines du testament nuncupatif (§ 1^{er}), nous aborderons cette question (§ 2 et 3). À cet égard, il faut distinguer la situation où le testament a été rédigé avant l'entrée en vigueur de l'Édit perpétuel de 1611, de celle où il a été rédigé après celle-ci.

⁴⁶ F. VAN DEN ZYPE, *Notitia iuris Belgici*, Anvers, Hieronymus Verdussius, 1640 (2^e éd.), p. 182 à 186 ; P. STOCKMANS, *op. cit.*, décis. XVI, p. 30 et 31, n°1^{er}.

⁴⁷ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 442 et 443, n°1^{er} ; vol. 4, décis. V et VI, p. 13 à 16.

⁴⁸ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 197 et 198.

⁴⁹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 239.

⁵⁰ G. MARTYN, *ibidem*, p. 241.

⁵¹ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 443, n°6.

§ 1^{er}. Définition, origine et généralités sur la légalité

À l'origine, il existait plusieurs formes de testaments dans le droit romain, dont la forme du testament *per aes et libram*, déjà existante dans la Loi des XII tables, mais qui s'est immiscée plus tardivement dans les usages⁵². Les deux principales formes étaient donc, dans l'ancien droit romain, le testament *in procinctu* et le testament *calatis comitiis*⁵³. Le testament *per aes et libram* se faisait au moyen de la mancipation et était donc irrévocable : il fut introduit pour les cas d'urgence, étant donné la rapidité de sa mise en œuvre⁵⁴. Par ailleurs, il n'obligeait nullement « l'héritier », appelé à vrai dire, et à plus juste titre, *emptor familiae* (« acheteur de famille ») puisqu'il n'est pas un héritier au sens technique du terme, à respecter les conditions de la succession⁵⁵. Ce mode de tester a cependant, déjà en droit romain classique, évolué⁵⁶. Elle a supplanté les deux premières, tombées en désuétude, et la mancipation est restée pour la forme seule. Est apparue alors la *nuncupatio*, qui est devenue le centre de la procédure de formation du testament *per aes et libram*. C'est dans ce cadre que J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ décrivent la nuncupation comme une « déclaration orale solennelle prononcée devant témoins par l'aliénateur au moment de la *mancipatio*, par le débiteur en cours de *nexum*, ou par le testateur au cours de la cérémonie de constitution du testament par l'airain et la balance (*per aes et libram*), en vue de préciser la nature des effets juridiques recherchés dans l'acte en question »⁵⁷. P. F. GIRARD précise toutefois que cette déclaration peut aussi être écrite, mais que cela produit les mêmes effets, et établit l'institué comme héritier à part entière⁵⁸. Cette forme de testament est utilisée à la fin de la République, et au début de l'Empire⁵⁹.

La définition ci-relatée élude cependant le fait que la nuncupation a elle-même ensuite évolué. Au Bas-Empire, de nouvelles formes de testaments sont arrivées et parmi celles-ci, le testament nuncupatif, directement dérivé de la forme évoluée de testament *per aes et libram*

⁵² GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par J. REINACH, Paris, les Belles Lettres, 2003, p. 54, n°101 à 103 (Collection des Universités de France) ; M. KASER, *Romeins privaatrecht*, traduit et édité en néerlandais par F. B. J. Wubbe, 2^e éd. revue et corrigée, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, § 67, p. 331 à 333 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, édition revue et mise à jour par F. Senn, réédition présentée par J.-Ph. LEVY, Lonrai, Dalloz, 1929, 8^e éd, p. 849 à 865 ; M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, cours de droit romain récoltés de R. MARTINI, Turin, Giappichelli, vol. 1^{er}, 1966, p. 75 et s. ; G. MARTYN, *op. cit.*, p. 217 à 219.

⁵³ GAIUS, *ibidem*, p. 54 ; M. KASER, *ibidem*, § 67, p. 331 à 333 ; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 849 à 865 ; G. MARTYN, *ibidem*, p. 217 à 219.

⁵⁴ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 849 à 865.

⁵⁵ GAIUS, *op. cit.*, p. 54 ; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 849 à 865 ; M. KASER, *op. cit.*, § 67, p. 331.

⁵⁶ GAIUS, *ibidem*, p. 54 ; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 849 à 865 ; M. KASER, *ibidem*, § 67, p. 332 *in fine*.

⁵⁷ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *Le droit romain de A à Z*, Genève / Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2018, p. 123, v° « Nuncupatio (nuncupation) ».

⁵⁸ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 858 et 859.

⁵⁹ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 860 ; M. KASER, *op. cit.*, § 67, p. 332 *in fine*.

que nous avons décrite, par une simplification⁶⁰. Désormais, grâce au droit prétorien, la nuncupation seule vaut testament, sans mancipation préalable, pour autant que sept témoins soient convoqués⁶¹. Dans un premier temps, cinq témoins suffisaient – à l’instar de ce qui se fait dans la forme de la mancipation –, mais rapidement, le préteur imposa de tester devant sept témoins⁶².

C’est ainsi qu’est né, sous Théodose⁶³, le testament nuncupatif. Hormis la présence de sept témoins, et la déclaration orale solennelle – éventuellement écrite –, cette forme de testament ne comporte aucune condition de forme supplémentaire. Nous comprenons, au vu de cette simplicité, que l’idée de s’en servir comme forme subsidiaire de testament, notamment pour préserver la volonté du testateur en cas de non-respect de la forme normale, a pu séduire. C’est donc la question que nous allons maintenant analyser à travers l’ouvrage de P. CHRISTINAEUS : le testament *in scriptis* invalidé peut-il valoir comme testament nuncupatif ? Autrement dit, y a-t-il concours entre les deux testaments ? Quelle est l’articulation des deux formes de testament existantes au début du XVIIe siècle ?

Nous verrons que le critère de distinction est celui de savoir si nuncupation, dans le sens de la déclaration orale solennelle, moment crucial dans le testament romain⁶⁴, a été faite ; ou non, auquel cas la nuncupation est contenue dans l’écrit.

§ 2. Le testament litigieux a été rédigé après l’entrée en vigueur de l’Édit perpétuel de 1611

Si le Bas-Empire romain a vu naître, après une longue évolution, le testament nuncupatif, l’Édit perpétuel en marqua la fin.

En effet, de l’avis de tous les auteurs, l’Édit perpétuel a implicitement abrogé, par son article 12, le testament nuncupatif⁶⁵. Dès lors, un testament *in scriptis* invalidé rédigé après l’entrée en vigueur dudit Édit ne pourrait valoir comme testament nuncupatif. Le régime prévu par cet

⁶⁰ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 862 ; M. KASER, *ibidem*, § 67, p. 333 à 335.

⁶¹ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 217 à 219.

⁶² P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 862 et 863.

⁶³ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁴ G. MARTYN, *ibidem*, p. 218.

⁶⁵ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 388 ; P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n°10 et 19. Ph. GODDING rapporte plusieurs auteurs l’ayant écrit.

article est, en effet, prévu à peine de nullité, par l'article 11 du même Edit ; qui plus est, ce régime est impératif⁶⁶.

Cependant, la décision CCLXXXII du volumel 1^{er} précise que si les coutumes prévoient la validité du testament nuncupatif, celui-ci reste en vigueur. Il est donc permis de déroger à cette abrogation au moyen de la coutume, et la question pourrait ainsi rester pertinente⁶⁷. Mais comme P. CHRISTINAEUS, G. MARTYN note que même là où les coutumes continuent à l'autoriser, les règles de preuve prévues par l'article 19 de l'Edit perpétuel, que nous développerons *infra*, sont néanmoins d'application aux testaments nuncupatifs, rendant, dans les faits, un écrit obligatoire, même pour cette forme, au-delà de 300 livres arthois⁶⁸.

Nous pouvons donc apercevoir d'ores et déjà que l'Édit perpétuel a freiné, par cette abrogation, la réception des formes romaines du testament.

§ 3. Le testament litigieux a été rédigé avant l'entrée en vigueur de l'Édit perpétuel de 1611, ou est autorisé par la coutume après celui-ci

Bien que les décisions de l'ouvrage interviennent après l'entrée en vigueur de l'Édit perpétuel de 1611, les cours sont encore confrontées, dans les espèces soumises, à des testaments rédigés avant l'entrée en vigueur de celui-ci ou des testaments faits conformément à des coutumes qui ont dérogé à cette abrogation. En ce cas, l'Édit ne peut être appliqué, et la question de savoir si le testament *in scriptis* invalidé peut être requalifié en testament nuncupatif se pose pleinement.

Pour P. CHRISTINAEUS, la situation où il y a des raisons d'en douter est celle du cas où il apparaît que le testateur a voulu se lier à la forme spécifique du testament écrit⁶⁹. Et c'est le critère à rechercher.

Mais la réponse apportée par P. CHRISTINAEUS requiert d'abord de distinguer si la nuncupation en tant que telle a eu lieu : si la nuncupation, cette déclaration orale solennelle, a été faite (première hypothèse), ou non (seconde hypothèse)⁷⁰.

⁶⁶ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁷ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n°19.

⁶⁸ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 248 et 249.

⁶⁹ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCCIV, p. 294, n°4.

Première hypothèse. Le testateur a déclaré solennellement sa volonté par oral – nuncupation explicite

En ce premier cas, les auteurs de doctrine cités par P. CHRISTINAEUS, M. GRASS⁷¹ et G. CLARO⁷², considèrent que le testament sera valable comme testament nuncupatif, pour autant qu'il n'apparaisse pas autrement que le testateur ait voulu se lier, qu'en vertu du droit écrit⁷³.

Il est, ici, suffisamment crédible que le testateur n'ait pas voulu se lier en particulier à une seule forme de testament, même s'il ressort de l'exécution des solennités elle-même du testament écrit une certaine volonté de tester par écrit⁷⁴ : la nuncupation et l'écrit sont en concurrence. Le non-accomplissement des formalités manquantes doit plutôt, en ce cas, être interprété en ce sens que l'acte ou le testament subsiste, et non qu'il fait défaut⁷⁵. P. CHRISTINAEUS précise que cette solution est d'application, et a déjà été appliquée dans un grand nombre d'espèces, par les cours et tribunaux, « licet ex edicto perpetuo Archiducum de anno 1611, apud nos testamenta nuncupatiua sint prohibita »⁷⁶. Cette phrase prête, selon nous, à confusion, puisqu'elle pourrait aussi témoigner d'une certaine résistance à l'Edit perpétuel, mais l'auteur semble bien avoir voulu dire qu'il ne fallait pas appliquer l'Edit lorsque le testament a été rédigé avant son entrée en vigueur⁷⁷ : G. MARTYN rapporte une interprétation de l'article 12 de l'Edit perpétuel intervenue le 12 janvier 1617, qui affirme que cette disposition ne s'applique pas aux testaments rédigés avant l'entrée en vigueur de celui-ci, même si le testateur fut encore en vie au-delà de cette date⁷⁸. Cette solution est également conforme au droit romain : pour préserver la volonté du testateur, primordiale, le *Corpus Juris Civilis* établit le fait que les lois en matière de testament ne s'appliquent pas aux testaments

⁷⁰ « Si tamen re, quae ad nuncupatium concurrat, iure nuncupatiui firmum erit et validum » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 2, décisis. IV, p. 7, n°6.

⁷¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°3 ; M. GRASS, *Tractatus de successionem tam ex testamento, quam ab intestato, et aliarum*, Venise, Damianus Zenarius, 1584, § testamentum, quaestio X, p. 482.

⁷² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°3 ; G. CLARO, *Receptarum sententiarum opera*, Lyon, Antonius de Harsy, 1600, liber III, § testamentum, quaestio LVII, p. 44, n°3.

⁷³ « Tunc priore casu valere testamentum ut nuncupativum, dummodo testatorem non aliter appareat voluisse valere, quam iure scripti » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°5. A. ERNOUT et F. THOMAS indiquent que le tour « aliter ac » peut être remplacé par le tour « aliter quam », en particulier dans les constructions négatives ou interrogatives, par assimilation avec la construction du second terme de comparaison avec un comparatif : A. ERNOUT et F. THOMAS, *Syntaxe latine*, Paris, Klincksieck, 2002, § 202, p. 174.

⁷⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°4.

⁷⁵ « Idque ratione, qui testator ad unam speciem testandi non creditur se voluisse adstringere, eaque actus interpretatio potius facienda est, qua sustinetur testamentum actusue, quam qua deficiat » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°6 et 7.

⁷⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décisis. CCCIV, p. 394, n°7.

⁷⁷ Cela se remarque aussi par une analyse de l'emploi de la conjonction *licet* ; nous revenons plus longuement sur la question dans les annexes.

⁷⁸ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 204.

déjà formés – cf. *infra*, au sujet de l'article 19 de l'Edit –. A. ANSELMO écrit cela également, dès le début de son œuvre⁷⁹. Nous pouvons bien sûr toujours aussi tenter de faire valoir le testament *in scriptis* invalidé comme testament nuncupatif si les coutumes ont dérogé à son abrogation.

En cas de nuncupation explicite, c'est donc une situation de concours entre le testament *in scriptis* – invalidé – et le testament nuncupatif – valide – qui s'installe, sans qu'il ne soit possible de déterminer la volonté du testateur de se lier à une *species* déterminée de testament.

Seconde hypothèse. Le testateur n'a pas déclaré solennellement sa volonté mais l'a mise par écrit et a convoqué 7 témoins – nuncupation implicite

Après avoir vu l'opinion communément admise, nous verrons une opinion minoritaire, avant d'envisager la remise en cause de cette dernière.

1. Principe : une opinion communément admise

La seconde hypothèse à distinguer, envisagée notamment par A. BARTIUS, N. BOHIER, G. CLARO et M. GRASS⁸⁰, est celle où le testateur n'a pas procédé à la nuncupation orale, mais qu'il a convoqué sept témoins et mis par écrit sa volonté, ce qui est possible selon le régime du testament nuncupatif. En ce cas, les auteurs estiment communément que le testament litigieux peut être requalifié en testament nuncupatif, même si P. CHRISTINAEUS estime cela plus douteux⁸¹ : en effet, il n'est pas possible, pour lui, de faire naître un concours sur la base du fait que la nuncupation a elle aussi eu lieu, cas dans lequel, comme nous l'avons vu, nous ne pouvons pas définir sa volonté de se lier à une seule forme.

⁷⁹ A. ANSELMO, *op. cit.*, art. 11 à 14, § 1^{er}, p. 55 à 57.

⁸⁰ M. GRASS, *op. cit.*, § testamentum, quaestio X, p. 482 ; G. CLARO, *op. cit.*, liber III, § testamentum, quaestio III, p. 2 ; N. BOHIER, *Decisiones Burdegalenses*, Lyon, Caesar Farina, 1566, quaestio XXIII, p. 44. Pour N. BOHIER, P. CHRISTINAEUS indique la décision XXIII, mais il nous semble qu'il ait voulu référencer la décision XXIII. Au sujet de A. BARTIUS, il s'agit d'un auteur belge du XVII^e siècle qui a commenté le *Digeste* : cons. C. GOTTLIEB JÖCHER, *Lexicon*, 1^{re} partie A-C, Leipzig, Johann Friedrich, 1750, p. 829, v^o « Baltius (Antonius) ». C'est ici *Dig.*, 29, 7, 20 (T. MOMMSEN, p. 415 ; D. GAURIER, p. 11160) qui est cité.

⁸¹ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n^o8.

2. L'opinion minoritaire : J. FABRE⁸² et le commencement d'application des formalités

Notre auteur mentionne ici une opinion minoritaire de J. FABRE, à laquelle il se rallie, et qui rapporte un élément important. Par présomption, il peut être possible d'établir précisément que le testateur a eu la volonté de se lier à la forme spécifique de l'écrit, et en ce cas, le testament ne semble pas pouvoir être requalifié en testament nuncupatif. Voyons cela plus en détail : nous retrouvons en effet la présence d'un critère objectif et d'un critère subjectif dans la formation des testaments *in scriptis*.

Le critère objectif n'est donc pas rempli : nous constatons la carence d'une ou de plusieurs formalités. En conséquence de cela, le testament *in scriptis* est déclaré, le cas échéant, nul⁸³. Mais si le testateur a mis en œuvre des moyens pour accomplir les formalités requises exclusivement pour le testament écrit – donc, qu'il a commencé à tester par écrit –, sans qu'elles ne le soient pour le testament nuncupatif, il est possible d'établir par présomption, quant au critère subjectif, que le testateur a eu la volonté de se lier en particulier à la *species* de l'écrit. Relevons-le, par une présomption basée sur un fait connu quant au critère objectif, le constat de la mise en œuvre de ces moyens sert en vérité à tenter de prouver un fait inconnu quant au critère subjectif : à savoir, si le testateur a eu la volonté de tester précisément par écrit, ou non : la prédominance reste donc celle du critère subjectif.

Or, comme l'indique P. CHRISTINAEUS, la signature ou le sceau des témoins est requis uniquement pour le testament écrit et répond dès lors à la présomption. Le testament *in scriptis* invalidé ne devrait ainsi pas pouvoir valoir comme nuncupatif, puisque nous pouvons déduire la volonté de se lier à une espèce particulière de testament. En effet, en tout cas si ces solennités manquent, la présomption ci-proposée jouerait.

⁸² Dans un premier temps, nous avons pensé qu'il s'agissait de C.-A. FABROT, un célèbre auteur *in utroque* de l'Université d'Aix, en France, et qui avait publié une édition commentée des *Institutes* de Justinien à Paris en 1638 pour la première édition : P. BONIN, v° « FABROT Charles-Annibal ». *Dictionnaire historique des juristes français. XIIe – XXe siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 415 et 416. Cependant, cette hypothèse est exclue à la lecture de la décision IV du volume 2, qui indique explicitement : IOAN. FABR. L'auteur doit donc porter le prénom de Jean. Et nous avons en effet retrouvé la trace d'un auteur dénommé Jean FABRE du XIV^e siècle et ayant commenté les *Institutes*, lui aussi. Cependant, nous disposons malheureusement de peu d'informations à son sujet : A. DORANGE, *Catalogue descriptif et raisonné de la Bibliothèque de Tours*, Tours, Jules Bouserez, 1875, p. 322 et 323, n°641. Par ailleurs, la référence dans la décision CCCIV du volume 1^{er} semble être fautive car le paragraphe dont les premiers mots sont « Sed cum aliquis » au sein des *Institutes* est le 7^e et non le 8^e. C'est bien le 7^e paragraphe qui est référencé dans la décision IV du volume 2 : *Institutes*, 2, 10, 7 (J. E. Spruit, p. 88).

⁸³ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°9 *in fine*.

Brièvement, nous définirions le commencement d'application des formalités comme la situation dans laquelle le testateur, qui n'a pas déclaré solennellement sa volonté par nuncupation, a déjà appliqué certaines formalités pour la formation d'un testament *in scriptis*, mais pas toutes⁸⁴, rendant nul ledit testament *in scriptis*, et dans laquelle il a donc mis en œuvre des moyens pour commencer à exécuter les solennités du testament écrit – considération quant au critère objectif –, solennités non aussi requises pour le testament nuncupatif, ce de quoi une présomption de l'homme peut être tirée, quant au critère subjectif, selon laquelle il a eu la volonté de tester spécifiquement par écrit⁸⁵, cas dans lequel le testament *in scriptis* ne pourrait pas valoir, selon J. FABRE auquel se rallie P. CHRISTINAEUS, comme testament nuncupatif, en l'absence de concours.

Dans l'espèce de la décision IV du volume 2, qui forme un cas d'exemple, un testateur n'avait pas appliqué les coutumes du lieu où étaient situés les biens, mais celles de l'endroit où le testament était formé. L'essentiel de la décision, comme d'autres, s'attache à rappeler et justifier le fait que ce sont bien les coutumes du lieu où sont situés les biens qui sont applicables – cf. *infra* –. Mais la question est alors posée de savoir s'il ne peut être considéré que les solennités du lieu de situation des biens n'ont pas été respectées par l'accomplissement de formalités équivalentes, et si ce même accomplissement ne peut être considéré comme valable, par équivalent. Comme le relate P. CHRISTINAEUS dans ladite décision, la question est controversée entre certains auteurs de doctrine, et la jurisprudence antérieure à l'Édit perpétuel⁸⁶. Mais une troisième position intervient alors, défendue par Ch. DUMOULIN relaté par C. RUINO, et, admettant l'idée selon laquelle les solennités peuvent être remplies par équivalent, ajoute que la question a été posée de savoir si un testament *in scriptis* dont toutes les solennités ont été remplies, ne peut néanmoins pas valoir comme testament nuncupatif. P. CHRISTINAEUS répond grâce à l'opinion de J. FABRE⁸⁷, que ce n'est pas le cas, car il y a eu ici la volonté de se lier à la forme spécifique de l'écrit, dans un cas où il n'y a pas eu de nuncupation orale⁸⁸. En l'espèce, il a bel et bien eu une mise en œuvre de moyens, et

⁸⁴ « Adhibitis aliquibus solennitatibus testamenti scripti, non tamen omnibus » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°5 (également ailleurs *passim*).

⁸⁵ « Non autem ut nuncupatium quia in scriptis testator condere voluit testamentum cuius voluntatis coniectura ex eo est, quod scripti testamenti solennitates adhibere coepit » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 2, décis. IV, p. 7, n°6 *in fine*. Traduction personnelle : « Pas non plus comme nuncupatif parce que le testateur a voulu fonder un testament *in scriptis* dont la présomption de sa volonté provient de cela qu'il a commencé à mettre en œuvre les solennités du testament écrit ».

⁸⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°5 ; pour les détails de la controverse, voy. *infra*.

⁸⁷ J. FABRE, §. *Sed cum aliquis. 8. Instit. de testam. ordin.*, cité par P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°9. Cons. *Instit.*, 2, 10, 7 (P. KRUEGER, p. 19 ; J. E. SPRUIT, p. 88).

⁸⁸ « FABR. [...] videtur dicendum, quod id uti scriptum valere non potest, cum omnes non sunt eiusdem observatae solennitates, [...] nec etiam ut nuncupatium, cum testator voluit condere testamentum in scriptis,

c'est ce critère précis qui compte – c'est l'apport de cette décision – : il a simplement appliqué les mauvaises formalités, ce qui n'enlève rien aux moyens qu'il a mis en œuvre pour appliquer des formalités, et ce qui ne modifie rien au sujet de la présomption que nous pouvons en tirer. Le testament *in scriptis* invalidé ne pourrait valoir comme testament nuncupatif. Mais comme nous l'avons relaté, l'auteur écrit également que s'il y avait eu nuncupation orale, le testament aurait pu valoir comme testament nuncupatif, ce qui assure notre correcte interprétation de la décision CCCIV du volume 1^{er}.

P. CHRISTINAEUS mentionne à nouveau l'opinion selon laquelle ce testament *in scriptis* invalidé pourrait valoir comme testament nuncupatif, et ajoute que ce n'est en revanche pas l'avis du Grand Conseil de Malines, qui se rallie en ce cas précis à l'opinion de J. FABRE⁸⁹. Mais la *Novelle* 42 de Léon – cf. *infra* – reste un argument en faveur de l'opinion majoritaire.

3. La remise en cause de l'enseignement

Il nous faut mentionner, avec P. CHRISTINAEUS, que cette présomption dégagée par J. FABRE est remise en cause par la *Novelle* 42 de l'Empereur Léon⁹⁰, qui estime qu'un testament *in scriptis* invalidé pourrait toujours valoir comme testament nuncupatif. En effet, si les formalités du testament nuncupatif sont respectées, celui-ci naîtrait toujours en concours du testament *in scriptis* invalidé. Selon P. CHRISTINAEUS, cette *Novelle* n'a aucune valeur juridique et n'est pas – devons-nous dire, n'est plus – contraignante en droit, mais fait toutefois autorité auprès des auteurs de doctrine, et a aussi été ainsi reçue par le Grand Conseil de Malines en d'autres affaires dans des cas où s'agissait d'une nuncupation explicite⁹¹. La position du Grand Conseil reste donc ambiguë.

cuius voluntatis coniectura ex eo est, quod scripti testamenti solennitates coepit » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°9 *in fine*.

⁸⁹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 2, décis. IV, p. 7, n°6.

⁹⁰ « Nouvelles Constitutions de l'Empereur Léon Auguste, ayant pour objet de réformer la législation », traduite (du grec en latin) par H. AGYLEUS, traduites en français par M. DUNOYER DE SEGONZAC, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, traduction française par M. BÉRENGER, *suivies des Nouvelles de l'Empereur Léon*, traduction française par M. DUNOYER DE SEGONZAC, vol. 2, Metz, Lamort, 1807 / 1811, Constitution XLII, p. 61 à 63.

⁹¹ « Quae constitutio Leonis, etsi vim iuris ac legis non videatur habere, doctorum tamen communibus sententiis illa recepta est, casu quo voluntas testatoris explicite testibus nuncupata fuit, vti alias iudicatum fuit in nostro Senatu, et comprobatum in supremo [Senatu], idque ante promulgationem praedicti edicti perptuui, quo testamenta nuncupatiua prohibentur condi art. 12 » : P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°11. Nous pensons qu'il faille sous-entendre le mot « Senatu » : en effet, « Nostro Senatu » fait référence au Grand Conseil de Malines, et la partie coordonnée ne peut donc pas se référer à la même institution. Il semble plausible, en ajoutant ce mot, qu'il s'agisse du Parlement de Paris, et que notre auteur ait voulu dire que cela a

Nous pouvons éclairer ces dires de notre auteur grâce à P. GOUDELIN : ce dernier revient avec plus de précisions sur le statut de cette Constitution 42 de Léon et sur la raison pour laquelle elle est appelée *Novelle*. Pour le comprendre, l'auteur explique pourquoi les *Novelles* de Justinien sont ainsi appelées. Lorsqu'il a procédé à la publication d'une nouvelle édition modifiée et augmentée du *Codex*, laquelle est intervenue après la publication du *Digeste* et des *Institutes*, édition qui nous est parvenue, Justinien a en effet déclaré qu'il ne souhaitait qu'aucune autre constitution ne soit lue qui ne se trouve pas au *Codex*, sauf, comme la préface à la seconde édition de son *Codex* nous l'apprend, tout ce que la nature invente de nouveau après la publication de son Code, et qui manque de sanction légale. P. GOUDELIN se réfère à cette préface et la cite⁹². Pendant la trentaine d'années qui sépare décès de l'Empereur de la promulgation du *Codex*, de nouvelles controverses sont intervenues et il a dû promulguer des Constitutions. Et Justinien a appelé *Novelles* – par rapport au *Codex* – avant la modification de son Code ces constitutions qu'il avait promulguées après la première édition du *Codex*, qui était paru avant les *Institutes* et le *Digeste*. Ainsi, comme l'écrit P. GOUDELIN, C. HARMÉNOPOULOS définit les *Novelles* comme « *Novas Principum constitutiones, quae post leges pro varietate causarum emergentium fieri solent* »⁹³. Quant aux Constitutions de Léon, elles furent jadis appelées *Novelles* parce que, de la même façon, elles ont été promulguées après le Code théodosien⁹⁴. *Novellus* en latin, signifie en effet : nouveau, jeune, récent. A suivre donc cette considération de P. GOUDELIN et à lire la préface à la 2^e édition du *Codex*, la Constitution 42 de Léon n'étant pas reprise dans son corps de texte, la sanction de Justinien manquerait, et celle-ci serait donc abrogée. Et l'auteur ajoute en effet, un peu plus loin, qu'il a expressément exclus de son étude « de iure novissimo » les *Novelles* de Léon parce qu'elles ont été ajoutées plus tard au *Corpus Juris Civilis* par D. GODEFROY, mais n'avait pourtant pas été reçues en Occident, et n'ont pas été reconnues par l'Empereur qui a rendu aux lois romaines leur autorité originaire⁹⁵.

Il n'en reste pas moins qu'à lire P. CHRISTINAEUS, la *Novelle* 42 de Léon fait autorité auprès des auteurs, et a été appliquée par le Grand Conseil de Malines dans des cas de nuncupation explicite. Et cela se comprend, car à lire le *Dictionnaire historique des juristes français*,

été retenu dans les deux institutions. Nous renvoyons le lecteur aux annexes pour plus de détails : c'est la traduction que nous avons choisi de proposer.

⁹² *Codex, De emendatione Codicis Iustiniani et secunda eius editione*, n°4 (P. KRUEGER, p. 4).

⁹³ P. GOUDELIN, *op. cit.*, lib. I, cap. I, p. 2, n°2.

⁹⁴ P. GOUDELIN, *ibidem*, lib. I, cap. I, p. 2, n°2.

⁹⁵ P. GOUDELIN, *ibidem*, lib. I, cap. II, p. 3, n°3.

c'était l'édition de D. GODEFROY qui faisait alors autorité comme étant l'édition de référence par excellence du *Corpus Juris Civilis*⁹⁶.

§ 4. Conclusions

Cette question nous a permis d'aborder l'articulation entre les deux formes de testament existant alors. La jurisprudence et la doctrine tentent en vérité, nous le voyons, de rechercher la présence ou non de la volonté du testateur de tester selon une forme précise de testament : c'est la clef de cette articulation. Et nous voyons les conséquences importantes de l'Edit perpétuel sur le testament nuncupatif, forme romaine de testament, qui l'a abrogé.

Notons que P. CHRISTINAEUS revient sur la question dans la décision VI du volume 4. Il y précise que les auteurs se basent sur le *Codex*⁹⁷ pour admettre qu'un testament *in scriptis* invalidé pourrait valoir comme testament nuncupatif. Celui-ci, en effet, y encourage.

Section 3. Le testament oral

A côté du testament *in scriptis*, le testament oral a été admis, essentiellement dans des périodes antérieures de l'Histoire que celle qui nous occupe. Son admission a été acceptée à des degrés divers dans les coutumes, en fonction des provinces : Ph. GODDING note le fait que celui-ci était encore utilisé dans certaines régions au XVI^e siècle⁹⁸. En tout état de cause, l'Edit perpétuel de 1611 a supprimé le testament oral par ses articles 11, 12 et 13, en combinaison avec l'article 19 qui concerne la preuve et qui réduit, en fait, à néant la possibilité de l'utiliser⁹⁹. Cette compréhension se base sur les mots suivants de l'article 12 : « seront signés »¹⁰⁰. Cela requiert forcément un écrit, ce qui apparaît d'autant plus en combinaison avec les règles de preuve. Bien que l'Edit perpétuel n'ait pas bouleversé fondamentalement les formes des testaments, il n'en a pas moins joué un rôle crucial dans le processus qui a poussé le droit et les procédures à être de plus en plus écrits (de

⁹⁶ A. DUFOUR, v° « GODEFROY (*Gothofredus*) Denys », *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e – XX^e siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 490 et 491.

⁹⁷ *Codex*, VI, XXIII, 14 à 17 (P. KRUEGER, p. 254).

⁹⁸ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 386.

⁹⁹ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 248 et 249.

¹⁰⁰ G. MARTYN, *ibidem*, p. 197, 198, 224 et 225.

verschriftelijking), et c'est ici malgré tout une innovation majeure qu'il apporte : désormais, il est estimé, au minimum, qu'un écrit est exigé pour former un testament¹⁰¹.

Cependant, la combinaison de ces articles pose une question : qu'en est-il si une coutume écrite – art. 11 de l'Edit – a décidé d'autoriser le testament oral ? Etant donné que l'article 19, comme nous le verrons, ne concerne que la preuve des actes juridiques, cela signifie qu'un testament oral pourrait bel et bien exister, même s'il est impossible de le prouver. La question est ainsi résolue, comme G. MARTYN l'explique : étant donné que l'Edit est sur le même pied de la hiérarchie des normes, il s'applique par priorité aux coutumes rédigées qui lui sont antérieures – *Lex posterior anteriori derogat* –, mais il ne s'applique pas si la coutume a été rédigée après son entrée en vigueur, en vertu de l'adage *Lex specialis* – ici la coutume – *generalibus* – ici l'Edit – *derogat*. Des testaments oraux peuvent donc encore être possibles, par endroits, après l'Edit perpétuel¹⁰².

Qui plus est, cette mesure ne semble pas véritablement avoir été respectée en pratique¹⁰³.

Section 4. Le testament inter liberos – et inter parentes –

Avant l'entrée en vigueur de l'Edit perpétuel, les testaments dits *inter liberos* ne sont pas soumis aux formalités normalement requises¹⁰⁴. Il suffit de la présence de deux témoins pour former un tel testament, afin d'assurer avec assez de certitude la volonté du testateur¹⁰⁵. La question de savoir si l'Edit perpétuel soumet ce genre de testaments est controversée¹⁰⁶. Mais G. MARTYN note qu'une interprétation de l'article 12, intervenue le 10 avril 1619, indique que cet article ne fait pas entrave aux faveurs octroyées par le droit écrit, telles que celle-ci¹⁰⁷.

En outre, les femmes peuvent tester *inter liberos*¹⁰⁸. Et en ce cas, l'institution d'héritier n'est pas obligatoire (cf. *infra*)¹⁰⁹.

De plus amples développements seraient possibles : nous renvoyons le lecteur aux décisions VII et VIII du volume 4¹¹⁰, ainsi que CCCIV du tome 1^{er}¹¹¹.

¹⁰¹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 248 et 249.

¹⁰² G. MARTYN, *ibidem*, p. 327.

¹⁰³ G. MARTYN, *ibidem*, p. 225.

¹⁰⁴ *Codex*, lib. VI, XXIII, 3 (P. KRUEGER, p. 253 et 254).

¹⁰⁵ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 4, décis. VII, p. 16, n°1 ; G. CLARO, *op. cit.*, quaestio LVIII, p. 45 et 46, n°3.

¹⁰⁶ A. ANSELMO, *op. cit.*, art. 11 à 14, § 47, p. 88.

¹⁰⁷ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 4, décis. VII, p. 16, n°1 ; G. CLARO, *op. cit.*, quaestio LVIII, p. 45 et 46, n°3.

¹⁰⁹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°16.

Section 5. Le testament ad pias causas

Il en va de même pour les testaments *ad pias causas*, assimilés pour le droit romain aux testaments *inter liberos*¹¹². G. MARTYN indique une interprétation du 7 octobre 1623 selon laquelle ceux-ci doivent être passés par écrit à partir de l'Edit perpétuel, en combinant l'article 12 et l'article 19¹¹³. Comme nous l'avons mentionné *supra*, c'est de ce testament tout-à-fait particulier que s'est faite la renaissance du testament, et cette catégorie acquiert un rôle différent ; son existence en vertu du droit romain est plus controversée, mais elle s'est de toute façon imposée par le biais du droit canonique¹¹⁴. Son histoire et son rôle en sont la *ratio legis*. Cette forme de testament ne permet pas l'institution d'héritier *ad alterius interrogationem* (cf. *infra*)¹¹⁵.

Section 6. Le testament militaire

Contrairement à la période classique, nous pouvons, à partir de Justinien, considérer que le testament militaire est devenu une forme spéciale de testament ordinaire, alors qu'il constituait auparavant un régime distinct et autonome. Il devrait donc plutôt être traité ici. Cependant, au vu de son histoire et du développement que nous souhaitons lui réserver, nous avons préféré l'analyser dans une partie séparée (cf. *infra*).

Nous suivons aussi, en séparant ainsi l'étude du testament militaire, une idée exprimée par notre auteur lui-même. Dans un autre ouvrage que celui qui est ici analysé, P. CHRISTINAEUS indique qu'il y a, selon lui, deux sortes de testaments : le testament ordinaire, et le testament militaire. Vu que nous nous centrons en particulier sur cet auteur, nous mettons nous aussi à l'honneur la distinction que lui-même opère¹¹⁶.

¹¹⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. VII et VIII, p. 16 à 19.

¹¹¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°11 à 17.

¹¹² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. VII, p. 16, n°2.

¹¹³ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁴ P. CHRISTINAEUS, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°12. Nous renvoyons aux annexes.

¹¹⁵ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 395, n°22.

¹¹⁶ P. CHRISTINAEUS, *In leges Mechliniensis civitatis ac provinciae commentaria ac notae*, Anvers, Hieronus et Ioannis Verdussen, 1657, 3^e éd., tit. 17, art. 1er, p. 548, n°3.

Section 7. Le testament mystique

Nous ne nous y attardons pas, car P. CHRISTINAEUS, auteur auquel nous nous consacrons, ne semble pas y revenir, mais nous le mentionnons néanmoins, car G. MARTYN développe la question de savoir si cette forme de testament est soumise à l'Edit perpétuel. Celle-ci n'est pas abrogée par l'Edit perpétuel, conformément à une interprétation du 8 juin 1613¹¹⁷.

Section 8. Le testament des pestiférés

P. CHRISTINAEUS ne semble pas revenir sur la question, mais comme l'indique G. MARTYN, la question de savoir si les formalités prévues par l'Edit perpétuel s'appliquent aux pestiférés est apparue. Nous renvoyons aux développements consacrés par cet auteur¹¹⁸.

Chapitre 2. Le fond des testaments

A présent que nous avons abordé la formation des testaments du point de vue de leurs différentes formes et des formalités que les principales de celles-ci requièrent, nous allons aborder, dans ce second chapitre, la formation des testaments du point de vue de leur fond : que contiennent-ils ? A cet égard, nous serons beaucoup plus brefs par rapport à ce que nous pourrions en dire. Non pas que les questionnements qui pourraient faire l'objet de ce chapitre soient moins importants en quantité ou moins intéressants – bien au contraire, il serait possible de rédiger un mémoire entier pour chacun d'eux –, mais nous avons dû faire des choix. Néanmoins, au vu de la place privilégiée que nous avons voulu réserver au droit romain dans notre réflexion, il est impossible, en traitant des testaments, de faire complètement l'impasse sur l'institution d'héritier (section 1^{re}), qui en constitue – à tout le moins en droit romain – le cœur et la raison. En outre, au sein du testament, nous pouvons retrouver différentes dispositions testamentaires : principalement, legs particuliers, et exhérédation¹¹⁹. Nous n'aurons pas l'occasion d'en traiter, mais nous souhaiterions toutefois délimiter avec le plus de précision possible ce qui relève à proprement parler de la matière des testaments, ou non. En effet, le droit romain connaissait deux sortes de legs particuliers : le –

¹¹⁷ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 204 et 223.

¹¹⁸ G. MARTYN, *ibidem*, p. 231 à 237.

¹¹⁹ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 390 à 393.

ainsi dénommé – legs (*legatum*) et le fidéicommiss (*fideicommissum*)¹²⁰, qui étaient bien distincts, le premier devant être renfermé dans un testament, contrairement au second. Cependant, dans la période qui nous occupe, les deux institutions avaient été fusionnées. Afin de définir précisément les contours de ce qui concerne le testament, nous aborderons brièvement la façon dont cette fusion s'entend, la question étant résolue par P. CHRISTINAEUS (section 2). Enfin, certaines limites étaient posées dans la disposition des biens du testateur pour protéger certaines personnes d'une part d'héritage : nous les mentionnerons pour mémoire (section 3, pour mémoire).

Section 1^{re}. L'institution d'héritier¹²¹

Nous abordons donc ici, bien que trop brièvement, l'élément de la matière le plus essentiel¹²², aux yeux du droit romain : l'institution d'héritier, comprise dans un sens large. C'est ici la seule disposition testamentaire qui est indispensable à la formation d'un testament : il en va de sa validité. La sanction de l'absence d'institution d'héritier est la nullité¹²³. Quant aux autres dispositions testamentaires, que nous n'envisagerons pas sauf de façon lacunaire, elles sont toutes facultatives¹²⁴.

L'institution d'héritier, comprise dans un sens large, se décompose en deux points : l'institution d'un ou de plusieurs héritiers, comprise dans un sens strict : c'est-à-dire le fait qu'un ou plusieurs héritiers soient établis ; et la capacité du ou des héritiers à être institués : cette seconde question est celle de la *testamenti factio* passive¹²⁵.

Dans la décision XI du volume 4, P. CHRISTINAEUS justifie très bien le choix de traiter en particulier de l'institution d'héritier, dans une argumentation à laquelle nous renvoyons le lecteur, et qui peut se résumer comme suit : « Sine ea [institutione heredis] enim non potest

¹²⁰ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 337, et § 75, p. 362. Remarquons que l'auteur indique « het fideicommissum » alors qu'il s'agit d'un mot masculin en latin, malgré sa terminaison en –um : « de fideicommissum » aurait été plus correct.

¹²¹ *Codex*, lib. VI, XXIII et XV (P. KRUEGER, p. 257 à 260).

¹²² M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 336; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869.

¹²³ M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 336; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 869.

¹²⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°2: « Si in testamentum desit illud fudamentum, id est, non sit aliquis institutus heres, sed tamen relicto legato, testamentum tunc sit inualidum » ; *Dig.*, 29, 7, 20 (T. MOMMSEN, p. 415; D. GAURIER, p. 1160).

¹²⁵ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 338; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869.

esse testamentum »¹²⁶. C'est la décision dans laquelle il envisage la *testamenti factio* passive. De même, il justifie le fait d'en traiter au titre de l'institution d'héritier, comme nous le faisons nous aussi. Sans *testamenti factio* passive, il n'y a pas d'institution d'héritier, et donc pas de testament. Nous y renvoyons le lecteur soucieux de comprendre ce choix¹²⁷.

Après avoir relaté les généralités concernant le régime en droit romain (§ 1^{er}), nous verrons dans quelle mesure celui-ci est encore en vigueur dans le droit du XVII^e siècle selon les décisions de P. CHRISTINAEUS (§ 2). P. CHRISTINAEUS explique lui-même le régime de droit romain à travers ses décisions¹²⁸ et renvoie au *Corpus Juris Civilis*. Nous reprendrons ces références.

§ 1^{er}. L'institution d'héritier en droit romain : généralités et rigueur d'un régime

Il convient d'aborder distinctement l'institution d'héritier au sens strict (sous-paragraphe 1^{er}) et la capacité d'être institué héritier (sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1^{er}. L'institution d'héritier au sens strict

Première condition, donc, une institution d'héritier régulière. Celle-ci peut cependant apparaître sous diverses modalités¹²⁹. En effet, le testateur peut établir un ou plusieurs héritiers – legs universel, ou bien legs à titre universel –, il peut aussi instituer un héritier à défaut d'un autre, c'est la substitution vulgaire¹³⁰. Le droit romain admet que le testateur puisse aussi procéder à des legs particuliers, pour des affaires déterminées. Il peut en outre assortir l'institution de modalités, ou non. Toutefois, il ne pouvait pas assortir celle-ci de toutes les modalités : la condition suspensive était admise, de même que le terme incertain ; il lui était en revanche interdit de la soumettre à un terme suspensif certain¹³¹. Quant à la condition et au terme résolutoire, P. F. GIRARD indique qu'ils étaient interdits, mais M. KASER

¹²⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°2. *Adde Codex*, lib. VI, XXIII, 14 (P. KRUEGER, p. 254)

¹²⁷ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°1 et 2.

¹²⁸ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XI à XIV, p. 21 à 30.

¹²⁹ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 873.

¹³⁰ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 337 et 338.

¹³¹ M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 337, n°4; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 874.

écrit qu'ils étaient autorisés¹³². Quant aux modalités licites, celles-ci engendrent une série de questions que nous ne développerons pas¹³³. De même, l'institution de plusieurs héritiers donne lieu à des interrogations, notamment sur la répartition des parts de façon égale ou non. Sans développer la problématique, signalons simplement le fait qu'en ce cas, et pour autant que la règle selon laquelle il est impossible de décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus* soit respectée, la volonté du testateur est maître, et il faut se limiter à son interprétation¹³⁴. Le *Digeste* le confirme¹³⁵.

Sous-paragraphe 2. La *testamenti factio* passive

Seconde condition, la capacité de l'héritier d'être institué héritier. La capacité requise ici est une capacité spéciale. Si certains ne peuvent tester, ces mêmes individus peuvent parfois être institués héritiers¹³⁶ : à titre d'exemple, un esclave ne peut pas tester, mais peut, sous certaines conditions, recevoir succession testamentaire¹³⁷. Et cette capacité est requise à deux moments : au moment où le testament est formé, et au moment où il est ouvert : cela est un vestige de l'origine qu'il tire de la mancipation¹³⁸. Pour l'essentiel, tous ceux que la loi n'excepte pas, peuvent être institués héritier¹³⁹. Retenons que tout citoyen romain peut être héritier, de même que, généralement, les enfants sous la puissance du père et les esclaves¹⁴⁰. P. CHRISTIANEUS précise, en se référant au *Codex*, au sujet des esclaves: « Nec servi, quorum domini institui non possunt »¹⁴¹. Les associations interdites ne peuvent pas non plus être institués héritières, sauf en vertu d'une loi spéciale¹⁴² : elles sont en effet considérées comme personnes incertaines (*personae incertae*) qui ne peuvent être héritières¹⁴³. Quant aux femmes, elles ont connu des restrictions de cette capacité. Les hérétiques, les bannis – que P. CHRISTIANEUS ajoute pour ce qui concerne son époque –, les ennemis, ne peuvent être

¹³² M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 337, n°4 ; *contra* P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 874.

¹³³ Cons. P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 874 à 878.

¹³⁴ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 879.

¹³⁵ *Dig.*, 28, 1, 1 (T. MOMMSEN, p. 371 ; D. GAURIER, p. 1033).

¹³⁶ P. CHRISTIANEUS, *Practicarum...* *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°1^{er} ; *Instit.*, 2, 20, 24 (P. KRUEGER, p. 26 ; J. E. SPRUIT, p. 123).

¹³⁷ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 338 et 339.

¹³⁸ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869 et 870 ; Adde M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 338 et 339.

¹³⁹ P. CHRISTIANEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°3. L'auteur revient rapidement sur l'institution d'un héritier externe en se référant au *Codex*, lib. VI, XXIV, 11 (P. KRUEGER, p. 258).

¹⁴⁰ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 339.

¹⁴¹ P. CHRISTIANEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°3 ; *Codex*, lib. VI, 24, 10 (P. KRUEGER, p. 258).

¹⁴² P. CHRISTIANEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°3 ; *Codex*, lib. VI, 24, 8 (P. KRUEGER, p. 257).

¹⁴³ P. CHRISTIANEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°3 ; *Instit.*, 2, 20, 25 (P. KRUEGER, p. 26 ; J. E. SPRUIT, p. 123 et 124) ; M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 338 et 339 ; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869 et 870.

institués héritiers. Les pérégrins et les déportés ne peuvent être institués héritiers, mais les Latins le peuvent¹⁴⁴. Qui plus est, l'institution devait être faite en énonçant une formule très précise, à tout le moins jusqu'en 399¹⁴⁵.

Comme l'explique GAIUS, le droit romain connaît une distinction entre les héritiers nécessaires, les héritiers internes nécessaires, et les héritiers externes¹⁴⁶, que P. CHRISTINAEUS mentionne dans certaines décisions¹⁴⁷. L'héritier nécessaire est celui qui était esclave, mais à qui il est conféré la liberté – ce qui devait être explicite en ancien droit romain –, à partir du moment où le testament sera exécuté, par le fait de l'instituer héritier. Les héritiers nécessaires et internes, quant à eux, sont la fille, le fils, la petite-fille, et le petit-fils du défunt, ainsi que tous ceux ayant été sous sa puissance. Les héritiers externes sont, enfin, tous les autres, c'est-à-dire, ceux qui n'ont pas été sous la puissance ou dans le patrimoine du *de cujus*.

§ 2. L'institution d'héritier à travers l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS

Nous avons vu la rigueur du principe en droit romain : s'il n'y a pas d'institution d'héritier valable, il n'y a pas de testament ; inversement, s'il n'y a pas de testament, il n'y a pas d'institution d'héritier¹⁴⁸. Qu'en est-il de la rigueur du principe au XVIIe siècle, selon l'auteur ici commenté ? Voyons-le à travers quelques questions.

Sous-paragraphe 1^{er}. Le fils inconnu du père testateur

Dans la décision CCXLVII du volume 1^{er}, une question touchant à l'institution d'héritier apparaît. Un testateur a, en effet, institué ses fils comme héritiers, sans plus de précisions ; cependant, il était père d'un fils qu'il croyait mort. Faut-il considérer qu'il est également institué héritier ? Faut-il introduire des considérations d'équité, ou se tenir à la lettre ? P. CHRISTINAEUS remarque le fait que parmi les auteurs italiens, la question est controversée. Le

¹⁴⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XI, p. 21, n°3 ; *Codex*, lib. VI, XXIV, 1 (P. KRUEGER, p. 257) ; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 870.

¹⁴⁵ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 336 et 338 ; P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 874.

¹⁴⁶ GAIUS, *op. cit.*, p. 65 et s., n°152 et s.

¹⁴⁷ Voy. par ex. P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°41.

¹⁴⁸ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869.

cardinal F. MANTICA¹⁴⁹, premier du nom, ainsi que G. MENOCHIO¹⁵⁰ considèrent tous les deux que le fils dont l'existence était ignorée par le père n'est pas héritier. Selon F. MANTICA, il convient, lorsque la volonté du testateur n'est pas claire *in casu*, de se borner à interpréter celle-ci et de se demander ce que veut vraiment dire ses paroles. Il ne convient pas seulement, pour lui, de se positionner selon des considérations d'équité¹⁵¹. Au contraire, A. FACHINEI¹⁵² défend l'opinion inverse : pour lui, il faut être ici attentif à des considérations d'équité et de similitude, et que le fils inconnu soit donc lui aussi héritier.

P. CHRISTINAEUS note ensuite le fait que cette dernière opinion est particulièrement utile dans nos régions, et est défendue ci-et-là dans les Provinces. En effet, note-t-il, une différence majeure existe entre les régions de ces auteurs et celle de notre commentateur : l'institution d'héritier n'est chez nous plus obligatoire, du moins pas en tous lieux (*passim*). En vertu de plusieurs coutumes, le testament peut exister sans institution d'héritier. Dans nos régions, le testament ne diffère donc plus vraiment d'un codicille¹⁵³. La lecture de l'ouvrage de P. STOCKMANS confirme cette interprétation : lui aussi affirme, de façon plus claire encore, que l'institution d'héritier n'est plus nécessaire à la validité du testament et que celui-ci ne diffère plus du codicille¹⁵⁴. Son absence n'entraîne plus la nullité du testament.

Nous le voyons donc : la rigueur du principe est, en nos régions – mais contrairement à l'Italie –, tombée.

Ceci engendre une conséquence non pas des moindres quant aux principes fondamentaux du droit romain : si l'institution d'héritier n'est pas nécessaire, il est possible de rédiger un testament qui ne contient qu'un legs à titre particulier. Du fait que cela n'est pas possible si l'institution d'héritier est nécessaire, outre bien sûr la possibilité de contenir un tel legs, en découle une règle importante, rigoureuse : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*¹⁵⁵. Par contre, si les coutumes ont supprimé l'institution d'héritier obligatoire, il s'ensuit qu'il est possible de décéder en partie *testatus*, et en partie *ab intestat* : le legs particulier est attribué alors au légataire désigné, et le reste de la succession suit les règles de

¹⁴⁹ F. MANTICA, *De coniecturis ultimarum voluntatum tractatus*, Lyon, Syphorianus Bernud / Stephanus Michaël, 1585, lib. 3, tit. 2, p. 61 à 6.

¹⁵⁰ G. MENOCHIO, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis et Indiciis, Commentarium pars secunda*, Lyon, Petrus Landy, 1593, vol. XVI, p. 24 et 25.

¹⁵¹ F. MANTICA, *op. cit.*, lib. 3, tit. 2, p. 61 à 63.

¹⁵² A. FACHINEI, *Controversiarum iuris*, Lyon, Ioannis Pillehotte, 1623, vol. 1^{er}, lib. 4, cap. LXXVIII p. 438 et 439.

¹⁵³ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, decis. CCXLVII, p. 313, n°8.

¹⁵⁴ P. STOCKMANS, *op. cit.*, decis. II, p. 8, n°2.

¹⁵⁵ P. GOUDELIN, *op. cit.*, lib. II, cap. V, p. 51.

la succession *ab intestat*. Cette quasi-assimilation du testament au codicille, soulève P. CHRISTINAEUS¹⁵⁶, est notamment expliquée, avec les conséquences que nous venons de relater, par P. GOUDELIN¹⁵⁷. A nouveau, la lecture de l'ouvrage de P. STOCKMANS revient, mieux encore, sur cette conséquence : le testateur a, dit-il, le choix d'instituer un héritier, et donc le choix de décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus*¹⁵⁸, ce qui n'était pas autorisé par le droit romain¹⁵⁹.

Le même auteur explique que le droit de son temps, là où l'institution d'héritier a été abrogée, se distingue du droit romain selon deux vecteurs : le premier, l'accroissement des parts (*ius accrescendi*). Si un testateur n'institue pas héritier une personne, en droit romain, celle-ci ne peut ensuite prétendre à aucune succession, même si elle était héritière selon les règles *ab intestat*, et la part qu'elle n'aura pas, accroît celle des autres. En revanche, là où l'institution d'héritier a été abrogée, l'héritier testamentaire ne reçoit que la part qui lui a été attribuée par le testateur. Quant au reste, il sera dévolu à l'héritier *ab intestat*. Le second vecteur est le fait que n'importe qui pourrait, du droit de son époque, décéder *pro parte testatus*, à tout moment, sans que cela ne soit un problème, alors que le droit romain s'était organisé, quant au temps, pour que cela n'arrive pas¹⁶⁰. P. CHRISTINAEUS traite du *ius accrescendi* plus en détail dans la décision XI du volume 4¹⁶¹.

Le même constat du fait que l'institution d'héritier n'est plus obligatoire en nos régions, en vertu des coutumes, est également indiqué par P. CHRISTINAEUS dans la décision CCCIV du volume 1^{er}, où il traite du testament *ad pias causas*, et rappelle que dans ce genre de testaments, l'institution d'héritier n'est pas obligatoire, en ajoutant que de toute façon, ce n'est plus le cas même dans les testaments ordinaires¹⁶². Il y revient *passim*.

Sous-paragraphe 2. L'institution d'héritier *ad alterius interrogationem*

L'institution d'héritier *ad alterius interrogationem*, en particulier sur interrogation du notaire qui noterait les réponses, est-elle valable ?

¹⁵⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, p. 313, n°8.

¹⁵⁷ P. GOUDELIN, *op. cit.*, lib. II, cap. V, p. 50 et 51.

¹⁵⁸ P. STOCKMANS, *op. cit.*, décis. XL, p. 72, n°1^{er}.

¹⁵⁹ Notamment *Dig.*, 28, 5, 1 et 2 (T. MOMMSEN, p. 379 ; D. GAURIER, p. 1056).

¹⁶⁰ P. GOUDELIN, *op. cit.*, lib. II, cap. V, p. 51.

¹⁶¹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XI, p. 21 et 22, n°4 à 7.

¹⁶² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, p. 394, n°16.

P. CHRISTINAEUS envisage la question dans les décisions CCXLVII du volume 1^{er}, CCCV du tome 1^{er} et XI du volume 4. A cette catégorie, est assimilé le testament dicté à autrui, qui l'a écrit¹⁶³. Et la question est très controversée parmi les auteurs et la jurisprudence. Un précédent judiciaire, dont a connu le Grand Conseil de Malines le 24 décembre 1592, dans une affaire *Jean Flameng*¹⁶⁴, a répondu à la question, et P. CHRISTINAEUS se réfère à plusieurs auteurs, dont N. BOHIER, reprise dans la *quaestio XXXV* ses *Decisiones*¹⁶⁵, et Ch. DUMOULIN, dans sa *Consilia XXXI*, pour la France ; J. MENOCHIO, dans la décision XLV de ses *Consilia sive responsa*¹⁶⁶ – ces auteurs donnant beaucoup plus de détails, mais nous y renvoyons –. La première question qui intervient dans cette affaire est de savoir si l'héritier qui a été énoncé en réponse à la demande d'un notaire est valablement institué, dans le cas d'un testament nuncupatif : en effet, normalement, il est requis que le testateur énonce ceux-ci¹⁶⁷. Dans cette affaire, le testament n'avait pas été lu mais simplement montré, ce qui pose question quant à sa validité.

Un tel testament peut en effet être valable, selon ces opinions, moyennant quelques précautions et limites particulières, rapportées par J. MENOCHIO et relatées par notre auteur. Il convient, en effet, de vérifier en particulier si, au moment où le testament a été formé, le testateur était sain d'esprit de pensée (*sana mens et sensus*), et qu'il était conscient de la façon la plus parfaite (*optime*) de ce qu'il faisait¹⁶⁸.

G. CLARO est plus méfiant dans ses *Receptarum sententiarum opera*¹⁶⁹. Comme il le note¹⁷⁰, rapporté par P. CHRISTINAEUS¹⁷¹, il est nécessaire que le testateur ait nommé en personne, de sa propre bouche, l'héritier qu'il entendait instituer. De plus, pour que le testament et l'institution d'héritier soient considérés comme valables, il faut que l'énoncé de la question et la réponse soient clairement articulés, et de façon intelligible.

¹⁶³ Ch. DUMOULIN, *Consilia et Responsa iuris analytica*, Paris, Bartholomeus Macaeus, 1611, consilia XXXI, p. 397.

¹⁶⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol 1^{er}, decis. CCXLVII, p. 313, n°1^{er} ; vol. 1^{er}, decis. CCCV, p. 395, n°3 ; vol. 4, decis. XI, p. 22, n°8.

¹⁶⁵ N. BOHIER, *op. cit.*, quaestio XXXV, p. 69.

¹⁶⁶ Des éditions de certains livres de l'ouvrage ont été retrouvées dans les Bibliothèques, mais pas du livre qui nous intéresse.

¹⁶⁷ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, decis. CCCV, p. 395, n°1^{er} et 2.

¹⁶⁸ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol 1^{er}, decis. CCXLVII, p. 313, n°1^{er}.

¹⁶⁹ G. CLARO, *op. cit.*, lib. III, § testamentum quaestio XXXVII p. 25.

¹⁷⁰ G. CLARO, *ibidem*, p. 25, n°1.

¹⁷¹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, decis. CCXLVII, p. 313, n°3 ; vol. 1^{er}, decis. CCCV, p. 396, n°5.

Notre auteur cite aussi notamment P. PECK¹⁷², juriste néerlandais, M. de AFFLITTO¹⁷³, italien, G. BENOÎT, français, qui a écrit un ouvrage sur la décrétale *Raynutius de testamentis*¹⁷⁴ – une décrétale bien connue de droit canonique¹⁷⁵ –, un auteur dénommé CRAVETIUS, et un autre, P. BELON.

Mais P. CHRISTINAEUS conclut en disant qu'il pense que même s'il y a des opinions diverses parmi les auteurs, il est possible d'affirmer qu'une telle institution d'héritier est admise, moyennant certaines limites : le fait que l'articulation du nom de l'héritier doit être correcte, que le testateur ait mis à découvert sa volonté à un notaire ou un autre, qu'elle soit inscrite sur le testament¹⁷⁶. Le cas d'une maladie grave, bien que rendant l'institution utile, pourrait se révéler plus problématique.

Qu'en est-il, enfin, si le testament *ad alterius interrogationem* était précédé d'un testament valide au profit d'un tiers, formé selon les solennités requises ? En ce cas, P. CHRISTINAEUS se rallie à la réponse commune apportée par d'autres auteurs : G. CLARO¹⁷⁷, cité par P. CHRISTINAEUS¹⁷⁸, estime alors que le testateur ne peut pas révoquer valablement de cette façon le testament déjà formé. En pareille hypothèse, le testament *ad alterius interrogationem* n'est pas valable. Qui plus est, si ce cas appert, il conviendrait de se demander s'il n'y a pas présence d'une fraude¹⁷⁹.

La question est particulièrement importante dans le cas où le testateur est aveugle. S'il respecte toutes les autres formalités, la fraude serait en ce cas, par exemple, exclue¹⁸⁰. Notre auteur se réfère à G. CORSELIUS, juriste belge.

Comme le note notre auteur¹⁸¹ également, nous pouvons trouver la réponse à travers de nombreuses dispositions du *Codex*¹⁸² et du *Digeste*¹⁸³.

¹⁷² D. P. PECK, *Tractatus de testamentis*, Cologne, Ioannis Busaeus, 1665, lib. 1^{er}, cap. 17, p. 50.

¹⁷³ M. DE AFFLITTO, *Decisiones neapolitanae*, s. l., Dionysius de Harsy, 1533, décis. LXIX, p. 41 et 42.

¹⁷⁴ G. BENOÎT, *Repetitio solemnitas in cap. Raynutius de testamentis*, Lyon, Antonius Vincentius, 1544, v^o « In extremis », p. 157 n^o 37, 38, 39 et 40.

¹⁷⁵ P. ARABEYRE, v^o « Benoît (*Benedicti*) Guillaume », *Dictionnaire historique des juristes français. XIIIe – XXe siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 86 à 88 ; P. ARABEYRE, *Les idées politiques à Toulouse à la veille de la Réforme: recherches autour de l'œuvre de Guillaume Benoît (1455-1516)*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2003.

¹⁷⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCV, p. 396, n^o 12.

¹⁷⁷ G. CLARO, *op. cit.*, p. 26, n^o 8.

¹⁷⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCXLV, p. 313, n^o 5.

¹⁷⁹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem.*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, p. 313, n^o 5.

¹⁸⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem.*, vol. 1^{er}, décis. CCCV, p. 396, n^o 8.

¹⁸¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem.*, vol. 1^{er}, décis. CCCV, p. 395, n^o 1er et 2.

¹⁸² *Codex*, lib. VI, XXIII, 29 (P. KRUEGER, p. 256) ; *Codex*, lib. VI, XXII, n^o 8 (P. KRUEGER, p. 252 et 253).

Relevons également le fait que la réponse est largement influencée par le fait que l'institution d'héritier est ou non obligatoire en vertu des coutumes. P. CHRISTINAEUS semble estimer, à dire vrai, que si elle ne l'est pas, comme c'est le cas dans les coutumes de nos régions, il n'y a pas de raison d'admettre l'institution d'héritier *ad alterius interrogationem*¹⁸⁴. La validité du testament n'est en effet alors pas en danger.

Sous-paragraphe 3. Le testament conjonctif ou réciproque

Nous renvoyons à la décision CVIII du volume 1^{er}¹⁸⁵.

Sous-paragraphe 4. L'institution d'héritier sous condition

Pour mémoire. Nous renvoyons le lecteur à la décision XIII du volume 4¹⁸⁶.

Section 2. Les legs à titre particulier¹⁸⁷

Envisageons maintenant les legs à titre particulier, qui sont au nombre de deux, le fidéicommiss et le legs, et qui peuvent être introduits dans un testament, sans être obligatoires, même en droit romain.

Nous n'allons toutefois pas développer les conditions de formation, et les effets, de chacune de ces deux figures. Il est plus intéressant, ici, de tenter de comprendre l'articulation entre celles-ci au XVIIe siècle. Après avoir, très rapidement, envisagé l'origine de ces institutions en droit romain (§ 1^{er}), nous relaterons la décision XL du volume 4, qui explique l'articulation en question en donnant également des informations sur son évolution en droit romain (§ 2), avant de s'étonner de ce qu'il reste à l'heure actuelle du fidéicommiss (§ 3).

¹⁸³ *Dig.*, 28, 1, 21 (T. MOMMSEN, p. 372 ; D. GAURIER, p. 1036) ; *Dig.*, 32, 39 (T. MOMMSEN, p. 448 et 449 ; D. GAURIER, p. 1246 et 1247).

¹⁸⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCV, p. 396, n°15 à 20.

¹⁸⁵ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CVIII, p. 223 et 224.

¹⁸⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XIII, p. 26 à 28 ; *Codex*, lib. VI, XXV (P. KRUEGER, 258 et 259).

¹⁸⁷ *Codex*, lib. VI, XXXVII, XLII, XLVII, XLIV, XLV, XLVI (P. KRUEGER, p. 269, 270, et 272 à 276).

§ 1^{er}. L'origine romaine

J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ décrivent le legs (*legatum*) comme une « disposition pour cause de mort à titre particulier contenue dans un testament (*testamentum*) ou, depuis l'Empire, dans un codicille confirmé par un testament, par laquelle le testateur fait une libéralité au profit d'une personne appelée légataire (*legatarius*) aux dépens d'un héritier institué (*heres*) »¹⁸⁸. Ils expliquent ensuite la distinction entre le *legatum per damnationem*, le *legatum per praeceptionem*, et le *legatum per vindicationem*.

Quant au fidéicommiss, ceux-ci le définissent comme une « Libéralité à titre particulier faite pour cause de mort par le défunt à une personne particulière »¹⁸⁹, avant de donner plus de détails, et de préciser qu'il était une obligation naturelle, avant de devenir obligatoire sous Auguste¹⁹⁰ : la part du fidéicommiss est d'abord mise entre les mains de l'héritier institué ; et que les biens donnés en fidéicommiss pouvaient être confiés à l'héritier, à charge pour lui de les remettre à la personne désignée.

Comme nous le voyons à travers ces définitions, depuis Auguste, qui a rendu le fidéicommiss obligatoire en droit, ce deuxième genre de legs à titre particulier diffère du premier, le legs, en ceci qu'il ne doit pas être contenu dans un testament, bien qu'il le puisse¹⁹¹. Les legs et les fidéicommiss étaient alors soumis à des conditions de formation différentes, et engendraient des effets différents¹⁹².

Les deux institutions furent cependant de plus en plus rapprochées, et Justinien les a finalement presque fusionnées : tous les deux pouvaient alors être contenus tant dans des testaments que dans des codicilles¹⁹³ ; et en a remanié leurs effets de façon à les rapprocher tellement que ceux-ci furent équivalents¹⁹⁴. Sous cet Empereur, seule une différence quant aux conditions de validité pouvait encore subsister¹⁹⁵. C'est l'évolution que P. CHRISTINAEUS nous explique fort bien dans la décision XL du volume 4, lui-même s'attachant à décrire l'origine de ces deux institutions en droit romain, pour comprendre quelles différences subsistent en son temps entre les deux institutions et clarifier l'affirmation du *Digeste*, qui

¹⁸⁸ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 95, v° « Legatum ».

¹⁸⁹ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *ibidem*, p. 65, v° « Fideicommissum ».

¹⁹⁰ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *ibidem*, p. 65, v° « Fideicommissum » ; M. KASER, *op. cit.*, § 77, p. 368 ; *Instit.*, 2, 23, 1 (P. KRUEGER, p. 28 ; J. E. SPRUIT, p. 130 et 131).

¹⁹¹ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 967.

¹⁹² P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 968 et 979.

¹⁹³ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 978.

¹⁹⁴ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 984 et s.

¹⁹⁵ P. F. GIRARD, *ibidem*, p. 978.

énonce simplement le fait que les deux institutions sont équivalentes¹⁹⁶. Nous aborderons dans le paragraphe suivant ce qu'il en dit.

§ 2. L'assimilation du legs et du fidéicommiss expliquée par P. CHRISTINAEUS : la décision XL du volume 4

Comme l'écrit P. CHRISTINAEUS¹⁹⁷, le *Digeste*¹⁹⁸, le *Codex*¹⁹⁹ et les *Institutes*²⁰⁰ établissent bel et bien que le legs et le fidéicommiss sont équivalents : il s'agit désormais d'un principe. Plus précisément, il y est écrit qu'ils sont équivalents « per omnia »²⁰¹, « à travers toutes choses »²⁰². Pour faire la lumière sur cette affirmation, encore en vigueur de son temps, notre auteur s'attache à comprendre le contexte de naissance de cette assimilation. Comment interpréter une telle disposition ?

Au départ, rappelle-t-il²⁰³, seul le legs existait, déjà dans la loi des XII tables. Le fidéicommiss était une obligation naturelle ; cependant, sous Auguste, il s'est trouvé des personnes qui trompaient la confiance de la personne donnant en fidéicommiss, et qui ne remettaient pas au destinataire final le bien confié. Comme l'estime toutefois le *Digeste*²⁰⁴, tromper la confiance est grave. Or, toute action aurait été repoussée. C'est pourquoi Auguste, comme mentionné au premier paragraphe, a rendu obligatoire le fidéicommiss²⁰⁵. Mais il est apparu alors un second problème. En effet, une forme de fraude fut possible et usitée pour détourner les règles de la *testamenti factio* passive. Si, par exemple, quelqu'un voulait tester à son fils naturel (*spurius*) incapable de recevoir héritage, il lui suffisait de confier le bien à un tiers, quant à lui capable, avec pour charge de le remettre à son fils naturel. Cette fraude était interdite par la loi : les personnes à qui il était interdit de léguer, étaient les mêmes personnes au profit de qui il était

¹⁹⁶ *Dig.*, 30, 1 (T. MOMMSEN, p. 416 ; D. GAURIER, p. 1161). L'ensemble des livres 30, 31 et 32 du *Digeste* traitent du fidéicommiss.

¹⁹⁷ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XL, p. 62, n°1.

¹⁹⁸ *Dig.*, 30, 1 (T. MOMMSEN, p. 416 ; D. GAURIER, p. 1161).

¹⁹⁹ *Codex*, lib. VI, XXXXII, 6, 8, 13, 14 et 31 (P. KRUEGER, p. 272 et 273) ; *Codex*, lib. VI, XXXXIII, 2 (P. KRUEGER, p. 274).

²⁰⁰ *Instit.*, 2, 20, 3 (P. KRUEGER, p. 25 ; J. E. SPRUIT, p. 116 et 117).

²⁰¹ *Dig.*, 30, 1 (T. MOMMSEN, p. 416 ; D. GAURIER, p. 1161).

²⁰² D. GAURIER, *Les 50 livres du Digeste de l'empereur Justinien*, édition traduite et annotée par D. GAURIER comprenant - pour la première fois en français - la palingénésie du commentaire sur l'Édit du préteur d'Ulpian, préface de P. PICHONNAZ, Paris, La mémoire du droit, 2017, vol. 2, livre 30, n°1^{er}.

²⁰³ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XL, p. 62, n°1.

²⁰⁴ *Dig.*, 13, 5, 1 (T. MOMMSEN, p. 177 ; D. GAURIER, p. 512) ; P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XL, p. 61, n°1^{er}.

²⁰⁵ *Instit.*, 2, 23, 1 (P. KRUEGER, p. 28 ; J. E. SPRUIT, p. 130).

interdit de grever un bien légué d'un fidéicommiss. La base-même du fidéicommiss (*fides – committere*) est, en effet, la confiance (*fides*).

C'est dans ce contexte que la différence entre les deux institutions a évolué dans le droit qui a précédé le *Corpus Juris Civilis*. Mais comme le note notre auteur, il subsiste des différences après la promulgation du *Digeste*²⁰⁶, malgré ses propres termes : en effet, contrairement au fidéicommiss, notamment quant aux actions possibles, trois restent possibles pour les legs – action testamentaire, revendication, action hypothécaire –, contrairement aux fidéicommiss ; dès lors, du temps de Justinien, la validité des fidéicommiss restait malgré tout moindre que celle des legs.

Qu'en est-il du temps de P. CHRISTINAEUS ? Les législations ont rendu identiques les actions possibles pour le fidéicommiss comme pour le legs : la différence encore observée sous Justinien ne s'applique dès lors plus. Quant aux choses qui peuvent faire l'objet de l'un ou de l'autre, elles sont identiques. Il en va de même pour les personnes capables activement ou passivement. L'assimilation est à ce point forte, que si une disposition ne se trouve concerner que l'un des deux, elle est généralement étendue à l'autre.

Toutefois, à l'époque de notre auteur, le principe d'équivalence du legs et du fidéicommiss ne s'étend pas à ce qui concerne sa formation, ni aux paroles qu'il faut prononcer pour les créer, qui restent différentes. Celui-ci s'étend, pour l'essentiel, à ses effets et son utilité²⁰⁷.

Comme nous le voyons, si nous voulons analyser les legs et les fidéicommiss au XVIIe siècle, il serait dès lors justifié d'envisager distinctement pour l'un et l'autre leurs conditions de formation respectives et les paroles efficaces à cette fin. En revanche, il conviendrait d'envisager leurs effets et leur utilité dans un chapitre commun.

Ainsi l'interprétation de ce principe contenu au *Digeste*, insuffisant à lui seul, a-t-il évolué.

§ 3. Perspectives actuelles

A l'heure actuelle, le sens de « fidéicommiss » est celui de dispositions qui permettent de faire parvenir un bien à un autre par l'intermédiaire d'un tiers, bien plutôt qu'une sorte de legs

²⁰⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XL, p. 62 et 63, n°1.

²⁰⁷ « Eaque aequiparatio aestimatur praecipue ab effectu et utilitate ; nam si eam aestimates a conceptione et forma verborum, tunc etiam hodie inter se different [...] ideo circa conceptionem verborum adhuc hodie manet differentia ; in aliis autem sublata esvol. » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. XL, p. 63, n°1.

particulier. A plus proprement parler, il conviendrait de les appeler dispositions fidéicommissaires. Il suffit de lire la définition donnée par G. CORNU pour s'en convaincre²⁰⁸. Il est donc particulièrement étonnant de remarquer que le sens qui est conféré de façon privilégiée à ce mot, dans le droit actuel, provient d'une fraude à la loi, ou à tout le moins, de ce qui l'a permise. Cette divergence de sens peut être de nature à engendrer des confusions et des incompréhensions.

Section 3. L'exhérédation

Pour mémoire.

Section 4. Les limites imposées au testateur : légitime, Falcidie, Trebellenica

Pour mémoire, mais nous les définissons dans la seconde annexe.

Chapitre 3. La capacité de tester

Non seulement le testateur doit être en capacité de tester (section 1^{re}), mais l'héritier institué doit être en capacité d'être institué héritier (section 2).

Section 1^{re}. La capacité de rédiger un testament (testamenti factio active)

Pour mémoire.

Pour tester, il faut être pubère : l'âge est fixé à 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles²⁰⁹. Les sourds et les muets sont incapables de tester en droit classique, mais autorisés selon des modalités particulières sous Justinien, bien qu'ils restent par principe incapables²¹⁰. Les aveugles peuvent tester normalement au XVII^e siècle²¹¹. Par ailleurs, le dément ne peut pas rédiger un testament²¹². Il faut en effet être sain d'esprit²¹³. P. CHRISTINAEUS traite de la question dans la décision IV du volume 4, en l'ayant distinguée clairement de la *testamenti*

²⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016, 11^e éd., p. 458 et 459, v° « Fidéicommiss ».

²⁰⁹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. IV, p. 10, n°2 ; *Dig.* 28, 1, 5 (T. MOMMSEN, p. 371 ; D. GAURIER, p. 1033). *Adde* P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XV, p. 30 à 32.

²¹⁰ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 869 ; *Dig.*, 28, 1, 6 à 7 (T. MOMMSEN, p. 371 ; D. GAURIER, p. 1033 et 1034).

²¹¹ P. STOCKMANS, *op. cit.*, décis. XVI, p. 30 et 31, n°2.

²¹² P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. XXII, p. 11, n°2.

²¹³ *Dig.*, 28, 1, 2 (T. MOMMSEN, p. 371 ; D. GAURIER, p. 1033).

factio passive dont le traitement nous a paru plus justifié au vu de sa particularité. Dans cette décision, l'auteur ici analysé a effectué une liste des personnes ayant *la testamenti factio* active. Nous y renvoyons le lecteur²¹⁴.

Section 2. La faculté d'être institué héritier (testamenti factio passive)

Le contenu de cette section a été abordé *supra*, avec l'institution d'héritier.

Chapitre 4. Questions de droit international privé : la théorie des statuts

Abordons maintenant une question qui a fait couler beaucoup d'encre : de quel lieu faut-il appliquer les coutumes ? En effet, le testateur peut disposer de biens qui ne se trouvent pas dans la Province où il forme son testament. Dès lors, faut-il appliquer les coutumes du lieu où il forme son testament, ou bien celles du lieu de situation des biens, c'est-à-dire le lieu où ceux-ci sont situés ?

Et il y a aussi ici une question de conflit de lois : faut-il appliquer une seule loi de succession, ou plusieurs ? Que favorise l'ancien droit ? Appliquer la loi du lieu de formation, ou de résidence, favorise l'application d'une seule loi, alors qu'appliquer la loi du lieu de situation favorise l'application de plusieurs lois.

Ph. GODDING indique qu'avant l'Edit perpétuel de 1611, la règle selon laquelle il faut suivre les coutumes du lieu de formation du testament constitue une position unanime en doctrine²¹⁵. Mais le même Edit, par son article 13, a disposé contrairement : il faut suivre, selon lui, les coutumes du lieu de situation des biens²¹⁶. L'article allait cependant devenir « mort-né ».

Nous devons en effet attirer l'attention du lecteur sur un élément très important : une interprétation de l'Edit perpétuel est intervenue le 30 juin 1634, qui est revenue à annuler l'article 13 de l'Edit perpétuel, aux dires de V. LAINÉ, rapporté par G. MARTYN²¹⁷. Cette interprétation a estimé que le nombre de témoins ne relevait pas des formes substantielles, mais des règles de preuve : le législateur s'est toutefois contredit lui-même par rapport à la nullité qu'il prévoit pour cette formalité en ses articles 11 et 12, qui traitent bel et bien des

²¹⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCXLVII, p. 9 à 13.

²¹⁵ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 384.

²¹⁶ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 384 ; G. MARTYN, *op. cit.*, p. 198.

²¹⁷ G. MARTYN, *ibidem*, p. 210, 246 et 247.

formalités substantielles, et non de la preuve. Cette contradiction évidente – et cette interprétation manifestement fausse – pose question et allait coûter la vie de l'article 13 de l'Edit dès 1634²¹⁸. Nous renouons ici avec un constat que nous avons relevé *infra* : la difficulté récurrente qui se ressent de façon générale parmi tous les acteurs du droit de l'époque, de comprendre véritablement la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum* ; entre les règles de formation, et le droit de la preuve tout fraîchement introduit par le même Edit au sein des Pays-Bas méridionaux, sans doute due à sa nouveauté. Mais plus encore : étant donné que les volumes de l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS furent publiés au plus tard en 1633 – cf. *supra* –, cette interprétation n'était pas encore intervenue et les impressions que peuvent renvoyer les *Decisiones* de notre auteur sont donc faussées dans une optique historique plus globale. Elles ne peuvent tout au plus concerner qu'une brève période, de 1611 à 1634. Même s'il semble transparaître ici que l'Edit perpétuel a mis fin efficacement aux controverses, et que P. CHRISTINAEUS s'y réfère, le flou juridique très fort qui entourait – et entoure toujours – la problématique n'allait pas disparaître grâce à l'Edit perpétuel. Pour l'analyse de la présente influence, les *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS interviennent malheureusement un peu trop tôt. Nous allons toutefois en développer des éléments, en étant conscients des limites de leur portée et d'une fausse image qu'ils renvoient : les controverses relatives ne cesseront pas du tout par la suite. Comme le note G. MARTYN, et contrairement à ce qui transparaît de l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS, l'application de l'article 13 de l'Edit perpétuel dans la pratique fut très mauvaise²¹⁹. Cette remarque est d'autant plus intéressante à noter que les révisions opérées par S. CHRISTINAEUS à partir de l'édition de 1636 ne semblent pas avoir corrigé ce point.

Comme P. CHRISTINAEUS le précise, le lieu de situation des biens ne se confond pas avec le lieu de localisation de ceux-ci. Si pour les biens immeubles, il est toujours identique, ce n'est pas le cas pour les biens meubles : le lieu de localisation s'entend de l'endroit où ils se trouvent à un moment déterminé, ce qui peut varier au cours du temps, alors que le lieu de situation indique le lieu où leur situation a été objectivement fixée et à l'ordre juridique duquel ils sont perpétuellement rattachés : les biens meubles sont perpétuels en ce lieu. Ce lieu correspond à l'endroit où les biens sont retrouvés²²⁰.

²¹⁸ G. MARTYN, *ibidem*, p. 210, 246 et 247.

²¹⁹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 246 et 247.

²²⁰ P. CHRISTINAEUS, *Pracicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n°14 et 15.

C'est le célèbre juriste italien du XIV^e siècle, BARTOLE, qui a construit la théorie des statuts, à partir des tout premiers théoriciens de droit international privé, qui avaient fondé le principe *Locus regit actum*²²¹. Mais cette affirmation, généralement admise, est contestée par V. LAINÉ²²². Cette théorie divise les statuts en deux groupes : les statuts territoriaux – dont les effets ne se prolongent pas en dehors du territoire et ne s'appliquent qu'aux biens et personnes qui y sont présentes – et à l'inverse, les statuts extraterritoriaux – auquel cas il faut suivre la loi du domicile –²²³. Comme nous allons le voir, celui-ci fut repris en France par Ch. DUMOULIN. En particulier en France, la différence va se faire ressentir à ce niveau entre les droits réels et les droits personnels²²⁴. Une loi est, selon cette théorie, en principe réelle et territoriale, sauf exception²²⁵.

Voyons ce qu'en dit P. CHRISTINAEUS. Celui-ci en traite principalement dans deux décisions : la LI et la CCLXXXII du volume 1^{er}. Mais il reprend ses dires également dans la décision IV du volume 2, et dans la décision X du volume 4.

Pour introduire la controverse dans la décision CCLXXXII du volume 1^{er}, P. CHRISTINAEUS²²⁶ se réfère à A. TIRAQUEAU²²⁷ et à une disposition du *Codex*²²⁸.

Un premier point de la controverse est déclenché à partir de la question de savoir si les règles concernant le testament régissent *in rem* ou *in personam*. Et nous touchons ici à l'une des raisons qui nous a poussés à choisir ce sujet de mémoire : l'ambivalence du testament.

Selon N. EVERARD²²⁹, juriste néerlandais, cité par notre auteur, le testateur ne succèdera pas *ab intestat* pour autant du moins que, outre le respect des formalités du lieu de formation, le testateur soit aussi capable de tester selon les lois du lieu de situation des biens²³⁰.

²²¹ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 218 et 219.

²²² F. SURVILLE, « La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin », *Journal du Droit international*, 48/1, 1921, p. 7. L'auteur ne s'accorde pas avec V. LAINÉ.

²²³ F. SURVILLE, *ibidem*, p. 7.

²²⁴ F. SURVILLE, *ibidem*, p. 10 et 11.

²²⁵ F. SURVILLE, *ibidem*, p. 14.

²²⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, p. 353, n°1^{er} : « Saepe in controuersiam reuocari solet, an quoad solennitates testamentorum sufficit eas seruasse, quae ex statuto loci, vbi testamentum conditur, requiruntur [... Il cite ici A. TIRAQUEAU et le *Codex*] ».

²²⁷ A. TIRAQUEAU, *De Legibus connubialibus, et iure maritali*, Paris, Odoenus Paruus, 1546, gloss. 6, p. 193, n°214.

²²⁸ *Codex*, VIII, XXXXVIII, 1 (P. KRUEGER, p. 359).

²²⁹ N. EVERARD, *Consilia sive responsa*, consil. 185, n°3, cité par P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, p. 353, n°3. (Une édition de 1642 est notamment disponible à la Bibliothèque nationale d'Ecosse à Edinburgh sous la cote V000688824).

²³⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, p. 353, n° 2 et 3 : « Nec opus est seruari eas, quae ex statuto loci, vbi boni sita sunt, requiruntur, et tale testamentum quoad omnia bona sortietur effectum. Et ex eo,

Mais une autre opinion est défendue notamment par BARTOLE²³¹, BALDE²³², et Ch. DUMOULIN²³³, que nous avons déjà annoncée, est la suivante : une disposition ne peut s'étendre à des biens situés ailleurs, qu'elle soit faite *in personam* ou *in rem*. En conséquence de cela, il leur semble falloir étendre les formalités aux biens où qu'ils soient situés, à condition toutefois qu'au lieu de leur situation, aucune disposition *in rem* n'interdise que la propriété soit transférée, quel qu'en soit le moyen²³⁴. A. TIRAQUEAU²³⁵, mentionné par P. CHRISTINAEUS²³⁶, le note aussi : si les lois du lieu de situation des biens interdisent de tester, cela empêche de former testament où qu'il soit fait. Et il en va de même pour les dispositions *in personam*. Si les lois du lieu de situation des biens ne donnent pas la capacité de former testament au testateur, il ne suffit pas que le testateur soit capable selon les lois du lieu où le testament est formé²³⁷, comme le notent non seulement N. EVERARD, mais aussi A. TIRAQUEAU et BARTOLE.

Quant à la question des coutumes à appliquer pour les testaments concernant des biens municipaux (*bona municipalia*), nous renvoyons le lecteur à ladite décision : la question qui se pose est celle de savoir ce qu'il en est si le testament a été fait conformément au droit civil, alors qu'il est soumis à des lois contraires. P. CHRISTINAEUS relève la remarque suivante : l'article 13 de l'Edit perpétuel ne fait aucune différence entre les différentes sortes de biens, et considère que les formalités du testament, même en ce qu'elles concernent la capacité des personnes, ne relève pas de la sphère des droits personnels ; quant aux droits réels, ils ne

non ab intestato succedetur, iuxta [Everardum] dummodo persona testatoris sit habilis ad testandum, etiam secundum statutum loci, vbi bona sita sunt ». *Adde* Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 385.

²³¹ BARTOLE, *In l. 1 C. de sum. Trin. Cunctos populos in 6 quaest. princ. n. 32*, ainsi cité par P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n° 4 (une édition de 1559 est notamment disponible à la Bibliothèque d'Etat de Berlin, ainsi que dans de nombreuses autres bibliothèques allemandes). D'après nos informations, A. BALTIUS n'a pas commenté le *Codex*, nous pensons donc qu'il s'agit ici plutôt de BARTOLE.

²³² BALDE, *Consilia sive responsa*, consilia 240, livre 2, cité par P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n° 4 (une édition de 1559 est notamment disponible à la Bayerische Staatsbibliothek de Munich sous la cote BV011103448, ainsi que dans de nombreuses autres bibliothèques allemandes).

²³³ Ch. DUMOULIN, *op. cit.*, consilia LIII, p. 669 et 670, n°5.

²³⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 353, n° 4 : « Econtra tamen [il cite des auteurs] dicunt, quod reiectis omnibus opinionibus veritas est et practicatur, quod siue statutum loquatur in rem, siue in personam, non extendit se ad bona. Et ob id ea, quae [tradit idem Everardus] intelligenda videntur extendenda ad bona alibi sita, nisi in illo loco, vbi sita sunt, sit statutum aliquod in rem, vetans dominium rerum illic sitarum transferri in alium, per testamentum vel alio modo ». Relevons le fait que A. ERNOUT et F. THOMAS indiquent que la construction complétive en *quod* a fini tardivement par s'étendre à la complémentation du verbe *dicere* : A. ERNOUT et F. THOMAS, *op. cit.*, § 305, p. 298 et 299.

²³⁵ A. TIRAQUEAU, « De Jure Primigeniorum », *De Nobilitate, Et iure Primigeniorum*, Paris, Jacobus Keruer, 1549, quaestio XLVII, p. 385 et 386.

²³⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 353, n° 5.

²³⁷ « Alioqui si ex statuto loci, vbi bona sita sunt, aliqua persona redderetur inhabilis, aut prohiberetur testari siue simpliciter, siue quoad certas personas, siue donec certae esset aetatis, tunc non sufficeret, testatorem esse habilem secundum statuta loci, vbi conditur testamentum, sed illud solum haberet fundamentum quoad bona situata, vel etiam mobilia inuenta in territorio, non autem quoad ea, quae alibi, vbi est alia consuetudo » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII p. 354, n°4.

s'étendent pas en dehors de leur territoire²³⁸. En citant A. VON GAIL²³⁹, P. CHRISTINAEUS indique que l'article 13 de l'Edit implique de respecter les solennités du lieu où les biens sont situés, même si celui-ci a été fait en respectant les solennités du lieu où il est formé²⁴⁰. Le bien indisponible en vertu des lois de là où il est situé, reste indisponible où que soit fait le testament. L'Edit appuie donc bien le caractère territorial et réel des lois testamentaires, quand bien même certaines règles concerneraient la capacité des personnes à tester. Mais c'était sans compter sur l'interprétation de 1634.

Dans la décision LI du volume 1^{er}, notre auteur agrémente ses développements de cas d'application empruntés à la jurisprudence du Grand Conseil de Malines, en le rappelant dans la décision CCLXXXII du même volume. Ainsi, rappelle-t-il la situation dans laquelle un testament aurait été formé à Anvers pour des biens situés à Malines. A Anvers, la loi impose d'être âgé de 14 ans pour tester – disposition du droit romain –, alors que cette capacité est conférée à partir de 18 ans à Malines en vertu de la coutume locale. Dès lors, s'il faut appliquer l'article 13 de l'Edit perpétuel, le testament qui concerne des biens situés à Malines mais formé à Anvers ne peut sortir d'effets si l'âge du testateur est compris entre 14 et 18 ans, mais le même testament pourrait sortir des effets pour des biens situés à Anvers²⁴¹. De même, en règle, les époux ne peuvent s'instituer héritiers à Malines, alors qu'ils le peuvent à Bruxelles. Ainsi, d'après une affaire jugée par le Grand Conseil de Malines, un testament formé à Bruxelles par un mari qui institue sa femme héritière ne sort pas d'effets sur les biens situés à Malines²⁴².

La décision LI est longue, mais apporte des éléments dignes d'intérêt. L'affaire qui y est rapportée concerne un jeune homme, appelé Jean Cotthum, passée au Grand Conseil de Malines, âgé d'environ 16 ans. Celui-ci forme un testament à Ruremonde pour des biens situés à Malines par lequel il institue comme héritier sa mère et son beau-père²⁴³. Comme nous l'avons dit, les lois de Malines imposent d'avoir 18 ans pour tester, ce qui n'est pas le

²³⁸ « Siquidem solennitates testamenti ad iura personalia non pertinent, quia sunt quaedam qualitas bonis ipsis impressa, vti habetur praedicto edicto *anni 1611* art. 13 ad quam tenetur respicere, quisquis in bonis aliquid alterat ; nam, vti ibidem subdit idem [BURGUNDUS] sicut iura realia non porrigunt extra territorium » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII p. 354, n°7 et 8.

²³⁹ A. VON GAIL, *Practicarum Observationum*, Cologne, Wilhelmus Metternich, livre 2, 1721, obs. CXXIII, p. 542 à 545.

²⁴⁰ « Principum etiam nostrorum edicto compelluntur testatores ad solennitates eius territorii, vbi bona sunt sita. Etiamsi testamentum ad normam statuti factum, vbi conditur, vbique locorum effectus habet, secundum doctrinam [GAIL et al.] » : P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol.1^{er}, décis CCLXXXII, p. 354, n°9 et 10.

²⁴¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n° 12.

²⁴² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n° 13.

²⁴³ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 45, n°1^{er}.

cas des coutumes de Ruremonde²⁴⁴. Dès lors, les héritiers institués allèguent le fait que les dispositions du droit romain ont été respectées : en effet, celles-ci imposent d'être nubile, l'âge de la puberté étant fixé à 14 ans pour les garçons. Après de longs développements, P. CHRISTINAEUS indique que le Conseil a décidé de pourvoir d'effets le testament formé à Ruremonde pour les biens situés à Malines²⁴⁵. Mais il ajoute aussitôt que ce raisonnement ne peut être étendu aux cas similaires : il n'acquiert aucune portée générale²⁴⁶. Ph GODDING ajoute que dans cette décision, la force majeure a permis d'accepter que les formalités du lieu de situation des biens n'aient pas été accomplies²⁴⁷. Ainsi, il prend l'exemple du cas où les biens seraient situés à Anvers. En cette Province, une disposition coutumière exclut totalement le beau-père de la succession de son beau-fils. Et la première question qui se poserait alors, est celle de savoir quelle part serait augmentée de la part invalidée dévolue au beau-père (*ius accrescendi*) : celle de la mère héritière, ou celle des héritiers *ab intestat*²⁴⁸. Pour P. CHRISTINAEUS, l'amour des enfants envers leurs parents est inscrit dans la nature, et dès lors, même dans les lieux où la coutume interdit aux parents de succéder *ab intestat*, il semble certain que la part devrait accroître la part de la mère²⁴⁹.

Le *ius accrescendi*, ou droit d'accroissance, est un principe introduit par le droit romain et qui détermine à qui reviennent les quotes-parts d'un héritier qui ne peut ou ne veut hériter. P. CHRISTINAEUS revient plus longuement sur celui-ci²⁵⁰. Certaines coutumes ont abrogé ce principe²⁵¹. Ici, P. CHRISTINAEUS relève le fait que le droit romain n'est pas profondément ancré et qu'il faut respecter en priorité les coutumes²⁵². C'est pourquoi P. CHRISTINAEUS analyse en particulier ce qu'il en serait en de telles Provinces. Qui plus est, dans les Provinces – comme les nôtres, cf. *supra* – où il est possible de décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus*, ce principe n'a plus lieu d'être aussi largement qu'en droit romain en ce sens que la

²⁴⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 45, n°4.

²⁴⁵ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 45, n°15 à 18.

²⁴⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 45, n°19.

²⁴⁷ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 385.

²⁴⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op.cit.*, vol. 1er, décis. LI, p. 47, n° 19.

²⁴⁹ « Nam licet consuetudo parentes ab intestato excludat, adhuc tamen ratio naturalis remanet liberorumque erga parentes praesumptus amor, ut praesumi possit eosdem testamento voluisse relinquere, quod consuetudo eis ab intestato adimit » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 47, n° 37 à 41.

²⁵⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 47 et 48, n° 46 et 47 ; J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 85, v° « Ius accrescendi (droit d'accroissance) ».

²⁵¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n°47 *in fine*.

²⁵² « Etsi autem non ignoremus, hodie aliam rationem esse, et regiones hasce, vti et Franciam, magna ex parte Iuri Romano non penitus esse adstrictas, et consuetudines potius quam leges spectandas, ita ut ius scriptum tum demum locum habeat cum consuetudo definit, et ibi tantum intrat vbi ea cessat, [...] legem Romanorum non esse vilem auctoritatem, sed non adeo vim suam extendere ut vsum vincant aut mores » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n°50 à 52.

partie pourrait être réattribuée à un héritier *ab intestat*, mais celui-ci n'est en rien abrogé²⁵³. Il en est de même pour les testaments militaires (cf. *infra*)²⁵⁴. En cas de doute, P. CHRISTINAEUS indique qu'il est présumé qu'il faut appliquer le droit commun. Et il invoque une disposition du *Codex*²⁵⁵ prévue initialement pour les testaments militaires – la règle que nul ne peut décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus* ne s'appliquait pas à eux –, selon laquelle les biens inclus dans le testament doivent être légués par succession testamentaire, parce que la volonté libre du testateur est suprême en la matière²⁵⁶. Et en l'espèce, P. CHRISTINAEUS indique qu'il était manifeste que le testateur avait voulu exclure les héritiers *ab intestat*²⁵⁷. Il convient aussi bien sûr d'être attentif à qui le testateur peut ou non tester selon les lois et coutumes²⁵⁸.

P. CHRISTINAEUS remarque cet élément : si beaucoup de testateurs décèdent, de son temps, en partie *testatus* et en partie *intestatus*, c'est précisément parce qu'ils sont considérés en un lieu comme décédant *testatus*, et en un autre comme décédant *intestatus*, le testament y étant ou non admis²⁵⁹. Et pour le lieu où le *de cuius* décède *testatus* en vertu du droit commun, le *ius accrescendi* est à respecter²⁶⁰. Pour P. CHRISTINAEUS, au lieu où la succession est testamentaire, les héritiers *ab intestat* n'ont aucune raison d'être : pour lui, les deux types de succession ne peuvent se cumuler ni concourir, mais l'une fait cesser l'autre²⁶¹. Le droit d'accroissance se fonde en effet sur une présomption de l'affection et de la volonté du testateur, et il ressort manifestement qu'un testateur veut exclure les héritiers *ab intestat*²⁶², comme l'indique P. CHRISTINAEUS en citant A. GOMEZ²⁶³. C'est du moins bien le cas dans

²⁵³ « Et proinde hodie non sequitur, ex consuetudine qui partim testatus partim intestatus decedere potest, ergo ius accrescendi non habet amplius locum » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 54.

²⁵⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 55.

²⁵⁵ *Codex*, VI, XXI, 5 (P. KRUEGER, p. 251).

²⁵⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 56 et 57.

²⁵⁷ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 57.

²⁵⁸ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 59 et 60.

²⁵⁹ « Et quod hodie homines saepe partim testati partim intestati decedant, id propterea est, quod bona aliquando in diuersa locis sita sunt, vbi diuersae consuetudines sunt, quarum vna Iuri scripto conformis est, alia non ; et in vno loco testari licet, et in alio non » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 61.

²⁶⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 48, n° 62.

²⁶¹ « Vbi enim testamento locus est, in nulla re locus esse potest heredibus ab intestato : nam causae testati et intestati non possunt cumulari et concurrere, sed vna facit aliam cessare » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 64.

²⁶² « ANTON. GOMEZ [...] dicit et tradit rationem inductiuam iuris accrescendi fore praesumptionem affectionis et voluntatis testatoris » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 68.

²⁶³ A. GOMEZ, *Tractatus de iure accrescendi*, t. 1, n° 19, cité par P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 68.

l'hypothèse, comme ici, où le testateur a institué sa mère et son beau-père, à l'exclusion de son père et sa tante²⁶⁴, et où le testament comprend une institution d'héritier.

Ainsi, notre auteur indique que le principe *electa una via* est d'application en la matière. Soit, la voix testamentaire a été choisie ; soit non et la succession *ab intestat* entre en jeu. Mais une fois que la voix testamentaire a été choisie, il est très difficile d'en sortir pour la succession des biens concernés par celle-ci²⁶⁵. Et dans la même optique, il serait impensable d'envisager que les biens parviennent là où le testateur l'a le moins voulu²⁶⁶.

D'autres auteurs traitent aussi de la question²⁶⁷.

²⁶⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 69.

²⁶⁵ « Nam postquam electa est via testamenti , non facile est recurrendum a testati causa ad causam intestati » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 73 et 74.

²⁶⁶ « Nam vbi ius scriptum locum habet, accrescendi ius quoque locum habere debet ; neccontra mentem testatoris bona eo peruenire, quo ipse peruenire minime voluit, etsi affectus per statutum impediri videatur » : P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. LI, p. 49, n° 75.

²⁶⁷ A. ANSELMO, *op. cit.*, art. 11 à 14, § 92, p. 125 ; P. STOCKMANS, *op. cit.*, décis. IX, p. 19, n° 1^{er} et 2 ; F. VAN DEN ZYPE, *op. cit.*, p. 183.

PARTIE 3. L'ANNULATION ET LA REVOCATION DU TESTAMENT

Pour mémoire.

PARTIE 4. LA PREUVE DU TESTAMENT

En droit, la question de la preuve est distincte de la question de la formation. Une fois un acte juridique constitué, comment le prouver ?

Le droit de la preuve est généralement divisé en deux questions : la charge de la preuve, qui répond à la question de savoir qui doit prouver, et les moyens ou l'admissibilité de la preuve, qui répond à la question de savoir comment prouver²⁶⁸. Nous nous limiterons ici à la seconde de ces questions, sans aborder, au surplus, la preuve des faits juridiques.

Une fois encore, l'Edit perpétuel a fortement influencé la matière, et a freiné l'application du droit romain. Après avoir analysé brièvement ce qu'il en était de la preuve en droit romain (chapitre 1^{er}), nous analyserons les innovations apportées par l'Edit, en nous attardant sur une question que résout la jurisprudence de P. CHRISTINAEUS, celle de l'application *ratione temporis* de l'article 19 de l'Edit (chapitre 2).

Chapitre 1er. La preuve en droit romain

Il existe, en droit romain, des moyens de preuve déterminés, que sont la preuve testimoniale, la preuve littérale, l'aveu et la présomption – les mêmes que ceux qui nous connaissons encore, sans le serment²⁶⁹ –. Toutefois, le juge n'est aucunement tenu de respecter l'un ou l'autre, ou d'accorder plus de force à un moyen de preuve qu'à un autre²⁷⁰. Il est parfaitement libre, et l'établissement de tel acte ou de tel fait reste à son entière discrétion et à sa prudence²⁷¹. En particulier, aucune hiérarchie n'existe entre la preuve testimoniale et la preuve littérale, les deux étaient sur pied d'égalité, la preuve écrite recevant une légère faveur²⁷². Mais il appartient au juge d'être suffisamment prudent pour déterminer qu'en tel ou tel cas, il vaut mieux donner la priorité à un témoignage ou à un écrit.

²⁶⁸ G. CORNU, *op. cit.*, p. 36, v° « Admissibilité » ; p. 166 et 167, v° « Charge – de la preuve » ; p. 801, v° « Preuve ».

²⁶⁹ L. MENESSON, *De la Preuve en droit romain. De l'Aveu en droit français. Thèse pour le doctorat*, Reims, Impr. Coopérative, 1874, p. 16.

²⁷⁰ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 320.

²⁷¹ L. MENESSON, *op. cit.*, p. 16.

²⁷² J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 632.

Le droit romain a tendance, pour ainsi dire, à considérer que la question de la preuve est une question de fait, et non pas de droit²⁷³. Il n'existe donc pas de véritable droit de la preuve.

Chapitre 2. Le régime de l'Edit perpétuel : une véritable innovation

Après avoir décrit l'innovation instaurée par le régime de l'Edit perpétuel (section 1^{re}), nous envisagerons, avec P. CHRISTINAEUS, l'application *ratione temporis* de l'article 19 du même Edit (section 2), avant d'envisager la position de l'auteur en ce qui concerne la preuve de ce qui excède l'écrit (section 3).

Section 1^{re}. Le régime innovant de l'article 19

C'est donc l'Edit perpétuel qui a introduit la règle, dans son article 19, que nous connaissons encore aujourd'hui au sujet du mode de preuve : pour nos régions, cette règle est tout-à-fait nouvelle²⁷⁴. Celle-ci a un champ d'application bien plus large que le testament. Plus précisément, cette règle se décline, à dire vrai, en deux règles²⁷⁵. La première de celles-ci interdit de prouver un acte juridique par témoins contre ou en parallèle d'un écrit, si celui-ci existe. Quant à la seconde de celles-ci, elle interdit de prouver par témoins tout acte dont la somme dépasse 300 livres arthois, et en oblige l'instrumentalisation.

Ainsi, c'est un véritable droit de la preuve qui est mis sur pieds. En effet, dans le cas où ces règles ne seraient pas respectées, la sanction n'est pas l'annulation de l'acte, et aucune nullité n'intervient²⁷⁶, mais c'est l'impossibilité de l'invoquer dans une procédure judiciaire qui est la sanction. L'acte existe donc toujours bel et bien, mais cela ne peut être prouvé : la sanction n'en est pas la nullité²⁷⁷.

Mais cela n'était pas si clair pour les juristes d'antan, et la question était controversée : est-il permis de prouver jusqu'au 300 livres pour des actes excédants cette somme, s'il n'a pas été possible d'en rapporter la preuve littérale ? La question est controversée.

²⁷³ L. MENESSON, *ibidem*, p. 7 à 18.

²⁷⁴ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 328.

²⁷⁵ G. MARTYN, *ibidem*, p. 315.

²⁷⁶ G. MARTYN, *ibidem*, p. 324.

²⁷⁷ G. MARTYN, *ibidem*, p. 323.

En effet, les juridictions sont hésitantes quant au statut à donner à ces règles de preuve, et le fait qu'il s'agisse d'un droit distinct de celui de la formation du contrat n'est pas encore bien compris. Elles sont très précisément hésitantes par rapport à cette absence de nullité. Ainsi, G. MARTYN note le fait que la question de savoir s'il était possible de prouver par témoins jusqu'à la frontière des 300 livres, lorsqu'il n'a pas été possible de prouver par un écrit, pour des actes supérieurs à 300 livres, a été posée au Conseil de Brabant, qui répond négativement, et au Grand Conseil, qui, quant à lui, répond positivement, en se ralliant à l'opinion la plus répandue, qui se base sur le fait que l'instrument ne touche pas au contenu du contrat²⁷⁸, et que dans la solution inverse, le contrat, quant à son contenu, deviendrait en réalité nul dans sa totalité, tant en-dessous qu'au-delà des 300 livres²⁷⁹. Or, au contraire, l'Edit perpétuel ne fait qu'en exclure la preuve par témoignage au-delà des 300 livres, et pas en-deçà : il se centre sur l'instrument, non sur le contenu²⁸⁰. Cela se base sur le *Codex*²⁸¹. ANSELMO se rallie à l'avis du Conseil de Brabant, opinion minoritaire, en estimant que l'autre interprétation est contraire à l'esprit de la loi²⁸². Et c'est bel et bien dans le sens de l'opinion la moins défendue que le droit a ensuite évolué, et est arrivé jusqu'à nous²⁸³.

Nous pourrions adresser une critique à l'opinion majoritaire ci-relatée : celle précisément de faire découler de dispositions concernant l'instrument, des effets sur le contenu. Si ce dernier continue à exister, il ne peut subir de nullité ou de limitation en conséquence de règles concernant purement l'instrument. Autoriser à prouver jusqu'à 300 livres reviendrait en vérité à modifier la volonté des parties en conséquence de règles qui ne concernent pas cette partie-là du droit. Certes, si le contrat en tant qu'instrument ne peut être rapporté, le contenu du contrat continue à exister, mais permettre d'alléguer jusqu'à 300 livres serait la conséquence d'une règle concernant précisément l'instrument, et non le contenu. La sanction de l'article 19 de l'Edit perpétuel n'est justement pas la nullité quant au contenu, et la solution majoritaire reviendrait précisément à faire découler de la disposition une nullité partielle. Nous reviendrons sur la question en traitant de P. CHRISTINAEUS, car c'est précisément cette difficulté que nous retrouvons, nous semble-t-il, à travers ses décisions – cf. *infra* – ; nous l'avons déjà mentionné *supra* au sujet de l'interprétation de 1634.

²⁷⁸ G. MARTYN, *ibidem*, p. 322.

²⁷⁹ G. MARTYN, *ibidem*, p. 322.

²⁸⁰ G. MARTYN, *ibidem*, p. 322.

²⁸¹ *Codex*, lib. VIII, 53, 35 (P. KRUEGER, p. 365).

²⁸² A. ANSELMO, *op. cit.*, p. 186 ; M. MARTYN, *op. cit.*, p. 322 et 323.

²⁸³ G. MARTYN, *ibidem*, p. 323.

Par ailleurs, l'article 19 de l'Edit établit une hiérarchie entre la preuve littérale et la preuve testimoniale, en imposant au juge de privilégier la première à la seconde et en excluant la prise en compte de cette dernière en cas d'existence d'un écrit ou, en toutes hypothèses, d'un montant supérieur à 300 livres arthois.

L'article 19 de l'Edit perpétuel de 1611 freine donc, lui aussi, très nettement la réception du droit romain. De telles règles auraient été considérées, à ses yeux, comme contraires au droit civil, nonobstant le fait qu'il imposait, pour la formation elle-même de certains contrats bien déterminés et minoritaires, la rédaction d'un écrit²⁸⁴.

Toutefois, G. MARTYN souligne le fait que le *Codex*²⁸⁵ a certainement été une source d'inspiration pour une telle règle, en se référant à M. KASER²⁸⁶. Nous pouvons voir en effet que P. CHRISTINAEUS se réfère lui aussi à des dispositions de Justinien.

Section 2. L'application ratione temporis : un effet rétroactif ?

L'introduction d'une telle règle de preuve ne va pas sans susciter des questionnements, notamment en ce qui concerne, puisque l'ouvrage de P. CHRISTINAEUS intervient peu de temps après l'entrée en vigueur de l'Edit perpétuel, le droit transitoire et l'application *ratione temporis*. Ainsi donc, la décision CCCLI du premier volume, qui est présentée sous forme de questions successives, résout notamment la question de savoir si l'article 19 de l'Edit perpétuel s'étend aux choses passées²⁸⁷.

Pour répondre à la question, P. CHRISTINAEUS fait appel aux *Novelles*²⁸⁸, tout en citant également Fr. VAN DEN ZYPE²⁸⁹. Ce dernier auteur se réfère d'ailleurs lui-même à la décision ici analysée²⁹⁰. En effet, la *Novelle* 66 envisage le régime transitoire à appliquer en ce qui concerne les constitutions concernant les testaments. Lorsqu'elle avait été promulguée, un grand nombre de dispositions nouvelles ou modificatrices avaient été auparavant adoptées, si bien que les testaments risquaient véritablement la nullité, engendrant une insécurité juridique qui n'était pas tolérable. Tous ces testaments allaient-ils être annulés, alors qu'ils étaient

²⁸⁴ G. MARTYN, *ibidem*, p. 320.

²⁸⁵ *Codex*, lib. VIII, LIII, 34 (P. KRUEGER, p. 364).

²⁸⁶ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 320.

²⁸⁷ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 442 et 443, n°15 à 19.

²⁸⁸ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 443, n° 18.

²⁸⁹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, p. 313, n°3.

²⁹⁰ F. VAN DEN ZYPE, *op. cit.*, p. 183.

valables selon la loi en vigueur au temps de leur formation ? La *Novelle* répond ainsi que les dispositions nouvelles ne s'appliquent qu'aux testaments formés après leur entrée en vigueur, et non pas aux testaments déjà alors érigés. Afin de justifier cette position, celle-ci invoque tout d'abord le fait que le temps de diffusion de l'information d'une nouvelle législation au sein des Provinces peut être assez long : il ne conviendrait pas de sanctionner des personnes qui n'ont pas eu connaissance de dispositions. Ainsi, au surplus, elle estime à deux mois le délai nécessaire pour que tous aient pu recevoir cette information. Comme nous avons eu l'occasion de le remarquer lorsque nous avons traité du testament nuncupatif, le critère subjectif de la volonté du testateur prend ici encore le dessus : la *Novelle* ne voudrait pas l'enfreindre pour si peu. De plus, certains testateurs sont, il va de soi, décédés dans un temps très court après la promulgation des nouvelles dispositions. Ceux-là n'auraient pas eu la chance de se conformer à ces dernières, s'il avait été admis qu'il fallait les appliquer aux testaments déjà formés lors de la promulgation. Or, la *Novelle* elle-même dit qu'elle entend affermir bien au contraire la volonté des testateurs : ainsi, le critère objectif sert ici véritablement à s'assurer de l'accomplissement du critère subjectif. La tolérance était jusqu'alors grande, si les formalités n'avaient pas été accomplies par ignorance de celles-ci, et les mesures seront prises pour qu'elles soient légitimement estimées connues par tous. Ainsi donc, la volonté du législateur est bel et bien le respect le plus grand de la volonté du testateur, et la conformité à celle-ci, raison pour laquelle les testaments formés jusqu'au moment de l'entrée en vigueur d'une constitution nouvelle restent valables, et ne doivent être refaits²⁹¹. A cette *Novelle* 66, s'ajoute la *Novelle* 76. Le point de départ de celle-ci est un cas particulier dans lequel une femme a voulu se retirer dans un monastère ; or, une nouvelle loi obligeait les personnes souhaitant entrer dans un tel établissement à délaisser la maîtrise de leurs biens, ne pouvant ainsi plus en disposer. La femme demanda que la loi soit interprétée par son auteur : agit-elle avec effets rétroactifs, si bien que la succession qu'elle avait prévue de ses biens n'est plus valable ? A cette question, la *Novelle* répond que les nouvelles dispositions, dans ce cas, ne s'appliquent qu'aux personnes rejoignant un monastère après la promulgation de la loi : elles seules y sont soumises et ne peuvent disposer de leurs biens ; quant aux personnes qui y sont entrées avant la promulgation de cette loi, elles restent soumises à la loi en vigueur au moment de leur entrée au monastère²⁹².

²⁹¹ *Novelle* LXVI, (R. SCHOEL et G. KROLL, p. 340 à 343 ; M. BERENGER, p. 384 à 387).

²⁹² *Novelle* LXXVI, (R. SCHOEL et G. KROLL, p. 379 à 381 ; M. BERENGER, p. 428 à 430).

Au même endroit, P. CHRISTINAEUS fait également appel au *Codex*²⁹³.

Suivant ces enseignements, P. CHRISTINAEUS estime donc que l'article 19 de l'Edit perpétuel ne s'applique qu'aux testaments rédigés après la promulgation de l'Edit. Quant à ceux formés avant celui-ci, qui n'agit pas rétroactivement, ils restent valables. Il n'importe dès lors pas que le testateur ayant testé avant l'Edit, refasse son testament pour se conformer à ses dispositions²⁹⁴.

Section 3. La preuve de ce qui excède l'écrit

Une autre question, qui bat la controverse ensuite de la promulgation de l'Edit perpétuel, est celle de savoir, comme le relève G. MARTYN²⁹⁵, s'il est encore possible de prouver par témoins qu'il a été conclu plus que ce qu'il n'est écrit dans la preuve littérale. Il existait deux positions à travers les auteurs. La position majoritaire consistait à dire qu'il n'était pas permis de prouver au-delà de l'écrit²⁹⁶. Cependant, P. CHRISTINAEUS, dont nous analysons principalement la jurisprudence, défendait l'opinion minoritaire, comme nous allons le voir, en estimant que la *ratio legis* plaidait en faveur de cette position²⁹⁷. N. ROMMEL défendait lui aussi la position minoritaire. En revanche, F. VAN DEN ZYPE défendait l'opinion majoritaire²⁹⁸. Notre auteur aborde la question dans les décisions CCCL du volume 1^{er} et CLXXXIII du volume 5.

Le nœud de la controverse est, selon P. CHRISTINAEUS²⁹⁹, le suivant : étant donné que le défaut d'écrit, dans le cas où il est exigé, n'est pas accompagné de la sanction de nullité, ni ne dispose d'avantage, il est permis de se demander s'il faut considérer comme valide ou invalide l'acte litigieux. A cette question, l'auteur marque une opinion forte : tout d'abord, selon lui, il serait contenu dans la *ratio legis* elle-même le fait qu'il est possible de prouver par témoins ce qui aurait été dit lors de la formation du contrat, mais qui n'a pas été mentionné dans l'écrit exigé par l'article 19 de l'Edit perpétuel³⁰⁰. Ensuite, il ne serait pas envisageable d'admettre que des personnes puissent subir de très importants dommages, par

²⁹³ *Codex*, lib. VI, XXIII, 29 (P. KRUEGER, p. 256 et 257).

²⁹⁴ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 443, n° 18 et 19.

²⁹⁵ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 321 à 323.

²⁹⁶ G. MARTYN, *ibidem*, p. 321.

²⁹⁷ G. MARTYN, *ibidem*, p. 321.

²⁹⁸ F. VAN DEN ZYPE, *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1, décis. CCCL, p. 443, n° 4.

³⁰⁰ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 321 ; P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 5, décis. CLXXXIII, p. 277, n° 5.

exemple si elles ont vendu leur maison ou leur fonds, et dont l'acheteur est déjà entré en possession, mais en n'ayant pas payé, simplement parce que tout n'a pas été écrit, l'action étant repoussée au moyen de cette exception : ce genre de cas est à ce point grave que considérer qu'il n'est pas permis de prouver par témoins au-delà de l'écrit serait contraire, selon l'auteur, au droit divin, au droit naturel, et au droit de toutes les nations. Une telle violation des droits, pour si peu, serait absolument inadmissible. C'est pourquoi l'auteur estime qu'il y a lieu d'introduire ici des considérations d'équité, chose très rare en droit. Il est, pour lui, conforme à l'équité de considérer qu'il est possible de prouver par témoins au-delà de l'écrit³⁰¹.

Il nous semble devoir formuler la même critique que précédemment aux développements de P. CHRISTINAEUS, qui est évidente avec un regard *a posteriori*, mais qui ne l'était certainement pas du tout, du temps où l'auteur écrivait. Le point de départ de la controverse qu'identifie celui-ci est, en vérité, problématique. En effet, il confond les règles de formation des actes juridiques et les règles de preuve de ces actes. La nullité ne pourrait être prononcée si l'alléguant reste en défaut de présenter la preuve : le contrat continue bel et bien à exister, et ne subirait en aucun cas la nullité, mais il devient impossible de le prouver. Toutefois, P. CHRISTINAEUS n'aurait pas pu discerner facilement ces catégories. Comme nous l'avons dit, l'article 19 de l'Edit perpétuel apporte une innovation majeure, en instaurant un régime de preuve distinct du régime de formation, et en instaurant une hiérarchie entre la preuve littérale et la preuve testimoniale, ce qui était inexistant en droit romain. La récurrence de cette difficulté au sein des acteurs du droit de son époque n'a pas aidé notre auteur.

³⁰¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, p. 443, n° 3.

PARTIE 5. L'OUVERTURE DU TESTAMENT

Pour mémoire.

PARTIE 6. LE TESTAMENT MILITAIRE

Jusqu'ici, nous avons analysé le régime général du droit civil (*ius paganum*).

Cependant, à côté de ce dernier, il existe aussi un droit militaire (*ius militare*). Celui-ci prévoyait, avant Justinien, un régime autonome et bien distinct réglementant le testament, mais qui a toutefois survécu comme législation spéciale³⁰² par rapport au droit civil. Abordons maintenant ce régime spécial.

Après avoir exposé quelques généralités (chapitre 1^{er}), nous envisagerons le régime lui-même. Nous analyserons les critères du champ d'application du régime (chapitre 2). Si ceux-ci sont réunis, cela engendre des privilèges quant aux règles de validité en tant que telles et du régime applicable, par rapport au testament ordinaire – nous pouvons ainsi le considérer à partir de Justinien – (chapitre 3), nous apprendrons ensuite que la durée de vie du testament militaire est limitée (chapitre 4), avant d'envisager l'applicabilité de l'Edit perpétuel de 1611 (chapitre 5).

Chapitre 1^{er}. Généralités

P. CHRISTINAEUS définit le testament militaire ainsi : « Testamentum enim militare est voluntas ultimas, quam declarat miles in expeditione, quoquo modo potuerit, secundum priuilegia iure sibi concessa »³⁰³, en s'inspirant du *Codex* et des *Institutes*³⁰⁴.

Dans le plus ancien droit romain, le testament militaire était présent sous une très ancienne forme que nous avons déjà évoquée, le testament *in procinctu*, qui est comptée généralement au titre des deux premières formes civiles, et qui était réservée aux soldats³⁰⁵, à côté du testament *calatis comitiis*, fait en temps de paix devant le peuple³⁰⁶. Comme il a été dit, ces deux formes se sont cependant perdues rapidement au profit du testament *per aes et libram*, qui a évolué³⁰⁷.

³⁰² M. AMELOTTI, *op. cit.*, p. 27 et 28.

³⁰³ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°2.

³⁰⁴ *Codex*, lib. VI, XXI, § 1^{er} et 15 (P. KRUEGER, p. 251 et 252) ; *Instit.*, 2, 11, *incipit* (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90).

³⁰⁵ M. AMELOTTI, *op. cit.*, p. 27 et 28 ; GAIUS, *op. cit.*, p. 54. M. AMELOTTI relate cependant, au même endroit, une controverse à ce sujet entre GAIUS et GELLIUS.

³⁰⁶ M. AMELOTTI, *ibidem*, p. 27 et 28 ; GAIUS, *ibidem*, p. 54.

³⁰⁷ M. AMELOTTI, *ibidem*, p. 27 et 28 ; GAIUS, *ibidem*, p. 54.

Mais le testament militaire tel qu'il est connu au XVII^e siècle, est le testament militaire sous sa forme moderne, qui date de l'Empire. L'Empereur Trajan l'a introduit, et il a été ensuite repris dans le droit de Justinien, qui a toutefois restreint son usage au seul temps de l'expédition – cf. *infra* –. Comme l'écrit M. AMELOTTI, le testament militaire de l'époque justinienne doit être considéré comme une forme extraordinaire de testament civil, parce qu'il est alors plutôt un testament qui est fait durant l'expédition militaire, contrairement à ce qu'il fut pendant l'époque classique³⁰⁸. En effet, Justinien a ajouté la nécessité de se trouver en expédition pour pouvoir rédiger un tel testament. Ainsi, les privilèges qui lui affèrent ne sont plus attribués au soldat en raison de sa qualité de soldat, mais en raison du fait qu'il se trouvait en expédition militaire au moment du testament. Alors qu'il constituait pendant la période classique une forme autonome de testament, il devient, sous Justinien, un testament ordinaire, présentant une forme spéciale³⁰⁹.

C'est, nous semble-t-il, cela que P. CHRISTINAEUS a voulu rappeler dans un passage de la décision III du volume 4, où il note que la forme antique du privilège militaire ne s'applique plus de son temps. En lisant les décisions CXLIX et CL du volume 5, nous apprenons toutefois que cette question était à l'époque très controversée³¹⁰ ; que le lecteur s'y réfère.

Le régime ci-expliqué est impératif : il n'est pas permis aux provinces d'y déroger par décret³¹¹.

En effet, P. CHRISTINAEUS écrit explicitement et en toutes lettres, dans la décision III du volume 4³¹², que les *Institutes* et le *Digeste* de Justinien sont d'application pour régler ce régime : nous sommes donc ici dans une matière où le droit romain justinien est encore pleinement appliqué : celui, donc, pour être précis, d'un privilège octroyé par un régime spécial qui déroge à un régime général.

Chapitre 2. Champ d'application du régime spécial

Pour savoir si ce régime spécial va s'appliquer, il faut d'abord analyser si le cas d'espèce entre dans le champ d'application du régime. Il existe une condition quant à la personne

³⁰⁸ M. AMELOTTI, *ibidem*, p. 36.

³⁰⁹ M. AMELOTTI, *ibidem*, p. 36.

³¹⁰ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°48 à 54 ; vol. 5, décis. CL, p. 232, n°8 à 14.

³¹¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CIX, p. 125, n°8.

³¹² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°1.

(section 1^{re}), une condition quant au temps (section 2), cette deuxième devenant prédominante à partir de Justinien, et nous verrons ensuite si le testateur doit énoncer explicitement le choix qu'il fait de tester en vertu du droit civil commun, ou du régime du testament militaire (section 3).

Section 1^{re}. Champ d'application quant à la personne : un soldat

Il existe, en premier lieu, une condition d'application du régime quant à la personne du testateur. Celui-ci doit, en effet, être un soldat. Mais celle-ci n'est plus prédominante.

Pour être un soldat, il suffit d'être enregistré au rôle, et d'avoir prêté serment³¹³. Tout le temps où une personne est enregistrée au rôle comme soldat, elle bénéficiera de l'application du droit militaire. Mais aussitôt qu'elle n'est plus enrôlée, celui-ci ne s'applique plus.

Ainsi donc, les vétérans ne sont pas des soldats, et n'entrent pas dans le champ d'application du régime³¹⁴. La décision CXLIX à CLI du volume 5 développe la question : nous y renvoyons le lecteur³¹⁵.

Les gardes de nuit (*vigiles*) sont considérés comme des soldats³¹⁶. De même, les personnes qui sont là pour étudier (*scholes*) sont considérés comme des soldats, pour autant qu'ils étudient – cf. section 2, sur le temps de l'expédition –³¹⁷. Le *Codex*, auquel se réfère notre auteur, utilise aussi le terme de *scriniarius*, que le *Gaffiot* traduit par *bibliothécaire*, *archiviste*, et même *fonctionnaire des finances*³¹⁸.

Dans la décision III du volume 4, P. CHRISTINAEUS relate une controverse quant à savoir si les soldats du clergé, dit célestes, sont ou non repris dans la définition de soldat, pour l'application du présent régime. Nous renvoyons le lecteur à ladite décision pour le surplus : le détail de cet élément nous éloignerait trop de la délimitation de notre sujet initial dont nous avons exclus le droit canonique.

³¹³ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1^{er}, décis. CIX, p. 125, n°1; *Dig.*, 29, 1, 42 (T. MOMMSEN, p. 400 ; D. GAURIER, p. 1113).

³¹⁴ *Instit.*, 2, 11, 3 (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 92).

³¹⁵ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX à CLI, p. 229 à 233 ; vol. 4, décis. III, p. 9, n°4 et 5.

³¹⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°1.

³¹⁷ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 5, décis. CL, p. 232, n°7 ; *Codex*, 12, XXXXVIII (L), § 8 (P. KRUEGER, p. 232).

³¹⁸ G. GAFFIOT, *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, 3e éd. revue et augmentée sous la direction de P. FLOBERT, Paris, Hachette, 2000, p. 1425, v° « *scriniarius* ».

Mais comme nous l'avons dit, le régime ne s'applique plus, depuis Justinien, en raison de la qualité du soldat : il s'applique désormais en raison du fait que ce soldat est en expédition. Et la pertinence d'en encore distinguer la condition d'application quant à la personne pourrait être remise en cause, sauf pour en mentionner son caractère historique.

Section 2. Champ d'application quant au temps : le temps de l'expédition (in expeditione)

Comme nous l'avons dit, Justinien a repris le régime du testament militaire, initié par l'Empereur Trajan, mais a restreint son application au temps où le soldat est en expédition³¹⁹, le régime de droit commun lui étant applicable hors du temps de l'expédition, et cela devient le critère d'importance : dans un sens large, un « soldat » est celui qui, outre de respecter les quelques qualités reprises dans la section précédente, est en expédition.

Dans la décision CL du volume 5, P. CHRISTINAEUS rappelle que le régime spécial n'est pas applicable aux soldats qui érigent un testament en dehors des camps, mais qui l'érigerait par exemple chez lui³²⁰. C'est, en ce cas, le régime général de droit civil, avec toutes ses formalités, que le testateur doit respecter, conformément au *Codex*³²¹.

La décision CIX du volume 1^{er} indique que le régime est applicable aux soldats non seulement pendant le temps où ils combattent, mais aussi pendant le temps où ils sont libres d'armes, tant qu'ils sont enrôlés comme soldats, étant en expédition³²². Le temps de l'expédition ne se réduit donc pas au temps de combat.

Le *Digeste* précise enfin que les soldats qui font route ne sont pas encore considérés comme soldats pour l'application du régime du testament militaire³²³.

³¹⁹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°1^{er} ; *Instit.*, 2, 11 (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90 à 93) : « cum in expeditionibus occupati sunt » (J. E. SPRUIT, p. 90, c'est nous qui soulignons) ; *Codex*, lib. VI, tit. XXI, § 1^{er} (P. KRUEGER, p. 251) : « Nam voluntas militis *expeditone occupati* pro iure servatur » (c'est nous qui soulignons). *Adde Codex*, lib. VI, tit. XXI, § 15 et 17 (P. KRUEGER, p. 252) ; « dum in expeditione agunt » : P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CL, p. 232, n°1^{er}.

³²⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 5, décis. CL, p. 232, n°5.

³²¹ *Codex*, 6, XXI, § 17 (P. KRUEGER, p. 252) ; *Adde Instit.*, 2, 10 (P. KRUEGER, p. 19 et 20 ; J. E. SPRUIT, p. 86 et s.).

³²² P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CIX, p. 125, n°9.

³²³ *Dig.*, 29, 1, 42 (T. MOMMSEN, p. 400 ; D. GAURIER, p. 1113).

Section 3. L'absence de choix du soldat de tester selon le régime général de droit civil commun ou le régime spécial de droit militaire : la décision CIX du volume 1^{er}

Dans une de ses décisions, P. CHRISTINAEUS revient sur une affaire dans laquelle un demandeur en justice a tenté d'introduire ce que nous considérons comme une condition d'application supplémentaire : le choix explicite du testateur de tester selon tel ou tel régime. Il s'agit de la décision CIX du volume 1^{er}.

En effet, *prima facie*, il ne semble pas devoir être considéré que le champ d'application du testament militaire exclut l'application du testament de droit civil commun. Il pourrait donc être concevable qu'un soldat, bien que pouvant tester selon le droit militaire, décide de tester selon le droit civil commun. Affirmant qu'un testament ne pourrait valoir comme testament militaire si le testateur a déclaré qu'il entendait tester selon le droit civil commun, mais n'a pas respecté les formalités requises, un demandeur en prend argument pour tenter de faire valoir pour droit que le testateur soldat, au moment où il teste, doit déclarer explicitement s'il entend tester selon le droit militaire, ou selon le droit civil commun – c'est la partie de la décision qui nous occupe ici –.

En l'espèce, le *de cujus*, Jean Cutinc, a institué Catherine Potz comme héritière, laquelle est représentée par son mari, Bernard Prijs, en respectant les formes du testament militaire, mais sans indiquer qu'il entendait appliquer ce régime. Celle-ci est attaquée en justice par Mathilde de Culenbouch, représentée par son mari Herman Hathe.

Par ailleurs, ce dernier, tentant de démontrer que le testament ne peut valoir ni selon le régime de droit civil commun, ni selon le régime spécial militaire, pour la raison explicitée ci-dessus, affirme que ce testament ne peut non plus valoir selon le droit canonique. En effet, bien que celui-ci ne requière que deux témoins, il impose de tester devant un prêtre – c'est en tout cas l'opinion de la doctrine majoritaire notamment défendue par D. COVARRUVIAS Y LEIVA³²⁴ comme le note P. CHRISTINAEUS³²⁵, qui rapporte toutefois aussi l'opinion minoritaire défendue par A. DA BUDRIO³²⁶ –, ce qui n'est pas le cas *in casu*. Dès lors, le testament ne pourrait valoir selon aucun régime, et Mathilde de Culenbouch doit hériter. Au sujet de la

³²⁴ D. COVARRUVIAS Y LEIVA, *Ad tit. de testamentis, et epitome lib. IV. Decretalium enucleatus et auctus*, s. l., Officina Antonii Marin, 1737.

³²⁵ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CIX, n°3, p. 224.

³²⁶ A. DA BUDRIO, *In Librum Tertium Decretalium Commentarii*, Venise, Juntas, 1578, vol. 5, § de testamentis, cap. X et XI, p. 101.

validité du testament en droit canonique, nous n'entrerons pas dans plus de détails au vu des choix qui ont été faits et explicités en introduction. Mais toute la question, ici, réside dans le fait de savoir s'il faut ou non assimiler le privilège du testament militaire au privilège du testament *ad pias causas* et du testament *inter liberos* aux yeux du droit canonique. La question est controversée³²⁷.

Pour répondre au questionnement qui nous occupe ici, P. CHRISTINAEUS rappelle que toutes les conditions d'application du régime spécial du privilège réservé au testament militaire, et toutes les règles de forme de ce régime ont été respectées conformément au *Codex*³²⁸ : Jean Cutinc, le testeur, était soldat au moment où il a érigé le testament – il était enrôlé et avait prêté serment –, que ses dernières volontés ont été entendues par deux ou trois témoins – cf. *infra* –, et qu'il n'y a aucune condition supplémentaire : le soldat peut tester selon le moyen qu'il veut, pour autant que sa volonté soit constatée. De ce fait, la cour estime que le testament est parfaitement valable comme testament militaire, selon le régime spécial qui y affère. Il n'y a, en effet, pas lieu d'ajouter la condition selon laquelle le testateur devrait dire explicitement quel droit il entend appliquer.

La décision CXLIX du volume 5 rappelle, au surplus, qu'un testament formé selon le régime général de droit civil commun est parfaitement valable : le soldat n'est en rien obligé de tester en jouissant du privilège qui lui est accordé par le régime spécial³²⁹.

La position retenue nous semble particulièrement justifiée au vu des nouveautés introduites par Justinien.

Chapitre 3. Les privilèges du régime spécial

Une fois qu'il a été défini que les conditions du champ d'application du testament militaire étaient remplies, les privilèges suivants sont d'application par rapport au régime général. Dans la décision III du volume 4, P. CHRISTINAEUS envisage les privilèges de façon structurée en quatre points : quant aux solennités requises, c'est-à-dire les règles de forme (section 1^{re}), quant à la capacité des personnes (section 2), quant à l'institution d'héritier, c'est-à-dire quant aux règles de fond (section 3), et enfin quant à la règle selon lequel nul ne peut décéder *pro*

³²⁷ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1er, décis. CIX, p. 125, n°4 à 6.

³²⁸ *Codex*, lib. VI, tit. XXI, § 15 ; P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 1er, décis. CIX, p. 125, n°7 à 13.

³²⁹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5 décis. CXLIX, p. 231, n°33.

parte testatus, pro parte intestatus. Nous analyserons toutefois ce dernier point en même temps que les règles de fond, puisqu'il ne s'agit que d'une conséquence logique de celles-ci³³⁰.

Section 1^{re}. Privilèges quant aux règles de forme

Par dérogation au régime de droit commun, le testateur est libéré de toutes formalités³³¹.

Comme l'écrit notre auteur, « Testamentum autem militis valet quocumque modo constet de ultima voluntate »³³².

Cependant, il faut pouvoir, d'une part, constater avec suffisamment de certitude quelle fut la volonté du testateur, et d'autre part, être certain qu'il avait bien la volonté d'établir un testament : il faut pouvoir la prouver. À cette fin, il est considéré que la volonté est suffisamment constatée à partir du moment où deux témoins l'ont entendue – ou vue – ce qui forme, au moins, une règle de preuve³³³.

La décision CL du tome 5 apporte des précisions sur cette règle de preuve, avec J. FABRE. Il y est précisé que si le testament n'est pas contesté, il n'y a pas lieu d'en apporter la preuve. Et pour prouver le testament, il faut que le testament ait été fait par l'intermédiaire de témoins qui connaissent l'écriture du testateur – même si le testateur teste par écrit, encore faut-il que ce soit bien son écriture – ou qui peuvent comparer les lettres³³⁴ – P. CHRISTINAEUS se réfère ici au *Digeste*³³⁵ –.

Par ailleurs, comme le mentionnent le *Digeste* et les *Institutes*, il ne sera pas considéré qu'un testament a été établi lorsqu'un testateur dit simplement « J'établis X comme héritier » au cours d'une discussion : cela ne porte pas assez de certitude sur la volonté de fonder un testament. Il faut que la volonté de tester soit suffisamment attestée : s'il a testé par oral, il a

³³⁰ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°3 ; vol. 5, décis. CL, p. 232, n°1^{er} ; *Instit.*, 2, 11, *inc.* (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90) ; *Codex*, 6, XXI, § 17 (P. KRUEGER, p. 252). Ces dispositions sont mentionnées par notre auteur lui-même.

³³¹ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°3.

³³² P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°1^{er}.

³³³ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 5, décis. CXLVII, p. 231, n°35 ; vol. 5, décis. CL, p. 232, n°1^{er} ; vol. 4, décis. III, p. 8, n°3 ; *Instit.*, 2, 11, *incipit* (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90) ; *Dig.*, 29, 1, 40 (T. MOMMSEN, p. 399 ; D. GAURIER, p. 1112).

³³⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 5, décis. CL, p. 232, n°3.

³³⁵ *Dig.*, 29, 1, 40 (T. MOMMSEN, p. 399 ; D. GAURIER, p. 1112).

au moins dû convoquer ses témoins³³⁶. Comme P. CHRISTINAEUS l'écrit³³⁷, cela est développé par A. VON GAIL³³⁸, juriste du Saint-Empire germanique, par C. COTTEREAU³³⁹ et par H. BOCER³⁴⁰.

Au surplus, le soldat est exempté de toutes formalités religieuses³⁴¹.

Comme l'indique P. CHRISTINAEUS dans la décision III du volume 4, en reprenant les mots du *Codex*³⁴², la volonté peut être constatée par nuncupation, ou bien par l'inscription en lettres de sang sur son bouclier, son fourreau, son épée, ou dans la poussière³⁴³.

Section 2. Privilèges quant à la capacité des personnes

La capacité des personnes n'est pas tant influencée par les privilèges octroyés par le régime spécial³⁴⁴, mais il convient toutefois de mentionner quelques éléments.

D'une part, par ce privilège, les règles concernant la capacité de tester sont beaucoup plus larges en ce qui concerne le testament militaire. En effet, conformément au *Digeste* et aux *Institutes*³⁴⁵, les aveugles, les sourds, les déportés, et les condamnés peuvent former un testament militaire, alors qu'ils ne peuvent ériger un testament selon le droit civil commun, souffrant d'une infirmité les en rendant incapables. Ce privilège concerne la personne des testateurs³⁴⁶. De même, le droit romain de Justinien prévoit qu'un fils de famille, encore sous la puissance paternelle (*alieni iuris*), peut former un testament militaire, en ce qui concerne ses biens de camp³⁴⁷. Cela est rappelé par P. CHRISTINAEUS³⁴⁸. Cependant, le fils de famille qui veut tester en dehors d'une expédition militaire, en ce qui concerne ces mêmes biens,

³³⁶ *Instit.*, 2, 11, 1^{er} (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90); *Dig.*, 29, 1, 24 (T. MOMMSEN, p. 398 ; D. GAURIER, p. 1108).

³³⁷ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°3.

³³⁸ A. VON GAIL, *op. cit.*, lib. 2, 1721, p. 528 à 530.

³³⁹ C. COTTEREAU, *De iure, et privilegiis militum libri tres*, Lyon, Stephan Doletus, 1539, lib. II, cap. XVII, p. 110 et 111.

³⁴⁰ H. BOCER, *De bello et duello tractatus*, Tübingen, Johan-Alexandrus Cellus, 1616 cap. XXV, p. 244 à 348 (*sic*, comprendre 247).

³⁴¹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°1^{er}.

³⁴² *Codex*, lib. VI, tit. XXI, § 15 et 17 (P. KRUEGER, p. 252).

³⁴³ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°2 *in fine*.

³⁴⁴ M. AMELOTTI, *op. cit.*, p. 67 et 68.

³⁴⁵ *Dig.*, 29, 1, 4 (T. MOMMSEN, p. 396 ; D. GAURIER, p. 1104) ; *Instit.*, 2, 11, 2 (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 93) ; P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°37.

³⁴⁶ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°2 ; vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°37.

³⁴⁷ *Dig.*, 29, 1, 43 (T. MOMMSEN, p. 400 ; D. GAURIER, p. 1113).

³⁴⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°37 ; *Dig.*, 29, 1, 11 (T. MOMMSEN, p. 396 ; D. GAURIER, p. 1104).

devra tester selon les règles du droit civil commun³⁴⁹ : il garde, pour ainsi dire, seulement son privilège de capacité. Conformément au *Digeste*, un tel testament cesse d'être en vigueur si ledit fils de famille devient lui-même père³⁵⁰.

Seuls les impubères restent totalement incapables de former un testament militaire³⁵¹.

D'autre part, au sujet des règles concernant la *testamenti factio* passive, les hérétiques ne peuvent pas plus hériter d'un militaire que d'un citoyen quelconque³⁵².

Section 3. Privilèges quant aux règles de fond

Enfin, en ce qui concerne les privilèges quant au fond des testaments, le soldat en expédition est presque entièrement libéré des contraintes du droit civil.

Tout d'abord, un soldat, ayant testé selon le droit militaire, peut mourir *pro parte testatus, pro parte intestatus*, ce qui est impossible en droit civil commun. Ce privilège concerne la substance même du testament³⁵³ : cette règle étant une conséquence de l'institution d'héritier, nous comprenons que celle-ci n'est pas nécessaire à la formation du testament militaire. Comme le relève notre auteur³⁵⁴, D. TULDENUS revient, dans son commentaire du *Codex*, sur la règle selon laquelle le testateur militaire peut décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus*³⁵⁵. Toutefois, cet élément perd le statut-même de privilège dans les régions où, comme les nôtres, les coutumes admettent que l'institution d'héritier n'est plus nécessaire à la validité du testament (cf. *supra*).

Par rapport aux legs à titre particulier, le testament militaire n'est soumis ni à la Falcidie, ni à la *pars trebellenica*, à cause desquelles il ne peut être diminué³⁵⁶.

³⁴⁹ *Instit.*, 2, 11 (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 90) ; *Codex*, lib. VI, tit. XXI, 17 (P. KRUEGER, p. 252).

³⁵⁰ *Dig.*, 29, 1, 29 (T. MOMMSEN, p. 398 ; D. GAURIER, p. 1120).

³⁵¹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°40 ; *Codex*, VI, XXI, 18 (P. KRUEGER, p. 252).

³⁵² M. AMELOTTI, *op. cit.*, p. 68 ; *Codex*, VI, XXI, 18 (P. KRUEGER, p. 252).

³⁵³ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8 et 9, n°4.

³⁵⁴ P. CHRISTINAEUS, *ibidem*, vol. 4, décis. III, p. 8, n°2.

³⁵⁵ D. TULDENUS, *Commentarius ad codicem justinianum*, Louvain, Aegidius Denique, 1702, 5^e éd., lib. VI, tit. XXI, p. 375, n°3 et 7.

³⁵⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 4, décis. III, p. 8 et 9, n°4 ; vol. 5, décis. CXLIX, p. 231, n°36 *Dig.*, 29, 1, 18 (T. MOMMSEN, p. 397 ; D. GAURIER, p. 1107) ; *Adde Dig.*, 29, 1, 16 (T. MOMMSEN, p. 397 ; D. GAURIER, p. 1106) sur la Loi *Julia*.

Nous nous posons également la question de savoir si l'institution d'héritier *ad alterius interrogationem* serait admise. La présente hypothèse pose particulièrement problème au regard de la seule exigence requise : la certitude assez établie qu'il y avait la volonté de former un testament. Étant donné qu'il n'existe absolument aucune autre solennité, cette certitude doit s'établir avec d'autant plus de précautions qu'en droit civil commun. Dès lors, dans le contexte du droit militaire, le testament *ad alterius interrogationem* ne semble pas établir avec suffisamment de certitude que le testateur a voulu tester. Le *Digeste* précise en effet qu'il faut, malgré la souplesse totale du régime militaire, que deux éléments soient établis avec suffisamment de certitude : d'une part, la volonté de tester, et d'autre part, ce qui est testé. Un militaire qui répondrait simplement à autrui, au cours d'une discussion, qu'il institue X héritier, n'est d'ailleurs pas considéré comme testant³⁵⁷.

Section 4. La durée de vie

Le testament militaire est limité dans sa durée de vie. En effet, comme cela est indiqué dans le *Digeste* et dans les *Institutes*, et comme cela est rappelé dans la décision CL du volume 5³⁵⁸, le testament fait en expédition vaut pendant une année après l'ajournement du combat. Cependant, le *Digeste* indique que si le soldat a été renvoyé pour ignominie, le testament cesse immédiatement d'être en vigueur³⁵⁹.

Si deux testaments militaires sont érigés, ils seront généralement considérés, selon le *Digeste*, comme un seul testament³⁶⁰.

Chapitre 5. L'applicabilité de l'Édit perpétuel de 1611

Selon la décision CCCLI du volume 1^{er}, les formalités prévues par l'article 12 de l'Édit perpétuel sont applicables aux militaires laissés en garnison dans une ville (*praesidium*) où l'Édit a été publié³⁶¹. Le privilège ne s'applique donc qu'aux soldats véritablement amenés au

³⁵⁷ *Dig.*, 29, 1, 24 (T. MOMMSEN, p. 398 ; D. GAURIER, p. 1108).

³⁵⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CL, p. 8 et 9, n°4 ; *Dig.*, 29, 1, 21 (T. MOMMSEN, p. 398 ; D. GAURIER, p. 1108) ; *Instit.*, 2, 11, 3 (P. KRUEGER, p. 20 ; J. E. SPRUIT, p. 92).

³⁵⁹ *Dig.*, 29, 1, 26 (T. MOMMSEN, p. 398 ; D. GAURIER, p. 1109).

³⁶⁰ *Dig.*, 29, 1, 19 (T. MOMMSEN, p. 397 et 398 ; D. GAURIER, p. 1107).

³⁶¹ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. CCCLI, p. 443, n°13.

combat³⁶² : le temps d'expédition ne s'étend pas au temps de garnison. Cela est conforme à une interprétation du 18 mars 1620, rapportée par G. MARTYN³⁶³.

Pour le reste, l'Edit perpétuel ne s'applique pas aux testaments militaires. Comme le notent Ph. GODDING et G. MARTYN, c'est ici encore le droit romain qui s'applique, contrairement à de nombreux lieux de l'analyse du régime juridique des testaments³⁶⁴ : cela est remarquable.

L'Edit perpétuel n'a donc pas eu d'influence sur les testaments militaires, puisque Justinien avait réduit l'applicabilité de ce régime aux soldats en campagne, et en avait déjà exclu les soldats en garnison³⁶⁵.

Chapitre 6. Conclusions

Pour conclure cette partie sur le testament militaire, nous retiendrions cette phrase que P. CHRISTINAEUS reprend à PAPINIEN cité par le *Digeste*, et les *Institutes* : « Militis voluntas est testamentum »³⁶⁶. En effet, ce testament est véritablement celui où il est fait pleine puissance à la volonté du testateur, dans son sens matériel le plus total, parmi les testaments que nous avons rencontrés au cours de ce travail. Le critère subjectif reste ici le seul et unique critère pertinent. Le soldat, qui a donné sa vie pour la patrie, doit au moins s'assurer à tout prix de ce que ses biens seront transmis selon ses volontés, alors que le sort de sa dépouille est forcément incertain. Le droit lui offre la possibilité de dicter celles-ci *in extremis* avec une certitude quasi-absolue qu'elles seront valables et respectées, pour autant qu'elles soient établies de façon suffisamment certaines, et avec aussi la certitude que la volonté était bien d'en faire son testament.

Nous sentons encore toutefois son origine qui était celle d'un régime séparé et autonome. En effet, le privilège accordé est tel qu'il revient en vérité presque à ne plus appliquer le régime de droit commun, en ce qui concerne du moins la formation du testament. La seule véritable différence qui persiste est le fait que ce régime n'est pas applicable au soldat en tout temps.

³⁶² G. MARTYN, *op. cit.*, p. 229.

³⁶³ G. MARTYN, *ibidem*, p. 229.

³⁶⁴ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 388; G. MARTYN, *ibidem*, p. 229.

³⁶⁵ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 866.

³⁶⁶ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 5, décis. CXLIX, p. 229, n°25 : *Dig.*, 29, 1, 34 (T. MOMMSEN, p. 399 ; D. GAURIER, p. 1110 et 1111) ; *Instit.*, 2, 11, *incipit* et 1 (P. KRUEGER, p. 20 ; J.E. SPRUIT, p. 90 et 91).

CONCLUSION

Où se situent les *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS entre le droit romain et l'Edit perpétuel de 1611 ? C'est la question que nous nous étions posée en introduction, afin de tenter de savoir dans quelle mesure l'Edit perpétuel fut une raison qui a freiné la réception du droit romain au sein du droit du début du XVIIe siècle dans les Pays-Bas méridionaux, en le canalisant.

Pour voir où elles se situent entre l'un et l'autre, nous avons privilégié l'analyse de la forme des testaments, d'une part, et de matières où soit le droit romain, soit l'Edit perpétuel, avait joué un rôle important, en mentionnant l'apport de l'autre dans cette matière. En effet, dans certaines matières, l'application du droit romain est privilégiée, et dans d'autre, celle de l'Edit perpétuel.

Mais à travers l'ensemble des parties du droit consacrées au testament que nous avons analysées – et toutes ne sont pas présentes, nous n'avons par exemple pas même mentionné la *querella testamenti inofficiosi* –, deux vecteurs semblent se dégager comme transcendants : la prédominance constante de la volonté du testateur (1), et, pour renouer avec la problématique que nous nous sommes donnée, l'influence de l'Edit perpétuel de 1611 qui intervient dans le contexte particulier de la transition du droit coutumier au droit écrit (2).

La prédominance de la volonté du testateur

Dès que le moindre doute surgit au sujet de l'application de tel ou tel élément, il semble toujours falloir remonter à la volonté du testateur, qui constitue le critère subjectif de la formation des testaments. Ainsi, par exemple, lorsqu'il n'y a pas eu de nuncupation explicite, et qu'il n'est dès lors pas crédible en soi que le testateur n'ait pas voulu se lier à une forme particulière de testament, il convient de rechercher sa volonté de se lier ou non en particulier au testament écrit, ou en particulier au testament nuncupatif. Le critère objectif, quant à lui, permet seulement de s'assurer de ce que le critère subjectif est présent avec un degré de certitude suffisamment grand. Ainsi, celui-ci est présent, ou s'efface à différents degrés, lorsqu'il constitue, dans des cas spécifiques, une entrave au plein déploiement de la volonté du testateur, plutôt qu'une aide. C'est le cas du testament militaire. Quant aux testaments *ad pias causas*, ils acquièrent un statut particulier en raison de leur histoire et de leur rôle particulier : il ne conviendrait pas d'empêcher, à cause du critère objectif, le non-déploiement de la volonté du testateur si la destination des biens est l'Eglise. La volonté peut donc aussi ici être pleine et entière.

Comme le note M. KASER, la prédominance de cette volonté se ressentait déjà en droit romain, à tout le moins à travers le *Corpus Juris Civilis* : en matière testamentaire, elle est véritablement primordiale³⁶⁷. Toutefois, en droit romain, cette prédominance ne se fait ressentir que pour ce qui touche à son contenu et dans la recherche de son interprétation. Dans son formalisme habituel – tout particulièrement en droit romain classique –, le droit romain accorde une importance encore plus fondamentale à la forme lors de la formation du testament. Il ne serait pas envisageable d'essayer de sauver la volonté du testateur si la moindre condition de forme n'est pas présente et méticuleusement respectée³⁶⁸. Une différence majeure avec la période qui nous occupe est donc l'extension de l'importance de cette volonté également à la forme du testament – question du concours entre testament écrit et testament nuncupatif –, et un assouplissement parallèle de celles-ci – deux témoins et non plus sept –. Mais il est vrai qu'au sujet de ce formalisme poussé, l'Empereur Constantin avait déjà assoupli la rigueur des formules et procédures, ce qui tempère notre remarque³⁶⁹.

Il découle de cela une autre question. Le formalisme poussé du droit romain engendre le fait qu'il convient de se borner à l'interprétation de la volonté déclarée du testateur³⁷⁰. Est-ce toujours le cas au début du XVIIIe siècle ? Ne faut-il pas remplacer le critère de la volonté déclarée par celui de la volonté réelle ?

Cette question semble, elle, plus controversée. Pour F. MANTICA, qui intervient dans le contexte italien, indique que « *Voluntatem testatoris interpretari difficilimum (sic) est* »³⁷¹, « *Sed † tamen in voluntate testatoris interpretanda, non est diuinandum* »³⁷² : pour lui, en effet, il faut se borner à l'interprétation de la volonté déclarée. Mais A. FACHINEI s'oppose à cette opinion en estimant qu'il faut prendre en compte des considérations d'équité, comme nous l'avons vu lorsque nous avons analysé l'éventuelle institution comme héritier du fils inconnu du père testateur.

L'influence de l'Edit perpétuel dans une période de transition

Il ne fait aucun doute que l'Edit perpétuel de 1611 a été d'une importance fondamentale au sein des Pays-Bas méridionaux pour la transition vers un droit où la loi est prédominante, en

³⁶⁷ M. KASER, *op. cit.*, § 68, p. 336.

³⁶⁸ M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 336.

³⁶⁹ M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 336.

³⁷⁰ M. KASER, *ibidem*, § 68, p. 336.

³⁷¹ F. MANTICA, *op. cit.*, lib. 3, tit. 2, p. 61, n°1^{er}.

³⁷² F. MANTICA, *ibidem*, lib. 3, tit. 2, p. 61, n°2.

ayant imposé la rédaction des coutumes pour éviter la preuve des coutumes par turbe³⁷³, et comme ce fut le cas en France par l'Ordonnance de Montilz-lès-Tours de 1454³⁷⁴, autant que dans l'imposition de la norme de l'écrit au sein des contrats et testaments (cf. *supra*). Et nous avons noté les apports que sa prise en compte permet. Mais plus encore, celui-ci a élevé, dans hiérarchie des normes, la coutume³⁷⁵. Il intervient dans cette période de transition³⁷⁶, entre Moyen Age et Temps Modernes – légèrement décalés pour la science du droit³⁷⁷ – où la jurisprudence a pris un rôle important en tant que source du droit.

Cela nous ramène au constat interpellant de Ph. GODDING et de P. GOUDELIN que nous citions en ouverture de notre mémoire : tant du point de vue du fond que de la forme des testaments, le droit romain a été peu pénétrant. Il est d'autant plus frappant que le droit romain ait peu été reçu dans les normes concernant les testaments à cette période, que le testament se trouvait, lui aussi, à une période clef de son histoire : il était en pleine renaissance et, en train de prendre de l'ampleur : il aurait donc *a priori* été logique qu'il se base très largement sur son modèle romain, comme le disait Ph. GODDING.

Il nous semble dès lors qu'une corrélation doive être faite entre la renaissance du testament, et le passage vers un droit de la loi, qui furent à peu près simultanés. Au moment où le testament a repris son rôle fondamental, il a conservé, comme le note Ph GODDING, les caractères que lui a donné le droit canonique, ce qui a dans un premier temps suffit à la jurisprudence, et a pu trouver les compléments nécessaires à sa systématisation dans l'Edit perpétuel, intervenu peu de temps après. Qui plus est, en éloignant plus encore le testament *in scriptis* de ce qu'il était en droit romain, notamment par le fait d'en faire un véritable testament authentique, ou par l'instauration d'un véritable droit de la preuve dans les Pays-Bas méridionaux, l'Edit perpétuel a aussi érigé une difficulté supplémentaire à s'inspirer du droit romain et à l'appliquer.

Mais à travers l'ensemble des matières que nous avons parcourues, le droit romain n'est pas absent, comme le mentionnait Ph. GODDING pour tempérer son constat, et son influence s'est fait ressentir. Certains régimes entiers sont appliqués, comme le testament militaire, et c'est toujours à lui qu'il est fait appel dans la formation des testaments en cas de doute³⁷⁸.

³⁷³ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 138 et 139.

³⁷⁴ G. MARTYN, *ibidem*, p. 144 et 145.

³⁷⁵ G. MARTYN, *ibidem*, p. 145.

³⁷⁶ J. GILISSEN, *op. cit.*, p. 221 à 224 et 370 à 371; A. WIJFFELS, *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁷ A. WIJFFELS, *ibidem*, p. 5.

³⁷⁸ P. CHRISTINAEUS, *Practicarum...*, *op. cit.*, vol. 1^{er}, décis. LI, p. 45, n°2.

Toutefois, rares restent les pans du droit testamentaire dans lesquels l'Edit perpétuel n'est pas intervenu. Comme nous l'avons vu, l'appellation de testament *in scriptis* n'a de romain plus que le nom tant il a évolué et les coutumes sont variées, et l'Edit perpétuel l'en a encore éloigné ; le testament nuncupatif, forme véritablement romaine de testament, a été abrogé par l'Edit perpétuel ; même les fidéicommiss ont été touchés par l'Edit ; de par l'Histoire, l'institution d'héritier est devenue facultative. L'Edit perpétuel a inventé au sein des Pays-Bas méridionaux le droit de la preuve, inconnu au droit romain. Dans nos développements, seul le testament militaire reste encore épargné par l'Edit perpétuel, et c'est une des raisons pour lesquelles nous en avons choisi l'analyse ; c'est aussi le cas d'autres institutions telles que la légitime³⁷⁹.

Il ressort dès lors en effet au sein des *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS que dans la canalisation de l'apport du droit romain qu'il a opéré, l'Edit perpétuel a aussi contribué à freiner sa réception. Et les juristes connaisseurs du droit romain, conseillers de justice, n'ont, semble-t-il, pas eu le besoin de recourir au droit romain alors que l'Edit était promulgué, et qui a fourni un complément suffisant à l'influence du droit canonique en la matière. Celui-ci a permis, précisément, un recours régulé et limité au droit romain qu'ont opéré ces juristes dans le cadre que le permettait l'Edit et pour combler ce qui manquait encore. Mais cette régulation, cette canalisation et cette limitation ne sont pas forcément négatives pour la réception du droit romain : elles peuvent aussi avoir créé les conditions de sa survie. Une autre impression est nôtre : le droit romain et le droit canonique semblent, en vérité, avoir influencé le droit testamentaire à différents niveaux. Si le droit canonique a véritablement intégré, pénétré l'intérieur des règles testamentaires elles-mêmes – comme pour l'institution d'héritier devenue facultative –, depuis l'origine de la renaissance du testament, le droit romain, qui n'a pas eu de rôle aussi tôt que le droit canonique et qui n'a donc pas pu déterminer cette renaissance, n'a pas eu telle influence interne, mais en revanche, des pans entiers de matières sont encore appliqués selon le régime romain intact. C'est donc son rôle subsidiaire qui s'est mis en avant, et son influence fut externe aux règles testamentaires elles-mêmes. Nous ne pourrions toutefois confirmer nos impressions, pour deux raisons au moins : l'exclusion du droit canonique de notre étude, et le caractère restreint de notre étude aux *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS qui, comme nous l'avons vu, sont intervenues légèrement trop tôt après l'Edit, pouvant fausser les données. La question reste donc ouverte à l'étude des relations entre le droit canonique et l'Edit perpétuel, et à son élargissement au-delà de l'ouvrage ici ciblé.

³⁷⁹ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 382.

BIBLIOGRAPHIE

Éditions des ouvrages de P. CHRISTINAEUS

- CHRISTINAEUS (P.), *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Erfurt, Tobias Jakob Reinharth, 1734 (édition reproduite sur support papier par Nabu press, 2012).
- CHRISTINAEUS (P.), *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Anvers, ex officina Hieronymi Verdvssii, 1636 (édition reproduite par l'Université de Gand sur support numérique et disponible en ligne : <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:001412601?i=0&q=Practicarum+quaestionum+rerumque+in+supremis+Belgarum+curiis+actarum+et+observatarum+decisiones>, consulté le 9 mai 2018).
- CHRISTINAEUS (P.), *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Anvers, Hieronymvm & Ioannem Bapt. Verdvssen, 1661 (édition reproduite par l'Université de Gand sur support numérique et disponible en ligne : <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:001453772?i=1&q=Practicarum+quaestionum+rerumque+in+supremis+Belgarum+curiis+actarum+et+observatarum+decisiones>, consulté le 9 mai 2018).
- CHRISTINAEUS (P.), *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Anvers, ex officina Hieronymi Verdvssii, 1626 (édition reproduite par l'Université de Gand sur support numérique et disponible en ligne : <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:001237518?i=2&q=Practicarum+quaestionum+rerumque+in+supremis+Belgarum+curiis+actarum+et+observatarum+decisiones>, consulté le 9 mai 2018).
- CHRISTINAEUS (P.), *Practicarum quaestiones rerumque in supremis Belgarum Curiis actarum et observatarum decisiones : in sex volumina distributae*, Anvers, apud Hieronymum & Ioannem Bapt. Verdussen, 1671 (édition reproduite par l'Université de Gand sur support numérique et disponible en ligne : <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:001453871?i=3&q=Practicarum+quaestionum+rerumque+in+supremis+Belgarum+curiis+actarum+et+observatarum+decisiones>, consulté le 9 mai 2018).

rumque+in+supremis+Belgarum+curiis+actarum+et+observatarum+decisiones,
consulté le 9 mai 2018).

- CHRISTINAEUS (P.), *In leges Mechliniensis civitatis ac provinciae commentaria ac notae*, Anvers, Hieronus et Ioannis Verdussen, 1657, 3^e éd. (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=jNBQAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=christinaeus&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj8kLX9tvznAhUD_KQKHS0SDN0Q6AEIRDA#v=onepage&q=christinaeus&f=false, consulté le 2 mars 2020).

Editions de textes de droit romain

- *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa. Volumen prius. Institutiones*, établi par P. KRUEGER, *Digesta*, établi par T. MOMMSEN, Berlin, Weidmann, 1872.
- *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa tertia. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, établi par P. KRUEGER, Berlin, Weidmann, 1877.
- *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa. Volumen tertium. Novellae*, établi par R. SCHOEL, terminé par G. KROLL, Berlin, Weidmann, 1895.
- *Corpus iuris civilis. Editio stereotypa tertia. Volulmen tertium. Novellae*, établi par R. SCHOELL, terminé par G. KROLL, Berlin, Weidmann, 1904.
- *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling. I. Institutes*, traduit en néerlandais par J. E. SPRUIT et K.E.M. BONGENAAR, Zuphten / 's-Gravenhage, Walburg pers / Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 1993.
- *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling. II. Digesten 1-10*, traduit par J. E. SPRUIT et K.E.M. BONGENAAR, Zuphten / 's-Gravenhage, Walburg pers / Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 1994.
- *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling. III. Digesten 11-24*, traduit par J. E. SPRUIT et K.E.M. BONGENAAR, Zuphten / 's-Gravenhage, Walburg pers / Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij, 1996.
- GAIUS, *Institutes*, texte établi et traduit par J. REINACH, Paris, les Belles Lettres, 2003 (Collection des Universités de France).
- GAURIER (D.), *Les 50 livres du Digeste de l'empereur Justinien*, édition traduite et annotée par D. GAURIER comprenant - pour la première fois en français - la

palingénésie du commentaire sur l'Édit du préteur d'Ulpian, préface de P. PICHONNAZ, Paris, La mémoire du droit, 2017, 2 vol.

- *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, t. 1^{er}, traduites en français par M. BERENGER, Metz, Lamort, 1811 / réimpression Aalen, Scientia, 1979.
- « Nouvelles Constitutions de l'Empereur Léon Auguste, ayant pour objet de réformer la législation », traduite (du grec en latin) par H. AGYLEUS, traduites en français par M. DUNOYER DE SEGONZAC, *Les Nouvelles de l'Empereur Justinien*, traduction française par M. BERENGER, *suivies des Nouvelles de l'Empereur Léon*, traduction française par M. DUNOYER DE SEGONZAC, vol. 2, Metz, Lamort, 1807 / 1811 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=wC4_AAAAcAAJ&pg=RA1-PA61&lpg=RA1-PA61&dq=constitutions+de+l%C3%A9on+testament+in+scriptis&source=bl&ots=jA-5UZf8KR&sig=ACfU3U2PqlG--nLuFTeU54H6zHAJR51q-w&hl=fr&sa=X&ved=2ahUKEwjP5tDStbPmAhVahlwKHZ1aA3kQ6AEwDnoECAoQAQ#v=onepage&q=constitutions%20de%20l%C3%A9on%20testament%20in%20scriptis&f=false, consulté le 5 février 2020).

Editions des autres textes de l'époque de P. CHRISTINAEUS

- ANSELMO (A.), *Commentaria ad perpetuum Edictum*, Anvers, Henricus et Cornelius Verdussen, 1701 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=M-5YAAAAcAAJ&pg=PP7&dq=ANTONII+ANSELMO+I.+C.+ANTVERPIENSIS+COMMENTARIA+PERPETUUM+EDICTUM+s+E+R+E+N+I+S+S+I+M+O+R+U+M+B+E+L+GII+PRINCIP+UM+ALBERTI+%26+ISABELL%C3%86&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjB4KeA6fHnAhWmM-wKHT9pCkEQ6AEIKTAA#v=onepage&q=ANTONII%20ANSELMO%20I.%20C.%20ANTVERPIENSIS%20COMMENTARIA%20PERPETUUM%20EDICTUM%20s%20E%20R%20E%20N%20I%20S%20S%20I%20M%20O%20R%20U%20M%20B%20E%20L%20GII%20PRINCIP%20UM%20ALBERTI%20%26%20ISABELL%C3%86&f=false>, consulté le 27 février 2020).

- BENOÎT (G.), *Repetitio solemnibus in cap. Raynutius de testamentis*, Lyon, Antonius Vincentius, 1544 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=5WxFAAAAcAAJ&pg=PA160-IA1&dq=codex+raynutius&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwizs_L8gdToAhXJ66QKHAYLC9IQ6AEIKzAA#v=onepage&q=codex%20raynutius&f=false, consulté le 6 avril 2020).
- BOCER (H.), *De bello et duello tractatus*, Tübingen, Johan-Alexandrus Cellus, 1616 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=ixVDAAAcAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=bocer+De+bello+et+duello+tractatus&ots=HWzOXvILD_&sig=x9kHI5YFXmx_2erObs8HgYqW58A#v=onepage&q=bocer%20De%20bello%20et%20duello%20tractatus&f=false, consulté le 17 février 2020).
- BOHIER (N.), *Decisiones Burdegalenses*, Lyon, Caesar Farina, 1566 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=8S1XAAAcAAJ&oi=fnd&pg=PP3&dq=bohier+Decisiones+Burdegalenses&ots=AK1IJSNAs2&sig=4U5kTpCP5Bt61_wQNrYj3OXxHPA#v=onepage&q=bohier%20Decisiones%20Burdegalenses&f=false, consulté le 5 février 2020).
- CLARO (G.), *Receptarum sententiarum opera*, Lyon, Antonius de Harsy, 1600 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=mPHk6pB25oMC&hl=fr&pg=GBS.PP15>, consulté le 5 février 2020).
- COTTEREAU (C.), *De iure, et privilegiis militum libri tres*, Lyon, Stephan Doletus, 1539 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=THZCAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=Claude+Cottureau&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj9m8nk6vHoAhWI6aQKHQZUC3YQ6AEIVDAF#v=onepage&q=Claude%20Cottureau&f=false>, consulté le 18 avril 2020).
- COVARRUVIAS Y LEIVA (D.), *Ad tit. de testamentis, et epitome lib. IV. Decretalium enucleatus et auctus*, s. l., Officina Antonii Marin, 1737 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=WBsLkhXtHdYC&printsec=frontcover&dq=Diego+de+Covarrubias+de+testamentis&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiuhZKe5fHoAhViM>

OwKHT6rCkIQ6AEINDAB#v=onepage&q=Diego%20de%20Covarrubias%20de%20testamentis&f=false, consulté le 18 avril 2020).

- DA BUDRIO (A.), *In Librum Tertium Decretalium Commentarii*, Venise, Juntas, 1578, t. 5 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://gutenberg.beic.it/view/action/nmets.do?DOCCHOICE=14879796.xml&dvs=1582030927647~745&locale=fr_FR&search_terms=&show_metadata=true&adjacency=&VIEWER_URL=/view/action/nmets.do?&DELIVERY_RULE_ID=7&divType=, consulté le 18 février 2020).
- DE AFFLITTO (M.), *Decisiones neapolitanae*, s. l., Dionysius de Harsy, 1533 (https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=k6EBQ17wdAkC&oi=fnd&pg=PR2&dq=Matteo+D%27Afflitto+decisiones&ots=3VuRw2eoCX&sig=aCfmIYG-_6T_ozjVhFwgzMTpOto#v=onepage&q=Matteo%20D'Afflitto%20decisiones&f=false, consulté le 23 février 2020).
- DUMOULIN (C.), *Consilia et Responsa Consilia et Responsa iuris analytica*, Paris, Bartholomeus Macaeus, 1611 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=uUV1x87JFZsC&pg=PP1&dq=cAR+o+Li+-+M+O+L+I+N+AE+I+P+A+RISI+E+NSIS+I.+V.+D.+coNsvLTISSIMI&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjwws26m-PnAhXG4KQKHUadDQ8Q6AEIKTAA#v=onepage&q=cAR%20o%20Li%20-%20M%20O%20L%20I%20N%20AE%20I%20P%20A%20RISI%20E%20NSIS%20I.%20V.%20D.%20coNsvLTISSIMI&f=false>, consulté le 5 février 2020).
- FACHINEI (A.), *Controversiarium iuris*, Lyon, Ioannis Pillehotte, 1623, vol. 1^{er} (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5QadNconMzo8qf3bbv4nlbeWLIWfXEwcjbwMqY2nHUn6sbpUdAZpu79x44S-v17bJxXTj06b5NrwkWdWhG3hfTTeSyqNv_IkEKMcxRgQBsRN2Q-JZgd1uPu0NAxk7hLNNtnCY7AabPA7-HGJ2QEQjlULJ_FqDZLbW36mePifzwzCCZQYTxyFeAKWwBTAToD3HeoTOxFNpjS6MwNu_QKtyvtYLAfHc-a2XTNRNkyKCnWsOtr1eG2vHs3SXyfoWqleQJ6ioax9-aENJCMC977HcnZCP26Opg, consulté le 10 février 2020).

- GOUDELIN (P.), *Commentariorum de iure novissimo*, Lucques, Franciscus Bonsignorus, 1753 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=_yIlW8rCuHgC&pg=PR1&dq=PETRI+G+U+DELINI+IURISCONSULTI,+ET+ANTECESSORIS+A+C+A+D+E+M+I+%C3%86+L+O+V+AN+I+E+N+S+I+S+.+COMMENTARIORUM+IU+R+E+N+O+VISSIMO+L+I+B+R+I.+S+E+x+%C3%92&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKewjjp6GNtd3nAhULCewKHQdvDBEQ6AEIKDAA#v=onepage&q=PETRI%20G%20U%20DELINI%20IURISCONSULTI%2C%20ET%20ANTECESSORIS%20A%20C%20A%20D%20E%20M%20I%20%C3%86%20L%20O%20V%20AN%20I%20E%20N%20S%20I%20S%20.%20COMMENTARIORUM%20IU%20R%20E%20N%20O%20VISSIMO%20L%20I%20B%20R%20I.%20S%20E%20x+%C3%92&f=false, consulté le 10 février 2020. Nous sommes conscients du fait qu'il s'agit d'une édition tardive).
- GRASS (M.), *Tractatus de successione tam ex testamento, quam ab intestato, et aliarum*, Venetiis, Damianus Zenarius, 1584 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?hl=fr&lr=&id=OilgAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA14&dq=Tractatus+de+successione+tam+ex+testamento+quam+ab+intestato&ots=kfmH-HHRtH&sig=lcMLoUb0Xt0W2kni_TAPS6gHOog&redir_esc=y#v=onepage&q=Tractatus%20de%20successione%20tam%20ex%20testamento%20quam%20ab%20intestato&f=false, consulté le 6 février 2020).
- MANTICA (F.), *De coniecturis ultimarum voluntatum tractatus*, Lyon, Syphorianus Bernud / Stephanus Michaël, 1585 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=BKO7xDv8P2wC&oi=fnd&pg=PA1&dq=mantica+de+tractatus&ots=LSp8GqhDFO&sig=yZ9ICS4em4EeYtKt3TItjhlumg#v=onepage&q=mantica%20de%20tractatus&f=false>, consulté le 10 février 2020).
- MENOCHIO (G.), *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis et Indiciis, Commentarium pars secunda*, Lyon, Petrus Landy, 1593 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://digibug.ugr.es/handle/10481/13939>, consulté le 10 février 2020).
- PECK (P.), *Tractatus de testamentis*, Cologne, Ioannis Busaeus, 1665 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne :

- https://books.google.be/books?id=7gm2qySMZK0C&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false, consulté le 23 février 2020).
- STOCKMANS (P.), « Decisiones Brabantinae », *Opera omnia*, Cologne, Franciscus Metternich, 1700 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=i_KvPErniH4C&printsec=frontcover&dq=opera+omnia+stockmans&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiuWY-Wx_bnAhUM-aQKHXR6BVYQ6AEILzAB#v=onepage&q=opera%20omnia%20stockmans&f=false, consulté le 29 février 2020).
 - TIRAQUEAU (A.), « De Jure Primigeniorum », *De Nobilitate, Et iure Primigeniorum*, Paris, Jacobus Keruer, 1549, p. 237 à 425 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=zChgAAAACAAJ&pg=PT74&dq=tiraqueau+de+iure+primog&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiH-4T6x53oAhWP_aQKHRA3BXsQ6AEIWTAH#v=onepage&q=tiraqueau%20de%20iure%20primog&f=false, consulté le 15 mars 2020).
 - TIRAQUEAU (A.), *De Legibus connubialibus, et iure maritali*, Paris, Odoenus Paruus, 1546, gloss. 6, p. 193, n°214 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=v2tFAAAACAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+de+legibus+connubialibus&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjN7KfHo5zoAhUwsKQKHXPXDqIQ6AEILzAB#v=onepage&q=tiraqueau%20de%20legibus%20connubialibus&f=false>, consulté le 15 mars 2020).
 - TULDENUS (D.) *Commentarius ad codicem justinianum*, Louvain, Aegidius Denique, 1702, 5^e éd. (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=OuBCAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA8&dq=TULDENUS,+Commentarius+ad+codicem+justinianum&ots=tHEZoyHmAk&sig=9xH5gHdaqLoNwCosi9PGm_L0tbc#v=onepage&q=TULDENUS%2C%20Commentarius%20ad%20codicem%20justinianum&f=false, consulté le 17 février 2020).
 - VAN DEN ZYPE (F.), *Notitia iuris Belgici*, Anvers, Hieronymus Verdussius, 1640 (2^e éd.), p. 183 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://donum.uliege.be/bitstream/2268.1/4221/1/ALMA184204.pdf>, consulté le 8 février 2020).

- VON GAIL (A.), *Practicarum Observationum*, Cologne, Wilhelmus Metternich, livre 2, 1721 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=lytgAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PA10&dq=gail+Practicarum+Observationum&ots=xzGQWvGAnN&sig=zjeHKJ8xWBj_EQdYEhWoGegBeyw#v=onepage&q=gail%20Practicarum%20Observationum&f=false, consulté le 17 février 2020).

Dictionnaires, lexiques et ouvrages de grammaire latine

- ARABEYRE (P.), HALPERIN (J.-L.) et KRYNEN (J.) (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français. XIIIe – XXe siècle*, Paris, PUF, 2015, 2^e éd.
- BIROCCHI (I.), CORTESE (E.), MATTONE (A.) et MILETTI (M. N.) (sous la direction de), *Dizionario biografico dei giuristi italiani : XII-XX secolo*, Bologne, Il Mulino, 2013.
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016, 11^e éd.
- DE KONINCK (C.), *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Anvers, Maklu, 1993.
- DU FRESNE DU CANGE (C.), HENSCHER (G.A.L.), FAVRE (L.), CARPENTIER (P.), *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Niort, Favre, 1937 / 1938.
- DUNAND (J.-P.) et PICHONNAZ (P.), *Le droit romain de A à Z*, Genève / Zürich, Schulthess Editions Romandes, 2018.
- ERNOUT (A.) et THOMAS (F.), *Syntaxe latine*, Paris, Klincksieck, 2002.
- FORCELLINI (E.), CORRADINI (F.) et FURLANETTO (G.), *Lexicon totius latinitatis*, Padoue, Typis seminarii, 1940.
- GAFFIOT (G.), *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire Latin-Français*, 3e éd. revue et augmentée sous la direction de P. FLOBERT, Paris, Hachette, 2000.

Autres sources secondaires

- AMELOTI (M.), *Le forme classiche di testamento*, cours de droit romain récoltés de R. MARTINI, Turin, Giappichelli, 1966 / 1967, 2 vol.

- ARABEYRE (P.), *Les idées politiques à Toulouse à la veille de la Réforme: recherches autour de l'œuvre de Guillaume Benoît (1455-1516)*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2003.
- COING (H.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Zweiter Band. Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Munich, Beck, 1976.
- DEKKERS (R.), « Over het ontstaan van het Romeinse testament », *Revue d'Histoire du droit*, 1955, p. 22 à 30.
- DORANGE (A.), *Catalogue descriptif et raisonné de la Bibliothèque de Tours*, Tours, Jules Bouserez, 1875.
- DRUWÉ (W.), *Loans and credit in Consilia and Decisiones in the Low Countries (c. 1500 – 1680)*, Leyde / Boston, Brill, 2020.
- GILISSEN (J.), *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, édition revue et mise à jour par F. SENN, réédition présentée par J.-Ph. LEVY, Lonrai, Dalloz, 1929, 8^e éd.
- GODDING (Ph.), « Dans quelle mesure pouvait-on disposer de ses biens par testament dans les anciens Pays-Bas méridionaux ? », *Revue d'Histoire du droit*, 1982, p. 279 à 296.
- GODDING (Ph.), « L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans les Pays-Bas Méridionaux (XIII-XVIII^e siècle) », *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, p. 279 à 296.
- GODDING (Ph.), « Le testament princier dans les Pays-Bas méridionaux (12^e-15^e siècles) : acte privé et instrument politique », *Revue d'Histoire du droit*, 1993, p. 217 à 235.
- GODDING (Ph.), « Les actes à cause de mort dans les Pays-Bas méridionaux (XI^e-XVIII^e s.) », *Actes à cause de mort. Acts of last will. Deuxième partie – Second Part. Europe médiévale et moderne. Medieval and Modern Europe*, Coll. Recueils de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions – Transactions of the Jean Bodin Society for comparative institutional history, Bruxelles, de Boeck, 1993, p. 161 à 176.
- GODDING (Ph.), *Le droit privé dans les Pays-bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle*, Coll. Mémoires de la classe des lettres, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1987.
- GOTTLIEB JÖCHER (C.), *Lexicon*, 1^{re} partie A-C, Leipzig, Johann Friedrich, 1750.

- KASER (M.), *Romeins privaatrecht*, traduit et édité en néerlandais par F. B. J. WUBBE, 2^e éd. revue et corrigée, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971.
- MARTYN (G.), *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611. Zijn genese en zijn rol in de verschriftelijking van het privaatrecht*, Coll. Algemeen Rijksarchief en Rijksarchief in de provinciën – Archives générales du Royaume et Archives de l'État dans les provinces, Bruxelles, Algemeen Rijksarchief – Archives générales du Royaume, 2000.
- MENESSION (L.), *De la Preuve en droit romain. De l'Aveu en droit français. Thèse pour le doctorat*, Reims, Impr. Coopérative, 1874.
- SURVILLE (F.), « La théorie des statuts d'après Bartole et Dumoulin », *Journal du Droit international*, 48/1, 1921, p. 5 à 15.
- VAN CAENEGEM (R. C.), « Ouvrages de droit romain dans les catalogues des anciens Pays-Bas méridionaux (XIIIe-XVIe siècle) », *Revue d'Histoire du droit*, 1960, p. 297 à 347.
- WIJFFELS (A.), « La loi dans le discours judiciaire : L'article 15 de l'Édit perpétuel de 1611 dans le ressort du Parlement de Flandre », *Légiférer, gouverner et juger. Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IXe-XXIe siècle) offerts à Jean-Marie Cauchies à l'occasion de ses 65 ans*, réunis par E. BOUSMAR, P. DESMETTE et N. SIMON, Bruxelles, Presses USLB, 2016, p. 317 à 336.
- WIJFFELS (A.), « Van Paul van Christijnen (1631) tot Jean-Alphonse de Coloma (1739).
Rechters en advocaten bij de Grote Raad van Mechelen tegen de achtergrond van de zeventiende-eeuwse Europese rechtsontwikkeling », *De Zeventiende Eeuw*, 1993, p. 3 à 14.
- WIJFFELS (A.), *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2014, 2^e éd.

PREMIÈRE ANNEXE : TEXTE, TRADUCTION ET COMMENTAIRE DE LA DÉCISION CCCIV DU VOLUME 1^{ER}

Remarque préliminaire importante

La présente annexe a été établie dans le cadre de notre travail de fin de cycle pour le Bachelier en langues et lettres anciennes, orientation classiques, sous la promotion et avec l'aide du Professeur L. ISEBAERT. Ce travail fait l'objet d'une cotation séparée. Il a été pensé en vue d'être annexé par extraits à ce mémoire, mais ne prend pas la discipline juridique comme première approche : il s'agit, en priorité, d'un travail philologique, et qui offre un complément à notre mémoire par le biais de l'approche plus limitée d'une autre discipline sur le même objet d'étude. Il tente toutefois de favoriser une approche interdisciplinaire.

Au sujet du commentaire de la présente décision, nous n'avons reproduit ici que les parties de notre travail de fin de cycle susmentionné qui nous paraissent ne pas recouper le présent mémoire, ou qui lui apportent un complément utile. Les extraits choisis dudit travail ne sont que de simples reproductions, sauf la répartition en chapitres, légèrement modifiée.

Chapitre 1^{er}. Le texte reproduit de la décision CCCIV du volume 1^{er}

DECISIO CCCIV

An, si quis in scriptis testari instituit, nec tamen solemnitates omnes testamenti scripti obseruauit, id testamentum valet, saltem iure nuncupatiui. An testantibus in piam causam omnium solemnium obseruatio remissa sit.

Summaria

- 1. Testamentorum plura recenseri genera a Iustiniano, et duo tantum in usu fore.*
- 2. Nuncupatiuum differre a testamento in scriptis.*
- 3. Vtrum in scriptis testari volens, si omnes testamenti scripti solemnitates non obseruauerit, id valet saltem iure nuncupatiui.*
- 4. Dubia eius est resolutio, quando apparet, eum testari voluisse in scriptis.*

5. *Eoque casu distinguendum est, uti ibidem.*
6. *Testator ad unam speciem testandi non creditur se astringere voluisse.*
7. *Interpretatio facienda potius est, ut testamentum actusve subsistat quam qua deficiat iuxta iudicata.*

Testamenta nuncupatiua per edictum perpetuum anni 1611, prohibita sunt.
8. *Deficiente explicita nuncupatione, quando valet iure nuncupatiui.*
9. *Dubitandi ratio.*
10. *Testamentum, in quo defectus est aliquarum solemnitatum, quae necessariae sunt ad ordinandum testamentorum in scriptis, firmum erit concurrentibus iis, quae ad nuncupatium necessariae sunt.*
11. *Leonis constitutio, etsi vim iuris ac legis non videatur habere, Doctorum tamen communibus sententiis recepta est, casu quo testatoris voluntas explicite testibus nuncupata sit.*
12. *Testantibus in piam causam, an omnium solemnium observatio remissa sit. Et num. 13.*
14. *Duo tantum testes in testamentis ad pias causas requiruntur.*
15. *Nec requiritur, ut sint rogati, et mulier in eo testis esse potest.*
16. *Neque institutio heredis in eo necessaria est, prout nec in aliis testamentis ea necessaria est hodiernis moribus.*
17. *Testantibus in piam causam necesse non est, ut quid liberis relinquat.*
18. *Flandri tamen in eam causam ultra tertiam bonorum patrimonialium, et mediam acquisitorum legare prohibentur.*
19. *Ex testamento nullo, si agnoscitur fideicommissum, solui debet.*
20. *Testamentis voluntas si tota in dispositionem tertii relata fuit, an et quando valet, vel non.*
21. *CHAROND. negat extare iuris locum, qui probet relicta in alterius valere arbitrium.*
22. *Oportet testantem palam profiteri suam voluntatem, et non ad notarii interrogationem.*
23. *Prohibitiones illae, quibus ecclesiis manuique mortuae inhibuitur est acquirere immobilia, non odio earum decretas fuisse, sed ex aliis rationibus.*
24. *Aequum semper visum fuit, testatori liberum fore, ut ecclesiis piisque locis relinquat, quod vult.*
25. *Non tamen licet parenti, relinquendo ecclesiis vel pauperibus, minuere legitimam liberorum.*
26. *In fauorem piae causae feuda an relinquere possunt, sine consensu Principis.*
27. *Haec quaestio non caret scrupulo, stante prohibitione Carolina, non obtento indulto.*
28. *Re immobili legata, an eius pretium debetur ecclesiae piisque locis.*

29. *Quatenus permissum sit Societatibus Patrum, acquirere bona immobilia.*

(1) Cum testamentorum plura genera recenseat Iustinianus *tit. de testam. ord.* et ex iis duo tantum in vsu supersint, reliquis antiquatis, testamentum videlicet scriptum et nuncupatium : (2) et nuncupatium differat a testamento in scriptis, uti videre licet in *l. Hac consultissima. 21. C. de testam.* et *Insitut. de testam.* et moribus nostris recepta sit constitutio iuris pontificii, ut testamenta valeant duobus tantum testibus adhibitis, dum coram paracho, vel iuxta *c. Cum esset.*³⁸⁰ *10. de testam.* tabellione et aliis duobus testibus conduntur, iuxta IVL. CLARUM §. *Testamentum. quaest. 57 num. 3.* (3) saepissime inter doctores controuerti solet super prima proposita quaestione ; utrum, si quis in scriptis testari instituit, omnesque testamenti scripti solennitates non obseruauit, id saltem valeat iure nuncupatui : in qua quaestione doctores varie distinguere solent pro eiusdem resolutione, vt videre licet apud eundem IVL. CLAR., *d. § Testament., q. 4. § 2* et MICH. GRASS. *Lib. 1. sentent. §. Testamentum, q. 10.* (4) Et maxime dubitandum censent in casu, in quo apparet, testatorem voluisse testari in scriptis, vel ex assertione, vel ipsa testamenti ordinatione, quia videlicet vel testium subscriptiones vel obsignationes adhibuit, quae solennitates sunt soli testamento in scriptis ordinando conuenientes ; non tamen omnes adhibuit solennitates, sed aliquas praeteriit, ita tamen, ut nuncupatui testamenti solennia non neglexerit. In quo casu distinguendum videtur. (5) Nam aut testator explicite voluntatem suam testibus nuncupauit, aut non nuncupauit, sed scripto tantum comprehensam vocatis septem testibus, suum id esse testamentum, testatus est, adhibitis aliquibus solennitatibus testamenti scripti, non tamen omnibus ; tunc priore casu valere testamentum vt nuncupatium, dummodo testatorem non aliter appareat voluisse valere, quam iure scripti, secundum BART. in *l. fin. in fin. ff. de iure codicill.* BOER. *Dec. 24. n. 6.* CLAR. *d. qu. 4.* MICH. GRASS. *d. q. 10. 7.* VASQ. *de succes. ceat. lib. 2. §. 4. n. 12 et 16.* (6) Idque ratione, quia testator ad vnam speciem testandi non creditur se voluisse adstringere, (7) eaque actus interpretatio potius facienda est, qua sustinetur testamentum actusue, quam qua deficiat, vti saepenumero apud nos et in supremis tribunalibus iudicatum fuit, licet ex edicto perpetuo Archiducum de *anno 1611*, apud nos testamenta nuncupatiua sint prohibita. (8) Posteriore vero casu etsi plus dubii sit, propter deficientem explicitam nuncupationem, adhuc tamen Doctores communiter censent, testamentum valere iure nuncupatui, secundum MICH. GRAS. *d. quaest. 10. n. 8.* Eo quod nuncupata a testibus satis videtur voluntas testatoris implicate facta relatione ad scripturam. (9) Sed ratione praecedentis quaestionis, in qua

³⁸⁰ L'édition de Tobias Reinharth de 1734 indique *esses*, mais l'édition de Hieronymus Verdvssius de 1636 indique *esset*.

dubitandi ratio erat, quod in scriptis testari instituisset testator, adhibitis quibusdam solennitatibus scripti testamenti, non tamen omnia, quodque proinde id testamentum vt imperfectum nullas habere videtur vires, secundum FABR. §. *Sed cum aliquis*. 8. *Instit. de testam. ordin.* videtur dicendum, quod id vti scriptum valere non potest, cum omnes non sunt eiusdem obseruatae solennitates, *l. Si unus* 12. *C. de test.* nec etiam vt nuncupatium, cum testator voluit condere testamentum in scriptis, cuius voluntatis coniectura ex eo est, quod scripti testamenti solennitates coepit. (10) Contraria tamen sententia confirmata est *nouell. Leonis* 42. vti tradit HARMENOP. *Lib.5. epit. §. 23.* vt testamentum quod defectu aliquo earum solennitatum, quae ad testamentum in scriptis ordinandum necessariae sunt, iure deficiat : Tamen si res, quae ad nuncupatium necessariae sunt, concurrant, iure nuncupatiui firmum et validum erit. (11) Quae constitutio Leonis, etsi vim iuris ac legis non videatur habere, doctorum tamen communibus sententiis illa recepta est, casu quo voluntas testatoris explicite testibus nuncupata fuit, vti alias iudicatum fuit in nostro Senatu, et comprobatum in supremo, idque ante promulgationem praedicti edicti perptui, quo testamenta nuncupatiua prohibentur condi *art. 12.* (12) Quaestio vero altera, quae extat in constitutione *Constant. leg.I. C. de sacros. eccl.*, an testantibus in piam causam omnium solennium obseruatio remissa sit, satis dubia videtur esse, cum BART. CASTR. et alii *in d. I. I.* existimarunt eam remissam esse ; et BALD. SALIC. IAS et alii *iu cad. I. I.* ab eadem opinione dissentiunt, quorum etiam sententia iure ciuili verior esse videtur, quia non est verisimile *Constant.* eiusmodi verbis generalibus *d. I. I.* totam testamenti obseruationem euerti voluisse, *I. Si quando. 35. C. de inoffic. test.* etsi idem *Constantin.* generali lege sanxerit, vt quibuscumque modis expressa testantium iudicia valerent, teste EVSEB. *lib. 4. de vit. Constant.* et FORNEL. *lib. I.c.28.* (13) Iure autem canonico remissam esse in testamento ad pias causas omnem eam obseruationem, quae a iure ciuili promanauit, constat *ex c. Relatum. 12 de testam.* eamque iuris canonici constitutionem vsu receptam esse, iuxta TIRAQ. *de priu. Piae caus. I. CLARC.d.§.Testam.q.5.6.et7.* GRASS.*d.loc.q.17.18.et19.* et GVIL.BENED.*ad c.Raynut.16.in verb.In eod.testam.n.133 et seq.* (14) Ideoque neque septem, sed duo tantum testes requiruntur, teste TIRAQ. *in d. tractat.priuul.1.* (15) Nec etiam requiritur, vt sint testes rogati, idem *priuul.3.* et mulier in eiusmodi testamento testis esse potest, secundum eundem *priuul. 5.* et ita alias iudicatum fuit, tam in nostro, quam supremo Senatu. (16) Neque institutio heredis necessaria est : vti idem TIRAQ. docet *in d. tract. de priuul.15.* et D. SA.*verb.Testam. §.4.* prout nec ea in nostris testamentis necessaria est hodiernis moribus, vti dixi *infra dec.seq.num.17.* (17) Nec liberis etiam a testantibus in piam causam quid necessario relinquendum est *titul. instis.* vti idem TIRAQ. tradit *d. tractat. priuul. 15.* (18) Flandri vero etiam in causam piam prohibentur,

testamento supra tertiam bonorum patrimonialium et mediam acquisitorum (quibus etiam feuda continentur) legare, teste Iac. MARCHANT. *in decr. Fland. tit. de leg.* (19) Ex testamento autem nullo, fideicommissum si agnoscitur, solui debere refert iudicatum CHAROND. *lib. 3. resp. 47.* non vt ex testamento, sed quasi alia relinquentis voluntate. (20) Non tamen tota voluntas testantis in dispositionem tertii relata, valida erit, si dicat se eam alicui indicasse, tametsi declaret in causam piam reliquisse : sed si non nomet quidem in quam rem relinquit, seu quoad modum dicit se indicasse, solemniter tamen testatur, et relinquit ; modo collato in secretum alienae voluntatis, ea voluntas recipietur, tamquam collata in arbitrium boni viri, vti vult CHAROND. *d. lib. : resp. 48.* (21) Negat tamen idem CHAROND. extare iuris locum, qui huiusmodi relictia probat, etsi *c.13 de test.* ad hoc facere videatur. (22) Oportet quidem testantem profiteri palam suam voluntatem, non ad interrogationem notarii, ita, vel, non respondere, et dubitationem relinquere molestia rogantis, morbiue, vti sequenti decisione latius dicitur. (23) Censent plerique prohibitiones illas, quibus ecclesiis manuique mortuae inhibitum fuit in posterum acquirere bona immobilia et mandatur acquisita distrahere et manus suas illis euacuare, decretas fuisse non odio ecclesiasticae opulentiae, sed quia illis habitis onera subterfugiunt, ac etiam in gratiam nobilium, vtque plebei excluderentur, nisi id eis ex Principis priuilegio, aut agnatorum successione permittatur, vti innuit D. GRIVEL. *Dolan. decis. 32. n. 2. et seq.* (24) Aequum tamen semper fuit (licet Molin. et nonnulli alii repugnant) ex sententia BART. et aliorum *ad l. I. C. de sacr. eccles.* liberum testatori relinquere ecclesiis piisque locis, quod optauerit, modo arbitrium boni viri non excesserit. (25) Non tamen *d. l. I C. de sacr. eccl.* licet plus relinquere, quam quod iure definitum est, ideoque non licet parenti relinquendo ecclesiis vel pauperibus, minuere legitimam filiorum, *can.8. Si quis irascitur. 13. qu.2.* (26) Ac etiam id nonnulli censent locum habere in feudis in fauorem piae causae relictis, etiam sine venia domini directi ; idque affirmat HOSTIENS. *in sua sum. titul. de immun. eccl. §. In quant. vers. Sed nec illa contra Iacob et Aluarot,* (27) sed illa quaestio non caret scrupulo, stante praesertim prohibitione Carolina, ob quam in Brabantia, Flandria, Hollanda, prouincia Mechliniensi, ac alibi in Belgio requiritur ad minimum ad hoc licentia Principis testandi de feudis. (28) Et proinde re immobili legata, quaeritur, an pretium illius ecclesiae debetur : et desuper antea satis late scripsi *decis. 201.* et consilium Arthesiense habito etiam super eadem quaestione aduisamento Consilii priuati, dato 3. *Novemb. anno 1590.* in causa patrum Societatis Iesu, quibus a Rege *Philippo II.* ad summam 3000. florenorum pro singulis collegiis, (29) et 5000. in Vniuersitatibus permissum fuit comparare immobilia, non tamen quae altam iustitiam habeant, interpretatum est, vt eatenus ex testamento vel alio titulo interdictae forent acquisitiones bonorum iurisdictionem habentium,

nec ea retineant sub sua possessione ; sed non, ne sibi legata vel donata acceptare non possint, ac mox distrahere et manus suas vacuare et in ecclesiasticam suppellectilem, seu alias collocare pecunias.

Chapitre 2. La traduction proposée de la décision CCCIV du volume 1^{er}

DECISION CCCIV (304)

Question : si quelqu'un décide de tester par écrit, et cependant qu'il n'observe pas toutes les formalités du testament écrit, est-ce que ce testament est valable à tout le moins en vertu du droit nuncupatif ? Question : l'observation de toutes les formalités a-t-elle été exemptée pour ceux qui testent en vue d'une cause pieuse ?

Sommaires

- 1. Plusieurs espèces de testaments sont recensées par Justinien, et seulement deux seront en usage.*
- 2. Le testament nuncupatif diffère du testament écrit.*
- 3. Si le testateur, voulant tester par écrit, n'a pas observé toutes les formalités du testament écrit, est-ce que celui-ci est valable à tout le moins en vertu du droit nuncupatif [ou non] ?*
- 4. La réponse à cela est incertaine, quand il appert que le testateur a voulu tester en vertu d'un testament écrit.*
- 5. Et dans ce cas, il faut distinguer, comme c'est dit au même endroit.*
- 6. Il n'est pas crédible que le testateur ait voulu se lier à une seule espèce de testament.*
- 7. L'interprétation doit être faite en ce sens que le testament ou l'acte subsiste, plutôt qu'en ce sens qu'il fait défaut, selon des décisions de justice.*

Les testaments nuncupatifs sont interdits par l'Edit perpétuel de 1611.

- 8. Si une nuncupation explicite fait défaut, quand vaut-il en vertu du droit nuncupatif ?*
- 9. Raison de douter.*

10. *Le testament, dans lequel font défaut des formalités quelconques qui sont nécessaires à la formation du testament écrit, sera valable, formalités qui sont nécessaires à la formation du testament nuncupatif, ceux-ci étant en concours.*

11. *Même si elle ne paraît pas avoir de valeur juridique ni force de loi, une Constitution léonine fait cependant autorité selon la doctrine commune des auteurs, dans le cas où la volonté du testateur a explicitement procédé à la nuncupation devant ses témoins.*

12 et 13. *Question : l'observation de toutes les formalités est-elle exemptée dans les testaments pour cause pieuse ?*

14. *Seulement deux témoins sont requis dans les testaments pour une cause pieuse.*

15. *Et il n'est pas requis qu'ils aient été interrogés, et la femme peut être témoin dans cette forme de testament.*

16. *Et l'institution d'héritier n'est pas nécessaire dans cette forme de testament, dans la mesure où celle-ci n'est pas nécessaire dans les autres testaments en vertu des coutumes actuelles.*

17. *Il n'est pas nécessaire à ceux qui testent pour une cause pieuse de laisser quelque chose à leurs enfants.*

18. *Cependant en Flandre, il est interdit de léguer pour cette cause au-delà du tiers de ses biens patrimoniaux, et au-delà de la moitié de ses biens acquis.*

19. *Ensuite d'un testament nul, si un fidéicommis est admis, le payement doit se faire.*

20. *Question : si la volonté tout entière a été reliée à la disposition d'un tiers, cela est-il valable, et quand, ou non ?*

21. *CHAROND. dit qu'il n'y a pas de lieu du droit qui prouve que les biens laissés en héritage valent selon le jugement d'autrui.*

22. *Il faut que le testateur déclare ouvertement sa volonté, et en réponse aux questions du notaire.*

23. *Ces prohibitions, en vertu desquelles il est interdit aux Eglises et aux propriétaires de biens de mainmorte d'acquérir des biens immobiliers, ne furent pas décrétées par haine de celles-ci, mais pour d'autres raisons.*

24. *L'équité a toujours paru être qu'il est loisible au testateur de léguer ce qu'il veut aux Eglises et aux lieux pieux.*

25. *Il n'est cependant pas permis aux parents, quant ils lèguent aux Eglises ou aux pauvres, de diminuer la légitime de leurs enfants.*

26. *Question : les fiefs peuvent-ils être légués en faveur d'une cause pieuse, sans l'accord du Prince ?*

27. *Cette question est sujette à caution, étant donné l'existence d'une interdiction carolingienne, en l'absence d'une autorisation spéciale.*

28. *Question : si un bien immobilier est légué, son prix est-il dû à l'Eglise et à des lieux pieux ?*

29. *Dans quelle mesure il est permis à des Communautés de Pères d'acquérir des biens immobiliers.*

(1) Alors que Justinien recense plusieurs espèces de testaments au titre *de testam. ord.* et que de celles-ci, seulement deux sont demeurées en usage, les autres étant caduques, à savoir, le testament écrit et le testament nuncupatif : (2) et que le testament nuncupatif diffère du testament écrit, comme il est permis de le voir dans le *Codex*, titre *de testam.*, loi *Hac consultissima* 21 et dans les *Institut. de testam.* et qu'une constitution de droit pontifical a été acceptée dans nos coutumes, à savoir que les testaments faits en présence de deux témoins seulement sont valables, pour peu qu'ils soient passés devant un curé, ou conformément à *c. Cum esset. 10. de testam.*, devant un tabellion et deux autres témoins, suivant IVL. CLARUS §. *Testamentum. quaest. 57 num. 3.* (3) Très souvent, les auteurs ont l'habitude de battre la controverse au sujet de la première question exposée : est-ce que, si quelqu'un décide de tester par un testament écrit, et qu'il n'observe pas toutes les formalités du testament écrit, celui-ci est à tout le moins valable comme en vertu du droit nuncupatif ? Question dans laquelle les auteurs ont l'habitude de faire des distinctions pour la résolution de la même question, comme on peut le voir chez le même IVL. CLAR., *d. § Testament., q. 4 § 2* et chez MICH. GRASS. *Lib. 1. Sentent. §. Testamentum, q. 10.* (4) Et ils sont d'avis qu'il faut le plus douter dans le cas où il appert que le testateur a voulu tester par écrit, soit sur la foi d'une assertion, soit sur la foi de la formation du testament elle-même, parce que, à l'évidence, il a

fait appliquer les sceaux ou signatures de ses témoins, qui sont des formalités qui se réunissent pour la seule formation du testament écrit, mais cependant sans avoir exécuté toutes les formalités : il en a omis quelques-unes, mais de manière, toutefois, à ne pas négliger les formalités du testament nuncupatif. En ce cas, il paraît falloir opérer une distinction. (5) En effet, ou bien le testateur a procédé explicitement à la nuncupation de sa volonté devant témoins, ou bien il n'a pas procédé à la nuncupation, mais sa volonté ayant seulement été exprimée dans un écrit, en présence de sept témoins, il a testé que cela est son testament, en ayant exécuté quelques formalités du testament écrit, mais cependant pas toutes ; alors, dans le premier cas, le testament vaut comme nuncupatif, pourvu qu'il n'apparaisse pas que le testateur ait voulu qu'il soit valable autrement qu'en vertu du droit écrit, selon BART. *in l.fin.in fin.ff.de iure codicill.*, BOER. *Dec.24.n.6.*, CLAR.*d.qu.4.* et MICH.GRASS.:*d.q.10.7.* VASQ.*de succes.ceat.lib.2. §.4.n.12 et 16.* (6) Et cela parce qu'il n'est pas crédible que le testateur ait voulu se lier à une seule espèce de testament, (7) et que l'interprétation de l'acte doit être faite en ce sens qu'un testament ou un acte subsiste, plutôt qu'en ce sens qu'il fait défaut, comme cela a été jugé bon nombre de fois chez nous et dans les tribunaux suprêmes, bien que, en vertu de l'Edit perpétuel des Archiducs de 1611, les testaments nuncupatifs soient interdits chez nous. (8) Mais dans le second cas, bien que cela soit plus douteux, à cause du défaut de nuncupation explicite, les auteurs, d'un commun accord, estiment cependant jusqu'ici que le testament peut valoir en vertu du droit nuncupatif, selon MICH.GRAS.*d.quaest.10.n.8.* Et cela parce que la volonté du testateur, ayant été mise implicitement en relation avec l'écrit, paraît à suffisance avoir été déclarée par nuncupation devant témoins. (9) Mais en raison de la question précédente, dans laquelle il y avait matière à douter, parce que, disent les auteurs, le testateur avait décidé de tester par écrit, en exécutant quelques formalités du testament écrit, mais non pas toutes, et qu'en conséquent, ce testament paraît avoir une validité nulle, puisqu'incomplet, il paraît devoir être dit que selon FABR. §. *Sed cum aliquis. 8. Instit. de testam. ordin.*, celui-ci ne peut valoir comme testament écrit, étant donné que toutes les formalités de celui-ci-même n'ont pas été observées (*l. Si unus 12. C. de test.*), et ne peut pas non plus valoir comme testament nuncupatif, étant donné que le testateur a voulu former ce testament par écrit : la présomption de sa volonté est fondée sur le fait qu'il a commencé à mettre en œuvre les formalités du testament écrit. (10) Cependant, l'opinion contraire est confirmée par la *Novelle 42 de Léon* comme le rapporte HARMENOP. *Lib.5. epit. §. 23*, à savoir qu'un testament, à défaut des formalités qui sont nécessaires à la formation du testament écrit, n'est pas valable en droit : cependant, si jamais les éléments nécessaires au testament nuncupatif concouraient, il sera valide et valable selon le droit

nuncupatif. Et bien que cette Constitution léonine ne paraît pas avoir de force en droit, ni force de loi, celle-ci fait cependant autorité selon l'opinion commune des auteurs, dans le cas où la volonté du testateur a explicitement été déclarée par nuncupation devant témoins, comme cela a été jugé en d'autres affaires par le Grand Conseil de Malines, et approuvé au Parlement de Paris, et cela avant la promulgation de l'Edit perpétuel de 1611, en vertu duquel, par son article 12, il est interdit de former des testaments nuncupatifs. (12) Mais l'autre question, qui se trouve dans la constitution *Constant. leg. I. C. de sacros. eccl.*, celle de savoir si l'observation de toutes les formalités ont été exemptées à ceux qui testent pour une cause pieuse, paraît être assez douteuse, quand BART. CASTR. et alii *in d. I. I* estiment que celle-ci est remise ; et BALD. SALIC. IAS et alii *in cad. I. I* s'opposent à la même opinion, dont l'avis semble aussi plus vrai en vertu du droit civil, parce qu'il n'est pas vraisemblable que Constantin ait voulu renverser avec des paroles générales de ce genre, dans *d. I. I*, toute l'observation [des règles] du testament (*I. Si quando. 35. C. de inoffic. test.*), bien que le même Constantin ait disposé par une loi générale que les jugements des testateurs fussent valables, quelques soient les moyens par lesquels ils ont été exprimés, comme en témoignent EVSEB. *lib. 4. de vit. Constant.* et FORNEL. *lib. I. c. 28.* (13) Mais on voit nettement à partir de *c. Relatum. 12 de testam* que toute cette observation, qui s'étend en droit civil, a été exemptée, en vertu du droit canonique, dans le testament pour une cause pieuse, et que celle constitution de droit canonique est entrée dans l'usage, selon TIRAQ. *de priu. Piae caus. I. CLARC. d. §. Testam. q. 5. 6. et 7.* GRASS. *d. loc. q. 17. 18. et 19.* et GVIL. BENED. *ad c. Raynut. 16. in verb. In eod. testam. n. 133 et seq.* (14) Et c'est pourquoi non pas sept, mais seulement deux témoins sont requis, comme en témoigne TIRAQ. *dans d. tractat. priuil. I.* (15) Il n'est pas non plus requis que les témoins soient interrogés, aussi *priuil. 3*, et la femme peut être témoin dans ce genre de testaments, conformément au même *priuil. 5*, et il en fut ainsi jugé en d'autres causes, tant au Grand Conseil de Malines, qu'au Parlement de Paris. (16) Et l'institution d'héritier n'est pas nécessaire, comme le même auteur, TIRAQ., l'enseigne dans *d. tract. de priuil. 15.*, et D. SA. *verb. Testam. §. 4*, dans la mesure où celle-ci n'est pas nécessaire dans nos testaments, en vertu des coutumes actuelles, comme je l'ai dit *infra*, décision suivante, n°17. (17) Et, ceux qui testent pour une cause pieuse ne sont pas tenus de rien même aux enfants (*titul. instit.*), comme le rapporte le même auteur, TIRAQ., dans *d. tractat. priuil. 15.* (18) Mais les gens de Flandre sont interdits même pour une cause pieuse, de léguer par testament plus que le tiers des biens patrimoniaux et plus que la moitié des biens acquis (parmi lesquels sont contenus les fiefs), comme en témoigne Iac. MARCHANT. *in decr. Fland. tit. de leg.* (19) Mais dans le cas d'un testament nul, si le fidéicommiss est reconnu, CHAROND rapporte dans *lib. 3.*

resp. 47 qu'il faut exécuter ce qui est ordonné par le jugement non pas en vertu du testament, mais, pour ainsi dire, en vertu d'une autre volonté de celui qui laisse ses biens en héritage. (20) Cependant, la volonté tout entière du testateur, ramenée à la disposition du tiers, ne sera pas tout entière valable, s'il dit l'avoir attribuée à quelqu'un même s'il déclare avoir légué son héritage à une cause pieuse ; mais, certes, s'il ne dit pas pour quelle cause il a laissé ses biens en héritage, ou s'il dit suivant quelle modalité il a attribué, il teste cependant solennellement, et il laisse en héritage, d'une manière qui se rapporte au secret de la volonté d'un autre, cette volonté est reçue, comme si elle était établie par le jugement d'un homme de bien (*bonus vir*), comme le veut CHAROND. *d. lib. resp.* 48. (21) Cependant, le même CHAROND. dit qu'aucun lieu du droit n'existe, qui approuve des choses laissées en héritage de ce genre, bien que *c. 13 de test.* s'y rapporte. (22) Certes, il faut que le testateur déclare ouvertement sa volonté, qu'il ne réponde pas simplement par « oui », « peut-être », « non » aux questions du notaire, et l'inconvénient de l'interrogation, ou de la maladie, est de laisser un doute, comme il sera dit plus largement dans la décision suivante. (23) De nombreux auteurs estiment que ces interdictions, par lesquelles il fut interdit pour l'avenir aux Eglises et aux propriétaires de biens de mainmorte d'acquérir des biens immobiliers, et est confiée la tâche de vendre les biens acquis et de s'en défaire, furent décidées non pas par haine des richesses de l'Eglise, mais parce qu'elles se dérobent aux charges par ces dispositions, et aussi à la faveur des gens nobles, et pour exclure le peuple, à moins que cela ne leur soit permis par un privilège du Prince ou par la succession des enfants, comme l'indique D. GRIVEL. *Dolan. decis.* 32. n. 2. et *seq.* (24) Cependant, il a toujours été juste (bien que MOLIN. et quelques autres s'y opposent), d'après l'avis de BART *et al. ad l. I. C. de sacr. eccles.* que le testateur laisse librement en héritage aux Eglises et aux lieux pieux ce qu'il a souhaité, et pourvu que cela n'excède pas le jugement d'un homme de bien (*bonus vir*). (25) Cependant, il n'est pas permis de laisser plus (*d.l. I. C. de sacr. Eccles*) que la limite établie par le droit, et c'est pourquoi il n'est pas permis à un parent, en laissant un héritage à des Eglises ou à des pauvres, de diminuer la légitime de ses fils (*can. 8. Si quis irascitur. 13. qu. 2*). (26) Et quelques-uns sont d'avis que cela doit avoir lieu également pour la dévolution des fiefs en faveur d'une cause pieuse, même sans l'autorisation du droit du seigneur ; c'est ce qu'affirme HOSTIENS., dans *sua sum. titul. de immun. eccl. §. In quant. vers. Sed nec illa contra Iacob et Aluarot* (27) mais cette question est sujette à caution, étant donné surtout l'existence d'une prohibition caroline, à cause de laquelle en Brabant, en Flandre, en Hollande, dans la Province de Malines, et ailleurs dans les Pays-Bas méridionaux, une autorisation spéciale du Prince de tester au sujet des fiefs est au minimum requise. (28) Et par conséquent, si un bien immobilier a été légué, la question est de

savoir si son prix est dû à l'Eglise : et j'ai écrit à ce sujet assez longuement plus haut, dans la *décision 201* ; et le Conseil d'Artois, ensuite aussi d'un consulte du Conseil privé sur la même question, en date du 3 novembre 1590, dans la cause des Pères de la Compagnie de Jésus auxquels le Roi Philippe II a permis d'acquérir de biens immobiliers au moyen d'une somme s'élevant à 3000 florins pour chaque collège, (29) et à 5000 florins pour les Universités, a interprété qu'ils n'avaient pas de haute justice, afin qu'ainsi, par testament ou en vertu d'un autre titre, les acquisitions de biens ayant juridiction soient interdites, et qu'ils ne puissent les garder sous leur possession ; mais non pas dans le sens qu'ils ne pourraient pas accepter les legs qui leur auraient été faits ou les donations, et ensuite les vendre et s'en défaire et utiliser l'argent pour le mobilier ecclésiastique ou pour une autre destination.

Chapitre 3. Le commentaire de la décision CCCIV du volume 1^{er}

Nous reproduirons dans ce chapitre l'identification des références présentes dans la décision, mais nous avons exclu celles qui recoupent notre mémoire – il reste aussi quelques lacunes dans l'identification – (section 1^{re}), puis nous allons reproduire son commentaire philologique (section 2). Nous avons repris également un bref extrait du commentaire juridique qui recoupe en grande partie notre mémoire, extrait qui concerne la justification des raisons pour lesquelles nous pensons que P. CHRISTINAEUS parle dans cette décision du Parlement de Paris (section 3).

Section 1^{re}. Identification des références

(2)

l. Hac consultissima. 21. C. de testam. : référence au *Codex* de Justinien : *Codex*, livre VI, titre XXIII, § 21 (P. KRUEGER, p. 255).

Insitut. de testam. : référence aux *Institutes* de Justinien : *Instit.*, livre 2, titre 10 (P. KRUEGER, p. 19 et 20 ; J. E. SPRUIT, p. 86 à 90).

(5)

VASQ.de succes.ceat.lib.2.§.4.n.12 et 16 : F. VÁZQUEZ, *De successionibus et ultimis voluntatibus*, Francfort, Feyerabend Johann / Feyerabend Sigmund, 1577, p. 133 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://documents.univ-toulouse.fr/150NDG/PPN165439998.pdf>, consulté le 6 avril 2020).

(9)

l. Si unus 12. *C. de test.* : *Codex*, VI, XXIII, 12 (P. KRUEGER, p. 254).

(10)

nouell. Leonis 42. : il s'agit d'une *Novelle* de l'Empereur Léon, la 42^e. Celle-ci a été éditée par M. BÉRENGER³⁸¹.

HARMENOP. *Lib.5. epit.* §. 23. : C. HARMÉNOPOULOS, juriste byzantin du XIV^e siècle, célèbre.

(12)

Constant. leg.I. C. de sacros. eccl. : *Codex*, I, II, 1 (P. KRUEGER, p. 12).

I. Si quando. 35. *C. de inoffic. test.* : *Codex*, III, XXVIII, 35 (P. KRUEGER, p. 135).

EVSEB. *lib. 4. de vit. Constant.* : il s'agit d'une vie de Constantin rédigée par Eusèbe, un auteur grec des III^e et IV^e siècles après Jésus-Christ qui fut évêque de Césarée en Palestine ; nous avons consulté la traduction latine du livre 4 dans l'édition suivante : EUSÈBE, *De Vita Constantini*, libri 4, et *Pangyricus atque Constantini ad sanctorum coetum oratio*, Leipzig, Guilielmus Nauckius, 1830 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=4z0AAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=eusebius+vit+a+constantini&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiA1Yrc_9XoAhVO-qQKHT43DVcQ6AEIeDAI#v=onepage&q=eusebius%20vita%20constantini&f=false, consulté le 7 avril 2020).

(13)

TIRAQ. *de priu. Piae caus.* : un auteur français célèbre en son temps³⁸² : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piae causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

I. CLARC. *d. §. Testam. q. 5. 6. et 7* : G. CLARO, *Receptarum sententiarum opera*, Lyon, Antonius de Harsy, 1600, liber III, § testamentum, quaestio V à VII, p. 5 et 6 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=mPHk6pB25oMC&hl=fr&pg=GBS.PP15>, consulté le 5 février 2020).

³⁸¹ [« Nouvelles Constitutions de l'Empereur Léon... », *op. cit.*], Constitution XLII p. 61 à 63.

³⁸² J.-M., AUGUSTIN, v^o « TIRAQUEAU André ». *Dictionnaire historique des juristes français. XIII^e – XX^e siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 968 et 969.

GRASS.*d.loc.q.17.18.et19* : M. GRASS, *Tractatus de successione tam ex testamento, quam ab intestato, et aliarum*, Venetiis, Damianus Zenarius, 1584, § testamentum, quaestio XVII à XIX, p. 494 à 499 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?hl=fr&lr=&id=OilgAAAcAAJ&oi=fnd&pg=PA14&dq=Tractatus+de+successione+tam+ex+testamento+quam+ab+intestato&ots=kfmH-HHRtH&sig=lcMLoUb0Xt0W2kni_TAPS6gHOog&redir_esc=y#v=onepage&q=Tractatus%20de%20successione%20tam%20ex%20testamento%20quam%20ab%20intestato&f=false, consulté le 6 février 2020).

GVIL.BENED.*ad c.Raynut.16.in verb.In eod.testam.n.133 et seq.* : un auteur ayant rédigé un ouvrage au sujet d'un texte important de droit canonique pour la matière des testaments, la décrétale *Raynutius*³⁸³ : G. BENOÎT, *Repetitio solemnitas in cap. Raynutius de testamentis*, Lyon, Antonius Vincentius, 1544, v° « In eodem testamento reliquens I », p. 222, n°133 et s. (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=5WxFAAAAcAAJ&pg=PA160-IA1&dq=codex+raynutius&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwizs_L8gdToAhXJ66QKHayLC9IQ6AEIKzAA#v=onepage&q=codex%20raynutius&f=false, consulté le 6 avril 2020).

(14)

TIRAQ. *in.d. tractat.priuul.1* : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piae causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560, *Primum Privilegium*, p. 22 et 23 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

(15)

priuul.3. : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piae causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560, *Tertium Privilegium*, p. 26 à 29 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : <https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ>

³⁸³ P. ARABEYRE, v° « BENOÎT (*Benedicti*) Guillaume », *Dictionnaire historique des juristes français. XIIIe – XXe siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 86 à 88.

6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false, consulté le 7 avril 2020).

priuil. 5. : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piaie causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560, *Quintum Priuilegium*, p. 30 et 31 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne :

<https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

(16)

TIRAQ. *in d. tract. de priuil.* 15 : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piaie causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560, *Tertium Privilegium*, p. 26 à 29 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne :

<https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

D. SA. *verb. Testam.* §. 4.

(17)

TIRAQ. *tradit d. tractat. priuil.* 15 : A. TIRAQUEAU, *De privilegiis piaie causae tractatus*, Lyon, Guliel. Rovillius, 1560, *Decimumquintum Privilegium*, p. 47 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne :

<https://books.google.be/books?id=OG1FAAAAcAAJ&printsec=frontcover&dq=tiraqueau+De+Privilegiis+piae+causae&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiok96Jl9boAhXE6qQKHQIGDxcQ6AEIKDAA#v=onepage&q=tiraqueau%20De%20Privilegiis%20piae%20causae&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

(18)

IAC. MARCHANT. *in decr. Fland. tit. de leg.* : J. MARCHANT, *Flandria commentariorum lib. III descripta*, Anvers, Officina Plantiniana, Veuves et Jean Moretus, 1596, livre 1^{er}, titre « De legibus et lingua », p. 22 (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne :

<https://books.google.be/books?id=Lxs6AAAACAAJ&printsec=frontcover&dq=marchantius&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj7257bndboAhWD-aQKHcA1C0MQ6AEIKzAA#v=onepage&q=marchantius&f=false>, consulté le 7 avril 2020).

(19)

CHAROND. *lib. 3. resp. 47* : nous avons retrouvé une trace d'un auteur appelé CHARONDUS de la fin du XVI^e siècle et du début du XVII^e siècle, mais nous ne savons rien de plus. Il semble qu'il s'agisse d'un auteur qui ait écrit des *Responsa*.

(20)

CHAROND. *d. lib. :resp. 48* : cf. *supra*, § 19.

(23)

D. GRIVEL. *Dolan. decis. 32. n. 2. et seq.* : J. GRIVEL, *Decisiones celeberrimi Sequanorum Senatus Dolani*, Cologne, Petrus et Jacobus Chouët, 1631, decis. XXXII, p. 98 à 101, n°2 et s. (édition reproduite sur support numérique et disponible en ligne : https://books.google.be/books?id=LyDj229JysIC&pg=PA386&dq=Decisiones+Celeberrimi+Sequanorum+Senatus+Dolani&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjSk8_3rtboAhWOjKQKHbhDAZYQ6AEIKzAA#v=onepage&q=Decisiones%20Celeberrimi%20Sequanorum%20Senatus%20Dolani&f=false). Auteur français³⁸⁴. Le D. ne fait pas référence au prénom, mais au titre de *Doctor*.

(24)

MOLIN. : il s'agit de Charles DUMOULIN, auteur français du XVI^e siècle à la réputation assez bien diffusée. Nous renvoyons au *Dictionnaire historique des juristes français*³⁸⁵.

ad l. I. C. de sacr. eccles. : *Codex*, I, II, 1 (P. KRUEGER, p. 12).

d. l. I C. de sacr. eccl. : *Codex*, I, II, 1 (P. KRUEGER, p. 12).

can.8. Si quis irascitur. 13. qu.2. : il s'agit ici d'une disposition du *Corpus Juris Canonici* : *Corpus Juris Canonici, Secunda Pars, Decreti*, causa XIII, quest. II, c. 13 (E. FRIEDBERG, p. 723).

(26)

HOSTIENS. *in sua sum. titul. de immun. eccl. §. In quant. vers. Sed nec illa contra Iacob et Aluarot* : il s'agit de H. de SUSE, auteur italien et spécialiste de droit canonique, qui fut cardinal au XVIII^e siècle. Il a rédigé notamment un ouvrage intitulé *Summa super titulis Decretalium*, qui est ici référencé.

(28)

Consilium Arthesiense : juridiction de la région de l'Artois, en France, alors annexée par les Pays-Bas.

³⁸⁴ H. RICHARD, v° « GRIVEL Jean », *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e – XX^e siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 503.

³⁸⁵ J.-L. THIREAU, v° « Du Moulin (Du Molin, Dumoulin, Molinaeus) Charles », *Dictionnaire historique des juristes français. XII^e – XX^e siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.L. HALPERIN et J. KRYNEN, Paris, PUF, 2015, 2^e éd., p. 363 à 366.

Consilii priuati : le Conseil privé, Conseil établi à Bruxelles, en 1531, après une division du Grand Conseil de Malines. Il n'a pas les mêmes fonctions que le Grand Conseil de Malines³⁸⁶. Il rend des consultes, qui sont des avis.

Remarque : pour les besoins du travail de fin de cycle susmentionné, nous avons eu besoin d'identifier une référence au Corpus Juris Canonici qui est ici reprise. Pour cela, nous avons consulté :

Corpus Juris Canonici. Pars Prior. Decretum Magistri Gratiani, établi et commenté par E. FRIEDBERG, 2^e éd. revue par E. L. RICHTER, Leipzig, Officina Bernhardus Tauchnitz, 1879.

Section 2. Commentaire philologique

Dans [cette section], nous traiterons du tour *(non) aliter quam* ([§] 1^{er}), de l'emploi de la conjonction *licet* ([§] 2), de l'opposition modale et temporelle en conditionnelle ([§] 3), de la particule interrogative *an* ([§] 4), de l'adverbe *videlicet* ([§] 5), de l'indéfini *quid* ([§] 6), et enfin, de la notation du –m final ([§] 7).

§ 1^{re}. Le tour (non) aliter quam

Au paragraphe 5 de la présente décision, apparaît la phrase suivante :

« Tunc priore casu valere testamentuum vt nuncupatium, dummodo testatorem non aliter appareat voluisse valere, quam iure scripti. »

Il faut relever que le tour attendu serait *aliter ac* selon la syntaxe habituelle du latin : il s'agit d'une subordonnée circonstancielle comparative marquant l'identité ou la ressemblance. La conjonction *quam* est, quant à elle, réservée à l'expression de la supériorité ou de l'infériorité en introduisant un second terme de comparaison, par exemple demandé par un comparatif. Cependant, A. ERNOUT et F. THOMAS relèvent le fait que le tour *aliter ac* a progressivement vu grandir, en concurrence avec lui, le tour *aliter quam*, si bien que ce dernier était devenu fréquent déjà pendant l'Empire. Ce tour a fait son apparition par une analogie avec le

³⁸⁶ P. F. DE NÉNY, *Mémoires historiques et politiques sur les Pays-Bas autrichiens, et sur la Constitution tant interne qu'externe des Provinces qui les composent*, Amsterdam / Bruxelles, Emmanuel Flon, 1785, p. 72 et 83.

comparatif, et est particulièrement présent lorsque la phrase est négative ou interrogative, la phrase affirmative résistant mieux à cette évolution³⁸⁷.

§ 2. *L'emploi de la conjonction licet*

Comme le remarquent A. ERNOUT et F. THOMAS, la conjonction *licet* est très fréquente chez les juristes et son usage s'intensifie encore en basse époque. Elle en vient même à concourir la conjonction *quamquam / etsi*, au point qu'il est même possible, à partir d'un certain moment, de retrouver la conjonction *licet* accompagnée d'un indicatif, alors qu'elle demande normalement un subjonctif, contrairement à la conjonction *quamquam / etsi*, et sous l'influence de cette dernière³⁸⁸.

L'ensemble de ces considérations – langue juridique, caractère tardif de la langue – nous poussent à penser qu'il ne faut pas, dans le contexte qui nous occupe, attribuer une nuance de sens qui séparerait les deux conjonctions, mais qu'il faut attribuer à *licet* la même valeur sémantique qu'à *quamquam / etsi*. Il convient d'ajouter le fait qu'à travers l'ensemble des *Decisiones*, nous n'avons presque pas rencontré la conjonction *quamquam* – certes, nous avons vu en revanche la conjonction *etsi*, et elle est utilisée d'ailleurs à plusieurs reprises dans l'extrait ci-traduit –, si ce n'est jamais. *Licet* semble avoir complètement remplacé *quamquam*.

A travers la présente décision, nous retrouvons notamment la conjonction *licet* dans cette phrase du paragraphe 7 que voici :

« (7) eaque actus interpretatio potius facienda est, qua sustinetur testamentum actusue, quam qua deficiat, vti saepenumero apud nos et in supremis tribunalibus iudicatum fuit, licet ex edicto perpetuo Archiducum de anno 1611, apud nos testamenta nuncupatiua sint prohibita. »

Et dans cet exemple en particulier, il ne nous semble pas approprié d'accorder une valeur sémantique différente que *quamquam / etsi* à la conjonction *licet*. Si c'était le cas, il faudrait ainsi traduire : « (7) et que l'interprétation de l'acte doit être faite en ce sens qu'un testament ou un acte est porté, plutôt qu'en ce sens qu'il fait défaut, comme il a été jugé bon nombre de fois chez nous et dans nos tribunaux suprêmes, les testaments nuncupatifs ayant beau être interdits en vertu de l'Edit perpétuel de 1611 ».

³⁸⁷ A. ERNOUT et F. THOMAS, [*op. cit.*], § 202, p. 174.

³⁸⁸ A. ERNOUT et F. THOMAS, *ibidem*, § 349, p. 353.

Or cela induirait l'idée selon laquelle les cours et tribunaux, ainsi que P. CHRISTINAEUS, vont à l'encontre dudit Edit, et font de la résistance à celui-ci. Cette interprétation ne semble pas être envisageable au vu de l'ensemble des décisions de l'ouvrage. P. CHRISTINAEUS indique dans d'autres décisions que l'Edit a bien abrogé le testament nuncupatif³⁸⁹. Cela est admis par tous les auteurs³⁹⁰. Qui plus est, l'application *ratione temporis* de l'article 12 de l'Edit perpétuel est bien circonscrite par une interprétation intervenue le 12 janvier 1617³⁹¹, et ne prête donc pas à confusion : celui-ci s'applique seulement aux testaments rédigés après son entrée en vigueur, et non à ceux rédigés avant celle-ci, qui restent valables sans même qu'il n'y ait nécessité de les refaire. Il ne reste donc que deux cas où un testament nuncupatif pourrait être rencontré : le cas du testament rédigé avant l'entrée en vigueur, et le cas où une coutume a dérogé à cette abrogation, ce qui reste possible³⁹². Mais cette dernière possibilité est largement tempérée par l'article 19 du même Edit : celui-ci, qui concerne les règles de preuve des testaments – il faut distinguer en droit les règles de formation, qui s'attachent à la façon dont un acte juridique est créé, des règles de preuve, qui régissent simplement les moyens possibles pour prouver un acte juridique, ainsi que la personne à qui revient cette charge – interdit de prouver un acte autrement que par écrit au-delà de 300 livres arthois, et cet article s'applique aussi aux testaments nuncupatifs. En pratique, cela revient à rendre inutilisable le testament nuncupatif³⁹³.

Etant donné que P. CHRISTINAEUS n'écrit pas le fait que cette solution doit être retenue pour les testaments rédigés avant l'entrée en vigueur de l'Edit, mais non pas pour ceux rédigés après celle-ci, il faut remarquer que cette phrase pourrait s'interpréter soit en ce sens qu'elle marque une résistance de la jurisprudence à l'Edit perpétuel qui serait fort marquée par la conjonction *licet*. Mais pour les raisons que nous venons de donner, il ne nous semble pas envisageable de comprendre dans cette phrase un tel esprit d'opposition. C'est pourquoi il semble plus probable que cette conjonction ait perdu sa nuance de sens par rapport à *quamquam / etsi* et, dès lors, nous maintenons la traduction que nous avons proposée. De cette façon, nous pouvons bien comprendre ce qui, à nos yeux, doit être compris à travers cette phrase : le concours entre un testament écrit et un testament nuncupatif n'est pas envisageable si le testament a été rédigé après l'entrée en vigueur de l'Edit perpétuel, puisque ce dernier a

³⁸⁹ P. CHRISTINAEUS, [op. cit.], vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n°10 et 19.

³⁹⁰ Ph. GODDING, [op. cit.], p. 388.

³⁹¹ G. MARTYN, op. cit., p. 204.

³⁹² P. CHRISTINAEUS, op. cit., vol. 1er, décis. CCLXXXII, p. 354, n°19.

³⁹³ G. MARTYN, op. cit., p. 248 et 249.

abrogé le testament nuncupatif. Et cette interprétation entre en accord avec le paragraphe 11 de cette même décision.

§ 3. *L'opposition modale et temporelle en conditionnelle*

Le paragraphe 10 de la décision contient la phrase suivante :

« Tamen si res, quae ad nuncupatium necessariae sunt, concurrant, iure nuncupatiui firmum et validum erit ».

Cette phrase présente une période conditionnelle qui présente la particularité d'une opposition tant modale que temporelle. La protase comprend en effet le verbe *concurrant*, subjonctif présent. Quant à l'apodose, elle contient le verbe *erit*, indicatif futur simple. Bien que dérogeant à la règle de l'harmonie modale, une telle opposition entre subjonctif présent et indicatif futur n'est pas rare. Comme l'écrivent A. ERNOUT et F. THOMAS, cela permet de « souligner le caractère nécessaire de la conséquence »³⁹⁴.

La même opposition modale et temporelle est présente au paragraphe 20 : « Non tamen tota voluntas testantis in dispositionem tertii relata, valida erit, si dicat se eam alicui indicasse ».

§ 4. *La particule interrogative an*

Le latiniste est plutôt habitué à rencontrer les particules –ne, num ou nonne pour introduire une interrogation directe, à ce point qu'une distinction s'est établie en fonction de si la réponse attendue est positive ou négative. Mais la particule *an* existe aussi, et est employée pour marquer un doute qui peut être particulièrement fort, mais pas spécialement : elle peut marquer une nuance. En ces cas, elle est utilisée indépendamment de son emploi disjonctif, ou de l'interrogation indirecte. Elle demande d'ailleurs un indicatif, et non un subjonctif, comme c'est le cas en plusieurs endroits du texte ici traduit ; elle peut éventuellement s'accompagner d'un subjonctif, mais qui prend en ce cas la valeur d'un subjonctif délibératif, ce qui, notons-le, se combine particulièrement bien vu la nuance de doute de la conjonction *an*³⁹⁵.

§ 5. *L'adverbe videlicet*

Le paragraphe 1^{er} est rédigé comme suit :

³⁹⁴ A. ERNOUT et F. THOMAS, *op. cit.*, § 375, p. 381.

³⁹⁵ A. ERNOUT et F. THOMAS, *ibidem*, § 184, p. 158 et 159.

« Cum testamentorum plura genera recenseat Iustinianus *tit. de testam. ord.* et ex iis duo tantum in usu supersint, reliquis antiquatis, testamentum videlicet scriptum et nuncupatium ».

Les deux conjonctions explicatives habituelles, dont la valeur est causale, sont *enim* et *nam*. Mais d'autres termes existent, au rang desquels est classé l'adverbe *videlicet*. Celui-ci est normalement employé lorsque l'auteur souhaite introduire un effet ironique³⁹⁶.

Cependant, en latin plus tardif, *videlicet* est devenu un adverbe explicatif, avec le sens de « à savoir, c'est-à-dire que », à l'instar de *scilicet* ou *nempe*.

§ 6. L'indéfini *quid*

Le paragraphe 17 comprend la phrase suivante :

« Nec liberis etiam a testantibus in piam causam quid necessario relinquendum est *titul. instis. vti idem TIRAQ. tradit d. tractat. priuil. 15.* »

Il convient de relever le fait que la phrase ne présente pourtant pas les conditions pour que l'indéfini *aliquid* soit abrégé en *quid* : la présence de *num*, *ne*, *si*, *cum*, ou d'un relatif principalement, ainsi que quelques autres³⁹⁷.

§ 7. La notation du *-m* final dans l'édition de 1636

Contrairement à l'édition de Tobias Reinhart de 1734, l'édition de Hieronymus Verdvssius de 1636 a la particularité typographique de remplacer le *-m* final par une marque diacritique au-dessus de la voyelle finale. C'est par exemple le cas pour le mot *Aequum* au paragraphe 24, comme en beaucoup d'autres endroits de l'extrait choisi.

Section 3. Commentaire juridique : la traduction du mot « Senatus »

Au cours du texte ci-traduit, intervient à plusieurs reprises le mot « Senatus ». Celui-ci est difficile à traduire dans les textes juridiques en latin, car il fait en effet référence généralement à une juridiction bien précise. Il convient de déterminer de laquelle, ou desquelles, il s'agit ici.

³⁹⁶ A. ERNOUT et F. THOMAS, *ibidem*, § 432, p. 451.

³⁹⁷ A. CART *et al.*, *Grammaire latine*, Paris, Nathan, 2007, p. 43 ; A. ERNOUT et F. THOMAS, *ibidem*, § 219, p. 193 et 194.

Le paragraphe 11 indique en effet : « vti alias iudicatum fuit in nostro Senatu, et comprobatum in supremo ».

En l'espèce, *in nostro Senatu* correspond sans aucun doute au Grand Conseil de Malines car notre auteur est directement relié à cette institution – cf. *supra*, [partie 1^{re}]. Mais la deuxième partie de la phrase est coordonnée par « et », laissant indiquer qu'il s'agit d'une autre juridiction, et présente le mot *Supremo*. Le Grand Conseil de Malines représente, qui plus est, la juridiction suprême dans les Pays-Bas méridionaux au début du XVII^e siècle : cela ne peut donc se relier à la « Juridiction suprême » puisqu'elle vient d'être mentionnée. Nous pensons donc qu'il faut sous entendre : *in supremo [Senatu]*. Et le « *Supremus Senatus* » fait souvent référence à une juridiction précise du droit français : le Parlement. Sans autres précisions quant au lieu, il s'agit du Parlement de Paris – alors que lorsqu'il mentionne sous ces mots le Grand Conseil de Malines, ce que certes il fait parfois, notre auteur a plutôt tendance à préciser le lieu de Malines. Le fait que ce mot doive être sous-entendu est cohérent avec le paragraphe 15 qui indique explicitement : « ita alias iudicatum fuit, tam in nostro, quam supremo Senatu ». L'auteur a donc sans doute voulu indiquer que ces deux juridictions précises partageaient le même avis.

SECONDE ANNEXE. LEXIQUE DES TERMES LATINS

La présente annexe a été établie dans le cadre de notre travail de fin de cycle pour le Bachelier en langues et lettres anciennes, orientation classiques, sous la promotion et avec l'aide du Professeur L. ISEBAERT. Ce travail fait l'objet d'une cotation séparée. Il a été pensé en vue d'être annexé par extraits à ce mémoire, mais ne prend pas la discipline juridique comme première approche : il s'agit, en priorité, d'un travail philologique, et qui offre un complément à notre mémoire par le biais de l'approche plus limitée d'une autre discipline sur le même objet d'étude. Il tente toutefois de favoriser une approche interdisciplinaire.

Il essaye également de rendre compréhensible notre mémoire pour une personne n'ayant pas étudié le droit.

Ce lexique est constitué des termes juridiques que nous avons rencontrés lors de l'ensemble nos lectures sur le droit des testaments au sein des *Decisiones* de P. CHRISTINAEUS, et pas seulement de la décision ici traduite. Nous avons repris essentiellement les termes qui nous étaient inconnus, sans exclure les termes juridiques fondamentaux : ce recueil n'est donc pas exhaustif, il a d'abord été établi pour notre propre usage, et n'exclut pas pour autant les termes non-juridiques dont le sens s'écarte de l'usage en latin classique. Les traductions sont, dans la mesure du possible, elles aussi des traductions en termes juridiques.

Cependant, la préparation pour sa diffusion au sein de cet écrit a été pensée à l'attention d'un public de philologues, et non pas de juristes. C'est pourquoi il contiendra de courtes explications pour les mots qui pourraient être les plus obscurs à ceux qui n'ont pas l'habitude de la science juridique, même s'ils semblent évidents aux juristes. Si celles-ci y apparaissent, nous avons toutefois simplement renvoyé au Lexique de J-P. DUNAND et P. PICHONNAZ³⁹⁸ ou au dictionnaire juridique de G. CORNU³⁹⁹. Nous ne pourrions en effet mieux définir que ces deux ouvrages.

Par ailleurs, dans la mesure du possible également, nous avons repris des phrases exemplatives au sein de l'ouvrage, que nous avons traduites. Mais tous les mots n'ont pas pu être accompagnés de tels exemples.

Nous n'avons mentionné que le nominatif des noms, et le l'infinitif des verbes, sauf particularité notable.

Il a été établi à l'aide des dictionnaires mentionnés en bibliographie.

³⁹⁸ J-P.DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*

³⁹⁹ G. CORNU, [*op. cit.*]

Actio : action

Cons. J-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 2, v° « Actio (Action) ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Actio non competat », l'action ne s'applique pas.

Ad alterius interrogationem : sur interrogation d'autrui (en particulier du notaire)

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, *incipit* : « An valet heredis institutio facta ad alterius interrogationem », « Question : est-ce qu'une institution d'héritier faite sur interrogation d'autrui est valable ? ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°22 : « Oportet quidem testantem profiteri palam suam voluntatem, non ad interrogationem notarii, ita, vel, non respondere, et dubitationem relinquere molestia rogantis, morbiue, vti sequenti decisione latius dicetur », « Certes, il faut que le testateur déclare ouvertement sa volonté, qu'il ne réponde pas simplement par "oui", "peut-être", "non" aux questions du notaire, et l'inconvénient de l'interrogation, ou de la maladie, est de laisser un doute, comme il sera dit plus largement dans la décision suivante ».

Adhibere : appliquer

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°4 : « Non tamen omnes adhibuit solennitates », « Cependant il n'a pas appliqué toutes les formalités ».

Aditio (hereditatis) : acceptation d'une succession**Advisamentum : consulte**

Avis rendus par le Conseil privé qui était situé à Bruxelles.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°28 et 29 : « Et consilium Arthesiense habito etiam super eadem quaestione aduisamento Consilii priuati [...] interpretatum est », « Et le Conseil d'Artois, ensuite aussi d'un consulte du Conseil privé sur la même question a interprété ».

Adstringere : lier

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°6 : « Idque ratione, quia testator ad vnam speciem testandi non creditur se voluisse adstringere », « Et cela parce qu'il n'est pas crédible que le testateur ait voulu se lier à une seule espèce de testament ».

Aequitas : équité

Cons. J-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 15, v° « Aequitas (équité) » ; *Adde* G. CORNU, p. 412, v° « équité ». L'équité est une notion importante en droit, mais précisément pour indiquer que le juge ne juge pas en équité, mais en droit, sauf exceptions.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCL, n°3 : « Erit ergo in his locus aequitati », « Il y aura donc lieu, en la matière, à faire appel à l'équité ».

Antiquare : rendre caduc ; rejeter ; éventuellement annuler

Terme juridique. La caducité est l'extinction d'une obligation lorsqu'un des éléments constitutifs de celle-ci, pourtant présente au moment de sa formation, vient à faire défaut par la suite ; elle n'est pas admise, à tout le moins de nos jours, pour la disparition de tous les éléments constitutifs, mais seulement, à des degrés différents, pour le défaut de cause ou d'objet et est en ce sens assez restrictive. Par extension, peut se dire d'un élément de la loi qui n'a plus de raison d'être. Cons. G. CORNU, p. 144 et 145, v° « caducité ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°1er : « Et ex iis duo tantum in visu supersint, reliquis antiquatis », « et que de celles-ci, seulement deux sont demeurées en usage, les autres étant caduques ».

Codicillus : codicile

Le codicile est un abrégé de testament, un testament diminué, introduit au début de l'Empire déjà sous Auguste ; il peut être relié à un testament ou non, et il contient les mêmes actes qu'un testament, mais sous des formes très simplifiées⁴⁰⁰. Etant donné que le droit du début du XVIIe siècle n'impose plus, de par ses coutumes, l'institution d'héritier au sein des Pays-Bas méridionaux, la différence entre testament et codicile tend à s'effacer et n'est plus respectée⁴⁰¹.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, n°7 : « Quae opinio passim in hisce regionibus seruatur, quandoquidem moribus non est necessaria institutio, vt sit testamentum, nec idcirco testamenta differunt multum a codicillis », « Et cette opinion est défendue ci et là dans ces régions-ci, puisque l'institution d'héritier n'est pas nécessaire en vertu des coutumes, pour que le testament existe, et c'est pourquoi les testaments ne diffèrent plus beaucoup des codicilles ».

Conditio : condition

J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 35, v° « condicio » : une meilleure définition n'est pas possible à nos yeux. Nous la reprenons donc : « Événement futur et incertain dans sa survenance (*incertus an*), de la réalisation duquel dépend la naissance (condition suspensive) ou l'anéantissement (condition résolutoire) d'un acte juridique »⁴⁰². Contrairement au terme, elle dépend d'un événement incertain, là où le terme dépend d'un événement certain.

⁴⁰⁰ P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 846.

⁴⁰¹ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 382.

⁴⁰² J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 35, v° « Conditio (condition) ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, tit. XXV, *incipit* : « De institutionibus et substitutionibus et restorationibus sub condicione factis », « Sur les institutions et les substitutions et les renouvellements [d'héritiers] ayant été faites sous condition ».

« Sub condicione factus » : fait sous condition.

Conferri in / ad secretum alienae voluntatis : se rapporter au secret de la volonté d'un autre

Cette expression est utilisée dans le cadre des conditions captatoires. La condition captatoire est une condition qui dépend d'éléments constituant une volonté secrète d'un autre. Elle remonte à PAPINIEN cité par le *Digeste* : *Dig.*, 28, 5, 71 (T. MOMMSEN, p. 386 ; D. GAURIER, p. 1075).

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°20 : « modo collato in secretum alienae voluntatis », « D'une manière qui se rapporte au secret de la volonté d'un autre ».

Confugere : avoir recours à ; se réfugier dans

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1 : « Cum qui vellet suo spurio aliquid relinquere, quod tamen non legati nomine non posset, confugiebat in ad dolum, et fideicommittebat alicui », « Lorsque celui qui voulait laisser quelque chose en héritage à son fils naturel quelque chose qu'il ne pouvait cependant pas appeler du nom de legs, avait recours au dol, et donnait en fidéicommiss à quelqu'un d'autre ».

Coniectura : présomption

Une présomption est la preuve d'un fait ou d'un acte inconnu effectuée par la preuve d'un autre fait ou acte connu duquel il est logiquement et vraisemblablement possible d'établir l'existence du premier ; elle peut être légale, lorsqu'elle est prévue par la loi ; ou « de l'homme » lorsqu'elle ne l'est pas et est en ce cas soumise à la prudence ; elle peut être irréfutable lorsqu'il est interdit de tenter de la renverser par une preuve

contraire, ou non-irréfragable – ou simple – lorsqu’il est permis de tenter de la renverser par une preuve contraire. Cons. G. CORNU, p. 797, v° « Présomption ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°9 : « Nec etiam vt nuncupatium, cum testator voluit condere testamentum in scriptis, cuius voluntatis coniectura ex eo est, quod scripti testamenti solennitates coepit », « Et ne peut pas non plus valoir comme testament nuncupatif, étant donné que le testateur a voulu former ce testament par écrit : la présomption de sa volonté est fondée sur le fait qu’il a commencé à mettre en œuvre les formalités du testament écrit ».

Consuetudo : coutume

La coutume comporte deux éléments : un élément objectif, un acte répété dans le temps, et un élément subjectif, la conscience de ce que cet acte est obligatoire en droit. Si ces deux éléments sont réunis, la coutume devient juridiquement contraignante au même titre qu’une loi. Dans le contexte qui nous occupe, celles-ci ont dû être rédigées, mais la source n’en est pas modifiée pour autant : la spontanéité du sujet de droit. La coutume se distingue de l’usage par l’absence de l’élément subjectif dans un usage ; cette distinction est cependant mal établie et controversée : cons. G. CORNU, p. 284, v° « Coutume », et p. 1055 et 1056, v° « Usage ». Source principale du droit au Moyen Âge, à côté du droit savant, sa rédaction l’a menée vers sa perte au profit de la loi. Aujourd’hui, elle est une source tout à fait marginale, sauf en certaines matières comme le droit international public.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, *incipit* : « Testamentum factum secundum dispositionem Iuris Romani, vel consuetudinem loci vbi fit, vtrum locum habeat ubique », « Question : est-ce que le testament fait selon les dispositions du droit romain, ou bien selon la coutume du lieu où il est fait, a lieu partout ? ».

Coram parocho

Voy. *infra*, v° « Parochus »

Creditor, -oris : créancier

Damnum, -i : dommage, tort, préjudice

De cuius : défunt

Deducere : *notamment*, dériver

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Erit ergo in his locus aequitati, ex qua Iurisconsulti actionem praescriptis verbis deduxerunt in iis negotiis, in quibus re integra iuris actio non competeret », « Il y aura donc lieu, en la matière, à faire appel à l'équité, à partir de laquelle les Jurisconsultes ont déduit dans les termes prescrits l'action dans les affaires où une action entière de droit ne s'appliquerait pas intégralement ».

Ditescere : s'enrichir

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Et ex iactura mea ditescere », « et s'enrichir de mon dommage ».

Dolus : dol, *éventuellement* ruse

Le dol est un terme polysémique ; en droit privé, s'entend notamment du comportement frauduleux, malicieux, qui pousse un cocontractant à contracter en viciant son consentement (*dolus malus*) : cons. J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 50, v° « Dolus (malus) » ; G. CORNU, p. 365, v° « Dol ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1 : « Cum qui vellet suo spurio aliquid relinquere, quod tamen non legati nomine non posset, confugiebat in ad dolum, et fideicommittebat alicui », « Lorsque celui qui voulait laisser quelque chose en

héritage à son fils naturel quelque chose qu'il ne pouvait cependant pas appeler du nom de legs, avait recours au dol, et donnait en fidéicommis à quelqu'un d'autre ».

Dominium : propriété

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°4 : « Vetans dominium rerum illic sitarum transferri in alium », « Interdisant de transférer à autrui la propriété de choses situées là-bas ».

Dominium transferre in alium : transférer la propriété à quelqu'un d'autre.

Donatio : donation

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LXXXII, *summarium* 2 : « Donatio non potest fieri absenti », « La donation ne peut être faite entre absents ».

Electa una via : Choisir une seule voie

Adage bien connu des juristes.

Emptor : acheteur

L'expression *emptor familiae* : l'acheteur de famille. A l'origine, le testament se faisait *per aes et libram*.

Exceptio : exception, par opposition à l'*actio*

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Sed si domum fundumve quis emerit meum sine scripto, vel conduxerit et possessionem inierit, et agentem me pro pretio vel mercede repellere voluerit ea exceptione », « Mais si quelqu'un m'achète ma maison ou mon fonds sans écrit, ou le loue, et entre en possession, et

veut me repousser par cette exception, moi qui agis en justice, pour la valeur ou le prix ».

Falcidia : la Falcidie

Voy. *infra*, v^o « Pars falcidia »

Feudum : fief

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarium* 26 : « In fauorem piaae causae feuda an relinqui possunt, sine consensu Principis », « Question : les fiefs peuvent-ils être légués en faveur d'une cause pieuse, sans l'accord du Prince ? ».

Fideicommissarius : confié par le fidéicommis

Fideicommissum (m.) : fidéicommis

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n^o 1^{er} : « vti [...] dicatur sublatum esse differentiam legatorum et fideicommissorum, et tamen in nonnullis differant, sciendum est, cum in iure dicitur, legata et fideicommissa esse exaequata per omnia, id intelligendum esse quoad effectum et vtilitatem eorum, quibus est legatum vel fideicommissum relictum », « de sorte qu'on dit que la différence entre les legs et les fidéicommis a été supprimée, et cependant, qu'ils diffèrent en quelques éléments, il faut savoir, lorsqu'on dit en droit que les legs et les fidéicommis sont rendus égaux en toutes choses, que cela s'étend à l'effet et à l'utilité de ceux auxquels le legs ou le fidéicommis a été laissé ».

Fideicommittere : grever d'un fidéicommis

Fidejussor, -oria : fidéjusseur *ou* caution

Fidejubere : se porter caution

Fides : foi, confiance

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1^{er}: « Unde constat fideicommissorum appellationem esse ortam a fide, eo quod in alicuius fidem, de quo bene speramus, collocamus ultimae nostrae voluntatis intentionem », « D'où il ressort que l'appellation de fidéicommis est née de la foi (*fides*), pour cette raison que nous plaçons l'intention de notre dernière volonté dans la foi de quelqu'un, sur qui nous fondons notre espoir ».

Les expressions : *bona fides*, la bonne foi ; *mala fides*, la mauvaise foi.

Filius : fils

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, *incipit*: « An institutio filiorum extenditur ad filios quos se habere ignorabat », « Question : l'institution des fils s'étend-elle aux fils qu'il ignorait avoir ? ».

Fiscus, -i : trésor public

Forensis (substantivé) : étranger

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°5 « Statutum hoc Mechliniense manifeste ad personam refertur, [...] -que ad forenses extendi non potest », « Ce statut de Malines se réfère manifestement à la personne, et ne peut être étendu aux étrangers ».

Fraus : fraude

La fraude est un degré supérieur par rapport au dol.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, n°5 : « Et ita suadet omnibus consulendum, vt fraudibus occurratur », « Et il conseille ainsi de vérifier en toutes choses qu'il n'y ait pas de fraudes ».

Cf. L'adage « Fraus omnia corrumpit » : « La fraude corrompt tout ».

Furiosus : dément, qui n'est pas sain d'esprit

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. IV, n°2 : « Prohibentur stulti testari, vti etiam furiosi », « Il est interdit au fou, comme aussi au dément, de tester ».

Heres : héritier

Éventuellement le légataire, si le contexte n'impose pas une distinction, comme c'est le cas dans l'analyse de la *Lex Falcidia*

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarius* 16 : « Neque institutio heredis in eo necessaria est, prout nec in aliis testamentis ea necessaria est hodiernis moribus », « Et l'institution d'héritier n'est pas nécessaire dans cette forme de testament, dans la mesure où celle-ci n'est pas nécessaire dans les autres testaments en vertu des coutumes actuelles ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, *incipit* : « An valet heredis institutio facta ad alterius interrogationem », « Question : l'institution d'héritiers vaut-elle si elle est faite sur interrogation d'autrui ? ».

Heres extraneus : héritier extérieur

Comme l'explique GAIUS, le droit romain connaît une distinction entre les héritiers nécessaires (*heres necessarius*), les héritiers internes nécessaires (*heres sui et*

necessarius), et les héritiers externes (*heres extraneus*)⁴⁰³. L'héritier nécessaire est celui qui était esclave, mais à qui il est conféré la liberté – ce qui devait être explicite en ancien droit –, à partir du moment où le testament sera exécuté, par le fait de l'instituer héritier. Les héritiers nécessaires et internes, quant à eux, sont la fille, le fils, la petite-fille, et le petit-fils du défunt, ainsi que tous ceux ayant été sous sa puissance. Les héritiers externes sont, enfin, tous les autres, c'est-à-dire, ceux qui n'ont pas été sous la puissance ou dans le patrimoine du *de cuius*.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 5, décis. CXLIX, n°41 : « Et licet paganus extraneo, vel filio puberi heredi instituto, substituere ita directo non possit, si heres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres », « Et bien que le droit civil ne permette ainsi pas de substituer ainsi en droite ligne, à un héritier externe, ou à un fils pubère institué héritier, si un héritier se manifeste, et dans un temps quelconque, décédait : celui-ci est un héritier du second ».

Heres necessarius : héritier nécessaire

Cf. *supra*, v° « Heres extraneus »

Heres sui et necessarius : héritier interne et nécessaire

Cf. *supra*, v° « Heres extraneus »

Iactura : dommage, perte

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Et ex iactura mea ditescere », « et s'enrichir de mon dommage ».

⁴⁰³ GAIUS, *op. cit.*, p. 65 et s., n°152 et s.

Indultus, -us : permission, concession (terme rare)

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarium* 27 : « Haec quaestio non caret scrupulo, stante prohibitione Carolina, non obtento indultu », « Cette question est sujette à caution, étant donné l'existence d'une interdiction carolingienne, en l'absence d'une autorisation spéciale ».

In universale : la communauté universelle de biens

Désigne bien la communauté universelle de biens, et non pas la communauté réduite aux acquêts.

Inofficium testamentum : le testament inofficieux (qui lèse les proches)

Institutio heredis : institution d'héritier

Obligatoire et fondamentale en droit romain, à défaut de laquelle le testament est nul, celle-ci a perdu ce caractère dans nos régions, ce qui a pour conséquence que le testament n'y diffère plus vraiment du codicille.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCXLVII, n°7 : « Quae opinio passim in hisce regionibus servatur, quandoquidem moribus non est necessaria institutio, vt sit testamentum, nec idcirco testamenta differunt multum a codicillis », « Et cette opinion est défendue ci et là dans nos régions, puisque l'institution d'héritier n'est pas nécessaire en vertu des coutumes, pour que le testament existe, et c'est pourquoi les testaments ne diffèrent plus beaucoup des codicilles ».

Adde supra, v° « Heres ».

Instrumentum : l'acte en tant que contenant, que document écrit

J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 79, v° « Instrumentum (instrument) ». Cette notion est fondamentale dans le cadre du droit de la preuve et se distingue du

negotium. L'absence d'*instrumentum* correspondant aux règles requises en la matière n'entraîne pas la nullité du *negotium*, mais seulement l'impossibilité de le prouver. Certains appellent cette sanction une « nullité formelle » : elle concerne l'acte en tant que document écrit, au sens formel du terme.

Inventarium : inventaire

Ius accrescendi : droit d'accroissance

Dans le cadre des droits des successions, principe qui détermine à qui revient la part d'un héritier qui refuse la succession. Cons. J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 86, v° « Ius adcrecendi (droit d'accroissance) ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°54 : « ex consuetudine quis partim testatus partim intestatus decedere potest, ergo ius accrescendi non habet amplius locum », « En vertu de la coutume, n'importe qui peut décéder en partie testat, et en partie intestat, donc le droit d'accroissance n'a plus lieu d'être ».

Iusiurandum, (gén.) iurisiurandi : serment

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1^{er} : « ut [...] id affirmassent iureiurando se facturos », « qu'ils ont affirmé par serment qu'ils le feraient ».

Ius paganum

Voy. *infra*, v° « Paganus ».

Ius personale : droit personnel

La distinction entre droits réels et droits personnels est une *summa diuisio* en droit civil. Les premiers concernent les choses ; les seconds, les personnes. Cons. G. CORNU, p.761 et 762, v° « Personnel », et p. 872 et 873, v° « Réel, elle ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°7 : « Solennitates testamenti ad iura personalia non pertinent », « Les solennités du testament ne relèvent pas des droits personnels ».

Ius reale : droit réel

Voy. *supra*, v° « Ius personale ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°7 : « Iura realia non porrigunt effectum extra territorium », « Les droits réels ne sortent pas d'effets en dehors du territoire ».

Iuxta : conformément à

Cf. *infra*, v° « Secundum »

Legare : léguer

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1^{er} : « Dicendo : *tibi Titio lego centum, vel, instituo te heredem*, quia videlicet erat capax : *sed te rogo clanculum, ut, me mortuo, restituas spurio meo* », « En disant : *A toi Titus, je lègue cent, ou bien, je t'institue héritier*, parce qu'il était apparemment capable : *mais je te demande en cachette de les remettre à mon fils naturel, une fois que je serai mort* ».

Legatarius : le légataire (≠ l'héritier)

Legatum : legs

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1^{er} : « vti [...] dicatur sublatum esse differentiam legatorum et fideicommissorum, et tamen in nonnullis differant, sciendum est, cum in iure dicitur, legata et fideicommissa esse exaequata per omnia, id intelligendum esse quoad effectum et vtilitatem eorum, quibus est legatum vel fideicommissum relictum », « de sorte qu'on dit que la différence entre les legs et les fidéicommiss a été supprimée, et cependant, qu'ils diffèrent en quelques éléments, il faut savoir, lorsqu'on dit en droit que les legs et les fidéicommiss sont rendus égaux en toutes choses, que cela s'étend à l'effet et à l'utilité de ceux-ci, avec lesquels le legs ou le fidéicommiss a été laissé ».

Legitima : légitime

La légitime est une institution du droit des successions qui empêche aux testateurs de léser certains de leurs héritiers, parmi les plus proches, au moyen d'un testament, en leur garantissant une part minimale. Cette institution existait déjà en droit romain⁴⁰⁴. Et relevons-le, la légitime constitue à l'époque « l'emprunt le plus manifeste au droit romain »⁴⁰⁵. *Adde* C. DUCANGE, v° « Legitima »

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarium* 25 : « Non tamen licet parenti, relinquendo ecclesiis vel pauperibus, minuere legitimam liberorum », « Il n'est cependant pas permis aux parents, quand ils lèguent aux Eglises ou aux pauvres, de diminuer la légitime de leurs enfants ».

Lex posterior anteriori derogat : La loi postérieure déroge à la loi antérieure

Adage, bien connu des jursites, qui indique ce qu'il dit de façon suffisamment explicite.

⁴⁰⁴ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 396.

⁴⁰⁵ Ph. GODDING, *ibidem*, p. 396 et 397.

Lex specialis generalibus derogat : La loi spéciale déroge aux lois générales

Adage, bien connu des jursites, qui indique ce qu'il dit de façon suffisamment explicite.

Liberi : enfants (par rapport aux parents)

Voy. *infra*, v° « Testamentum inter liberos ».

Ligare : lier

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°3 : « Non enim statuta extra territorium ligant », « En effet, les statuts ne lient pas en dehors du territoire ».

Locus regit actum

Formule consacrée se traduisant par « Le lieu régit l'acte » pour désigner le fait qu'un acte est soumis à la loi de l'endroit où il est passé. Cons. G. CORNU, p. 624, v° « Locus regit actum ».

Mancipatio : mancipation

Terme propre au droit romain, la mancipation est un mode d'acquisition de la propriété au moyen d'une procédure destinée à accomplir les ventes de certaines choses, considérées comme les plus importantes – dites *res Mancipi*. Elle se fait *per aes et libram*. Plusieurs autres actions juridiques empruntent sa forme. Elle est connue pour son formalisme extrême. Pour une définition juridiquement plus complète, cons. J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 109 et 110, v° « Mancipatio », et p. 156, v° « Res Mancipi ».

Manus : *litt.* la main, plutôt utilisée dans un usage symbolique du pouvoir et de la puissance

J.-P. DUNAND et P. CHRISTINAEUS, p. 111, v° « Manus ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°23 : « Et mandatur acquisita distrahere et manus suas illis euacuare », « Et est confiée la tâche de vendre les biens acquis et de s'en défaire ».

Nombreuses institutions de droit romain empruntant ce mot : mariage *cum manu*, mariage *sine manu* ; la *traditio breui manu*, ou la *traditio longa manu*.

Mos : coutume

Cf. *supra*, v° « Consuetudo »

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarius* 16 « Neque institutio heredis in eo necessaria est, prout nec in aliis testamentis ea necessaria est hodiernis moribus », « Et l'institution d'héritier n'est pas nécessaire dans cette forme de testament, dans la mesure où celle-ci n'est pas nécessaire dans les autres testaments en vertu des coutumes actuelles ».

Natus : fils

Negotium : négoce, affaire ; l'acte dans le sens matériel du terme : ce qui est contenu dans l'instrument

Cf. *supra*, v° « Instrumentum »

Nouerca : belle-mère

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°30 : « Vnde illud etiam ratione cuiusdam Edicti, statutum videtur tam quoad vitricum quam nouercam », « De là, ce

statut, aussi en raison de l'Edit perpétuel, paraît s'étendre tant au beau-père qu'à la belle-mère ».

Nullitas : nullité

La nullité est la sanction qui intervient lorsqu'un des éléments constitutifs de l'acte faisait défaut au moment où il a été formé – contrairement à la caducité qui intervient si l'élément venait à faire défaut par la suite, cf. *supra* –, que cet élément concerne le fond de l'acte – un des éléments constitutifs que sont consentement, capacité, objet, cause – ou la forme de l'acte – une formalité prévue par la loi à peine de nullité – ; elle procède avec effets rétroactifs et doit être prévue par la loi. L'acte nul doit néanmoins être annulé : si ce n'est pas le cas, la nullité reste virtuelle. Cons. G. CORNU, p. 67 et 68, v° « Annulation », et p. 696, v° « Nullité ».

Un exemple au sein de l'ouvrage d'A. ANSELMO⁴⁰⁶, art. XIV, *summarium* 4 : « In testamento debent solemnitates observari ordine praescripto, et non turbato, seu praeposterato, sub poena nullitatis », « Dans un testament, les formalités doivent être observées dans l'ordre prescrit, et non dans le désordre, ou si bouleversés, sous peine de nullité ».

Nuncupare : déclarer solennellement au moyen d'une nuncupation

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°5 : « Nam aut testator explicite voluntatem suam testibus nuncupavit, aut non nuncupavit, sed scripto tantum comprehensam vocatis septem testibus, suum id esse testamentum, testatus est, adhibitis aliquibus solennitatibus testamenti scripti, non tamen omnibus », « En effet, ou bien le testateur a procédé explicitement à la nuncupation de sa volonté devant témoins, ou bien il n'a pas procédé à la nuncupation, mais sa volonté ayant seulement été exprimée dans un écrit, en présence de sept témoins, il a testé que cela est son testament, en ayant exécuté quelques formalités du testament écrit, mais cependant pas toutes ».

⁴⁰⁶ A. ANSELMO, *Commentaria ad perpetuum Edictum*, Anvers, Henricus et Cornelius Verdussen, 1701, p. 53.

Nuncupatio : nuncupation

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarius* 8 « Deficiente explicita nuncupatione, quando valet iure nuncupatiui », « Si une nuncupation explicite fait défaut, quand vaut-il en vertu du droit nuncupatif ? ».

Obsignatio : action de sceller

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°4 : « Quia videlicet vel testium subscriptiones vel obsignationes adhibuit, quae solennitates sunt soli testamento in scriptis ordinando conuenientes », « parce que, à l'évidence, il a fait appliquer les sceaux ou signatures de ses témoins, qui sont des formalités qui se réunissent pour la seule formation du testament écrit, mais cependant sans avoir exécuté toutes les formalités ».

Ordinare : former

La formation est un terme juridique précis qui correspond au moment où une obligation – ou un contrat – naît par la réunion de toutes les conditions nécessaires. Plus approprié que le terme d'*établissement* qui s'utilise seulement en lien avec la création d'un *instrumentum*, l'acte au sens formel : G. CORNU, p. 475, v° « Formation », et p. 418 et 419, v° « Etablissement ».

Pour un exemple, voy. *supra*, v° « Obsignato ». Les formalités sont ici requises pour la formation du testament elle-même : sans écrit signé par le nombre requis de témoins, le testament n'existe pas ; c'est en ce sens un acte solennel car il requiert une formalité et n'applique pas la règle de la formation *solo consensu*. Pour l'*instrumentum*, comme le précise G. MARTYN, le testament nuncupatif est soumis aux mêmes règles de preuve que le testament écrit par l'article 19 de l'Edit perpétuel⁴⁰⁷. De là, nous sommes certains que c'est ici de la formation du testament, du point de vue de l'acte matériel, dont parle dans cet extrait P. CHRISTINAEUS, et qu'il faut donc traduire par *ordinare* par former.

⁴⁰⁷ G. MARTYN, *op. cit.*, p. 248 et 249.

Ordinatio : ordonnance, disposition

Paganus : civil (opposé à militaire)

Ius paganum : le droit civil, opposé à ius militare, le droit militaire

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, decis. III, n°2 : « Miles enim pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest, ex priuilegio, quod paganis denegatur », « Le militaire peut en effet décéder en partie testat et en partie intestat, grâce à son privilège, que le droit civil dénie ».

Parochus, -i : curé, prêtre de paroisse

Coram parocho : devant un curé

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°1^{er} : « ut testamenta valeant duobus tantum testibus adhibitis, dum coram parocho », « à savoir que les testaments faits en présence de deux témoins seulement sont valables, pour peu qu'ils soient passés devant le curé ».

Pars falcidia : la quarte falcidienne

La quarte falcidienne est la part minimale – un quart – que l'héritier institué peut se réserver sur l'héritage par rapport aux legs particuliers qu'il a à subir, si ceux-ci étaient supérieurs aux trois quarts de l'actif. Originaire du droit romain – *Lex Falcidia*⁴⁰⁸ –, elle s'applique au sein de nos régions. Cons. C. DU CANGE, v° « Falcidia ».

Pars trebellianica : la quarte trebellianique ou trebellienne

La quarte trebellianique, ou trebellienne, la part minimale – un quart – que l'héritier institué peut se réserver par rapport au fidéicomis duquel il est grevé. Issue du droit

⁴⁰⁸ J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 100, v° « Lex Falcidia »

romain – *Lex trebellianica* –, elle est applicable en nos régions, à l’instar de la Falcidie⁴⁰⁹. Cons. C. DU CANGE, v° « Trebellianica ».

Per aes et libram : par le bronze et la balance

Cette formule est utilisée pour désigner ou catégoriser certains actes du droit romain qui nécessitaient, à l’origine, d’être effectués au moyen d’une procédure utilisant du bronze et une balance. Par la suite, l’usage de ces éléments est devenu symbolique. Ces actes sont, en général, parmi les plus importants, et l’exemple le plus connu est la mancipation qui s’opère *per aes et libram*. Ils sont célèbres pour leur formalisme extrême. Cons. J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 135, v° « Per aes et libram ».

Pertinere ad : relever de

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°7 : « solennitates testamenti ad iura personalia non pertinent », « Les formalités du testament ne relèvent pas des droits personnels ».

Pius : pieux

Voy. *infra*, v° « Testamentum ad pias causas ».

Puber : pubère

En droit romain, la puberté était le critère de capacité et se fondait sur la nubilité : si l’enfant était nubile, il était capable. Ce n’était pas alors la majorité. Au début du droit romain, cela était vérifié au cas par cas... Mais le droit classique a fixé l’âge de la puberté à 12 ans pour les filles, 14 ans pour les garçons. Cons. J.-P. DUNAND et P. PICHONNAZ, p. 146, v° « Pubertas ».

⁴⁰⁹ Ph. GODDING, *op. cit.*, p. 397.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 5, decis. CXLIX, n°41 : « Et licet paganus extraneo, vel filio puberi heredi instituto, substituere ita directo non possit, si heres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres », « Et bien que le droit civil ne permette ainsi pas de substituer ainsi en droite ligne, à un héritier externe, ou à un fils pubère institué héritier, si un héritier se manifestait, et dans un certain délai, décédait : celui-ci est un héritier du second ».

Pubertas : la puberté

Cf. *supra*, v° « puber ».

Porrigere (effectum) ad : étendre ses effets à

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCLXXXII, n°7 : « Iura realia non porrigunt effectum extra territorium », « Les droits réels ne sortent pas d'effets en dehors du territoire ».

Possessionem inire : entrer en possession

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCLI, n°3 : « Sed si domum fundumve quis emerit meum sine scripto, vel conduxerit et possessionem inierit », « Mais si quelqu'un m'achète ma maison ou mon fonds sans écrit, ou le loue, et entre en possession ».

Praesidium : garnison militaire

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCLI, n°13 : « Sexto quaestionis loco propositum fuit, an praedicti articuli edicti locum habent in testamentis militum, confectis tempore, quo praesidii nomine inclusi sunt in locis ubi praefatum edictum fuit publicatum. Cui propositioni responsum fuit, quod praefatus articulus 12 debet habere locum in testamentis militum confectis tempore eorumdem praesidii », « En sixième lieu, la question fut posée de savoir si les articles précités de l'Edit ont lieu

dans les testaments militaires, faits du temps où ils sont enfermés à titre de garnison en des endroits où l'Edit précité fut publié. Et la réponse à cette question a été que l'article 12 précité doit avoir lieu dans les testaments militaires faits du temps de la garnison des mêmes ».

Pretium : prix

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarius* 28 : « Re immobili legata, an eius pretium debetur ecclesiae piisque locis », « Question : si un bien immobilier est légué, son prix est-il dû à l'Eglise et à des lieux pieux ? »

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCL, n°3 : « Sed si domum fundumve quis emerit meum sine scripto, vel conduxerit et possessionem inierit, et agentem me pro pretio vel mercede repellere voluerit ea exceptione », « Mais si quelqu'un m'achète ma maison ou mon fonds sans écrit, ou le loue, et entre en possession, et veut me repousser par cette exception, moi qui agis en justice, pour la valeur ou le prix ».

Privignus, -i : beau fils ou fils d'un premier lit

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°29 : « Antuerpiensibus vitricus a successione priuigni excludatur », « A Anvers, le beau-père est exclu de la succession de son beau-fils ».

Privilegium : loi spéciale ou privilège

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XI, n°3 : « Sed hoc iure peregrini non possunt institui, nec deportari vti dictum fuit, [...] nec serui, quorum domini institui non possunt, [...] nec collegia prohibita, [...] nisi ex priuilegio », « Mais en vertu de ce droit, les pérégrins ne peuvent être institués héritiers, ni les déportés comme il a été dit, ni les esclaves, dont les maîtres ne peuvent être institués héritiers, ni les associations interdites, sauf en vertu d'une loi spéciale ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, decis. III, n°2 : « Miles enim pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest, ex priuilegio, quod paganis denegatur », « Le militaire peut en effet décéder en partie testat et en partie intestat, grâce à son privilège, que le droit civil dénie ».

Probare : prouver ; éprouver ; appuyer

Il est important de signaler ces trois sens dans un contexte d'Histoire du droit. En effet, la signification de « éprouver » peut acquérir une utilité particulière dans le contexte du Haut Moyen Âge.

Probatio : preuve ; épreuve ; appui

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCLI, n°17 : « Et quia articulus 19 praefati edicti cauetur, ne probationes per testes fiant, non tantum in contractibus excendentibus trecentos florenos, sed etiam in testamentis », « Et parce que l'article 19 de l'Edit précité interdit que les preuves ne soient rapportées par témoins, non seulement dans les contrats excédant 300 florins, mais aussi dans les testaments ».

Prodere : léguer ; transmettre ; trahir ; proclamer, publier ; révéler

Profiteri : déclarer

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°22 : « Oportet quidem testantem profiteri palam suam voluntatem, non ad interrogationem notarii, ita, vel, non respondere », « Certes, il faut que le testateur déclare ouvertement sa volonté, qu'il ne réponde pas simplement par "oui", "peut-être", "non" aux questions du notaire ».

Ratio legis : la raison de la loi

Expression juridique conservée en langue latine, d'usage fréquent, et qui fait référence au but de la loi qu'il faut prendre en compte dans l'analyse et la compréhension d'une loi.

Repellere exceptione : repousser par une exception

Voy. *supra*, v^o « Exceptio ».

Sancire : disposer (par une loi)

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°13 : « Etsi idem Constant. generali lege sanxerit », « bien que le même Constantin ait disposé par une loi générale ».

Secundum : conformément à

Préposition, avec un sens dérivé de « suivant, après, derrière ».

Synonyme de *iuxta* en latin tardif.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°1^{er} : « Dummodo persona testatoris sit habilis ad testandum, etiam secundum statutum loci, vbi bona sita sunt », « Pourvu que la personne du testateur soit capable de tester, aussi conformément au statut du lieu où les biens sont situés ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°2 : « secundum dispositionem iuris Romani », « conformément aux dispositions du droit romain ».

Soluere : payer

Le terme de « payer » a un droit un sens technique et est le mode normal d'extinction d'une obligation, par son exécution, quel que soit cette obligation et quand bien même

il ne s'agirait pas de remettre de l'argent, comme dans son sens commun. Cons. G. CORNU, p. 730, v° « Paiement ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *summarius* 19 : « Ex testamento nullo, si agnoscitur fideicommissum, solui debebit », « Ensuite d'un testament nul, si un fidéicommiss est admis, le payement doit se faire ».

Spurius : fils naturel

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XL, n°1^{er} : « Dicendo : *tibi Titio lego centum, vel, instituo te heredem*, quia videlicet erat capax : *sed te rogo clanculum, ut, me mortuo, restituas spurio meo* », « En disant : *A toi Titus, je lègue cent, ou bien, je t'institue héritier*, parce qu'il était apparemment capable : *mais je te demande en cachette de les remettre à mon fils naturel, une fois que je serai mort* ».

Statutum : statut

Notions importantes dans le cadre de la théorie des statuts.

Statutum in personam : statut personnel

Statutum in rem : statut réel

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°5 : « statutum hoc Mechliniense manifeste ad personam refertur », « Ce statut de Malines se réfère manifestement à la personne ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°23 (et *passim*) : « Statuta loci, vbi testamentum factum est », « Les statuts du lieu où le testament est fait ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCLXXXII, n°1^{er} (et *passim*) : « Dummodo persona testatoris sit habilis ad testandum, etiam secundum statutum loci, vbi bona sita sunt », « Pourvu que la personne du testateur soit capable de tester, aussi conformément au statut du lieu où les biens sont situés ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°17 : « Dubitari potest, an id in vniuersum verum sit, praesertim si in personam, non in rem concepta sint », « On peut douter de savoir si cela est vrai en général, surtout s'ils sont formés quant à la pesonne (*in personam*), et non quant à la chose (*in rem*) ».

Subscribere : signer

Subscriptio : *ici*, signature

Synonyme pour Signatura.

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°4: « quia videlicet vel testium subscriptiones vel obsignationes adhibuit, quae solennitates sunt soli testamento in scriptis ordinando conuenientes », « parce que, à l'évidence, il a fait appliquer les sceaux ou signatures de ses témoins, qui sont des formalités qui se réunissent pour la seule formation du testament écrit ».

Tabellio : tabellion

Présent dans le *Corpus Juris Civilis*, c'est une personne – un « officier public » - chargé de recevoir les contrats et testaments. Cons. C. DU CANGE, v° « Tabellio ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, n°2 : « Tabellione et aliis duobus testibus conduntur », « Devant un tabellion et deux autres témoins ».

Testamentum : testament

Quels exemples mentionner pour le thème même de notre étude, sauf tout ce que nous avons lu... ?

Testamentum ad piam causam / ad pias causas / in piam causam / in pias causas :
testament pour cause(s) pieuse(s)

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *incipit* : « An testantibus in piam causam omnium solemnium observatio remissa sit », « Question : l'observation de toutes les formalités a-t-elle été exemptée pour ceux qui testent en vue d'une cause pieuse ? ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. VII, n°2 : l'auteur dit que la femme peut être témoin dans les testaments entre enfants et ajoute : « Et eam [foeminam] etiam obtinere in testamento ad pias causas, communiter Doctores tenent », « Et les auteurs soutiennent communément que cela se maintient aussi dans le testament pour causes pieuses ».

Testamenti factio : capacité de former testament / de recevoir par testament

La *testamenti factio* est la capacité tant de former un testament (active) que de recevoir par testament (passive), la capacité requise étant une capacité spéciale

Testamenti factio actiue : capacité de former testament

Testamenti factio passiue : capacité de recevoir par testament

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, décis. XI, n°1^{er} : « Quandoquidem supra vidimus de his, qui possunt instituere vel testamenta facere, nunc hoc titulo tractatur, cum quibus sit testamenti factio, id est, qui possint institui », « Puisque nous avons vu plus haut qui peut instituer un héritier ou faire un testament, il est maintenant traité dans ce titre des personnes qui ont la capacité spéciale requise (*testamenti factio*), à savoir, des personnes qui peuvent être instituées héritières ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°23 : « Cum communis Doctorum opinio sit [...] in testamenti factione inspicere tantum consuetudinem et statuta loci, vbi testamentum factum est », « Alors que l'opinion commune des auteurs est d'examiner seulement la coutume et les statuts du lieu où le testament est fait, concernant la capacité des personnes requise ».

Testamentum inter liberos : testament des parents envers leurs enfants

Exempt de formalités, proche du testament pour cause pieuse qui lui est assimilé aux yeux du droit romain

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, decis. VII, n°1^{er} : « Siquidem dictum fuit parentis testamentum inter liberos non requirere ad sui validitatem, vt interueniant solennia iuris civilis », « Puisqu'il a été dit que le testament des parents envers leurs enfants ne requérait pas pour sa validité qu'interviennent les formalités du droit civil ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, decis. VII, n°23 : « CLARUS dixit [...] in testamento tamen condito inter liberos *primo* sufficere duos testes », « CLARUS dit cependant en premier lieu que dans la formation des testaments des parents vers leurs enfants, suffisent deux témoins ».

Testari (*plus rarement testare*) : tester *ou* témoigner

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°22 : « Oportet quidem testantem profiteri palam suam voluntatem », « Certes, il faut que le testateur déclare ouvertement sa volonté ».

Testis, -is : témoin

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, decis. CCCIV, n°15 : « Et mulier in eo testis esse non potest », « Et la femme ne peut y être témoin ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 4, decis. VII, n°23 : « CLARUS dixit [...] in testamento tamen condito inter liberos *primo* sufficere duos testes », « CLARUS dit cependant en premier lieu que dans la formation des testaments des parents vers leurs enfants, suffisent deux témoins ».

Trebellonica

Voy. *supra*, v° « Pars trebellianica ».

Valere : être valable, valoir, être en vigueur

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. CCCIV, *incipit* : « An, si quis in scriptis testari instituit, nec tamen solemnitates omnes testamenti scripti observauit, id testamentum valet, saltem iure nuncupatiui », « Question : si quelqu'un décide de tester par écrit, et cependant qu'il n'observe pas toutes les formalités du testament écrit, est-ce que ce testament est valable à tout le moins en vertu du droit nuncupatif ? ».

Vitricus : beau-père

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°1^{er} : « Testamentum fecit, in quo matrem et vitricum instituit », « Il a fait un testament, dans lequel il a institué héritiers sa mère et son beau-père ».

P. CHRISTINAEUS, *Decisiones*, vol. 1^{er}, décis. LI, n°29 : « Antuerpiensibus vitricus a successione priuigni excludatur », « A Anvers, le beau-père est exclu de la succession de son beau-fils ».

Voluntatem testatoris adimplere : accomplir la volonté du testateur

INDEX DES DECISIONS

Références aux pages

Volume 1^{er}

LI : 51, 52, 53, 54, 81.

CVIII : 42.

CIX : 68, 69, 70, 71, 72.

CLXXXIII : 62.

CCXLV : 41.

CCXLVII : 38, 39, 40, 46, 47, 60.

CCLXXXII : 22, 23, 48, 49, 50.

CCCIV : 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 39.

CCCV : 40, 41, 42.

CCCL : 62, 63.

CCCLI : 20, 60, 62, 76.

Volume 2

Décision IV : 24, 26, 27, 28.

Volume 4

III : 67, 68, 69, 70, 73, 74, 75.

IV : 46.

V : 20.

VI : 20, 30.

VII : 31, 32.

VIII : 32.

XI : 34, 35, 36, 37, 39.

XII : 35.

XIII : 35, 42.

XIV : 35.

XV : 46.

XXII : 46.

XL : 44, 45.

Volume 5

CXLIX : 37, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 77.

CL : 68, 69, 70, 73, 76.

CLI : 69.

INDEX DES AUTEURS

Références aux pages

ANSELMO (A.) : 11, 19, 25, 54, 59.

BALDE : 50.

BARTIUS (A.) : 25.

BARTOLE : 49, 50.

BELON (P.) : 41.

BENOÎT (G.) : 41.

BOCER (H.) : 74.

BOHIER (N.) : 25, 40.

CLARO (G.) : 24, 25, 40, 41.

CRAVETIUS : 41.

COTTEREAU (C.) : 74.

COVARRUVIAS Y LEIVA (D.) : 71.

DA BUDRIO (A.) : 71.

DE AFFLITTO (M.) : 41.

DUMOULIN (C.) : 27, 40, 49, 50.

EVERARD (N.) : 49, 50.

FABRE (J.) : 28, 27, 73.

FABROT (C.-A.) : 26.

FACHINEI (A.) : 80.

GODEFROY (D.) : 29, 30.

GOMEZ (A.) : 53.

GOUDELIN (P.) : 7, 18, 29, 39, 81.

GRASS (M.) : 24, 25.

MANTICA (F.) : 38, 80.

MENOCHIO (G.) : 38, 40.

PECK (P.) : 41.

ROMMEL (N.) : 62.

RUINO (C.) : 27.

STOCKMANS (P.) : 18, 20, 38, 39, 46, 54.

TIRAQUEAU (A.) : 49, 50.

TULDENUS (D.) : 75.

VAN DEN ZYPE (F.) : 54, 60, 62.

VON GAIL (A.) : 51, 74.

TABLE DES MATIÈRES

Plagiat et erreur méthodologique grave.....	1
<i>In memoriam Leopoldi HECHT</i>	3
Remerciements	5
Remarque liminaire	5
Introduction	7
Partie 1 ^{re} . Contextualisation	13
Chapitre 1 ^{er} . Brèves remarques sur l'Histoire et le statut du testament.....	13
Chapitre 2. Le contexte du début du XVIIe siècle : une période de transition.....	14
Chapitre 3. L'auteur, P. CHRISTINAEUS, et la création de son ouvrage, les <i>Decisiones</i>	14
Partie 2. La formation du testament	17
Chapitre 1 ^{er} . La forme des testaments	17
Section 1 ^{re} . Le testament <i>in scriptis</i> – testament authentique	18
Section 2. Le testament nuncupatif	20
Section 3. Le testament oral	30
Section 4. Le testament <i>inter liberos</i> – et <i>inter parentes</i> –.....	31
Section 5. Le testament <i>ad pias causas</i>	32
Section 6. Le testament militaire.....	32
Section 7. Le testament mystique.....	33
Section 8. Le testament des pestiférés.....	33
Chapitre 2. Le fond des testaments.....	33
Section 1 ^{re} . L'institution d'héritier	34
Section 2. Les legs à titre particulier	42
Section 3. L'exhérédation	46
Section 4. Les limites imposées au testateur : légitime, Falcidie, Trebellenica	46
Chapitre 3. La capacité de tester.....	46
Section 1 ^{re} . La capacité de rédiger un testament (<i>testamenti factio</i> active)	46
Section 2. La faculté d'être institué héritier (<i>testamenti factio</i> passive)	47
Chapitre 4. Questions de droit international privé : la théorie des statuts	47
Partie 3. L'annulation et la révocation du testament.....	55
Partie 4. La preuve du testament	57
Chapitre 1er. La preuve en droit romain.....	57

Chapitre 2. Le régime de l'Edit perpétuel : une véritable innovation	58
Section 1 ^{re} . Le régime innovant de l'article 19	58
Section 2. L'application ratione temporis : un effet rétroactif ?	60
Section 3. La preuve de ce qui excède l'écrit.....	62
Partie 5. L'ouverture du testament	65
Partie 6. Le testament militaire	67
Chapitre 1 ^{er} . Généralités	67
Chapitre 2. Champ d'application du régime spécial.....	68
Section 1 ^{re} . Champ d'application quant à la personne : un soldat.....	69
Section 2. Champ d'application quant au temps : le temps de l'expédition (<i>in expeditione</i>)	70
Section 3. L'absence de choix du soldat de tester selon le régime général de droit civil commun ou le régime spécial de droit militaire : la décision CIX du volume 1 ^{er}	71
Chapitre 3. Les privilèges du régime spécial.....	72
Section 1 ^{re} . Privilèges quant aux règles de forme	73
Section 2. Privilèges quant à la capacité des personnes	74
Section 3. Privilèges quant aux règles de fond.....	75
Section 4. La durée de vie	76
Chapitre 5. L'applicabilité de l'Édit perpétuel de 1611	76
Chapitre 6. Conclusions.....	77
Conclusion.....	79
Bibliographie.....	83
Première annexe : texte, traduction et commentaire de la décision CCCIV du volume 1 ^{er}	93
Chapitre 1 ^{er} . Le texte reproduit de la décision CCCIV du volume 1 ^{er}	93
Chapitre 2. La traduction proposée de la décision CCCIV du volume 1 ^{er}	98
Chapitre 3. Le commentaire de la décision CCCIV du volume 1 ^{er}	104
Section 1 ^{re} . Identification des références.....	104
Section 2. Commentaire philologique	109
Section 3. Commentaire juridique : la traduction du mot « Senatus ».....	113
Seconde annexe. Lexique des termes latins	115
Index des décisions.....	147
Index des auteurs	149
Table des matières	151

