

Sans doute, on reconnaît aux étrangers la jouissance d'un certain nombre de droits, d'un nombre considérable de droits, si l'on veut, mais est-ce là autre chose que le développement normal de ce que les nations antiques appelaient le droit des gens, dont le germe se retrouve dans les législations les plus reculées ? Ce développement n'empêche pas que la distinction entre le droit civil ou droit applicable aux seuls citoyens, et le droit des gens, ne soit encore, aujourd'hui, une des traditions les mieux respectées par la jurisprudence (V. art. II, C. civ. ; conf. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. I, p. 294, 4^e édit., § 78, texte et notes 16, 47, etc.).

Ce n'est pas ici le lieu de rechercher le fondement rationnel de cette tradition quasi-universelle, nous en voulons seulement relever la conséquence logique.

On devrait être nécessairement amené, à penser que, puisqu'un homme ne jouit des droits civils que comme citoyen, on n'avait qu'à lui enlever la qualité de citoyen pour le priver de ses droits ; de là les institutions qui, sous des noms divers, mort civile, dégradation, excommunication, interdiction, mise hors la loi, *capitis deminutio*, ont toutes le même but général : priver un homme de ses droits de citoyen, habituellement, mais non pas toujours, à titre de peine.

Seulement cette même institution se transforme complètement, malgré les apparences, en passant d'une législation dans une autre, et cela se comprend aisément.

Dans les législations modernes et notamment dans la nôtre, les droits dont chacun jouit comme citoyen sont peu nombreux, surtout dans le domaine du droit privé. — Créer une institution qui enlèverait aux citoyens avec leur titre la jouissance de tous les droits privés, notamment les droits de succession et les droits de famille, serait donc un illogisme, un contre sens, même une injustice, car tous ces droits sont reconnus à l'homme en raison de sa qualité d'homme et non en raison de sa qualité de citoyen. — Voilà pourquoi la mort civile à laquelle on avait en 1803 conservé ses effets tradi-

tionnels devait être fatalement rayée de nos codes ; la ténacité des anciennes traditions peut même seule expliquer comment elle a subsisté jusqu'au 31 mai 1854.

Dans les législations antiques, au contraire, il était rationnel de donner à la mort civile des effets fort étendus, puisque c'était en sa qualité de citoyen, et non en celle d'homme, que l'individu jouissait de presque tous les droits, même des droits de famille et de succession. — Notamment à Rome la comparaison de la *capitis deminutio* avec la mort n'était pas absolument fausse ; — la *capitis deminutio* en enlevant à l'individu les droits de citoyen lui enlevait la plus grande partie et les plus importants des droits ; — en sorte qu'au moins à l'égard de la cité, on pouvait considérer comme mort le *capite minutus*.

Sans doute on risquerait encore de s'égarer si l'on calquait les effets de la *capitis deminutio* sur ceux de la mort, mais on se tromperait beaucoup moins que lorsque, dans notre droit moderne, on attache à la mort civile les mêmes effets qu'à la mort naturelle.

L'idée que ces lignes donnent de la *capitis deminutio* ne paraîtra peut-être pas absolument exacte, si l'on remarque que notre sujet est uniquement la « *capitis deminutio minima* ». Des auteurs éminents ne rapprochent, en effet, de la mort que les deux grandes *capitis deminutiones* ; ainsi fait M. de Savigny lorsqu'il cite pour la *maxima* : L. 209, D. *De Reg., jur.*, (50, 17) ; — L. 59, § 2, D. *De Condit.* (35-1) ; — L. 5, pr. D. *De bon. dam.*, (48-20) — pour la *media*, L. 1, § 8, D. *De bon. poss. c. tab.*, (37-4) — L. 4, § 2, D. *De bon. libert.* (38-2). (V. Savigny, *Traité de Droit romain, trad. Guenoux*, t. 2, p. 70 — V. aussi Ortolan ; *Explication des Inst.* I p. 153), mais un texte, au moins, fait le rapprochement sans aucune distinction entre les *capitis deminutiones*, et dans des cas même où la pensée de l'auteur se porte à la fois sur les trois (§ 153, G. C. III).

Il ne semble pas d'ailleurs exagéré de considérer comme une mort cette *capitis deminutio* après laquelle le citoyen

reparaît, il est vrai, mais après avoir perdu son nom, sa famille, son culte, tout ce qui constituait son individualité, sa personnalité juridique, de sorte que de tout point c'est un homme nouveau, à peu près comme celui qui vient d'être affranchi. Ce point de vue semble d'ailleurs admis par notre savant maître M. Accarias (*Précis. de dr., rom.*, t. I, p. 426, 3^e édit.).

Pour nous, nous pousserons peut-être plus loin qu'on ne le fait généralement les conséquences de cette idée que la *capitis deminutio*, même *minima* (1), est une sorte de mort; mais il nous a semblé qu'une thèse autorisait et même encourageait les hardiesses.

Quoi qu'il en soit, cette conception nous a déterminé à diviser cette thèse en trois parties.

I. — Notion générale et nature juridique de la *capitis deminutio*.

II. — Des cas dans lesquels il y a *capitis deminutio minima*.

III. — Des effets de la *capitis deminutio minima*.

(1) Il conviendrait peut-être de ne pas faire allusion à la distinction entre les trois *capitis deminutiones* sans avoir auparavant expliqué cette distinction; mais une thèse n'est pas un ouvrage d'enseignement. Nous croyons donc pouvoir faire allusion à la distinction tripartite de la *capitis deminutio* avant d'avoir fait connaître le sens de cette distinction (V. fin, 1^{re} partie).

PREMIÈRE PARTIE

NOTION GÉNÉRALE ET NATURE JURIDIQUE

DE LA

CAPITIS DEMINUTIO

CHAPITRE PREMIER

INDICATION DES PRINCIPAUX SYSTÈMES

SUR LA NATURE DE LA *capitis deminutio*. — CHOIX D'UN SYSTÈME.

L'expression « *capitis deminutio* » est certainement fort ancienne ; si nous voulons connaître l'institution primitive qu'elle désigne, il ne semble pas inutile de l'analyser : *Deminutio* (1) vient de *de* et *minuere* ; *minuere*, qui a plusieurs sens, signifie proprement mettre en morceaux, briser ; c'est en ce sens qu'Ovide l'emploie lorsqu'il écrit : *minuere ligna, ramalia*, pour exprimer l'idée de fendre du bois, de couper des branches. César « décrivant les attributions des *principes* « *pagorum* de la Germanie, s'exprime ainsi : *inter suos jus dicunt, controversiasque minuunt* ; ce qui assurément ne signifie pas que les chefs diminuent les procès, mais qu'ils « les tranchent, qu'ils les jugent. » (Acc., *op. cit.*, p. 425, 3^{me} édit.)

Avec le temps les mots *deminutio* et *minutio* ont été em-

(1). On dit aussi *diminutio* (Sav., *op. cit.*, p. 59).

ployés comme synonymes, même dans le langage précis des jurisconsultes ; car, si ceux-ci disent habituellement *capitis deminutio*, ils appellent aussi très souvent *capite minutus* celui qui a subi une *capitis deminutio* ; mais à l'origine l'adjonction de la préposition « de » devait établir entre les deux mots *minuere* et *deminuere* une nuance ; or cette préposition « de » exprime l'idée d'extraction et en même temps de dépendance, comme dans les locutions suivantes : *de vita decedere* (Cic.), sortir de la vie ; — *de digito annulum de rahere* (Cic.), ôter un anneau du doigt ; — *pendere de collo* (Ovide), être suspendu au cou ; — *pendere de camera* (Petron), pèndre à une voûte.

La nuance exacte du mot *deminuere* est donc casser, retrancher un morceau d'une chose, séparer la partie du principal, du tout. Ainsi Cicéron : *Deminutio de bonis privatorum*, atteinte portée aux propriétés privées : on retranche quelque chose de la propriété privée. — Tite-Live : *Deminuere aliquid ex regia potestate*, enlever à la puissance royale quelques prérogatives. — Plaute Menechm., II. 2. V. 30, et Térence, *Adelph.*, IV. 2. V. 32 : *Deminuere caput ou cerebrum*, couper la tête, — enfin même, Justinien : *ususfructus non utendo deminuebatur*, l'usufruit se perdait autrefois par le non-usage (L. 13, C. de Serv. 3. 34) (1).

Passons au mot « *caput* » dont le sens est beaucoup plus difficile à fixer. — Ce mot reçoit en droit, certainement, trois significations au moins.

Il est d'abord pris dans le sens de personne et cela très fréquemment : ainsi Paul dit : « *servile caput nullum jus habet* (L. 3, § 1, D. *De cap. min.* 4. 5), ce qui signifie, à n'en pas douter : la personne esclave ou l'esclave n'a aucun droit. De même Servius, Paul et les *Institutes*, définissant la tutelle, appellent l'homme libre *caput liberum* « *Est autem tutela, ut*

(1). Ces deux derniers exemples sont empruntés à M. Accarias, *op. cit.*, p. 425, 426. La plupart des précédents aux excellents dictionnaires de M. Quicherat et de M. Lebaigue.

« *servius definit, vis ac potestas in capite libero....* » (§ 1, *Inst.*, de Tut. 1. 13). De même Ulpien, (Règles, XI, § 5, (1); — Sav., *op. cit.* t. 2, p. 453; — Ortolan, *Expl. des Inst.* t. 1 p. 150; — Acc., *op. cit.* t. 1, p. 424, note 1.)

En deuxième lieu, « *caput* » signifie aussi chapitre, division d'un ouvrage. Ainsi nous lisons dans Cicéron : *a primo capite legis usque ad extremum*, c'est-à-dire, depuis le premier chapitre de la loi jusqu'au dernier; — ou encore : *Duo prima capita epistolæ tuæ*, les deux premiers articles de ta lettre; — dans Celsus Medicus : *quod primo capite supra comprehensum est*, ce qui a été traité dans le chapitre précédent. Ce sens est également très fréquent dans les textes juridiques. — Ainsi, (*Inst. de leg. Aquilia*; 4. 3) : « *Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam : cujus primo capite cautum est ut....* (pr. — conf. G. G. III, § 210; « *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est* (§ 12, *eod...* — Cf. G. C. III, § 215..; « *Capite tertio de omni cæterò damno cavetur,..* (G. G. III, § 217.) — De même dans les *Frag.* (L. 29, § 15, *D. de lib. et post.* (28-2), passage qui est de Cervidius Scœvola (2).

Enfin le troisième sens, celui-là très fréquent aussi dans les textes de droit, fait de « *caput* » le synonyme de « *status* » (3). On peut citer ici le § 1, *Inst.*, *quib. mod. jus pot. solv.*, l. 12 — pr. § 3 et 5, *Inst. de cap. demin.* 1-16 — G. C. I, § 159, et un grand nombre d'autres textes que nous aurons occasion de citer dans cette thèse. Toutefois nous ne comprenons pas dans les textes employant « *caput* », en ce sens, les *Fr.* (L. 3 L. § 1 et 4, *D. De cap. min.* (4-5), attendu que comme nous l'avons montré plus haut, *caput servile* désigne ici l'homme même). (*Contra*, M. Accarias, t. 1. p. 425, 3^{me} édit. — Mainz, *Cours de droit romain*, t. 1, p. 399-400).

(1). On cite souvent d'autres textes, mais nous ne relevons sur chaque sens que les principaux et surtout ceux dont la traduction ne peut soulever de difficultés.

(2). (Sav., *op. cit.*, p. 451).

(3). *Status* est pris ici comme synonyme d'état.—voir *infra*, partie I, cap. 3, sect. 1.

Ces différents sens du mot « *caput* » ont naturellement engendré des doutes sur l'expression de « *capitis deminutio* » ; il importait de les connaître avant d'examiner les différents systèmes qui ont été imaginés sur la nature de la *capitis deminutio*.

M. de Savigny part d'abord d'un excellent point de vue ; il demande aux jurisconsultes romains quelle définition ils ont donné de la *capitis deminutio* et constate que « les anciens « jurisconsultes nous disent dans une foule de textes, c'est « une *status mutatio, commutatio, permutatio* ». Mais cette définition, dit-il, ne nous apprend pas grand'chose, « car les « plus grandes difficultés se présentent pour l'interprétation « du *status*, et ensuite il paraît qu'au mot *mutatio* se rattachent plusieurs idées accessoires bien connues des auteurs « de la définition, mais qu'ils ont négligé d'exprimer ».

Que ces définitions ne soient pas absolument claires, cela est certain ; mais si la définition est obscure, ce n'est pas une raison pour en faire sortir ce qui n'y est pas ; or, M. de Savigny continue « à s'en tenir aux mots eux-mêmes, il semble « que la définition exprime deux idées, l'une d'un changement de l'état de la personne, l'autre.... d'un préjudice « résultant du changement d'état. » Nous reconnaissons fort bien que la définition exprime l'idée d'un changement d'état, mais nous ne voyons pas du tout qu'elle exprime celle d'un préjudice résultant du changement d'état. Ce n'est certainement pas dans l'expression « *status mutatio* » que M. de Savigny peut découvrir cette nouvelle idée.

Il ne peut s'y rattacher, qu'en faisant ressortir la différence qu'il y a entre les deux expressions *capitis deminutio* et *status mutatio*, ou en puisant ses renseignements ailleurs que dans les expressions employées ; mais c'est déjà une sorte de préjugé contre son système, que cet abandon qu'il est obligé de faire de la définition des Romains.

Nous admettons bien qu'il soit naturel de penser que deux expressions différentes n'ont pas un sens absolument iden-

tique, mais que cette différence, qui résulte spécialement de l'idée contenue dans le mot *deminutio*, soit un préjudice pour la personne dont l'état est changé, une dégradation, voilà qui n'est pas démontré, voilà même qui est en contradiction avec ce que l'on a vu du sens étymologique de « *deminutio* ». M. de Savigny observe, il est vrai, qu'aucun texte ne qualifie *capite minutus* le Latin ou le pérégrin, qui acquiert la cité, et, cependant, ajoute-t-il, il y a *mutatio status*; ce qui empêche qu'il y ait *capitis deminutio*, c'est que la *mutatio* n'est pas *in deterius*. Nous ne répondrons pas, comme le font certains auteurs, en soutenant qu'il y a dans ces hypothèses *capitis deminutio*, mais nous montrerons un peu plus loin que ce qui fait obstacle à la *capitis deminutio*, en ces deux cas, c'est que le Latin et le pérégrin sont, au point de vue romain, considérés comme n'ayant pas d'état, d'où il suit que l'idée d'une *capitis deminutio*, d'un changement d'état, leur est nécessairement étrangère.

Cette notion écartée, nous pourrions ne pas aller plus loin et tenir pour rejeté le système de M. de Savigny. Mais allons plus loin, admettons pour un instant, cette première idée de M. de Savigny; le savant auteur va de suite nous demander une autre concession. De ce que la *capitis deminutio* est, suivant lui, un changement préjudiciable, dans l'état de la personne, il conclut que c'est une dégradation en ce qui touche la capacité, parce qu'il a, au commencement du même paragraphe, énuméré un certain nombre de changements d'état qui portent préjudice à la personne et diminuent sa capacité. Que certains changements qui portent préjudice à l'état de la personne diminuent en même temps sa capacité, comme le changement qui fait perdre la liberté ou la cité à un citoyen, cela n'est pas douteux, mais que tous les changements préjudiciables entraînent une diminution de capacité, c'est ce qui n'est pas démontré. On peut concevoir, il nous semble, un changement préjudiciable à la personne qui n'entraîne pas diminution de capacité, par exemple, l'ingénu

qui, par exception (1), tombe en la condition d'affranchi, ne voit pas sa capacité diminuée au point de vue juridique. Il est vrai qu'en cette hypothèse, il n'y a pas véritablement changement d'état, il n'y a que changement d'un élément accessoire de l'état (2). Supposons alors un individu *sui juris* qui tombe *in patria potestate*, il y a bien certainement changement d'état, et cependant, en droit, nous ne voyons pas qu'il y ait diminution de capacité. Le fils de famille peut contracter et faire tous actes juridiques, aussi librement que son père; seulement, ces actes n'auront pas les mêmes effets.

Donc, rien ne prouve que la *capitis deminutio* soit un changement d'état préjudiciable, et rien ne prouve qu'un changement d'état préjudiciable soit toujours une diminution de capacité; donc rien ne prouve que la *capitis deminutio* soit une diminution de capacité. Aussi, M. de Savigny reconnaît que sa preuve n'est pas faite par ses seules allégations, car il termine ainsi l'énoncé de son système: « Cela demeure
« une simple présomption; pour l'établir comme vérité, il
« faut la rapprocher du contenu réel de la triple *capitis deminutio*, tel que le donnent les jurisconsultes romains, et
« c'est cette comparaison que je vais entreprendre. »

Ainsi, la démonstration, de l'aveu de M. de Savigny, était à faire par l'examen des cas de *capitis deminutio*; il procède à cet examen, et vérifie aisément sa doctrine, en énumérant les cas de *capitis deminutiones maximæ et mediæ*; là n'est pas la difficulté, mais ce n'est pas tout; pour démontrer que la *capitis deminutio* est une dégradation de capacité, par l'examen des cas où elle se produit, il faut montrer qu'elle l'est, en effet, dans tous les cas, même dans les cas de *capitis*

(1) Le cas le plus connu, peut-être le seul, est celui où une femme libre vit en *contubernium* avec l'esclave d'autrui, du consentement du maître (Tac., *Ann.*, XVI, 53).

(2) Des auteurs, peut-être même M. de Savigny, voient, en ce cas, une « *capitis deminutio* ». Si cela était, il faudrait bien écarter l'idée de diminution de capacité, et c'est peut-être ce qui fait hésiter M. de Savigny (V. Sav., *op. cit.*, p. 62, note e).

deminutio minima. C'est ici que se présentait la difficulté pour M. de Savigny. Il est, en effet, impossible de voir une dégradation et une diminution de capacité, dans certains cas où l'opinion commune voit une *capitis deminutio minima*. Qu'a fait M. de Savigny ? Il n'a pas résolu cette difficulté, mais il l'a tournée : il a nié qu'il y eût *capitis deminutio* dans ces hypothèses, et, pour justifier son opinion, il a donné de la *capitis deminutio minima* une notion fort étroite, et tout à fait en désaccord avec celle que l'on en donne en général. Il faudrait que l'exactitude de cette notion semble bien solidement établie, pour servir de fondement à tout l'édifice construit par M. de Savigny ; nous retrouverons cette conception originale au commencement du chapitre deuxième ; dès à présent, nous pouvons dire qu'elle nous paraît purement hypothétique (V. Savigny, *Traité de droit romain*, t. 2, § 68, p. 38 et suiv., trad. Guénoux) ; parmi les auteurs peu nombreux, qui ont adopté le système de M. de Savigny, se trouve notamment Mainz (*Cours de droit romain*, p. 399-400) ; mais cet auteur ne l'a appuyé d'aucun argument nouveau.

D'autres auteurs ont traduit « *capitis deminutio* » par changement d'état ». — C'est la traduction littérale de l'expression *status mutatio*, *permutatio* ou *commutatio*. Telle semble être l'idée de M. Demangeat (*Cours élémentaire de droit romain*, 3^e édit., p. 353-II). On peut reprocher à cette traduction de ne pas répondre exactement à la notion de la *capitis deminutio* dans plusieurs hypothèses où elle se rencontre certainement. Ainsi, il n'y a pas changement d'état dans les cas de *capitis deminutio maxima* parce que le *capite minutus* n'acquiert rien en échange de ce qu'il perd. De plus, l'énergie du mot *deminutio* n'est pas rendue par cette traduction.

✓ Déchéance d'état paraît à M. Accarias préférable comme traduction. Cependant ce savant professeur écarte avec raison cette traduction, parce qu'elle risque de suggérer l'idée fautive, par nous critiquée dans le système de M. de Savigny,

à savoir que la *capitis deminutio* diminuerait nécessairement la capacité de celui qui la subit (*op. cit.*, t. I, p. 423, note 3, 3^e édit.) L'expression « suppression, retranchement d'état » nous paraîtrait se rapprocher d'avantage du sens originaire, mais elle n'échappe pas à la critique formulée par M. Accarias.

A quelle traduction faut-il donc s'arrêter ? A aucune ; suivant nous il est impossible de renfermer en un seul mot toutes les idées qu'éveille cette expression, d'abord parce qu'elle contient une allusion à des institutions toutes romaines qu'il faut d'abord connaître et, en deuxième lieu, parce qu'à Rome même le sens en a varié.

Dans le très ancien droit romain, *capitis deminutio* serait exactement traduit par retranchement de chapitre ; la *capitis deminutio* c'est le retranchement de chapitre du cens, retranchement qui a, au point de vue juridique, des effets très importants. Un peu plus tard, le cens perd son importance et tombe même en désuétude, alors l'expression « *capitis deminutio* » ne désigne plus un fait matériel mais les effets juridiques, probablement même seulement une partie des effets que produisait autrefois le retranchement de chapitre du cens. Or comme cet effet juridique se ramenait tantôt à une déchéance d'état (*cap. dem. maxima et media*), tantôt à un changement d'état (*cap. dem. minima*), l'expression *status mutatio* qui, pour les Romains, correspondait, sans doute, mieux que notre mot « changement », à cette double idée, commence à être employée faute de mieux, comme synonyme de la « *capitis deminutio* ».

Voilà la thèse que nous allons essayer d'établir et dont nous déduirons ensuite les conséquences logiques.

CHAPITRE DEUXIÈME

DISCUSSION ET CONSÉQUENCES DU SYSTÈME ADOPTÉ. DE LA *capitis deminutio* DANS SA FORME PRIMITIVE.

Notre système a pour base les idées résumées dans les deux observations qui suivent.

1° Les législations primitives ne connaissent pas les idées abstraites; elles n'ont pas d'expression pour les rendre: elles réglementent et nomment seulement les faits, les phénomènes juridiques, comme faisait la loi des XII Tables; ce sont les jurisconsultes qui, venant plus tard, réfléchissent, raisonnent sur ces phénomènes, dégagent les idées abstraites, les principes et construisent les théories, en un mot, forment la science juridique.

Donc, lorsque nous rencontrons une expression très ancienne, nous pouvons affirmer hardiment qu'elle ne rend pas une idée abstraite: or, la locution « *capitis deminutio* » est fort ancienne; on ne contestera guère, pensons-nous, qu'elle remonte au moins aux XII Tables; donc, elle n'exprime pas une idée abstraite comme celle d'État, ou si elle l'exprime, ce ne peut être que parce qu'elle a été détournée de sa signification primitive.

Ceraisonnement *a priori* que nous croyons excellent, quelle que soit la législation étudiée, est particulièrement fort quand il s'agit des Romains; on sait, en effet, avec quelle peine les Romains dégagent les idées générales: ils ne s'en occupent pas, ils se placent toujours au point de vue de la pratique; quand ils reçoivent une idée générale sur leur route ils ne

la creusent pas, ils passent à côté; souvent ils n'ont pas de mot pour la rendre, ou le mot qu'ils emploient n'a qu'un sens vague et mal défini, — témoin l'idée d'état; ils l'ont, sans doute, mais le mot *status* qui la rend est si vague que des controverses sans fin se sont élevées sur l'idée que les Romains se faisaient du *status*, de l'État, (V. dans Savigny une idée de ces discussions, *op. cit.*, p. 424 et suiv., *cit.*, p. 424 et suiv.). Si, après les travaux des jurisconsultes, après l'époque classique, on n'est pas plus avancé, comment croire que le droit primitif avait dégagé cette notion de l'état, avait un mot pour le rendre « *caput* » et une expression qui signifiait déchéance ou changement d'état « *capitis deminutio* ? »

2° Lorsqu'on essaye de traduire la locution « *capitis deminutio* » on est frappé de la difficulté, on peut dire de l'impossibilité, qu'il y a à la traduire par une expression unique, tandis que les mots « déchéance d'état » ne comprennent pas toutes les *capitis deminutiones minimæ*, celui de « changement d'état » semblent exclure la *capitis deminutio maxima*; la difficulté vient de ce qu'il faut faire rentrer dans la définition deux idées presque contradictoires, celle de suppression sans remplacement, et celle de suppression avec substitution d'un nouvel état au précédent, peut-être même ajouter que cette substitution est tantôt avantageuse, tantôt préjudiciable. Et, si l'on examine de plus près chacune des *capitis deminutiones*, il semble quelles s'éloignent davantage au lieu de se rapprocher; quelle ressemblance y a-t-il, par exemple, entre le fait de tomber en esclavage et celui d'être émancipé? En réalité, on a peine à comprendre que les jurisconsultes romains aient classé ces deux faits sous un même nom et aient considéré la *capitis deminutio* comme une institution vraiment une, et cela, à une époque où l'idée abstraite d'état, idée, qui, pour nous, fait seule l'unité, n'était pas encore dégagée.

De ces réflexions il résulte que toutes les *capitis deminutiones* à l'origine devaient avoir quelque chose de commun et

que ce lien ne pouvait être une idée abstraite, mais devait, au contraire, être un fait matériel. De plus, si nous nous rappelons que *deminutio* signifie suppression, retranchement, nous concluons : toute *capitis deminutio* était à l'origine une suppression, un retranchement matériel du « *caput* ».

Or, parmi les significations de *caput* nous en avons rencontré deux qui peuvent donner lieu à ce retranchement matériel :

La personne physique peut être tuée, mais nous savons que cela ne constitue pas la *capitis deminutio*. Cette traduction écartée, il reste celle-ci : la *capitis deminutio* est un retranchement du chapitre. Voilà la traduction qui s'impose à nous ; mais quel est le chapitre, si important pour l'état de l'homme, qu'on pourra identifier la suppression du chapitre avec la suppression ou le changement de l'état ? Niebuhr l'a dit : c'est le chapitre du cens (*Hist. Rom.*, L. 2, p. 379, avec la note de la traduction de Golbery). Cette traduction est-elle acceptable au point de vue des textes et de la langue romaine ? Sans aucun doute : *caput* est très anciennement employé pour signifier chapitre, division d'un ouvrage. Cicéron l'emploie couramment et nullement comme un néologisme.

Il est employé en particulier avec cette signification lorsqu'il s'agissait des registres d'impôts. « Du temps des empereurs, observe M. de Savigny (*op. cit.*, p. 451, note c), on appelait *caput* une certaine quantité de terre considérée comme unité cadastrale et payant un *simplum*, c'est-à-dire comme dans les anciens temps, une cote du registre des contributions ; car dans l'ancienne Rome la liste des citoyens était en même temps le rôle des impôts. »

Enfin, cette application aux registres du cens s'imposait en quelque sorte ; chaque mention du registre était consacrée à une tête, à une personne, la division correspondant à chaque *caput hominis*, devait plus nécessairement que partout ailleurs prendre le nom de *caput* ; c'est avec cette double signification que Tite-Live emploie si souvent cette formule « *censa civium capita* », c'est ainsi qu'il peut si facilement savoir le nombre

des citoyens et nous dire (Tit. — Liv., liv. I, § 54) qu'il y en a 80,000 : il n'a qu'à savoir le nombre des chapitres qui, sans doute, étaient numérotés. C'est ainsi encore que s'explique très bien le langage des *Institutes* : « *Servus autem manu-
missus capite non minuitur, quia nullum caput habuit* » (§ 4, *Inst. n. t.*), l'esclave affranchi ne subit pas de *capitis deminutio*, attendu qu'il n'avait pas encore de chapitre qui pût être détruit, supprimé, car c'est là la *capitis deminutio, caput exemptum deletum*, le chapitre ou le citoyen qui disparaît, c'est tout un. On a eu tort de mettre ces deux idées en opposition, elles n'en font qu'une, Vinnius aurait pu se mettre d'accord avec Niebuhr. On a eu tort aussi de prétendre que dans le système de Vinnius, c'est le peuple romain qui *capite minutus*, parce que c'est lui qui est diminué, on oublie le sens originaire de *deminutus*, retranché ; c'est bien le citoyen qui est retranché (1).

Il faut maintenant établir la corrélation qu'il y a entre la mention du cens et l'état du citoyen, afin de saisir comment le retranchement du chapitre influait sur l'état, à ce point que la *capitis deminutio* a passé de la première signification à la deuxième. Il convient pour la clarté des explications qui vont suivre de s'arrêter un peu sur le cens.

Si nous en croyons un savant auteur, qui sait pénétrer le génie des Romains, et deviner leurs institutions, le cens

(1). On expliquerait de même la locution « *capite minutus* » dans le système d'Hotomanus. Ne pouvant reproduire tout ce qui a été écrit sur la *capitis deminutio*, nous n'avons rien dit de ce système très original et très ingénieux. Exposons-le en deux mots : Hotomanus suppose que tout citoyen appartient à trois corporations : une qui se compose de tous les membres de sa famille, la deuxième se compose de tous les citoyens, la troisième de tous les hommes libres ; — la *capitis deminutio*, c'est l'exclusion du citoyen de l'une au moins de ces corporations (Hotomanus : *Comm. ad Inst., tit. de cap. dem.* 1-16) I. Q. — Hotomanus se fonde principalement sur la loi (2 D, *de publ. jud.*, (48-1). C'est attacher trop d'importance aux expressions de cette loi. — Ce système d'une réglementation à outrance est trop artificiel pour les Romains. Il conviendrait peut-être aux Français modernes ; mais les peuples antiques laissaient la constitution sociale se développer avec plus de liberté.

remonterait à la plus haute antiquité, et se rattacherait au culte.

Il y avait, à Rome, comme autrefois à Athènes, tous les quatre ou cinq ans, un sacrifice purificateur, où les prêtres immolaient un mouton, un porc et un taureau, de là le nom de *suovetanrilia* (Tit.-Liv., I. 44). Cette cérémonie avait pour but d'apaiser les dieux irrités par la négligence, ou même l'impie avec laquelle quelques citoyens avaient pu accomplir les rites sacrés. Il était nécessaire, pour que toute souillure fût effacée, que tous les citoyens fussent présents, eux tous, mais eux seuls ; eux tous, car on ne savait qui avait été négligent ou impie ; eux seuls, car la présence d'un étranger, nécessairement sectateur d'autres divinités, suivant les idées antiques, aurait enlevé toute vertu au sacrifice, et irrité les dieux romains, au lieu de les apaiser. Il résultait de là que la cérémonie devait être précédée d'une espèce d'appel, de dénombrement où, en quelque sorte, on vérifiait les titres de chaque citoyen (Fustel de Coul., *Cité antique*, p. 190-191).

Suivant M. Fustel de Coulanges, Servius-Tullius ne fit donc que réorganiser le cens (*op. cit.*, p. 343-4) ; suivant Tite-Live, au contraire, ce roi l'inventa (Tit.-Liv., *hist.*, liv. I, § 42). En tous cas, ce qui est certain, c'est que le cens changeant de but, fut désormais, avant tout, une institution militaire.

Tite-Live en témoigne lorsqu'il écrit : Servius « *censum instituit rem saluberrimam tanto futuro imperio ex quo belli pacis que munia non irritum ut ante, sed pro habitu pecuniarum fierent.* » (Tit.-Liv., *loc. cit.*).

Voici en quoi consiste alors essentiellement cette institution.

Chaque citoyen était contraint de déclarer « *metu legis de incensis latæ cum vinculorum minis mortisque.* » (Tit.-Liv., *eod.*) de déclarer sous la foi du serment la valeur de tous ses biens.

D'après cette déclaration, il était placé dans l'une des cinq classes qui supposaient quelque fortune, ou rangé parmi ceux qui n'en avaient pas (*proletarii*).

Chaque classe était subdivisée en un certain nombre de centuries, un nombre pair, afin qu'il y eût toujours autant de centuries de *seniores*, c'est-à-dire d'hommes au-dessus de quarante-six ans, que de *juniores*, c'est-à-dire d'hommes de dix-sept à quarante-six ans (Tite-Live, I. 43; — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 28).

Remarquons ici après M. Fustel de Coulanges (*op. cit.*, p. 344 et 346) que ces expressions de classes et de centuries désignent habituellement des corps de troupes; le fait de les avoir appliquées aux subdivisions d'après la fortune est une nouvelle preuve que le cens était une institution militaire (1).

M. Fustel de Coulanges ajoute qu'on remarqua très rapidement que ces divisions offraient un moyen commode, sûr et prompt, de réunir les citoyens, et qu'on l'employa pour les convoquer lorsqu'il s'agissait de voter la loi (*op. cit.*, p. 346, note 1). Peut-être Servius-Tullius avait-il poursuivi un double but en imaginant cette organisation nouvelle; en tous cas, c'est certainement dès son règne que le cens fut à la fois une institution militaire et une institution électorale, car Denys d'Halicarnasse dit: « *quoties magistratus creare, aut de lege cognoscere, aut bellum alicui inferre volebat, pro curiatis comitiis, centuriata Servius-Tullius indicebat* » (D. d'H., 4, 20, cité dans M. Demangeat, *op. cit.*, p. 37 d).

Or, qui a le *jus suffragii* et le *jus militiæ*? Ce sont tous les citoyens et eux seuls; depuis Servius-Tullius, comme avant, ce sont donc les citoyens et eux seuls qui figurent sur les registres du cens.

Quiconque est inscrit sur les registres est citoyen (Ulp., I, § 8. — Théop., sur le § 3, *De libert.*, 1-5).

Mais quiconque était omis cessait de l'être (Cic., *pro Cœcina*, 34. — Tit-Liv., I. 44).

(1) La répartition des citoyens en classes et en centuries avait encore pour but la répartition de l'impôt, mais l'organisation financière se confondait avec l'organisation militaire: ceux-là seuls qui étaient astreints au service militaire payaient l'impôt. Les *immunes militiæ* étaient aussi exempts d'impôts, *immunes omni tributo* (D. d'H., 4-18).

Voir son chapitre déchiré sur le registre du cens, c'est donc perdre la qualité de citoyen, et avec elle perdre non seulement ses droits électoraux et militaires, mais tous les droits, toute la capacité qu'on a comme citoyen, toute la participation au *jus civile* (1). De là vint le pouvoir si étendu des censeurs.

On comprend avec ce système l'assimilation que les Romains font de *capitis deminutio* avec la mort : pour un Romain n'être plus citoyen, c'est ne plus compter, absolument comme si l'on était mort (2).

On comprend également avec ce système l'unité de la *capitis deminutio*, quel que soit le fait qui en est la cause ; le retranchement du chapitre produit toujours le même effet, absolument comme l'effet de la tradition est toujours le même, quel que soit le motif de la translation de propriété.

C'est à dessein que nous prenons cette comparaison qui paraît n'être pas en parfaite harmonie avec les idées communément reçues ; il nous semble que l'on est tout à fait dans les idées romaines en assimilant la *capitis deminutio* au fait matériel qui est toujours nécessaire pour que les effets juridiques se produisent, de même que le projet de translation de la propriété ne se réalise que par un des modes translatifs, de même que le projet de contracter ne se réalise que par l'emploi de la formule voulue, de même que le projet d'affranchir ne se réalise que par l'inscription sur le registre ou par tout autre mode, de même le fait qui doit entraîner radiation du cens ne produira ses effets qu'au moment de cette radiation. Cela explique qu'un simple report de chapitre pour ordre, par exemple pour changement de classe et de

(1) Dans le langage si poétique des livres sacrés, on trouve une image semblable : Effacé du livre de vie, c'est-à-dire, mort.

(2) Cette conception de la *capitis deminutio* comme une sorte de mort, par suppression de l'existence civile, nous paraît tout à fait conforme à ce que Gaius dit des personnes morales dans la L. pr. 56 D. de usuf., 7 — 1 « *Quia, neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est (usufructus municipibus relictus)*. » Cette *capitis deminutio*, c'est la suppression de la personne morale.

centurie, à la suite d'une augmentation ou d'une diminution de fortune, n'entraîne pas *capitis deminutio*, parce que le fait matériel doit être comme toujours accompagné de l'intention de produire l'effet juridique (1).

Ce système heurte, il est vrai, les idées habituellement reçues sur la *capitis deminutio minima*, cependant il ne nous paraît nullement condamné par ce que nous connaissons de certain sur cette *capitis deminutio*.

Dans ce système la *capitis deminutio* même *minima* entraîne perte de la cité, des droits politiques, de toute capacité civile, de toute participation au *jus civile* ; mais il ne faut pas oublier que ce retranchement de chapitre est immédiatement suivi du rétablissement du chapitre en une autre partie du registre, peut-être est-ce la même feuille qu'on transporte, de sorte que tous les droits enlevés sont immédiatement rendus ou plus exactement ils sont donnés au *capite minutus* parce qu'il acquiert un nouveau droit de cité, absolument comme ils sont donnés à tout homme qui entre dans la cité, par exemple, à l'esclave qui vient d'être affranchi. Tous les droits qui impliquent continuation de la personne sont définitivement perdus. Quant à ceux qui sont restitués : droits électoraux et autres, on a pu considérer très tôt qu'ils n'avaient pas été perdus. On a dû même le faire quand la *capitis deminutio* cessant de s'opérer par le retranchement de chapitre, les conséquences de ce retranchement ont cessé de s'imposer. Mais alors l'unité de la *capitis deminutio* fut détruite. On commença à classer d'une part la *capitis deminutio mi-*

(1) Niebuhr voit une *capitis deminutio* dans le changement d'un citoyen *ærvarius*, dans l'exclusion de toutes les tribus ou le renvoi dans une tribu *minus honesta*. On pourrait ajouter, dit Savigny (*op. cit.*, p. 452, note *d*), la diminution de fortune suffisante pour être rangée dans une classe inférieure. Nous ne croyons pas qu'il y ait dans ces hypothèses, surtout dans la dernière *capitis deminutio* ; mais la solution de cette question est indifférente, puisque, suivant nous, tout se ramène à ceci : le retranchement du chapitre fait dans ces hypothèses par le censeur devait-il, de par la volonté du législateur, être fait avec l'intention de priver de la qualité de citoyen.

nima et de l'autre les deux autres sous le nom de *magna*, on les réunit sous le même nom, on les confond toutes les deux ; car toutes deux ont conservé l'idée mère de la *capitis deminutio*, la perte de la cité, (G. C. I, § 163 — L. 1, § 8 D. *ad. S. C. Tertul.* 38-17 — L. 5 § 3 D. *de extr. Cogn.*, 50-13) et ce n'est que plus tard, lorsque la notion primitive de la *capitis deminutio* va en s'obscurcissant, qu'on distingue encore entre les deux *capitis deminutiones magna*.

C'est ainsi que cette division tripartite qui nous fait un peu perdre de vue l'unité primitive est la plus répandue dans les textes parce qu'à l'époque classique le cens était abandonné et avec lui la signification première de la *capitis deminutio*.

Ces idées bien comprises, venons maintenant aux conséquences de notre système.

Notre système suppose d'abord que tous ceux qui pouvaient subir une *capitis deminutio* avaient un chapitre spécial sur le registre, et qu'à l'inverse, ceux qui n'ont pas de chapitre ne peuvent subir de *capitis deminutio*. Voyons si ces conséquences viennent contredire ou confirmer le système.

A. — D'abord ceux qui n'ont pas de chapitre sur le registre du cens ne peuvent subir une *capitis deminutio*, par conséquent les pérégrins n'en peuvent subir, ni même les Latins ; on admet généralement, il est vrai, que les uns et les autres peuvent subir les deux grandes *capitis deminutiones* ; mais c'est en partant de l'idée que les *capitis deminutiones* constituent un changement d'état, cela ne pourrait donc être opposé à notre système, il faudrait des textes directs affirmant qu'il y avait relativement à ces personnes *capitis deminutio* ; mais ces textes n'existent pas (V. aussi *infra*) ; à l'inverse nous admettons parfaitement que les citoyens qui ont reçu la concession du *jus civitatis sine suffragio* peuvent subir les *capitis deminutiones*, car ceux-là figuraient sur les tables (*cætirum tabulæ* ou autres analogues). — (Aulu-Gelle, 16, 13. — Velleius Paterculus, 1-14. — Acc., p. 38, note. — Demangeot, p. 170).

B. — Tous ceux qui pouvaient subir une *capitis deminutio* avaient un chapitre spécial sur le registre du cens.

Ici deux situations très importantes à examiner : celle des femmes, — celle des fils de famille.

a. — **Des femmes.** — Etant admis nos prémisses, il est difficile de soutenir que les femmes étaient inscrites sur les registres du cens avec un chapitre spécial.

Nous ne le croyons pas non plus : nous pensons que les femmes étaient inscrites au chapitre de celui dont elles dépendaient, le père qui avait sur elles la puissance paternelle, ou le mari, qui à l'origine acquérait toujours la *manus*, sinon par *confarreatio*, au moins par *usus*.

Il est vrai qu'une femme peut perdre son père avant son mariage ; mais à Rome cela devait être rare, attendu que tout le monde se mariait tôt : les pères étaient donc encore jeunes quand leurs filles étaient en état de se marier.

L'émancipation des filles n'était pas plus que celle des fils dans les habitudes des anciens Romains, le mode d'émancipation emprunté aux XII Tables le prouve. Enfin le célibat pour les femmes était à peu près inconnu et ne se rencontrait guère que pour les Vestales, sur lesquelles nous reviendrons.

Le législateur romain qui s'occupait presque exclusivement du droit des citoyens et se souciait assez peu des femmes, avait bien pu ne pas s'occuper de ces hypothèses fort rares.

Ceci posé, puisque la femme n'avait pas de chapitre, la *capitis deminutio* pour elle consistait à être rayée du chapitre de son père ou de son mari. C'était une *capitis deminutio* par assimilation, une *capitis deminutio* imparfaite. Cette application imparfaite d'une institution primitive aux femmes n'a rien de bien étonnant, le droit romain primitif étant fait en vue des citoyens, tout le droit étant inspiré par des vues politiques, devait être établi en vue de ceux qui ont des droits politiques. Que si l'on s'étonnait de cette explication, nous répondrions que, de l'avis de tous, l'affranchissement *censu* s'applique aux femmes esclaves et cependant il ne peut

pas s'appliquer de même, puisque on ne peut inscrire la femme au rang des citoyens ; il y a dans les deux cas l'application imparfaite à la femme d'une institution qui n'était créée que pour l'homme.

b. — **Des fils de famille.** — Le système adopté serait exposé à une objection beaucoup plus grave, si l'on pouvait démontrer que les fils de famille n'avaient pas de chapitre spécial, car il est certain qu'ils subissent la *capitis deminutio* absolument comme les pères de famille, peut-être même plus souvent.

Mais quoi qu'on ait affirmé le contraire, rien ne prouve que le fils de famille n'eût pas un chapitre spécial.

Le fils de famille occupe dans la cité une place égale à celle de son père ; il est citoyen tout comme lui et au même titre que lui ; pourquoi donc ne figurerait-il pas comme lui, avec un rang égal, sur la liste des citoyens, sur la liste du cens, qui ne s'occupe pas du tout de la situation dans la famille ?

Il doit le service militaire comme lui, il est électeur comme lui et peut, comme lui, arriver aux honneurs. Comment ne figurerait-il pas au même rang sur les listes militaires et sur les listes électorales ?

On veut qu'il figure secondairement dans le chapitre du père, cela n'a aucune raison d'être, quand il s'agit d'établir sa situation, non pas vis à vis du père, mais vis à vis de la cité, à l'égard de laquelle il se présente avec des droits égaux.

Il est certain, au surplus, que les tables du cens étaient rédigées avec un certain ordre ; quel pouvait être cet ordre ? Evidemment un ordre conforme à la répartition en classes et en centuries.

Deux observations le prouvent :

D'abord les centuries ne votaient pas toutes ensemble, mais successivement ; chacun votait à haute voix à l'appel de son nom (Tit.-Liv., I, 43. — Cic., *de finibus*, III, 15, 16.), et, comme il est tout à fait invraisemblable de croire que le lecteur devait feuilleter tout le registre depuis le premier *volu-*

men jusqu'au dernier, et recommencer à chaque centurie, ce qui aurait été nécessaire si, sur les registres, les centuries avaient été mêlées, il faut en conclure que les registres étaient tenus par centurie. Or, très souvent, le père et le fils n'appartenaient pas à la même centurie : très souvent l'un sera *senior*, et l'autre *junior* ; il appartiennent donc à deux centuries différentes de la même classe, donc le nom du fils n'était pas à côté de celui du père sur les registres.

Une conclusion identique se tire des convocations militaires. Le père est *senior*, il fait partie des troupes sédentaires, le fils *junior* fait, au contraire, partie, suivant l'expression moderne, de l'armée active chargée des expéditions (Tit.-Liv., I, 43.); ils appartiennent donc, non seulement à des centuries différentes, mais encore à des armées différentes. Il est possible que l'une soit convoquée sans que l'autre le soit, et si toute l'armée est convoquée, le père et le fils sont convoqués dans des lieux différents, parce que chacun va rejoindre sa centurie; l'appel se fait en chaque centurie, c'est là le seul moyen de constater rapidement la présence de chacun; chaque centurion a la liste de sa centurie; or, n'est-il pas très vraisemblable d'admettre que la liste du cens, qui est instituée surtout en vue des convocations militaires, est conforme aux listes des centuries; donc le père et le fils qui ne font pas partie de la même centurie sont inscrits à des chapitres différents sur la liste du cens.

Il ne faudrait pas objecter que le classement du fils au livre du cens était impossible parce qu'il n'avait pas de patrimoine: il n'est pas douteux qu'il figurait sur le cens (Tit.-Liv., I, 43); probablement il était classé d'après la fortune du père; c'était une des applications les plus intéressantes de la copropriété familiale.

On comprend très bien ainsi, comme nous le disions plus haut, que Tite-Live puisse donner le nombre des citoyens (80.000; — Tit.-Liv. I. 44). Il y en a autant que de chapitres, c'est la manière la plus pratique de faire un dénombrement.

On peut donc tenir pour infiniment probable, sinon pour démontré, que le fils de famille avait son chapitre à part ; dès lors le retranchement de chapitre, la *capitis deminutio*, se comprend aussi bien pour le fils que pour le père.

Voilà la *capitis deminutio* à l'origine ; mais le cens ne se perpétua pas toujours à Rome : il disparaît sous l'empire, sous Vespasien. En 73, eut lieu l'avant-dernier ; sous Decius, en 250, le dernier ; déjà antérieurement, sans doute, il avait perdu sa signification ; ainsi l'expression *capitis deminutio* ne peut plus garder sa signification primitive : elle en prend une nouvelle ; c'est avec cette signification nouvelle qu'elle est habituellement employée par les jurisconsultes de l'époque classique.

CHAPITRE TROISIÈME

DE LA *capitis deminutio* DANS SA DEUXIÈME FORME

Les citoyens étaient désignés sur les registres du cens par leur nom ; or, le nom comprend au moins deux mots dont l'un est le nom de famille (1).

Donc le cens qui constate la qualité de citoyen, qui constate par là même la qualité d'homme libre, constate aussi la famille de chacun. En un mot, le cens constate ce que nous appelons l'état de chaque citoyen.

De même que le retranchement du chapitre s'était identifié avec le retranchement de la personne, du citoyen, de même il s'identifia avec le retranchement de l'état ; *capitis deminutio* devint synonyme de *status mutatio* (2), et quand le fait matériel qui constituait l'unité des trois *capitis deminutiones* disparaît avec le cens, ou même avant peut-être, perd toute signification, alors la *capitis deminutio* n'a plus d'autre traduction que celle de *status mutatio* ; alors ainsi peut naître comme nous l'avons montré la distinction entre les trois *capitis deminutiones*.

Ceci nous amène à donner quelques développements sur le *status* romain et sur les trois *capitis deminutiones*.

(1) Il y a souvent un troisième celui de la *gens* et quelquefois un surnom, sans compter les noms adjoints par suite d'adoption.

(2) Aujourd'hui encore, on identifie très souvent le titre avec le droit qu'il constate, on dit : j'ai perdu ma créance, pour dire j'ai perdu l'acte qui la constatait. Cela est vrai, même au point de vue juridique, quand il s'agit de titres au porteur : être possesseur de titres au porteur vous rend aussi réellement maître du droit, au point de vue de l'article 2279, que s'il s'agissait d'un meuble corporel que l'on détint.