

# Alan Watson Foundation

UNIVERSITY OF BELGRADE  
SCHOOL OF LAW

RÉFLEXIONS SUR LES PRÉSUMPTIONS RELATIVES AUX COMOURANTS  
(COMMORIENTES) EN DROIT ROMAIN

DE

GÁBOR HAMZA

This paper may be downloaded without charge at  
the Alan Watson Foundation website: [www.alanwatson.org](http://www.alanwatson.org)



Univerzitet u Beogradu

**PRAVNI FAKULTET**



Belgrade 2008

Gábor Hamza

Professeur de l'Université Eötvös Loránd de Budapest

I. Dans les sources du droit romain on ne trouve aucun terme technique général qui figure dans les fragments traitant des questions juridiques nées à la suite du décès dans le même événement de plusieurs personnes (comourants).<sup>1</sup>

Il est à noter qu'il n'y a pas dans les sources un terme *periculum* commun dont la traduction serait la *gemeinsame Gefahr* dans le domaine de la terminologie juridique allemande. C'est pour cette raison que l'auteur de cette étude considère plus pertinent l'usage des termes *même événement* (*dasselbe Ereignis* en allemand) ou *péril* au cours de l'analyse des sources.<sup>2</sup>

Quant aux périls ou aux événements dans lesquels plusieurs personnes périssent, les sources se contentent des énumérations d'exemples. Comme source de péril on trouve le plus souvent le naufrage (*naufragium*) (p.ex.: D.34.6.9.pr.,<sup>3</sup> D.36.1.18.7., D.23.4.26., D.24.1.1.32., D.34.5.22. et D.34.5.23.). A côté du naufrage on trouve encore comme sources de péril la ruine (*ruina*), l'agression (*adgressus*) et l'incendie (*incendium*). (P.ex.: D.24.1.32.14., D.36.1.18.7.)<sup>4</sup> Dans la sphère de l'énumération des sources de péril - ici la classification exhaustive n'est pas possible, puisque l'on ne peut pas prévoir tous les événements provoquant la mort - on ne rencontre l'ensemble intégral des faits que dans une source (D.36.1.18.7. - Ulpianus) si ce passage élargit sans limites la sphère de toutes les situations de péril possibles conduisant au décès simultané de plusieurs personnes avec la mention de "...vel quo alio, modo..." figurant à côté du naufrage, de la ruine et de l'agression en considérant donc les présomptions relatives aux décédés dans le même événement comme constatables indépendamment de l'événement qui aurait conduit au décès d'autrui.

<sup>1</sup> La présente étude ne peut avoir la prétention de combler toute la problématique juridique des "commorientes" et est loin d'entreprendre une étude exhaustive de la matière. Voir l'ouvrage de R. Lambertini qui traite d'une manière détaillée des divers aspects des "commorientes" (*La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, Milano, 1984).

<sup>2</sup> Dans la terminologie juridique française on trouve le terme "même événement". A l'égard des présomptions de survie du droit romain, Cuq formule ainsi : "Lorsque deux personnes, appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la plus jeune est présumée avoir survécu, à moins qu'elle ne fut impubère. S'il s'agit du mari et de la femme, la présomption de survie est en faveur du mari". É. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 110. Gaudemet souligne la nature arbitraire des présomptions de survie en droit romain : "Le cas des «comourants», qui disparaissent dans un même accident (naufrage, tremblement de terre, incendie, etc.) est envisagé par plusieurs textes, qui, parfois, pour régler une succession fixent assez arbitrairement un ordre successoral." J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2<sup>e</sup> éd. Paris, 2000, p. 26 n. 3.

<sup>3</sup> Dans D.34.5.9. pr. seulement le navire (*in nave*) figure comme source de péril mais le naufrage lui-même ne s'y retrouve pas.

<sup>4</sup> Selon le cas d'espèce de l'une des sources (D.34.5.9.1.) le père et son fils périssent dans la guerre (*bellum*). On se demande si l'on peut mettre un signe d'égalité entre *bellum* et *naufragium*, entre *incendium* et *ruina* etc.; autrement dit est-ce qu'on peut considérer même la guerre comme source de péril. A notre avis le *bellum* constitue en lui-même dans un sens très large une source de péril et par conséquent le *bellum* ne peut pas être inséré encore dans la sphère de notions 'vel quo alio modo' figurant dans D.36.1.18.17. Dans le passage cité la guerre ne figure donc pas comme une source de péril, comme un événement concret suscitant la mort de plusieurs personnes. Notre avis est appuyé par le fait que l'on ne rencontre pas dans ce sens la guerre dans les autres sources.

Mais l'indication des sources concrètes de péril provoquant le décès de plusieurs personnes dans le même événement n'est pas le critère de l'applicabilité de ces présomptions. Cela est prouvé par le fait que dans la majorité des sources formulant la présomption, l'indication des sources de péril, des événements ne figure pas du tout (Cf. D.24.1.32.14., D.28.6.42., D.34.5.8., D.34.5.9.2., D.34.5.9.3., D.34.5.9.4., D.34.5.16. pr., D.34.5.16.1., D.34.5.17., D.34.5.18. pr., D.34.5.18.1., D.36.1.35. et D.39.6.26.). Ainsi il n'est pas important que certaines sources lient la décision sur le fond formulant la présomption relative au décès provoqué par un ou plusieurs périls concrets de toute façon à titre d'exemple.

Il n'y a dans les sources aucune trace d'une construction phraséologique unitaire dans le domaine des locutions relatives au décès de plusieurs personnes dans le même événement non plus. Nous passons en revue quelques passages à cet égard. On trouve de telles constructions phraséologiques comme "*simul periant*" (p.ex.: D.28.6.42) et "*simul perierint*" (D.34.5.9.3.) et s'il s'agit de l'un des décédés "*simul perierit*" (p.ex.: D.34.5.9.2.) et "*simul...perit*" (p.ex.: D.34.5.16. pr.). Mais on rencontre aussi de telles expressions comme "*simul decesserit*" (P.ex.: D.34.5.8.)<sup>5</sup> "*simul functus sit*" (p.ex.: D.34.5.18.1.) et "*simul obissent*" (p.ex.: D.36.1.35.). Dans certaines sources au lieu de "*simul*" l'adverbe "*pariter*" (p.ex.: "*pariter...decesserint*" (D.34.5.18. pr., D.39.6.26. ou "*pariter...mortuis*" (D.34.5.16.pr.) ou bien plus simplement la préposition "*cum*" indiquent le décès simultané. Il y a aussi des sources dans lesquelles l'adverbe "*simul*" et la préposition "*cum*" figurent également (p.ex.: D.34.5.9.2.)

L'expression "*commorientes*"<sup>6</sup> relative à plusieurs décédés dans le même événement ne se trouve que dans une seule source (D.24.1.32.14.)<sup>7</sup>. La jurisprudence médiévale a emprunté ce terme comme un terme technique adéquat et grammaticalement convenable.

2. Après avoir constaté que l'on ne trouve pas dans les sources pour tous les cas une terminologie unitaire pour l'indication des sources de péril et des décédés dans le même événement, nous devons examiner quelles sont les présomptions que le droit romain a instituées en forme concrète pour arranger les questions juridiques provenant du décès survenu dans le même événement. En vue de sa réalisation le premier pas nécessaire à faire est de grouper d'après un certain point de vue les passages en question. Vu que l'on peut classer sous plusieurs aspects les sources dans différents groupes, la question sera de choisir la possibilité des groupes les plus opportuns. Il est possible qu'à la base de l'identité seront classés les cas juridiques dans un groupe mais on peut imaginer que l'on choisira le *principium divisionis* conformément au titre du Digeste où l'on trouve la source. Mais étant donné que les sources comprenant la thèse relative aux décédés dans le même événement diffèrent en premier lieu les uns des autres dans l'établissement de la conséquence de la présomption – comme nous le verrons ci-dessous – par quoi on entend que le résultat du décès dans le même événement est la supposition de l'ordre du dépérissement fictif (groupe de cas A) dépendant de l'âge des décédés étant en rapport sang déterminé les uns avec les autres

<sup>5</sup> D'après le complètement de Studemund.

<sup>6</sup> L'une des oeuvres de Plautus portait le nom de "Commorientes" sur la base d'une comédie intitulée "Synapothneskontes" dont l'auteur était Diphilos. Cependant cette comédie de Plautus s'est perdue et par conséquent on ne connaît pas son contenu.

<sup>7</sup> Selon Beseler l'expression "...de commorientibus..." figurant dans le passage, est interpolée. Cf. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, ZSS (Rom. Abt.) 66 (1948) p. 383. Ce terme technique ne figure pas dans sa forme verbale *commori* (en grec *synapothneskein*) dans les sources non plus. Voir encore: Beseler, *Op. cit.* p. 383. n. 49.

et dans le cas de l'absence de rapport de sang adéquat la présomption<sup>8</sup> du décès simultané (groupe de cas **B**), par conséquent au moment du classement des sources la division selon ce point de vue l'emporte fondamentalement.

Les traits caractéristiques communs de toutes les sources appartenant au groupe **A** ou au groupe **B** sont que l'établissement des conséquences juridiques différant d'ailleurs les unes des autres n'est possible que dans le cas de l'ordre de décès non élucidé, c'est-à-dire ultérieurement non constatable.

3. Au sein du groupe de cas indiqué par **A** on peut séparer encore deux groupes en dépendance de l'âge des décédés dans le même événement. A la base des sources classées dans le groupe **Aa** on pourrait formuler la présomption de la façon suivante si le parent et l'enfant impubère décèdent dans le même événement (et on ne peut pas établir ultérieurement l'ordre du décès), le parent survit à son enfant. Selon les fragments appartenant au groupe indiqué par **Ab** la présomption est que si le parent et l'enfant pubère périssent dans le événement l'enfant pubère survit au parent.

Nous nous occuperons d'abord des sept sources appartenant au groupe **A** :

*Inter socerum et generum convenit, aut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret, quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret. Mulier naufragio cum anniculo filio periit, quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit.* (Papinianus – D.23.4.26. pr.)

Ce passage figurant dans le titre *De pactis dotalibus* traite du *pactum* conclu entre le beau-père et son gendre. D'après l'accord, dans le cas où après le décès de la fille (femme) un garçon âgé de un an reste en vie, la dot appartiendra entièrement au mari. Mais si le garçon décède encore avant la mère, le mari ne peut retenir qu'une part de la dot – naturellement si au temps de la mort de la femme il était encore son époux.

La mère et son fils âgé de un an deviennent victime d'un naufrage. Voici la question à résoudre : qui doit-on considérer comme décédé plus tôt ou survivant vu qu'il est impossible d'établir ultérieurement l'ordre des décès. Selon la source l'enfant doit être considéré comme décédé plus tôt puisque c'est le plus vraisemblable (*quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse*). Par conséquent le mari ne peut retenir qu'une part de la dot :

*Si mulier filio cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur.* (Gaius – D.34.5.23.)

Ce passage de Gaius est rédigé de façon beaucoup plus générale que la source analysée plus haut. Sans se lier à quelques faits concrets, Gaius établit d'une manière normative, sans formuler une exigence casuistique, que si la mère périt au cours d'un naufrage avec son enfant impubère, l'enfant mâle doit être considéré comme antérieurement décédé. Le caractère lapidaire de ce fragment s'explique par le fait que les sources se trouvent dans le titre *De rebus dubiis*. Il est à noter que les passages du

---

<sup>8</sup> Dans la doctrine juridique autrichienne on discute si cette formulation est une présomption ou non. De l'avis d'Unger il n'y s'agit pas d'une présomption mais de la formulation en règle juridique du résultat d'une conclusion logique *eo ipso* donnée. J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I. Leipzig, 1868, p. 250 sq.

titre *De rebus dubiis* sont souvent conçus comme s'ils étaient de règles de droit et ainsi ils ne nous font pas connaître le cas d'espèce détaillé du litige.

4. Plusieurs sources peuvent être déjà classées au groupe de cas indiqué par **Ab**. Tous les passages y appartenant se retrouvent dans le titre *De rebus dubiis*. Nous allons les passer en revue un à un :

*Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credit patrem prius mortuum.* (Tryphoninus – D.34.5.9.1.)

D'après les faits figurant dans cette source le sujet du litige est le suivant :

Le père et son fils sont tombés à la guerre. La mère prétend aux biens du fils (probablement sur la base du *Senatusconsultum Tertullianum*) tandis que les autres héritiers (les parents agnats) prétendent à toute la fortune paternelle y compris les biens du fils aussi. La mère se réfère au décès du fils survenu plus tard tandis que les parents collatéraux fondent leurs prétentions sur la mort du fils survenue plus tôt. C'est en se référant à Hadrianus que Tryphoninus donne suite à la prétention<sup>9</sup> de la mère puisque selon l'empereur le père doit être considéré comme tué sur le champ de bataille. Comme ce passage ne mentionne pas l'âge du fils il est problématique s'il a déjà accompli ses quatorze ans. A mon avis le fils est pubère puisqu'il a participé selon toute probabilité à la guerre comme soldat et comme soldat il a dû atteindre l'âge nécessaire à la puberté :

*Si sum filio suo libertus simul perierit intestati,<sup>10</sup> patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.* (Tryphoninus – D.34.5.9.2.).

Les faits ne sont pas bien éclaircis dans cette source. On ne sait pas en effet si le fils du père-*libertinus* n'est pas impubère ou s'il a déjà atteint l'âge de la puberté. Selon le cas d'espèce le père-*libertinus* décède avec son fils dans le même événement sans avoir testé. Si la succession des décès est douteuse c'est-à-dire si l'on ne peut pas prouver que le fils a survécu à son père, celui-ci deviendra l'héritier légitime. Le motif de la décision est la *reverentia patronatus*. Le jurisconsulte considère donc de toute façon (même si le fils est déjà adulte) le père comme survivant pour que le *patronus* hérite le legs. C'est sans doute la considération basée sur la politique juridique qui motive le *responsum* de Tryphoninus. Cela explique que le motif de la décision repose sur un argument nettement "juridique" :

*Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur, quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.<sup>11</sup>* (Tryphoninus – D.34.5.9.4.)

<sup>9</sup> Selon Kaser ce *rescriptum* de l'empereur Hadrianus (117-138) était le début du développement de la "Kommorientenpräsumption" à l'époque classique. M. Kaser, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, ZSS (Rom. Abt.) 72 (1954) p. 239.

<sup>10</sup> Selon la correction de Mommsen "intestato".

<sup>11</sup> Selon Kaser "nisi...contrarium approbetur" n'est pas d'origine classique. Voir Kaser, *Op. cit.* p. 239.

Le décès simultané du père et de son fils pose même dans ce fragment un problème de droit successoral. Comme survivant doit être considéré le fils (qui est l'unique héritier testamentaire) et le legs se transmet à ses héritiers. Mais si le fils est impubère le père est le survivant. Toutes les deux présomptions ne sont valables naturellement qu'à défaut de la preuve contraire.

Le jurisconsulte ne mentionnant pas la source de péril concret, l'événement conduisant au décès, rédige la présomption en se ralliant à des faits donnés, à un litige concret et compte tenu de l'ordre des décédés dans le même événement étant en rapport parents-enfant :

*Quod de pariter mortuis tractamus et aliis agitatum est, ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu competere? et divus Pius<sup>12</sup> rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit. (Marcianus – D.34.5.16.pr.)*

Même ce passage indique que le problème de droit successoral doit être décidé. La mère demande pour elle au mari de sa fille la remise de la dot si la fille périssait pendant le mariage. Successivement la mère et la fille décèdent dans le même événement. Question: est-ce que la dot se transmet à l'héritier de la mère et en cas affirmatif est-ce que l'héritier peut demander *l'actio ex stipulatu*? Selon le *rescriptum* de l'empereur la *stipulatio* n'entre pas en vigueur puisque la mère n'a pas survécu à sa fille. Du décès présumé plus tôt de la mère résulte que bien que la condition du décès contenue dans la stipulation (le décès de la fille, épouse du mari se livrant à la stipulation) se soit réalisé, l'héritier de la mère ne peut pas intenter le procès pour la dot.

La disposition du *rescriptum* est en harmonie avec la règle générale que l'enfant adulte survit au parent puisque le fait de la célébration du mariage figurant dans les faits renvoie univoquement à l'âge adulte de la fille.

*Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explicari non possit, uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse. (Iavolenus – D.34 5.22 )*

A la différence des sources précédentes ce passage ne renvoie pas à la base du litige. Iavolenus ne dit autre que si, au cours du naufrage, la mère périt ensemble avec son fils et que l'ordre de la mort survenue reste est inéclairci, le fils doit être considéré comme décédé plus tard. La décision relative à l'essence du *responsum* et sa motivation (*humanius est credere filium diutius vixisse*) sont selon toute probabilité interpolées.<sup>13</sup>

5. Au cours de l'analyse des présomptions établissant l'ordre des décès dépendant de l'âge, se pose la question de savoir sur quoi les jurisconsultes ont fondé ces présomptions liées très souvent à la réalité de vie.

En ce qui concerne les sources appartenant aux groupes indiqués par **Aa** et **Ab** la motivation peut être que dans le cas des personnes physiquement plus faibles, la probabilité des décès survenus plus tôt est plus grande dans la vie aussi même en dehors des cercles des catastrophes conduisant aux décès survenant dans le même événement.

<sup>12</sup> Il s'agit du *rescriptum* de l'empereur Antoninus Pius (138-161).

<sup>13</sup> Kaser, *Op. cit.* p. 239.

Dans le cas des impubères il suffit de penser seulement à la mortalité infantile, alors que dans le cas des parents à l'âge avancé.

Dans le groupe de cas **Aa** (dans le cas du décès de l'enfant impubère et du parent dans le même événement) la présomption, c'est-à-dire la supposition de la survie du parent, correspond à l'ordre probable du décès dans la vie quotidienne, ce qui permet d'expliquer que cette présomption se réalise sans exception.

Mais quant aux fragments appartenant au groupe **Ab** (le décès de l'enfant pubère et du parent dans le même événement) on peut mettre en doute sur la base de simples probabilités la présomption de la survie de l'enfant adulte. C'est ainsi que si le parent est relativement jeune et se trouve physiquement en pleine force il n'est pas probable qu'il décède avant son enfant qui se trouve dans son âge tendre bien que celui-ci soit déjà pubère. Aussi les jurisconsultes reconnaissent-ils bien des fois que la présomption de la survie de l'enfant pubère est souvent invraisemblable. Il en résulte que l'on trouve nécessaire l'*argumentum ad hominem*, c'est-à-dire on doit se référer à la décision ou l'opinion de l'empereur (D.34.5.9.1. et D.34.5.16. pr.) ou bien la présomption est motivée par l'*humanitas* (D.34.5.22.) ayant également un contenu large. On ne trouve en aucun cas la référence à la probabilité bien que celle-ci figure comme motif dans l'une des sources (D.23.4.26.) appartenant au groupe indiqué par **Aa**. Il résulte de la recherche de l'ordre de la survie supposé que - comme nous venons de voir ci-dessus - s'il s'agit des droits du *patronus*, on présume justement le contraire ; c'est-à-dire le père survit à son enfant pubère.<sup>14</sup>

6. Nous examinerons tour à tour les sources qui ne donnent pas de renseignements sur la priorité de la mort des personnes décédées dans le même événement. Au domaine de ces fragments on suppose simplement, à condition que l'on ne puisse pas constater la date du décès survenu, le décès, simultanément survenu pour que l'on puisse arranger les questions litigieuses concernant les différentes transactions juridiques. Il est opportun de classer les fragments appartenant à ce domaine (groupe de cas indiqué par **B** de sorte qu'ils contiennent des matières relatives à une certaine institution juridique. On classe au premier groupe indiqué par **Ba** les sources qui présument le décès simultané dans un même événement dans le domaine des donations (*donationes inter coniuges et donationes mortis causa*). Ce sont les suivants :

*Si ambo ab hostibus capti sint et qui donavit et cui donatum est, quid dicimus? er prius illud volo tractare oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: ergo si ambo decesserint, quid dicemus, naufragio forte vel ruina vel incendio? et si quid possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est questio: sin vero non appareat, difficilis quaestio est et magis puto*

<sup>14</sup> On trouve une exception en cas du *fideicommissum*. Ulpianus constate *expressis verbis* que dans le cas du décès dans le même événement le fils doit être considéré comme décédé plus tôt si le *fideicommissum* est lié à la condition de périr sans enfant et que le *fideicommissum* a été en faveur de *pater fiduciarius*. Cette thèse se réfère évidemment à l'enfant pubère aussi. Voir le passage "*Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse, sed si naufragio vel ruina vel adgressu vel quo alio modo simul cum patre perierit, an condicio defecerit, videamus, et magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium eius supervixisse, aut igitur filius supervixit patri et extinxit condicionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit condicio: cum autem, quis ante et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est*" (Ulpianus – D.36.1.181.7.) A l'avis de Dernburg cette exception est motivée par le fait que l'admission dans ce cas de la présomption conduirait à un résultat contraire à la volonté du testateur. H. Dernburg, *Pandekten*, Berlin, 1896, t. I. p. 116 sq.

*donationem valuisse et his ex verbis orationis defendimus; ait enim oratio si priori vita decesserit qui donatum accepit, cum simul decesserint, proinde rectissime dicitur utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit: sed cum necer alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit: sed cum necer alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: num et circa causa donationes mutuas id erat consequens dicere neutri datam conditionem: locuples igitur heredes donationibus relinquent, secundum haec si ambo ab hostibus simul capti sint amboque ibi decesserint non simul, utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint? an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium? an spectemus, uter prius decesserit, ut in eius persona non valeat donatio: an uter rediit, ut eius valeat; mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint: quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia redit. (Ulpianus – D.24.1.32.14.)*

Ce fragment traite de la question de la validité de la donation entre époux. Dans le cas d'espèce relativement étendu "à plusieurs composants" le jurisconsulte constate d'abord que la donation entre époux en captivité n'est pas valable si le gratifié est le premier à décéder. La solution est problématique si tous les deux décèdent ensemble au cours d'une catastrophe quelconque et on ne peut pas établir lequel des deux est décédé le plus tôt. En se référant à la *oratio Severi*<sup>15</sup> Ulpianus considère comme valable la donation même dans ce cas et notamment sur la base que le gratifié ne doit pas être considéré comme décédé le plus tôt. Il en résulte que même dans le cas des donations réciproques - en cas du décès dans le même événement – sont valables ces transactions, le don appartient donc aux héritiers. Il faut encore statuer sur la question à savoir que devra être la solution en cas des donations réciproques si les époux en captivité selon les preuves ne décèdent pas simultanément dans le même événement en captivité. Plusieurs possibilités concernant la solution sont possibles :

- a/ sur la base de la  *fictio legis Corneliae*  la captivité peut être considérée presque comme un décès dans le même événement (dans ce cas d'après ce que nous venons de dire ci-dessus la donation est valable),
- b/ la donation est nulle puisque le mariage s'est déjà éteint dans leur vie (lors de la captivité),
- c/ la donation n'est valable que si le gratifié a survécu à la donation,
- d/ seule la donation dont le gratifié est rentré est valable.

D'après Ulpianus la variation a/ doit être acceptée, c'est-à-dire en cas de captivité le décès simultané doit être supposé. Néanmoins cette présomption s'écroule si l'un des conjoints rentre à la maison. Ulpianus présume que le décès des conjoints survient simultanément dans une situation directement menaçant la vie. C'est de cette thèse qu'il parvient sur la base d'un raisonnement logique - si le décès est survenu en même temps, c'est-à-dire ni l'un ni l'autre n'est décédé plus tôt y compris le gratifié - à la validité de la donation. Il étend la présomption établissant le décès simultané à la base de la  *fictio legis Corneliae per analogiam*  aussi à ceux qui sont tombés en captivité en même temps :

<sup>15</sup> L'"oratio Severi" datant de l'an 206 après J.-Chr. considère comme valable la donation entre époux même sans le  *fideicommissum*  si le décès du donateur est survenu. H. Siber,  *Confirmatio donationis* , ZSS (Rom. Abt.) 53 (1933) p. 125. et F. Schulz,  *Classical Roman Law* , Oxford, 1954, p. 121.

*Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto cui donatum est ad eum res redit qui donaverat: quod si simul tam is cui donatum est quam is qui donaverit, quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem, eo maxime quod donatur non supervivat, qui rem condicere possit. (Paulus – D.34.5.8.)*

Le passage de Paulus figurant dans le titre *De rebus dubiis* traite aussi de la question relative à la validité de la donation entre époux.<sup>16</sup> Le jurisconsulte constate que si le gratifié décède plus tôt, le donateur reprend le don, c'est-à-dire la transaction est nulle. Mais si les conjoints décèdent dans le même événement, la donation est valable parce que celui qui pourrait revendiquer le don, ne vit plus. La motivation du *responsum* pertinent dans son résultat est injuste parce que le donateur qui pourrait intenter le procès, ne vit plus puisque son héritier pourrait encore le faire, mais parce que - comme nous venons de voir ci-dessus - le donateur n'a pas survécu au gratifié. Paulus n'argumente donc pas avec la présomption du décès survenu en même temps des décédés dans le même événement mais du côté de la possibilité d'intenter le procès il arrive au résultat pertinent formulé dans le fragment d'Ulpianus que nous avons cité:

*Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quin neuter alteri supervixit, idem iuris est, si pariter maritus et uxor sini donaverint. (Marcianus – D.38.6.26.)*

Le fragment de Marcianus figurant dans le titre *De mortis causa donationibus et capionibus* expose la question relative à la validité de la donation réciproque pour le cas du décès. Si les donateurs (qui ne sont pas nécessairement conjoints) décèdent dans le même événement, les actes juridiques, eu égard au décès des deux survenu simultanément, sont valables. Dans ce cas d'espèce la présomption du décès simultané crée au moyen d'une inversion logique (à savoir au lieu de la conséquence de la survie, l'absence du décès survenu plus tôt) la possibilité de la succession réciproque.

7. Le groupe suivant des fragments indiqué par **Bb** présume à propos des questions posées en rapport avec la restitution de la dot le décès simultanément survenu. Les trois sources indiquées ci-dessous appartiennent à ce groupe :

*Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo<sup>17</sup> si in matrimonio mulier decessisset habebit locum; si non probatur illa superstes viro fuisset. (Tryphoninus – D.34.5.9.3.)*

Ce fragment expose la question de l'efficacité de la *stipulatio* liée à la condition du décès de la femme survenu au cours du mariage. Le problème se pose parce que les conjoints sont décédés dans le même événement et on discute et on se demande si la condition de la *stipulatio* subsiste. D'après Tryphoninus la *stipulatio* est valable si l'on ne peut pas prouver que la femme a survécu à son mari. Mais dans le cas où la femme serait décédée après la mort de son mari, vu que le mariage s'est déjà

<sup>16</sup> Concernant l'origine de la prohibition de la donation entre époux en droit romain voir G. Hamza, *Les motifs de la prohibition de la donation entre époux en droit romain et l'hypothèse sur son origine*, in : *Le droit de la famille en Europe, Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Strasbourg, 1992, p. 481-490.

<sup>17</sup> Dans cette source le mot "*capitulum*" signifie l'un des points de la stipulation. Cf. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl. neu bearb. von E. Seckel. Jena, 1914.

éteint avec le décès du mari, la condition de la stipulation ne se réalise pas. Le juriste parle de la présomption du décès du couple dans le même événement puisque le passage ne pose pas et ne mentionne pas la possibilité du décès de la femme survenu plus tôt. Il résulte de la présomption du décès simultané que le mariage a pris fin lors du décès de la femme - et pas plus tôt - et par conséquent la femme est décédée comme conjointe, la condition de la *stipulatio* s'est donc réalisée.

Le passage suivant traite aussi de la validité de la *stipulatio* visant à la restitution de *dos recepticia* :

*Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.* (Marcianus – D.34.5.16.1.)

Selon ce fragment la personne offrant la dot (que la source indique seulement comme *extraneus*) décède avec le mari ou avec la femme dans le même événement. On se demande si l'héritier de "l'*extraneus*" peut intenter le procès pour la dot. Si l'on suppose que la personne offrant la dot décède simultanément avec le mari ou avec la femme, la réponse est unanimement négative puisque "l'*extraneus*" ne survit ni au mari dont il pourrait réclamer la remise de la dot, ni à la femme en faveur de laquelle il l'a ordonné. Bien que Marcianus ne décide pas négativement *expressis verbis*, il est bien probable qu'il parvient sur la présomption du décès simultanément survenu à la réponse négative. Mais la décision fait de la même manière défaut dans le fragment de Paulus dont le cas d'espèce pose des problèmes d'interprétation :

*Idem est, si dos uxori praelegata sit et simul cum marito perierit.* (Paulus – D.34.5.17.)

En admettant<sup>18</sup> la correction de Mommsen le cas d'espèce de cette source est le suivant : le mari "a fait retourner" (*relegatio dotis*) à sa femme la dot et ainsi on se demande si l'héritier de la femme peut réclamer de l'héritier du mari la dot si les conjoints décèdent dans le même événement. En présumant le décès simultané du mari et de la femme puisque la femme n'a pas survécu à son mari, l'héritier de la femme ne peut pas intenter le procès pour la dot.

8. Au troisième groupe de cas indiqué **Bc** appartiennent uniquement les fragments dans lesquels la présomption du décès simultanément survenu influence généralement l'ordre de la succession. Les fragments y appartenant, à l'exception d'un fragment, réglementent la succession de l'*heres substitutus*. A l'intérieur de ces fragments quatre sources traitent de la succession du *heres substitutus* remplaçant les héritiers décédés dans le même événement. Ces fragments dans lesquels la succession du *heres substitutus* dépend de différentes conditions, seront examinés d'abord :

*Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moritur Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur, dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem, in proposita autem quaestione ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri,*

<sup>18</sup> D'après Mommsen à la place de *praelegata* il y avait originairement *relegata* dans le passage.

*quia comparatio posterioris decedentia ex facto prioris mortui sumitur? sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse: et proximus adgnatus intellegitur etiam qui solus est quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt.* (Tryphoninus – D.34.5.9. pr.)

Selon ce passage<sup>19</sup> le testateur qui a deux fils impubères ordonne à Titius d'être *heres substitutus* de celui qui décèdera entre les fils plus tard. Des suites d'un naufrage les enfants impubères décèdent en même temps. On se demande le legs duquel reçoit Titius. Au cours de la solution Tryphoninus part du fait que les frères étaient morts l'un après l'autre et qu'ils ne seraient pas décédés simultanément, celui qui décèdera plus tard hériterait – comme héritier légitime - les biens du frère décédé plus tôt. Ainsi Titius comme l'héritier de l'enfant postérieurement décédé héritera aussi de legs de l'enfant impubère antérieurement décédé, tous les deux legs se transmettront donc à lui. Le problème est dû au fait que le testateur nomme Titius comme *heres substitutus* de son fils décédé plus tard. Si les deux frères décèdent dans le même événement - comme leur décès doit être présumé simultané - aucun d'eux ne survit à l'autre. L'établissement du décès postérieur est lié à la condition que l'autre personne, dans ce cas le frère, décède plus tôt - ce qui ne s'est pas réalisé ici. Selon le jurisconsulte il faut précéder du fait que les deux frères doivent être considérés comme postérieurement défunts.

Tryphoninus allègue d'une part que si le testateur nomme un *heres substitutus* pour son fils décédé plus tard, cette substitution sort ses effets s'il n'a qu'un fils alors que doit être considéré d'autre part comme *adgnatus proximus* même celui devant lequel il n'y a pas de parents plus proches. Cela permet au jurisconsulte de déduire logiquement la conséquence de la présomption du décès simultanément survenu. Un cas d'espèce pareil est contenu dans le passage suivant d'Africanus :

*Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit, si simul morerentur utrique heredem esse respondi, quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intellegitur sicut et e contrario proximus non solum is qui ante aliquem; sed etiam is ante quem nemo sit intellegitur.* (Africanus – D.28.6.34. pr.)

Le testateur ordonne pour l'impubère décédé plus tard un *heres substitutus*. Les enfants impubères décèdent dans le même événement et on se demande le legs de quel enfant est hérité par le *heres substitutus*. Africanus - pareillement à Tryphoninus - estime que le *heres substitutus* hérite les biens des deux enfants.

Du point de vue de l'argumentation d'Africanus est particulier le fragment suivant de Papinianus la conclusion duquel correspond à celle des passages analysés ci-dessus :

*Qui ex libris meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto duobus peregre defunctis si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Iuliani sententia, qui propter incertum condicionis etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit.* (Papinianus – D.37.11.11. pr.)

<sup>19</sup> A propos de l'interprétation de D.34.5.9. et de la reconstruction du texte cf. C.F. Mühlenbruch, *Über die Priorität des Todes*, Archiv für die civilistische Praxis. 1821, p. 414-419., L. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1870, t. I. p. 29 sq., H. Dernburg, *Op. cit.* t. I. p. 116. et K.A. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg, 1863, p. 71.

Selon ce fragment le *heres substitutus* de l'enfant impubère ultérieurement décédé est Titius. Les deux enfants décèdent mais Titius ignore lequel d'eux est décédé le plus tard. Voilà la décision: eu égard à l'incertitude de la réalisation de la condition (*propter incertum condicionis*) le *heres substitutus* hérite le legs des deux enfants. La motivation exposée par Papinianus avec référence à Salvius Iulianus n'est pas convaincante, puisqu'il n'allègue que l'incertitude. Nous reviendrons plus tard encore sur cette source – en l'examinant sous autre aspect. L'autre passage aussi de Papinianus, traite essentiellement de la substitution :

*Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent: deinde pueri post mortem patris simul perierunt: duae hereditates substituto deferentur sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri eius fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet: sed in ratione Falcidia pueri prioris hereditas non veniet nec substitutus amplius quam sescundiam iure testamenti desiderabit: legata quoque, quae a substituto eius filii data sunt, qui prior intestate decessit, ad irritum recidunt.* (Papinianus – D.28.6.42.)

Le testateur ordonne un *heres substitutus* à ses deux fils impubères à condition que tous les deux, c'est-à-dire les deux enfants, décèdent. D'après l'un des cas d'espèce les garçons décèdent dans le même événement. Dans ce cas les legs des deux se transmettent au *heres substitutus*. La situation est la même si les impubères décèdent l'un après l'autre. Mais une différence essentielle peut être quant à la grandeur des biens se transmettant au *heres substitutus* si l'on se demande si les deux fils héritiers décèdent dans le même événement ou bien l'un après l'autre dans des temps différents. Dans le premier cas l'héritier substitué est l'héritier testamentaire de tous les défunts, alors que dans l'autre cas il est indirectement l'héritier "légitime" du défunt décédé plus tôt puisque le frère décédé plus tard a hérité à titre de succession légitime le legs de cet impubère et il n'est l'héritier testamentaire que du fils décédé plus tard. Du point de vue du calcul de la base de la *quarta Falcidia* le legs du fils décédé premier reste en effet de cette façon négligeable<sup>20</sup> puisqu'ici le *heres substitutus* est l'héritier "légitime" indirect.

Le passage, en ce qui concerne la conséquence du premier cas d'espèce correspond à la thèse formulée dans les fragments ci-dessus analysés, bien que Papinianus ne motive pas sa décision.

Le passage suivant diffère des fragments ci-dessus examinés en ce que selon l'un des cas d'espèce l'héritier substitué (qui est le frère de l'héritier) et l'héritier décèdent dans le même événement, alors que selon l'autre cas d'espèce les frères décèdent dans le même événement et sont réciproquement héritiers substitués l'un de l'autre :

*Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarii substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoc est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.* (Marcianus – D.34.5.18.pr.)

<sup>20</sup> Pour le *substitutus* il est donc plus avantageux d'hériter une moitié du legs ab intestat parce que dans ce cas les dispositions de l'héritier décédé plus tôt concernant le legs ne sont pas valables et par conséquent le substitutus hérite tout le legs à titre de succession légitime "indirecte".

Dans tous les deux cas d'espèce la question est la même : est-ce que les héritiers substitués héritent (ou bien dans le premier cas d'espèce est-ce que l'héritier substitué hérite) les uns après les autres ? Marcianus parvient à la conclusion juste que comme ni l'un a survécu à l'autre, il est à présumer leurs décès, faute de la preuve contraire, survenus en même temps. Ainsi ils ne peuvent pas hériter - c'est-à-dire le *heres substitutus* ne peut pas hériter - les uns après les autres.

Ce fragment a pour trait spécial qu'il formule d'une manière générale la conséquence du décès survenant dans le même événement.

Le dernier passage appartenant au groupe indiqué par **Bc** contient une thèse spéciale qui est apparemment en contradiction avec la conséquence de la présomption formulée dans les passages analysés ci-dessus :

*Si eius, qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo<sup>21</sup> voluit pater restitui et simul fratres diem suum obissent: propinquum, si non ostenderit quis novissimus obisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatus consulto ad utriusque hereditatem admitti constat.* (Marcianus – D.36.1.35.)

Selon le cas d'espèce du fragment le père testateur laisse à son parent les biens de son fils décédé le dernier. Mais les deux fils périssent dans le même événement. Si selon le jurisconsulte le parent ne peut pas constater lequel des fils est décédé le plus tard, le legs des deux fils ne lui appartient pas, mais en raison du *Senatusconsultum Tertullianum* à la mère. On se demande quel est le motif de cette décision différant de la règle générale. Marcianus veut favoriser probablement la succession de la mère et ainsi exceptionnellement il ne trouve pas opportun - comme il y avait déjà un précédent dans le cas du *patronus* bénéficié - en raison de la condition du manque de preuve la constatation de la conséquence ayant trait à la présomption du décès simultané.

9. Après avoir examiné les passages dont l'auteurs formulent une certaine thèse relative à la date de la mort des décédés dans le même événement, nous aurons encore pour tâche de résumer brièvement les particularités caractéristiques de ces thèses et d'esquisser quelques problèmes discutables.

A propos du champ d'application de la présomption formulée dans les fragments appartenant au groupe de cas **A** il est nécessaire de relever que l'âge (âge pubère et âge impubère) suppose la priorité du décès du parent ou de l'enfant exclusivement dans le cas du décès du parent et de l'enfant dans le même événement. Le droit romain ne formule donc pas généralement une présomption<sup>22</sup> pour le décès du pubère et de l'impubère survenu dans le même événement. Mais même dans le cas de la présomption jouant dans le domaine personnel étroit il y a (dans certains cas spéciaux) des exceptions.<sup>23</sup>

La thèse supposant le décès simultané en cas du décès dans le même événement de plusieurs personnes figurant dans le groupe de cas **B**, thèse qui est à vrai dire la formulation de la conséquence juridique d'une conclusion pertinente du

<sup>21</sup> Le *propinquus* signifie dans cette source un parent plus lointain du frère paternel.

<sup>22</sup> Selon Mühlenbruch la présomption de "priorité" est généralement valable indépendamment des rapports entre parent et enfant si des adultes et des impubères décèdent dans le même événement. Mühlenbruch, *Op. cit.* p. 402-406.

<sup>23</sup> C'est ainsi dans la sphère du *patronatus* et du *fideicommissum*.

point de vue logique, n'intervient pas sans exception.<sup>24</sup> Mais on doit prévoir la thèse si les esclaves décèdent avec leurs propriétaires dans le même événement, c'est-à-dire la présomption du décès simultané se réfère encore aux "choses" aussi.<sup>25</sup>

A l'égard des thèses supposant la priorité du décès et du décès simultané, se pose la question à propos de quel événement concret elles sont applicables. Les passages posent comme condition de l'établissement de ces thèses des catastrophes provoquant le décès de plusieurs personnes. Il en résulte - bien que les passages n'y renvoient directement en aucun cas - que le décès de plusieurs personnes dans le même événement doit être provoqué par le même événement ou en d'autres termes par la même catastrophe. Par conséquent si l'événement provoquant le décès n'est pas le même pour toutes les personnes qui périssent dans le même événement, aucune présomption ne peut être appliquée. Ce cas subsiste même alors si uniquement le fait du décès de plusieurs personnes est certain, mais l'événement concret ou la cause concrète conduisant à leur décès ne sont pas connus.<sup>26</sup>

10. Après avoir analysé la construction des présomptions relatives aux personnes décédées dans le même événement (comourants, *commorientes*) en droit romain on peut arriver à la conclusion que le *ius Romanum* ne peut pas être considéré comme *source directe* de la construction de la priorité du décès - ou en d'autres termes de la présomption légale de survie - dépendant de l'âge et du sexe des personnes qui périssent dans le même événement conçue d'une manière artificielle dans le Code civil français.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> D.36.1.35.

<sup>25</sup> Du point de vue du calcul de la base de la *quarta Falcidia* les esclaves décédant avec le propriétaire dans le même événement ne sont pas mis en considération. Voir le fragment "*Sed et circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita functus sit, servi, quasi in bonis eius mortis tempore fuerint, non computantur*". (Marcianus D.34.5.18.1.)

<sup>26</sup> Dans le fragment déjà cité (Papinianus D.37.11.11.pr.) figure le terme technique "peregri defunctis". Le fait du décès dans le même événement ne résulte pas de l'expression "peregri". Papinianus - survivant l'opinion de Salvius Iulianus - n'arrive à notre avis que d'équité à la décision concordant avec la conséquence résultant de la présomption du décès simultané des décédés dans le même événement sans motivation ayant un fondement concret. Cf. Mühlenbruch, *Op. cit.* p. 398-399. Cependant Arndts ne trouve pas fondée cette extension quasi illimitée de la sphère de la mise en oeuvre de la présomption. Cf. Arndts, *Op. cit.* p. 29.

<sup>27</sup> Code civil art. 720-722. Cf. F. Böckel, *Kommorienten*, Archiv für die civilistische Praxis, 1902, p. 479 sq.