

LA TRANSMISSION DU PATRIMOINE: LÉGISLATION DE JUSTINIEN ET PRATIQUES OBSERVABLES DANS LES PAPYRUS*

Ces quelques réflexions relatives aux rapports entre les normes juridiques et les pratiques sociales à l'époque de Justinien se fondent sur les papyrus des VI^e et VII^e siècles. Car les informations qu'ils offrent sur les pratiques sociales en Égypte et, à un moindre degré, en Palestine sont sans équivalent et permettent une confrontation minutieuse avec le droit impérial, tant celui des codifications que des Nouvelles postérieures. Si, en revanche, on faisait abstraction de la documentation papyrologique, en invoquant une éventuelle spécificité de l'Égypte, on serait réduit à des données souffrant d'une grave limitation, comme le montrent deux exemples.

Le premier nous vient de l'historien Procope, dont des analyses récentes ont encore montré l'excellente connaissance qu'il avait de la législation justinienne¹. Procope rapporte comment un cousin de Justinien, dénommé Boraïdès, avait laissé, à sa mort, la plus grande partie de sa fortune à son frère, Germanos, et aux fils de celui-ci ; Boraïdès n'avait transmis à sa fille unique que la part de l'héritage prescrite par la loi². La règle qui s'applique alors³ date de 536: par la Nouvelle 18, Justinien a fait passer la part légitime des enfants, si leur nombre est compris entre un et quatre, d'un quart de l'héritage à un tiers. On déduit donc du récit de Procope que Boraïdès avait rédigé un testament par lequel il accordait à son frère et ses neveux deux tiers de ses biens et à sa fille un tiers. On observe là un choix patrimonial en faveur de la parenté masculine, car, ab intestat, la fille aurait

* La présente contribution reprend, en l'amplifiant, une communication présentée en allemand au "Deutscher Rechtshistorikertag" qui s'est tenu à Ratisbonne (Regensburg) en septembre 1998. Les abréviations des publications papyrologiques sont celles de J. F. Oates, R. S. Bagnall, W. H. Willis et K. A. Worp, *Checklist of Editions of Greek and Latin Papyri, Ostraca and Tablets* (BASP Supplements 7), Chico 1992⁴.

¹ Voir F. Gorla, 'Aspetti della giustizia penale nell'età giustiniana alla luce degli *Anekdoti* di Procopio', dans *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XI Convegno Internazionale in onore di Felix B. Wubbe*, Naples 1996, pp. 565-591; J. Beaucamp, 'Le droit successoral relatif aux curiales: Procope et Justinien', dans *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana. Tra passato e futuro*, S. Puliatti et A. Sanguinetti éd., Milan 2000, pp. 379-395.

² *Bella*, VII, 31, 16-18 (*Procopii Caesariensis opera omnia*, II, éd. J. Haury et G. Wirth, Leipzig 1963, p. 433); selon les termes de Procope, "la quantité que la loi contraignait". D'après Procope, les dispositions prises par Boraïdès suscitent une réaction de Justinien en faveur de la fille, aux dépens du frère et des neveux.

³ La mort de Boraïdès se situe en 548: voir *The Prosopography of the Later Roman Empire*, IIIA (527-641), par J. R. Martindale, Cambridge 1992, pp. 245-246.

obtenu toute la fortune paternelle ; ce traitement préférentiel s'opère d'ailleurs dans le strict respect de la législation impériale. Mais on remarquera surtout que cette information de Procope concerne des parents de l'empereur, donc le sommet de la société.

Les sources normatives elles-mêmes donnent également quelques renseignements sur les stratégies successorales ou sur la réalité des transmissions. Le deuxième exemple y est puisé. La Nouvelle 159, datée de 555, reproduit de longs extraits du testament d'un haut dignitaire, ainsi que du codicille que ce dernier avait rédigé par la suite. Ces citations sont destinées à éclairer les racines du conflit qui a éclaté, quatre générations plus tard, à propos de propriétés immobilières ayant fait l'objet de fidéicommiss de restitution. Tant la formulation des deux documents que les arguments des parties en conflit témoignent d'une très bonne connaissance de la législation en vigueur⁴. Le milieu est, cette fois, celui des hauts dignitaires de l'Empire: sur quatre générations successives en effet, les hommes de cette famille sont "très glorieux" (ἐνδοξότατος), épithète qui renvoie au rang hiérarchique le plus élevé et est utilisée pour les membres du Sénat de Constantinople⁵. On ne saurait, certes, affirmer que ces dignitaires maîtrisaient bien le droit impérial; mais il n'y a aucun doute que les tabellions et les avocats à qui ils avaient recours possédaient cette maîtrise.

Ces deux exemples font conclure à l'application de la législation impériale, laquelle est connue et invoquée à l'appui de revendications. Mais les familles concernées appartiennent aux élites de l'Empire ou sont même apparentées à l'empereur. La conclusion ne vaut donc que pour un milieu social restreint de Constantinople. Pour sortir de ce cercle, il faut se tourner vers la documentation papyrologique.

Pour l'époque considérée, elle fournit une quinzaine de testaments⁶. Peu sont intégralement conservés, mais, dans certains d'entre eux, le respect des formes prescrites par le droit impérial atteint un degré impressionnant. C'est le cas, notamment, d'un testament — plus exactement, un projet de testament — datant de 570 et provenant de Moyenne Égypte: il contient les dernières volontés de Flavius Phoibammon, qui était médecin-chef de l'hôpital d'Antinooupolis, capitale de la province de Thébaïde inférieure (P. Cair. Masp. II 67151).

⁴ Le testament, par exemple, fait référence à la *cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* (D 36, 3 et CJ 6, 54). Quant aux avocats, ils prennent appui sur "les lois" statuant sur les fidéicommiss réciproques et l'aliénation des biens qui en font l'objet (D 31, 77, § 27).

⁵ Voir E. Stein, 'La disparition du Sénat de Rome à la fin du VI^e siècle', dans *Opera minora selecta*, Amsterdam 1968, pp. 393-394 (article repris de *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie de Belgique* 25 [1939]); A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602*, II, Oxford 1964, p. 529-530; P. Garbarino, *Contributo allo studio del Senato in età giustiniana*, Naples 1992, pp. 64-74.

⁶ Voir les références données par R. S. Bagnall, 'Two Byzantine Legal Papyri in a Private Collection', dans *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, R. S. Bagnall et W. V. Harris éd., Leyde 1986, pp. 1-2, à quoi il faut ajouter P. Vat. Aphrod. 7, SB XX 14379 (autre exemplaire de P. Col. VII 188) et P. Bodl. I 47 (réédition de P. Grenf. I 62).

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

La formule de datation s'y conforme aux règles édictées en 537 par la Nouvelle 47 pour tous les actes: les trois types d'années dont la mention est exigée y figurent, et cela dans l'ordre prescrit par la Nouvelle (à savoir l'année de règne, l'année consulaire et l'année du cycle indictionnel).

Les éléments requis par la codification justinienne pour la validité d'un testament sont également présents. C'est particulièrement manifeste en ce qui concerne les témoins. Le testateur déclare que le testament est fait "en présence des sept témoins légaux convoqués sur (son) appel, lesquels sont des citoyens Romains pubères, se prévalant d'une réputation, qui y apposent leur souscription en une unique réunion et en un moment unique, sans qu'intervienne aucune autre action, conformément à la teneur des lois" (l. 44-49). Toutes ces précisions, sauf une, renvoient à une mesure de Théodose II, qui est insérée dans le Code justinien (CJ 6, 23, 21, pr. et § 2) et dont le contenu est résumé dans les Institutes (2, 10). Cela vaut pour le nombre, le statut et l'âge des témoins, ou encore pour l'indication qu'ils ont été requis par le testateur ; cela vaut aussi pour la mention qu'ils souscrivent tous ensemble: notre document reproduit fidèlement en grec les formules de la constitution latine *uno eodemque die ac tempore et nullo actu interveniente*⁷. Bref, la caractérisation des témoins et de leur témoignage reprend mot pour mot celle de la législation impériale. Mais il y a encore plus frappant. Le testament du médecin Phoibammon se décrit comme étant "civilo-prétorien" (l. 44: πολιτικοπρατωρία)⁸. Cette dénomination, qui sonne étrangement en grec, se réfère manifestement aux considérations que développe un passage des Institutes (2, 10, 2-3)⁹: d'après ce texte, les exigences relatives aux témoins résultent d'une conjonction du droit civil et du droit prétorien (*in unam consonantiam ius civile et praetorium iungit*), conjonction qui s'est opérée tant sous l'effet de l'usage que par suite des corrections apportées par les constitutions impériales.

Toujours à propos des témoins, le testament de Phoibammon donne une indication supplémentaire: ils "se prévalent d'une réputation" (l. 46: ὑπολήψεως ἀντιποιουμένων). Il n'y a rien de tel dans la loi de Théodose II que les compilations justiniennes ont reprise. Il me semble, néanmoins, que cette mention dérive elle aussi de la législation de Justinien.

⁷ La formule *nullo actu interveniente* est reprise dans une constitution de Justinien (CJ 6, 23, 28), de 530, qui précise ce qu'il faut comprendre par simultanéité. On en trouve un équivalent grec dans l'adaptation des Institutes composée par Théophile (2, 13, pr., Zepos, *JGR*, III, p. 95): μηδενός ἐν μέσῳ πραττομένου.

⁸ Semblablement, il faut, à mon avis, restituer une référence au "droit civil", à côté du "droit prétorien", dans un autre testament de cette époque (P. Oxy. XX 2283, l. 13), daté de 586: voir J. Beaucamp, 'Le testament de Grégoire de Nazianze', *FM X* (1998), p. 47 n. 134. Voir aussi le testament de Césaire d'Arles (§ 4), publié désormais dans Césaire d'Arles, *Œuvres monastiques*, I, Paris 1988 (Sources chrétiennes 345), p. 380.

⁹ La remarque en avait été faite dès 1913 par le premier éditeur (p. 89, note de la l. 44). Dans son compte rendu de l'édition, H. Lewald, *SZ* 33 (1912), p. 626 n. 4, renvoyait en outre à deux scholies des Basiliques. De fait, les qualificatifs πολιτικῶς et πρατωριῶς sont appliqués aux modalités du témoignage dans les scholies n° 6 et 7 (récentes) de B 21, 1, 13 = D 22, 5, 14 (p. 1239 de l'édition de Groningen).

La Nouvelle que l'empereur promulgue en 539, à la suite d'un scandale ayant impliqué les témoins d'un testament, exige en effet que "les témoins soient de bonne réputation" (εὐπολόγηπτους δεῖν εἶναι)¹⁰. On remarquera que le testament emploie un mot de la même racine pour désigner la réputation. Je crois donc que notre document intègre cette nouvelle exigence du droit justinien. Il devait sembler d'autant plus important de le faire que la violation de la règle entraînait des conséquences graves: d'après la Nouvelle, les témoins non honorables pouvaient être soumis à la torture (Nov. 90, c. 1).

S'agissant de l'institution d'héritier, le testament de Phoibammon la formule en tête des dispositions prises, avant les clauses particulières, se conformant ainsi à la tradition romaine¹¹. Mais il se pourrait qu'il tienne également compte d'une innovation législative de Justinien. Car la formule "j'institue héritiers mes fils bien-aimés" (l. 75-76) est suivie d'un blanc (l. 76-77); après quoi, le texte énumère en détail les droits desdits héritiers. Il faut observer, au passage, que c'est un indice, parmi d'autres, que le papyrus contient un projet de testament, et non l'acte définitif et parachevé¹². Mais pourquoi laisser en blanc l'emplacement où doivent être écrits les noms des héritiers? On pense immédiatement à une constitution de Justinien en date de 531 (CJ 6, 23, 29, pr.)¹³: elle prescrit que le nom de l'héritier ou des héritiers soit inscrit de la main même du testateur¹⁴. La règle est reprise, en résumé, dans les *Institutes* (2, 10, 4). Le blanc ne serait-il pas destiné à ce que Phoibammon écrive en personne le nom de ses fils? L'hypothèse se heurte toutefois à deux obstacles. Dès 544 (Nov. 119, c. 9), cette formalité a cessé d'être obligatoire¹⁵. Surtout, notre document comporte deux autres blancs qui, eux, ne sauraient s'expliquer par la mesure de 531¹⁶. De ce fait, le lien envisagé entre le blanc relatif au nom des héritiers et cette même mesure perd de son évidence, même s'il reste possible.

¹⁰ Nov. 90, c. 1 pr.; voir aussi c. 3.

¹¹ Elle figure aux lignes 75-76. Sur l'obligation de l'institution, voir Inst. 2, 23, 2. Il faut toutefois rappeler que CJ 6, 23, 24 de 528 reconnaît désormais comme valides les testaments où l'institution d'héritier n'est pas formulée en premier; la disposition est reprise dans Inst. 2, 20, 3-4 (sur les rapports entre les deux textes, voir G. G. Archi, "Contributo alla critica del "Corpus Iuris"", *Iura* 5 [1954], pp. 171-181).

¹² En témoigne aussi le fait qu'il ne comporte aucune souscription de témoins, en dépit des sept témoins annoncés.

¹³ Voir, déjà, H. Lewald, *SZ* 33 (1912), p. 626.

¹⁴ Si le testateur n'a pas la force d'écrire, il doit prononcer à haute voix le nom des héritiers devant les témoins.

¹⁵ La législation de Justinien donne d'ailleurs quelques indications sur les difficultés rencontrées par l'application de cette mesure. Une Nouvelle de 538 (Nov. 66, c. 1 § 1 et c. 4) montre déjà qu'elle n'avait guère été suivie d'effet dans les provinces. Quant à la Nouvelle de 544 qui supprime cette formalité, elle reconnaît que, par suite de cette exigence, de nombreux testaments avaient été "bouleversés": la constatation révèle que la mesure de 531 n'avait guère été prise en compte dans la rédaction des testaments.

¹⁶ Sont laissés en blanc la date à laquelle une donation prend effet (l. 153), ainsi que le nom d'une tante bénéficiaire d'un legs (l. 261).

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

En revanche, la clause codicillaire renvoie sans équivoque aux exigences du droit impérial. Il est en effet précisé que le testament “n’en conserve pas moins le rang de codicille, de n’importe quelle volonté dernière ou de lettre de fidéicommiss” (l. 53-54). Cette mention tient compte de la disposition rappelée dans le Digeste et le Code justinien, comme quoi l’héritier désigné dans le testament n’est pas admis à agir comme en vertu d’un codicille, si le testateur n’a pas expressément prévu que son testament aurait aussi la valeur d’un codicille¹⁷.

On notera, enfin, l’emploi massif d’un vocabulaire juridique latin, dont seules les désinences sont accommodées à la langue grecque, qu’il s’agisse de l’accusatif masculin pluriel *confirmateumenous* (l. 65), du génitif singulier *ousufructu* (l. 72) ou du génitif singulier (cette fois en caractères grecs) *προπριαταρίας* (l. 150). On retrouve ainsi, dans ce document d’Égypte, un phénomène typique de la littérature juridique grecque liée aux compilations justiniennes. Il témoigne d’une familiarité certaine du tabellion, le fameux Dioscore d’Aphrodito, avec le langage du droit romain.

Quant au contenu du testament, il entre lui aussi, pour l’essentiel, dans des schémas prévus par le droit impérial contemporain. Le médecin Phoibammon institue ses fils héritiers. Il spécifie divers legs, à un monastère et à des proches. Sa femme, elle, reprendra ses biens propres et obtiendra, en plus, la donation anténuptiale: on observe ainsi, comme dans le plus pur droit romain, une séparation claire du patrimoine des deux époux.

Toutefois, sur deux points, il y a un décalage entre les volontés du testateur et la législation impériale. Premièrement, Phoibammon désigne un curateur pour ses enfants et choisit le supérieur du monastère destinataire du legs ; il interdit à ses enfants de lui faire rendre des comptes (l. 244-245). Outre que les curateurs ne sont pas, en principe, donnés par testament¹⁸, la désignation d’un tel curateur contrevient à une mesure prise en 546 par Justinien: une Novelle défend alors aux évêques et aux moines de devenir tuteurs ou curateurs de qui que ce soit (Nov. 123, c. 5). Quant à l’interdiction de demander des comptes au curateur, elle va à l’encontre de la protection des impubères et des mineurs qui apparaît particulièrement chère à Justinien¹⁹.

La deuxième anomalie concerne l’attribution d’un vignoble à ce même monastère²⁰. Dans un premier temps, cette attribution est faite sous forme de legs: “je veux et j’ordonne que le... monastère appelé d’Apa Jérémie reçoive après ma mort, en toute autorité et pouvoir, immédiatement, une aroure de vigne...” (l. 101-105). Après un long passage

¹⁷ CJ 6, 36, 8, pr.-§ 2 = CT 4, 4, 7 de 424; voir aussi D 28, 6, 41, § 3 et D 29, 7, 1.

¹⁸ Inst. 1, 23; toutefois, si un curateur est donné, il est confirmé par le préteur ou le gouverneur.

¹⁹ Ses Novelles punissent avec une sévérité particulière la mère tutrice qui se remarie avant d’avoir rendu les comptes de sa tutelle (Nov. 22, c. 40) ou accordent la *restitutio in integrum* aux enfants mineurs qui auraient déchargé leur mère de toute responsabilité sans avoir reçu les comptes de tutelle, en soulignant que la mère tutrice est soumise à ces comptes (Nov. 155).

²⁰ Ce passage du document a été repris dans FIRA, III, n° 66, pp. 193-198.

indiquant l'origine de la propriété et la localisation du vignoble, le testateur explique que ce legs représente une offrande pour le salut de son âme et spécifie que la vigne est transférée au monastère sans la charge fiscale correspondante, laquelle sera reportée sur ses autres biens. C'est alors que l'attribution est qualifiée de donation (en grec *χαρίς, δωρεά*, l. 125-126)²¹. Cette nouvelle dénomination ne heurte pas, en soi, le droit de l'époque: car Justinien a tranché entre les avis divergents des jurisconsultes classiques et pris la décision d'assimiler les donations à cause de mort aux legs²². Déclarer cette donation irrévocable (*ἀναφαιρέτος*, l. 125, *ἀμετάθετος*, l. 127, *ἀμετανόητον*, l. 128) n'est pas non plus contraire à la législation en vigueur: des passages du Digeste font mention de donations *mortis causa* prévoyant que la restitution n'intervient en aucun cas²³; et la Nouvelle 87 de 539 confirme que renoncer à révoquer une donation à cause de mort est licite²⁴. Toutefois, le testament formule cette irrévocabilité d'une façon qui s'accorde mal avec le droit justinien. Ce que la Nouvelle envisage, c'est une clause par laquelle le testateur renonce à la faculté de "se repentir" et de révoquer la donation; le testament, lui, déclare tout simplement la donation irrévocable, sans prendre le biais d'une renonciation²⁵.

²¹ Voir aussi, l. 133, *ἐχαρισάμην* et *ἔδωρησάμην*.

²² Inst. 2, 7, 1; CJ 8, 56, 4 de 530, avec les scholies correspondantes (scholies n° 1 et 2 de B 47, 3, 48 = CJ 8, 56, 4, pp. 2808-2809), lesquelles soulignent que la constitution traite la donation à cause de mort comme une manifestation de dernière volonté; D 39, 6, 37, pr.; D 39, 6, 15; D 39, 6, 17. Voir P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Milan 1963, pp. 441-444 et 470-471.

²³ D 39, 6, 27; D 39, 6, 42, § 1; D 39, 6, 13; D 39, 6, 35, § 4. Voir M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, Munich 1975, pp. 565-566.

²⁴ Nov. 87, c. 1. La Nouvelle a pour objet le cas spécifique des curiales, à qui il était interdit de faire des donations excédant un quart de leurs biens. Les curiales tournaient l'interdiction, en utilisant certaines dispositions des compilations de Justinien. À cet égard, la Nouvelle mentionne, d'une part, l'assimilation de ces donations aux legs, décidée par l'empereur (c'est une allusion à CJ 8, 56, 4). Elle mentionne, d'autre part, la liberté d'y introduire diverses clauses, et notamment une renonciation à la faculté de révoquer la donation, en renvoyant nommément, sur ce point, au texte de Iulianus figurant au livre 39 du Digeste (il s'agit de D 39, 6, 13, en fait une note de Marcellus sur Iulianus). La Nouvelle, qui affirme interpréter simplement la législation existante et ne rien introduire de nouveau, interdit les donations à cause de mort aux curiales; mais tous les autres peuvent en établir et y insérer une clause par laquelle ils renoncent à la possibilité de les révoquer (sur l'embarras juridique dont témoigne la Nouvelle, voir ci-dessous n. 28).

²⁵ Dans le testament de Phoibammon, deux qualificatifs relatifs à l'irrévocabilité sont identiques à ceux d'une donation à cause de mort du III^e ou IV^e siècle (P. Cair. Preis. 42, l. 3: *ἀναφαιρέτως* et *ἀμετανόητως*) et n'ont rien à voir avec la Nouvelle 87. D'autres donations à cause de mort de l'époque s'inspirent peut-être, elles, de cette Nouvelle. Dans P. Münch. I 8, l. 28-29, il est dit: "sans que je puisse, moi-même non plus, de mon vivant, me repentir (*μεταμεληθῆναι*)..."; et dans P. Cair. Masp. III 67340v, l. 94, on lit: "il n'est pas permis de se repentir (*μεταμελεῖν*)". Or la Nouvelle parle de renoncer à la faculté d'invoquer "le repentir" (*τὸν μεταμέλον*). Néanmoins, aucune donation ne parle, comme le fait la Nouvelle, d'une "renonciation" au droit de révocation, alors que des formules de renonciation (à la protection des lois, notamment) sont attestées dans d'autres types de documents: voir H. Gerstinger,

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

Surtout, il ajoute que la donation faite au monastère possède “le mode *inter vivos*” (l. 130)²⁶, afin, comme il est expressément indiqué, de la soustraire à tout bouleversement (l. 130-131: ἀνατροπή). Sans doute, en évoquant les modalités des donations entre vifs, notre document se réfère-t-il encore au droit justinien: les Institutes caractérisent effectivement ces donations par leur nature en principe irrévocable, sauf cas d’ingratitude²⁷. Mais, du même coup, il fait bon marché de la distinction fondamentale que le droit justinien établit, dans ces mêmes Institutes notamment, entre les donations à cause de mort, assimilées aux legs, et les donations entre vifs, immédiates et irrévocables²⁸. Car il n’hésite pas à accorder la valeur d’une donation entre vifs à une attribution qui a d’abord été formulée comme un legs. La confusion des genres, avec le décalage qu’elle implique par rapport au droit impérial, mène, de fait, notre texte à une absurdité: comme pour une donation entre vifs, il prévoit une date à partir de laquelle la donation entrera en vigueur et le monastère aura la maîtrise du vignoble et de son revenu (l. 153)²⁹; la contradiction avec la formulation initiale du legs, qui prendra effet à la mort du testateur, est manifeste. Il n’est d’ailleurs pas impossible qu’elle ait été ressentie par le rédacteur de l’acte: cette date a, en effet, été laissée en blanc. Ce qui ne fait, en tout cas, aucun doute, c’est que ces assertions peu cohérentes correspondent à une unique préoccupation: assurer le caractère irréversible de la disposition prise en faveur du monastère. Nous allons retrouver, dans un autre testament, une préoccupation similaire, laquelle entraîne d’autres déviations par rapport au droit impérial.

Il s’agit du testament de Flavius Theodoros, bureaucrate employé dans les services du duc de Thébaïde, en date de 567 (P. Cair. Masp. III 67312). Tout comme le précédent, il

‘Zur Klausel ἀποτάττομαι πάσῃ βοηθείᾳ νόμων in den byzantinischen Landpachtverträgen’, *EEBS* 23 (1953), pp. 206-212.

²⁶ La même formule figure dans une autre donation, P. Cair. Masp. I 67096, l. 43-44 (complété p. 206); et il faut peut-être restituer une formule similaire dans P. Oxy. XX 2283, l. 12.

²⁷ Inst. 2, 7, 2. En D 39, 6, 27, une donation *mortis causa* qui ne serait en aucun cas révoquée est assimilée à une donation entre vifs; voir aussi D 39, 6, 42, § 1, la scholie n° 3 de B 47, 3, 13 = D 39, 6, 13, p. 2792 (de l’Anonyme) et la scholie n° 7 de B 23, 1, 19 = D 12, 1, 19, p. 1543 (de Stephanos).

²⁸ Dans un tel cadre, l’existence de donations à cause de mort irrévocables crée évidemment un problème: il suffit de penser aux passages du Digeste cités à la note précédente. Dans son commentaire, Enantiophanes fait observer que la possibilité de renoncer à la révocation constitue une différence entre la donation à cause de mort et le legs (scholie n° 2 de B 47, 3, 27 = D 39, 6, 27, p. 2797). Quant à la Nouvelle 87, elle prend soin de dire (c. 1, p. 424 l. 32-34) que les donations à cause de mort gardent malgré tout leur valeur propre (ἰδίαν ἰσχὺν), signifiant sans doute par là que la clause de renonciation ne les transforme pas en donations entre vifs: telle est, du moins, l’interprétation de l’Anonyme (scholie n° 3 de B 47, 3, 27 = D 39, 6, 27, p. 2797). À propos de l’embarras du législateur, dont la Nouvelle témoigne, voir V. Arangio-Ruiz, ‘Applicazione del diritto giustiniano in Egitto’, *Aegyptus* 1 (1920), pp. 35-36 (repris dans *Studi epigrafici e papirologici*, Naples 1974).

²⁹ Voir déjà V. Arangio-Ruiz, article cité à la note précédente, p. 34.

respecte à la lettre certaines exigences formelles du droit, en ce qui concerne les témoins ou la clause codicillaire³⁰. Mais il n'en va pas de même pour son contenu.

Theodoros déclare instituer héritiers de tous ses biens et droits deux monastères ainsi que sa grand-mère maternelle, Heraïs (l. 37-44). Puis il précise quels biens sont affectés à chacun, et on constate alors une différence évidente de traitement. Le premier monastère obtient la presque totalité des biens immobiliers, dont le revenu devra être utilisé à des distributions pieuses ; le second monastère reçoit tous les biens mobiliers, également pour des destinations pieuses. Quant à la grand-mère, le testament lui attribue un unique bien-fonds, dont le nom est resté en blanc (l. 87-92) ; puis il ajoute : “je veux qu'elle s'en contente et qu'elle ne cherche à obtenir rien d'autre, à titre de Falcidie, auprès... des deux monastères susdits, puisque ce qui leur est laissé dans ce mien testament est affecté à des distributions pieuses” (l. 92-99).

On observera, au passage, que le terme Falcidie ne se réfère pas, ici, à la quarte falcidienne (accordée à tout héritier qui serait grevé de legs excédant les trois quarts de la succession), mais à la part qui est réservée aux héritiers bénéficiant de la *querela inofficiosi testamenti* et se dénomme normalement part légitime. À cette époque et durant toute la période byzantine, il est banal d'employer le terme Falcidie pour désigner l'une ou l'autre part³¹.

Quant aux dispositions testamentaires, elles sont très instructives en ce qui concerne l'application du droit impérial, ou plutôt la complexité des rapports entre pratique et droit. Theodoros institue sa grand-mère héritière. Mais, outre que la valeur du bien attribué pose problème, cette qualité d'héritière semble plus apparente que réelle. En effet, quand, par la suite, le testament spécifie plusieurs legs, la charge en incombe, chaque fois, aux deux monastères (ou plutôt aux supérieurs de ces monastères), dénommés “mes héritiers” ; il ressort de ces dispositions que les seuls héritiers véritables sont les deux monastères et que l'attribution faite à la grand-mère s'apparente plus à un legs qu'à une part d'héritage. Tout cela permet de conclure que le testateur — ou, plus vraisemblablement, le rédacteur du document — avait une bonne connaissance du droit justinien et, en particulier, de la Nouvelle 115 de 542. Il savait que la grand-mère fait partie des ascendants qu'un testament peut passer sous silence uniquement dans des cas d'ingratitude énumérés limitativement dans la Nouvelle (c. 4)³² ; et il était parfaitement conscient que ne pas désigner comme

³⁰ Pour les témoins, on trouve même le terme *rogati*, décalqué de la constitution de Théodose II reprise dans le Code justinien.

³¹ Voir K. D. Triantaphyllopoulos, *Ἡ Φαλκιδίος νόμος ἐν τῷ βυζαντινῷ δικαίῳ*, Athènes 1912, pp. 19-21, 25, 29-31, 37-38, 66-67, 76-78, 80-81 ; E. Steinwenter, ‘Lex Falcidia’, *RE* XII 2, col. 2351-2353 ; N. Van Der Wal, *Manuale Novellarum Iustiniani*, Groningen 1998², p. 140 n. 63.

³² Dans la Nouvelle, les ascendants en question sont simplement désignés par le terme *γονεῖς*. Or dans le chapitre précédent de la Nouvelle (c. 3), qui traite du cas symétrique (l'exhérédation des “enfants” par les “parents”), il est d'abord question des *παῖδες* et de leur père ou mère, grand-père ou grand-mère, arrière-grand-père ou arrière-grand-mère, puis *γονεῖς* sert à désigner tous ces ascendants de manière générique. Semblablement, les Institutes accordent

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

héritier un ayant-droit légitimaire permettait à celui-ci de faire annuler les institutions d'héritier prévues par le testament (c. 3 pr.). La grand-mère est donc déclarée héritière, mais ne l'est quasiment que pour la forme, recevant un bien qui ne peut se comparer à ce qu'obtiennent les deux monastères. L'auteur du testament n'ignorait pas davantage que, quand un ayant-droit légitimaire est dénommé héritier, le testament n'est pas bouleversé, même s'il lui est ordonné de se contenter de biens déterminés (la Nouvelle emploie le terme ἀρκεσθηῖναι, que l'on retrouve dans notre texte) ; simplement, comme le spécifie la Nouvelle (c. 5 pr.), si les biens attribués s'avèrent inférieurs à la part légitime, ils sont complétés par les autres héritiers³³. En nommant sa grand-mère héritière, même pour un bien minime, notre bureaucrate se prémunit donc contre la possibilité d'une action judiciaire qui ferait perdre aux deux monastères leur qualité d'héritier. Au total, conclure que le testament de Theodoros respecte la Nouvelle 115 serait concevable, mais insuffisant. Mieux vaut dire que, pour atteindre son but, qui est d'empêcher le bouleversement des dispositions testamentaires, son auteur joue avec intelligence des possibilités offertes par cette Nouvelle.

Il reste un deuxième problème. Le bien-fonds prévu pour Heraïs avait certainement une valeur négligeable par rapport aux biens attribués aux deux monastères³⁴. Aussi y a-t-il tout lieu de penser qu'il ne représentait pas la part du patrimoine à laquelle Heraïs avait droit, en tant qu'ascendante³⁵. Une phrase du testament suffit à le prouver, qui interdit à Heraïs de réclamer autre chose aux deux monastères-héritiers à titre de Falcidie ; une telle défense implique, logiquement, qu'Heraïs obtenait moins que la part en question. On constate donc, cette fois encore, une bonne connaissance des contraintes légales, accompagnée de la volonté de s'y soustraire: il est exigé que celle qui pourrait se prévaloir de la loi n'en fasse rien.

l'action de *inofficioso testamento* aux *liberi* et aux *parentes* et le texte correspondant de Théophile (Zepos, *JGR*, III, p. 111) confirme, en rendant *parentes* par γονεῖς, mais aussi par ἀνιόντες, que cette faculté concerne l'ensemble des ascendants. De même, l'abrégé des Nouvelles de Théodore définit ceux qui sont nécessairement inscrits comme héritiers comme les descendants et les ascendants (*Anekdotia zur byzantinischen Gesetzgebung*, III, éd. C. E. Zachariae, Leipzig 1843 [Aalen 1969], p. 8, Nov. 1 § 2). Voir aussi D 5, 2, 1 et CJ 3, 28, 21.

³³ L'abrégé d'Athanase (7.8.12) a une formulation particulièrement claire sur ce point: "Celui qui est inscrit héritier pour un bien déterminé ne bouleverse pas le testament, mais ce qui manque à la part légitime est complété" (*Das Novellensyntaxma des Athanasios von Emesa*, éd. D. Simon et Sp. Troianos, Francfort-sur-le-Main 1989, p. 246).

³⁴ Rappelons que sa spécification est restée en blanc.

³⁵ La Nouvelle 18, c. 1 de 536 fait passer la part légitime, pour les enfants, au tiers ou la moitié, selon leur nombre, et indique que cette disposition vaut aussi pour toutes les personnes concernées par "le quart de la *querela de inofficioso*". Faut-il en conclure que, en fonction de leur nombre également, elles recevront le tiers ou la moitié? C'est, en tout cas, l'interprétation de Théodore, dans son abrégé des Nouvelles (*op. cit.* [n. 32], p. 7, Nov. 1 § 1): pour lui, cela s'applique à tous les héritiers "nécessaires", en fonction de leur nombre. Quoi qu'il en soit, la part revenant à Heraïs ne peut être inférieure au tiers des biens.

Une exigence de cette sorte était-elle recevable selon le droit de l'époque ? Cela semble difficile à croire, car, en ce cas, c'est toute la législation sur les héritiers légitimaires qui serait devenue inopérante. En outre, les conventions ou les engagements privés ne sauraient modifier le droit public ou s'opposer aux lois³⁶. En conséquence, il y a tout lieu de penser que la défense faite à la grand-mère ne devait pas avoir d'effet juridique.

L'auteur du testament, lui, semble pourtant s'appuyer sur les dispositions les plus récentes des Nouvelles de Justinien pour justifier son interdiction. Il donne, en effet, comme explication que les biens laissés aux monastères sont destinés à "des distributions pieuses". Or, en 535, la Nouvelle 1 dispose que l'héritier qui n'accomplit pas les volontés du défunt en matière de legs sera privé de la part falcidienne ; s'il s'agit d'un héritier légitiminaire, il n'aura rien d'autre que la part légitime. La Nouvelle reconnaît aussi au testateur la faculté "de ne pas vouloir que l'héritier retienne la Falcidie" ; et, à ce propos, elle choisit comme exemple "des dispositions justes et pieuses" qui auraient pu être prises par le testateur (c. 2 § 2, p. 7 l. 38 sqq) : l'héritier qui n'y consent pas perd sa qualité d'héritier. Dix ans plus tard, en 545, la Nouvelle 131 (c. 12, pr., p. 660 l. 23-28) prive de la Falcidie l'héritier qui ne s'acquitte pas d'un legs fait pour des motifs pieux, parce que la fortune qui lui a été laissée n'y suffit pas. Les deux Nouvelles remettent ainsi en cause les droits de l'héritier à la part falcidienne ; et elles le font, la seconde encore plus clairement que la première, à propos de legs pieux.

À mon avis, c'est à ces dispositions de Justinien que notre texte se réfère. Il témoigne donc, cette fois encore, de la connaissance du droit impérial, dans ses manifestations les plus récentes. En même temps, il n'échappe à personne que les mesures justiniennes ne concernent pas le cas de figure qui est celui du testament. Ce que les Nouvelles permettent de réduire, en cas d'attributions pieuses, c'est la Falcidie au sens propre, c'est-à-dire la part jusque là garantie à tout héritier vis-à-vis des legs³⁷. Ce que notre testateur veut ôter à

³⁶ D 2, 14, 38; D 35, 2, 15, § 1; D 38, 16, 16; D 50, 17, 45, § 1. Voir aussi D 23, 4, 5; D 40, 12, 37; D 50, 17, 27; CJ 7, 6, 1, § 6; CJ 7, 16, 10; CJ 7, 20, 2; CJ 11, 48, 2; Théophile, Inst. 2, 12, pr. (Zepos, *JGR*, III, p. 93).

³⁷ Il n'est pas complètement exclu que le droit classique ait permis, dans certains cas, au testateur d'exclure la revendication de la part falcidienne par l'héritier: voir M. Kaser, *op. cit.* (n. 23), p. 562 n. 88. Mais la question est controversée, car il faut prendre aussi en compte des interpolations dans le Digeste (en ce sens, N. Van Der Wal, *op. cit.* [n. 31], p. 153 n. 121). En tout cas, D 35, 2, 15, § 1 dénie toute efficacité à ce genre d'entreprise; un commentaire, attribué à Kyrillos, de ce passage souligne que le testateur ne peut ni diminuer ni ôter "la Falcidie" et remarque que le changement, en cette matière, date de la Nouvelle 1 de Justinien (scholies n° 16 et n° 3 de B 41, 1, 15 = D 35, 2, 15, p. 2414 et p. 2413). On notera, en outre, la donnée qui ressort d'une constitution de 531 (CJ 1, 3, 48). Justinien y statue sur le cas de testateurs qui inscrivent comme héritiers "les prisonniers" ou "les pauvres"; ils cherchent, par ce biais, à les faire bénéficier de la totalité de leurs biens, "en esquivant la loi Falcidie" (qui priverait les prisonniers ou les pauvres d'un quart des biens, s'ils avaient seulement la qualité de légataires, alors que quelqu'un d'autre était désigné comme héritier). La constitution a surtout pour objet de résoudre les difficultés que peut entraîner la

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

sa grand-mère, c'est la part légitime réservée aux proches parents: cette part, les Nouvelles de Justinien ne l'ont pas touchée ; même la Nouvelle 1 la conserve à l'héritier légitimaire qui n'accomplit pas les legs comme il le devrait³⁸. Il y a donc un décalage par rapport au droit impérial. Reste à interpréter ce décalage, et, là, deux hypothèses sont possibles. Ou bien ce décalage est involontaire: il s'expliquerait par une confusion due à l'ambiguïté du terme *Falcidia*, lequel peut s'employer aussi pour la part légitime ; en ce cas, la connaissance du droit justinien serait imparfaite et prise en défaut sur ce point. Ou bien l'ambiguïté est volontaire: le testament jouerait alors sciemment du double sens du terme *Falcidia* et se servirait de la finalité pieuse pour faire croire que la grand-mère peut être privée de sa part légitime. L'habileté du reste du texte (notamment son maniement de la Nouvelle 115) me ferait pencher pour la seconde hypothèse³⁹. Mais la certitude est inaccessible. Et nous ne savons pas non plus comment la succession, concrètement, s'est déroulée.

En définitive, dans les deux testaments que nous avons examinés, on constate un respect très strict pour les formes légales prévues par le droit justinien. Les dispositions prises, elles, s'écartent sur certains points du contenu du droit. Ces écarts sont liés à deux préoccupations, qui peuvent d'ailleurs se combiner: augmenter la part de la fortune attribuée à des finalités pieuses, c'est-à-dire au salut de l'âme ; et assurer l'irréversibilité des transferts de biens prévus.

Le souci d'irrévocabilité explique aussi que la transmission volontaire du patrimoine prenne, dans les papyrus, d'autres formes que le pur testament du droit impérial, conçu comme un acte unilatéral de volonté dernière⁴⁰. Ainsi un document de la fin du VI^e siècle, qui est dénommé testament, se présente en fait comme une sûreté adressée à l'héritier, laquelle alterne les formules des contrats et celles des testaments, et est dite irrévocable⁴¹. Par ailleurs, les donations à cause de mort sont assez nombreuses, et elles sont déclarées irréversibles⁴²: il s'en trouve qui portent sur la fortune entière et remplissent ainsi la

désignation de *personae incertae* comme héritiers. Mais la pratique qu'elle mentionne tendrait à montrer que la *lex Falcidia* s'appliquait nécessairement, en cas de legs.

³⁸ Cet aspect ressort très clairement de l'abrégé des Nouvelles de Iulianus (const. 1 § 1): *Iuliani Epitome latina Novellarum Iustiniani*, éd. G. Haenel, Leipzig 1873 (rééd. Florence 1996, par P. Fiorelli et A. M. Bartoletti Colombo, p. 21).

³⁹ Le fait que le testament fasse seulement une allusion vague aux "distributions pieuses", sans renvoyer explicitement à une loi, pourrait représenter un indice allant dans le même sens.

⁴⁰ Sur l'importance de ces autres formes, voir M. Amelotti, 'Testamenti ed atti paratestamentari nei papiri bizantini', *RIDA* 16 (1969), pp. 211-214.

⁴¹ P. Lond. I 77.

⁴² Dans un cas (P. Cair. Masp. II 67154v), la donation semble elle-même irréversible, mais elle annule une donation antérieure. L'hypothèse a été faite que les deux donations avaient peut-être la même personne comme bénéficiaire et que l'annulation avait pu se faire avec le consentement de celle-ci: voir H. Lewald, *SZ* 33 (1912), p. 625 n. 2 et V. Arangio-Ruiz, *op. cit.* (n. 28), p. 34.

fonction qui serait celle d'un testament, l'irrévocabilité en plus⁴³. L'irréversibilité des dispositions successorales s'obtient, enfin, par des actes qui heurtent manifestement le droit impérial, même justinien: à savoir les pactes successoraux. Les papyrus des VI^e-VII^e siècles en offrent une série d'exemples. On peut citer, notamment⁴⁴, les clauses d'un contrat de mariage statuant sur le sort futur de tout le patrimoine⁴⁵, un pacte de succession mutuelle entre conjoints⁴⁶, une déclaration d'une mère à son fils comme quoi elle l'instituera héritier, en s'interdisant de revenir sur sa décision⁴⁷, et un accord entre mère et fille réglant définitivement la succession de la fille à son père décédé, mais aussi à sa mère encore en vie⁴⁸. Toutes ces conventions sont jugées sans valeur par la législation impériale⁴⁹. Il y a pourtant lieu de penser, dans un cas au moins, que le pacte successoral a été suivi d'effet⁵⁰. Ce qui nous ramène au problème de l'application du droit justinien.

On constate déjà, de ce point de vue, une situation relativement diversifiée: coexistent en effet, dans les papyrus du temps, des testaments qui suivent scrupuleusement les formes légales, même si leur contenu n'est pas toujours aussi respectueux du droit, et des pactes successoraux totalement prohibés. Pour rendre compte de cette diversité, il faut sans doute

⁴³ P. Cair. Masp. III 67340v.

⁴⁴ Un contrat d'association de 568 (P. Cair. Masp. II 67158, l. 24-25) entre un couple de menuisiers et son gendre fait sans doute allusion à un pacte successoral. Voir aussi P. Lond. V 1729, l. 40-44 (FIRA, III, n° 68)

⁴⁵ P. Cair. Masp. I 67006v, l. 129-130.

⁴⁶ P. Lond. V 1727.

⁴⁷ SB VI 9402.

⁴⁸ P. Cair. Masp. II 67156: voir J. Beaucamp, 'Les filles et la transmission du patrimoine à Byzance: dot et part successorale', dans *La transmission du patrimoine. Byzance et l'aire méditerranéenne* (Travaux et Mémoires du Centre de recherche d'histoire et civilisation de Byzance. Monographies. 11), J. Beaucamp et G. Dagron éd., Paris 1998, pp. 22-23.

⁴⁹ CJ 5, 14, 5, dont le sens est explicité par la scholie n° 2 de B 29, 5, 35, pp. 2133-2134 (contre l'interprétation de D. Simon, 'Vertragliche Weitergabe des Familienvermögens', dans *Hommes et richesses dans l'Empire byzantin*, V. Kravari, J. Lefort et C. Morrisson éd., II [VIII^e-XV^e siècle], Paris 1991, p. 185 n. 5 et p. 189); CJ 2, 3, 19, avec la scholie n° 1 de B 11, 1, 80 = CJ 2, 3, 19, pp. 330-331, qui souligne que l'interdiction s'applique aussi aux conjoints; CJ 8, 38, 4; CJ 2, 3, 15; D 38, 16, 16.

⁵⁰ Cette opinion repose sur l'interprétation de P. Lond. V 1736 (de février 611) et de son rapport avec P. Lond. V 1737 (de février 613). En février 611, Paternouthis et son épouse Kako déclarent avoir emprunté 4 sous d'or à un certain Jean; le couple s'engage, semble-t-il, à rembourser 1/3 de sou par an (c'est, en tout cas, une interprétation possible, contrairement à l'avis du premier éditeur, H. I. Bell). En février 613, Paternouthis, agissant seul cette fois, déclare avoir emprunté au même Jean 3 sous 1/3; il s'engage à verser un intérêt mensuel déterminé et remet des objets en gage. On en inférerait volontiers qu'au cours des deux années écoulées le couple avait remboursé, comme convenu, 2/3 de sou et que la somme restant due (à savoir 3 sous 1/3) est reconnue, en son seul nom, par Paternouthis. Or, vingt ans auparavant, le couple avait conclu un pacte successoral réciproque, où il était stipulé que les créances et les dettes incomberaient au conjoint survivant (P. Lond. V 1727). On peut donc faire l'hypothèse que Kako est morte et que, conformément au pacte successoral, Paternouthis assume la dette commune. Voir aussi, en ce sens, V. Arangio-Ruiz, FIRA, III, n° 67, p. 199.

TRANSMISSION DU PATRIMOINE

faire intervenir des différences de milieux sociaux, mais aussi des variations dans la qualité et le niveau de formation des tabellions. Si, par ailleurs, on compare ces données — qui viennent d'Égypte — avec celles des sources littéraires — qui concernent Constantinople —, il est clair que l'éloignement par rapport au centre de l'Empire doit jouer un rôle. On peut espérer que les découvertes récentes de papyrus du VI^e siècle au Proche-Orient, à Pétra notamment, fourniront à cette comparaison des bases autres qu'égyptiennes.

Mais se contenter d'envisager si le droit impérial est appliqué ou non serait très insuffisant. Car les phénomènes qui s'observent sont plus complexes. D'un côté, les papyrus témoignent de préoccupations nouvelles par rapport à la tradition juridique romaine: la volonté de fixer sans retour la dévolution des biens après la mort, au moyen de donations irrévocables ou de pactes successoraux ; ou le souci de favoriser le salut de l'âme, grâce à des attributions pieuses, aux dépens des proches parents. De l'autre côté, des innovations juridiques introduites par les Novelles de Justinien montrent que le droit impérial prend en compte ces mêmes préoccupations: la Nouvelle 87 admet la renonciation à révoquer une donation ; et les Novelles 1 et 131 permettent de priver l'héritier de la part *falcidienne*, notamment pour des legs pieux. Cependant, ces changements législatifs restent en deçà des pratiques attestées par les papyrus: l'irrévocabilité des donations est prise en compte, mais les pactes successoraux demeurent interdits ; et si la part *falcidienne* est remise en cause, la part des héritiers légitimaires est maintenue.

La conclusion, je crois, s'impose. En ce qui concerne la transmission du patrimoine, la législation s'est partiellement adaptée aux exigences de la société du temps. Du coup, ces innovations législatives ont été mises à profit pour répondre à la demande sociale en question. Dans ce premier cas de figure, le droit impérial est connu et utilisé, parfois même sollicité au-delà de ce qu'il prescrit véritablement ; c'est alors une forme un peu particulière d'application. Parallèlement cette même demande sociale est satisfaite à travers des pratiques contraires aux normes juridiques. Il est difficile de dire si ce second cas de figure résulte d'une ignorance de la législation impériale ou bien d'une opposition consciente à celle-ci. Mais il représente, à coup sûr, une certaine forme d'indifférence.

Joëlle Beaucamp
C.N.R.S., Aix-en-Provence

