

DU DROIT ROMAIN DANS UNE JURISPRUDENCE TESTAMENTAIRE DE LA COUR D'APPEL DE CHIȘINĂU

Mircea Dan Bob*

L'an 2003 apportait notre toute première participation, jeune professeur de droit romain, aux Journées internationales de la Société Internationale "Fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. Cette participation n'aurait pas été possible sans l'aimable insistance et l'encouragement constant de la part du professeur Laurens Winkel. On a eu ensuite plusieurs occasions de se revoir, lors des réunions de romanistes ou d'historiens du droit. Que cette petite contribution soit reçue en hommage et respectueux remerciement.

Nos recherches sur la jurisprudence publiée avant 1948 dans les revues juridiques roumaines ont attiré notre attention sur une très belle décision en matière successorale. Cette étude commence par la traduction libre de cette décision, suivie d'un commentaire.

1. Décision

“Résumé de la décision: Quand il suit du testament¹ que le testateur ait également laissé une *firta* de terre agricole² à son frère, demandeur dans l'action en annulation du testament, celui-ci ne peut pas obtenir l'annulation conformément aux codes de lois Harmenopoulos et Donici en vigueur en Bessarabie, même si la femme à qui il a légué la plus grande partie de son patrimoine serait une personne indigne. D'autant plus que l'erreur de ladite femme, d'avoir cohabité sans mariage avec le défunt testateur parce qu'elle n'était pas divorcée de son premier mari, apparaît explicable car, étant pauvre, elle n'avait pas les moyens financiers pour divorcer. Il s'ensuit que, même si son comportement est mal vu du point de vue moral par l'opinion publique et qu'il est puni par la loi, on ne peut pas

1 “Diata”, selon la dénomination pratiquée par l'ancien droit roumain.

2 Dans le texte roumain: “o firtă de pământ”. Cette notion (rencontrée parfois comme *cirtă*, *hirtă*, ou *șirtă*) a été utilisée plus fréquemment entre les 15e et 18e siècles comme unité de mesure pour les superficies agricoles; elle était l'équivalent de 0,2 ha (v. <http://www.patrimoniuiaterial.md/ro/pagini/registrul-fi%C8%99ele-elementelor-de-patrimoniucultural-imaterial-cunostin%C8%99Bepractici-%C8%99i-simboluri/unit%C4%83%C5%A3i-vechi-de-m%C4%83sur%C4%83>).

* Maître de conférences à l'Université “Babeș-Bolyai” de Cluj-Napoca, Roumanie.

la classer dans la catégorie des personnes indignes, au sens donné par le droit romano-byzantin aux personnes *turpes*³.

Considérons de la décision: Sur l'appel fait par Teodor Mândrescu, de la commune Meleşeni, département d'Orhei, contre la décision du Tribunal d'Orhei, no. 53 du 7 février 1924, par laquelle on a rejeté l'action en annulation du testament privé daté le 14 octobre 1918 et laissé par son frère défunt Ion Mândrescu, décision ayant validé le testament.

Attendu que, vu les actes du dossier, les dépositions des témoins et les allégations des parties, on constate les faits suivants:

Le 23 janvier 1920, Ion Al. Mândrescu est décédé à Meleşeni, département d'Orhei, en laissant plusieurs biens et un testament privé; par ce testament, daté le 14 octobre 1918, le défunt lègue: 1) à Sofia Petre Roşca, qu'il nomme 'mon épouse sans mariage religieux', un vignoble y compris la maison et la cour, deux lots de verger, un lot de terrain arable et un lot de forêt; 2) à Constantin Irescu, un lot de terre arable et un lot de forêt; 3) à Ion. V. Irescu, un lot de terre arable; 4) à Teodor Mândrescu, un lot de terre arable mesurant 0,2 ha.

Le testament étant déposé par Sofia P. Roşca en vue de validation au Tribunal d'Orhei, Teodor Mândrescu a fait contestation le 2 juillet 1920 et le Tribunal, après avoir jugé la contestation et la demande de validation, par sa décision no. 25 du 29 janvier 1923, a admis la contestation et a rejeté la demande en validation du testament.

Suite à l'appel fait par Sofia Roşca contre cette décision, la première section de la Cour d'Appel de Chişinău, par sa décision no. 194 de 1923 constate que, conformément aux arts. 1066¹¹ et 1066¹³ du code civil russe⁴, il faut introduire une action en annulation du testament, action qui suspendra la demande de validation – et non pas la contestation. Pour ces raisons, la Cour admet l'appel de Sofia Roşca, revoit la décision et rejette comme irrégulièrement faite la contestation.

Le 15 août 1923, Teodor Mândrescu demande l'annulation du testament, en citant Sofia Roşca, Constantin Irescu et Ion Irescu devant le Tribunal d'Orhei, pour les motifs suivants: 1) le testateur n'était pas en possession de toutes ses facultés mentales ni de sa mémoire; 2) le bien le plus clair de son patrimoine a été légué à Sofia Roşca, conjointe non mariée avec le défunt et non divorcée de son mari Vasile Mocanu.

Le Tribunal a trouvé bien-fondée l'action en annulation par sa décision no. 53 du 7 février 1924 et a validé le testament, tel que laissé par le défunt Mândrescu.

Vu le premier motif invoqué par l'appelant en première instance et aussi devant la Cour, que le testateur n'ait pas été dans la plénitude de ses facultés mentales lors de la rédaction du testament.

Même si les témoins Alexandru Buciuanean et Neculai Roşca, proposés par l'appelant et entendus par la Cour, montrent comment le défunt Ion Mândrescu n'était pas en possession de ses facultés mentales, ces déclarations ne sont pas convaincantes vu les déclarations des témoins proposés par le même appelant en première instance⁵, selon

3 Cour d'Appel de Chişinău I, no. 30 de 11 février 1925.

4 Les chiffres en italique '11' et '13' se réfèrent aux indices dans le code civil russe alors en vigueur.

5 Page 40 du dossier.

lesquelles le défunt avait uniquement des problèmes avec ses pieds et entendait avec difficulté.

En plus, les déclarations faites par les deux témoins mentionnés ci-dessus ne se réfèrent pas au moment de la rédaction du testament, tandis que les témoins qui ont participé à l'élaboration de cet acte, ainsi que celui qui a écrit l'acte, entendus conformément à l'article 1066⁵ du code civil russe⁶, ont déclaré que le défunt était sain d'esprit et jouissait d'une bonne mémoire⁷. En ajoutant le fait que le contenu du testament ne montre point la folie du testateur, car il laisse son patrimoine à ses deux frères – l'appelant parmi eux – à un neveu et à la femme Sofia Roșca, la Cour est convaincue que le défunt était dans un état normal en ce qui concerne ses facultés mentales quand il a rédigé le testament et que le motif invoqué par l'appelant n'est pas fondé.

Vu le deuxième motif d'appel, concernant le fait que le défunt Ion Mândrescu ait légué la plupart de son patrimoine à la dame Sofia Roșca, femme immorale, avec laquelle le défunt avait vécu en concubinage même si elle n'était pas divorcée de son époux, motif appuyé en droit sur les codifications locales Harmenopoulos et Donici, applicables en Bessarabie.

Vu les dispositions comprises dans le chapitre V, titre VIII, article 1675 de l'Hexabible d'Harmenopoulos, 'les ascendants et les descendants, c'est-à-dire les père et mère et les enfants, indépendamment de ceux à qui ils seront confrontés, ont le droit de porter plainte pour l'injustice d'un testament quand le testateur les a écartés de la succession, exception faite de la situation où il les a légué la part prévue par la loi ou de celle où ils se sont montrés ingrats envers lui; les collatéraux d'autre part, c'est-à-dire les frères et leurs successeurs, peuvent seulement porter plainte quand les héritiers désignés dans le testament sont des personnages ignobles, comme des cochers, des bouffons, des gladiateurs ou des personnes qui entretenaient avec lui une relation honteuse'; ainsi que le chapitre XXXVI,13 de la collection Donici: 'les fils ainsi que les père et mère peuvent porter plainte contre le testament, quand il les écarte de la succession ou quand il ne les laisse pas la part légale prévue par le code, en prouvant leurs droits, tandis que les frères et ceux issus des frères peuvent le faire quand, écartés du testament rédigé par leur frère, les héritiers institués apparaissent indignes'⁸.

Il suit de ces dispositions que cette action contre le testament injuste sera initiée uniquement dans le cas où l'héritier a été omis ou écarté de la succession. S'il a été institué pour une partie plus grande ou plus petite de la succession, il n'a plus d'action.

A l'appui de cette interprétation viennent les sources du droit romano-byzantin, c'est-à-dire les Digestes, les Constitutions et les Nouvelles, ainsi que les Basilicales des empereurs Léon le Philosophe et Basile le Macédonien, la collection d'Harmenopoulos étant une synthèse de ce dernier ouvrage, connue sous le nom de Six livres-sources de droit, auquel on doit s'adresser chaque fois qu'on trouve des dispositions imprécises ou contradictoires dans les collections d'Harmenopoulos et de Donici. Les deux dernières n'ont en fait jamais été reconnues comme lois en Bessarabie mais plutôt comme des

6 Voir n. 4.

7 Pages 72 et 73 du dossier.

8 Le rédacteur de la décision s'est trompé ici de référence législative: il ne s'agissait pas du chap. XXXVI art. 3, mais du chap. XXV art. 17.

manuels à consulter par les tribunaux (v. Erbiceanu, *Legiuri locale basarabene* (66)⁹; Pergament, *Aplicarea legilor Armenopol și Donici*¹⁰).

L'action en nullité, prévue par les dispositions reproduites ci-dessus d'Harmoniopoulos et de Donici sur lesquelles se fonde l'appelant, n'est pas autre chose que la *querella inofficiosi testamenti* du droit romain.

Vers la fin de la République, le testament qui ne tenait pas compte des proches parents était considéré contraire aux devoirs moraux (*inofficiosum*); on a admis la plainte portée contre un testament inéquitable par les parents proches exclus ou omis sans juste motif et le tribunal centumviral annulait le testament, en se fondant sur l'argumentation selon laquelle un homme sain n'aurait pas pu oublier ses parents, sa disposition étant faite dans un moment de folie.

On n'admettait à l'époque de Constantin que la *querella* des ascendants et des descendants, tandis que celle des frères seulement dans le cas où la disposition était faite au profit d'une personne *turpis*.

Jusqu'à Justinien, on admettait la *querella* aussi pour les cas où on n'a pas reçu le quart de ce qu'on aurait pu hériter ab intestat.

Justinien a limité par une loi de 528 l'exercice de la *querella* au cas où un héritier légitime était exclu de la succession, en statuant que chaque fois où une partie du patrimoine ait été laissée à un héritier sous n'importe quel titre, même en dehors du testament, celui-ci ne pourra plus demander l'annulation du testament, mais il peut seulement obtenir un complément pour la part qui manque à la quote-part légale; cette action s'appelait *complectoria* ou *supletoria*.

La Constitution de 537 (Novelle 18) et celle de 542 (Novelle 115) ont apporté des modifications au régime de la *querella*, concernant uniquement les ascendants et les descendants et en laissant en vigueur les dispositions antérieures sur les frères et les sœurs.

Mais, selon la même Novelle 115, l'héritier légal a la *querella* seulement à sa disposition s'il a été omis ou exhérité injustement; par contre, s'il a été inscrit dans le testament avec une part quelconque, il a l'action en supplément à sa disposition (Maintz, *Dr. Romain*, vol. III, pp. 377 et suivantes¹¹).

Il en résulte que la procédure de la *querella*, dans sa dernière phase d'évolution, en droit byzantin, a été soumise pour les frères et sœurs aux deux conditions suivantes: 1) qu'ils soient omis et 2) qu'on a préféré à leur place une personne *turpis*, indigne.

En l'occurrence alors, l'appelant, frère du défunt, parce qu'il a reçu un morceau de terre en vertu du testament dont il demande l'annulation, ne peut pas disposer de cette action, même si Sofia Roșca, au profit de qui une grande partie du patrimoine ait été léguée, serait une personne indigne.

9 Vespasian Erbiceanu, *Legiuri locale basarabene. Istoric, text și jurisprudență (Lois locales bessarabiennes. Historique, texte et jurisprudence)*, Chișinău, 1921. Une erreur de citation cette fois: p. 66 au lieu de p. 3.

10 Iosif Pergament, *Aplicarea legilor Armenopol și Donici (L'application des lois Harmoniopoulos et Donici)*, Sankt Petersburg, 1905, traduction roumaine A. Varzar et P. Davidescu, Chișinău, 1925.

11 Encore une erreur du rédacteur, dans l'orthographe du nom: Charles Mainz, *Cours de droit romain*, 4e éd., tome III, Bruylant, 1877.

En plus, l'appelant ne peut pas demander l'annulation intégrale du testament, tenant compte du fait que dans celui-ci apparaissent institués pour certaines portions du patrimoine, non seulement Sofia Roșca mais aussi un autre frère du testateur et un neveu, les deux derniers figurant en tant que défendeurs dans l'action en annulation et soutenant tous les deux le maintien du testament.

En supposant de manière hypothétique que les frères, même prévus dans le testament pour une partie du patrimoine, puissent intenter l'action en annulation du testament, examinons si l'allégation de l'appelant basée sur l'immoralité de l'instituée héritière Sofia Roșca est fondée et puisse avoir comme effet l'annulation du testament, conformément aux textes d'Harmenopoulos et de Donici reproduits ci-dessus.

Attendu que le texte d'Harmenopoulos n'est pas identique dans cette matière à celui de Donici, parce que le premier utilise les expressions 'personnages ignobles, comme des cochers, des bouffons, des gladiateurs ou qui entretenaient avec lui une relation honteuse', tandis que le deuxième utilise 'méchants et malhonnête', on est obligé encore une fois de se référer aux sources de droit romano-byzantin.

Attendu que, comme montré déjà dans la description de son histoire, la *querella* a été restreinte en droit byzantin aux ascendants et descendants, tandis que pour les frères on a fixé comme condition le fait d'avoir préféré à leur place une personne *turpis*.

Par turpitude ou *infamia facti* on comprend en droit romain, par opposition à *infamia iuris*, l'infamie découlant de la déconsidération de fait dont sont frappées par l'opinion certaines personnes; les personnes *turpis* ne peuvent pas figurer là où un nom sans tache est demandé, elles ne peuvent pas fonctionner comme tuteurs, témoins etc. (Girard, Dr. Romain, 193)¹².

Attendu que les déclarations sur l'immoralité de Sofia Roșca faites par les témoins de l'appelant ont été contredites par celles des défendeurs, la Cour n'est pas convaincue que la personne en question était une femme dépravée, vivant avec plusieurs hommes, comme l'appelant a demandé de prouver; néanmoins, on peut constater sans aucun doute que Sofia Roșca, pas divorcée légalement de son époux Vasile Mocanu, avec lequel elle était mariée depuis 1903, a quitté un an après son mariage le domicile conjugal de Guginești, département d'Orhei, pour se rendre à Meleșeni, département de Chișinău, où elle s'est engagée au début comme femme de ménage au service du défunt Ion Mândrescu, avec lequel elle a vécu sans être mariée avec lui, comme reconnu par elle-même, en dirigeant son ménage et en lui octroyant des soins et des soulagements dans ses dernières années, quand il était paralytique, incapable de quitter son lit de souffrance.

Attendu que cette erreur de Sofia Roșca, celle de vivre sans mariage avec le défunt Mândrescu pendant qu'elle n'était pas divorcée de son mari, est explicable en grande partie par la difficulté pour une femme pauvre d'obtenir le divorce – si aujourd'hui, du point de vue moral, ceci constitue un acte condamné par l'opinion publique et puni par la loi uniquement sur demande du mari, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence – ceci ne peut pas avoir comme effet son classement dans la catégorie des personnes indignes, au sens donné par le droit romano-byzantin aux personnes *turpis*, sens envisageant une certaine occupation ou profession qui attirent le mépris publique, comme les bouffons,

12 Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2e éd., Paris, 1898.

les prostituées et cetera, et qui, comme on l'a vu, sont frappées par une *infamia facti* générale.

Le concubinage était permis chez les Romains; mais il a été interdit sous l'influence de la religion chrétienne, ce qui explique la disposition de l'article 1452 Harmenopoulos: 'Personne ne saura oser entretenir une concubine'.

Mais ces dispositions ne sont pas sanctionnées ni par la perte du droit d'être héritier testamentaire ni par la stigmatisation d'une concubine comme une femme peu louable, indigne, exception faite pour une dépravée ou une prostituée.

En conséquence, le fait que le défunt Mândrescu ait légué une partie de son patrimoine à la femme Sofia Roșca, avec laquelle il avait vécu pendant 15 ans et qui lui a prêté l'attention d'une bonne épouse, ne peut pas être cause d'annulation du testament; celui-ci représente l'accomplissement d'une obligation naturelle envers une femme qui a sacrifié sa jeunesse et qui a soigné, comme les témoins le démontrent, le disposant malade, obligation qui est en concordance avec les termes de l'article 1766, livre 5 & 2 Harmenopoulos; celui-ci admet l'octroi d'un droit de succession aux enfants naturels et à l'amante, même en concurrence avec les enfants légitimes – solution également trouvable au chapitre 36 alin. 4 Donici.

Attendu que, à côté des lois locales, en faisant référence aux principes généraux de droit, les auteurs et la jurisprudence admettent que, uniquement quand le but de la disposition testamentaire a été le commencement et la continuation de relations immorales de concubinage, et que le legs laissé à la concubine aurait été le résultat du vice, pourrait-on annuler le testament sur base de la cause de moralité.

De même au cas où le concubinaire aurait utilisé le concubinage en vue de captation et de suggestion sur la personne du testateur, ce qui n'a pas été prouvé en l'occurrence (v. Planiol, vol. III no. 2843; Pandectes roumaines III an.I page 72)¹³; il en résulte donc que l'action en annulation du testament ne peut pas réussir du point de vue de la moralité de la bénéficiaire légataire Sofia Roșca.

Pour ces raisons, rédigées par M. le conseiller R. Vălenescu, la Cour rejette l'appel.

(ss) *Vasile Popovici, R. Vălenescu, I. Todorovschi.*

(ss) *Dan Ghintescu* (pour le Greffier)¹⁴.

2. Commentaire

La Cour d'Appel de Chișinău (à l'époque de cette décision, une des Cours d'Appel de la Grande Roumanie issue de la première guerre mondiale) a eu l'occasion de se prononcer sur un dossier relatif à un problème qui, même aujourd'hui, est encore assez courant dans ses faits: le *decurjus* avait légué une partie importante de son patrimoine à la servante avec qui il avait vécu pendant quinze ans et qui l'avait soigné dans ses années de faiblesse physique. Le frère mécontent invoque sans succès l'absence de

13 Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1913, vol. III no. 2943 bis – encore une erreur de la part du rédacteur de la décision; Pandectes roumaines III an. I p. 72.

14 Décision publiée dans la revue "Buletinul Curților de Apel" 1925, pp. 131-136.

discernement et demande à plusieurs reprises l'annulation de l'acte de dernière volonté, en arguant que la légataire entrerait dans la catégorie des personnes indignes. Il invoque à l'appui de ses prétentions les dispositions légales du Manuel d'Andronache Donici et de l'Hexabible d'Harmenopoulos sur le régime du testament ayant injustement exhéredé certains héritiers légaux.

1. Le cadre législatif est la première question sur laquelle il faut s'arrêter. L'union de la Bessarabie avec le Royaume de Roumanie en 1918 n'a pas été immédiatement accompagnée d'une unification législative. Les lois locales en Bessarabie ont été laissées en vigueur jusqu'au 1^{er} juin 1928, quand l'application du code civil roumain de 1865 y a été étendue.

L'Hexabible a été une synthèse en langue grecque de la compilation justinienne et de quelques sources romaines ante-justiniennes, réalisée en 1345 par le juge Constantin Harmenopoulos de Thessalonique. C'était la dernière incorporation directe du droit classique romain dans le monde juridique byzantin. L'ouvrage a laissé au dix-neuvième siècle trois empreintes dans l'espace roumain¹⁵:

- en 1804, la politique de codification modernisatrice du prince régnant Alexandru Moruzi a conduit à la nomination du juriste Toma Carra à la tête d'une commission qui a traduit en roumain l'Hexabible pour donner un code à la principauté de Moldavie;

- en 1821, le "professeur des lois" Constantin Chrysokefolos a initié la rédaction d'un *Neos Harmenopoulos*, dont il a seulement finalisé l'introduction en langue néo-grecque;

- en 1835, Christian Flechtenmacher, juriconsulte de l'Etat, traduit encore une fois en roumain l'Hexabible.

Aucune de ces versions n'a été mise en vigueur; elles ont été utilisées comme des vadémécums pour les praticiens du droit.

Andronache Donici, haut fonctionnaire dans ce qu'on appellerait aujourd'hui le ministère des affaires étrangères, ensuite président de ce qu'on appellerait actuellement le tribunal de droit international privé de la principauté de Moldavie, a été un érudit qui a remis en 1813 au prince régnant Scarlat Calimachos son projet de code. Entré en vigueur en 1814, il a fonctionné officiellement jusqu'en 1817, quand le Code Calimach l'a remplacé; mais les praticiens n'ont pas cessé de l'utiliser en Moldavie jusqu'en 1831, quand la traduction roumaine de la version originale grecque du Code Calimach a été publiée.¹⁶

La décision rapportée de la Cour d'Appel de Chişinău se fonde sur les dispositions du Hexabible et du Manuel de Donici. Leur survie législative a été possible parce que la politique d'intégration initiée après l'occupation de la Bessarabie par l'Empire tsariste en

15 Voir Erbiceanu, *Legiuri ... cit. supra*, pp. 17-18; Victor Onișor, *Istoria dreptului român (Histoire du droit roumain)*, vol. I, Cluj, 1925, pp. 301-305; Valentin Georgescu, dans Ioan Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc (Histoire du droit roumain)*, vol. II/1 (par Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu), Bucarest, 1984, pp. 83, 91 et 381.

16 *Manualul juridic al lui Andronache Donici. Ediție critică (Le manuel juridique d'Andronache Donici. Edition critique)*, Bucarest, 1959; Andrei Rădulescu, *Juristul Andronache Donici (Le juriste Andronache Donici)*, dans *Pagini din istoria dreptului românesc (Pages d'histoire du droit roumain)*, Bucarest, 1970, pp. 312-313.

1812 n'a pas touché aux sources de droit locales. Il est intéressant de constater comment les praticiens du droit les ont employés en tant que tel pendant plus d'un siècle suite à une succession d'événements assez compliquée: une enquête conduite en 1831 par le Sénat de St. Petersburg a reçu une réponse de la part du gouverneur d'Odessa selon laquelle les deux codes auraient encore été utilisés en pratique. Sa réponse n'était pas tout-à-fait exacte car on y utilisait plutôt le droit coutumier; elle était néanmoins correcte en ce qui concerne le Manuel de Donici: paru en 1814, il avait été introduit en Bessarabie, territoire devenu russe après 1812, et fut appliqué sur base d'un décret du Tzar (1818). Tout le monde a suivi en pratique la réponse inexacte du gouverneur d'Odessa, en essayant dorénavant d'appliquer rigoureusement les codes de lois mentionnés. Leur utilisation a acquis pleine légitimité avec le Décret impérial no. 21794 du 15 décembre 1847, qui a consacré l'information donnée par le gouverneur¹⁷.

La réalité législative a été quand même un peu nuancée. Le Tzar Nicolas Ier, monté sur le trône en 1825, avait des idées différentes par rapport à son prédécesseur. Il a déclenché une politique agressive de russification forcée de la Bessarabie, en imposant l'organisation judiciaire typiquement russe avec des fonctionnaires et des juges russes ou russophones au niveau des tribunaux. L'article 63 du nouveau Statut du gouvernement en Bessarabie (1828) prévoyait la référence aux lois russes au cas où les lois locales étaient insuffisantes pour un problème juridique précis. Ce texte a ouvert la porte à l'imposition abusive du droit russe en Bessarabie, sous le prétexte de l'obscurité des textes autochtones.¹⁸ La décision rapportée ci-dessus fait référence au testament privé (art. 1405) et aux différents textes concernant son régime juridique (arts. 1066⁵, 1066¹¹ et 1066¹³) issus du code civil russe.¹⁹ Plus de cents ans d'occupation russe avaient altéré ou écarté en pratique l'application des textes traditionnels tels que les codes Harmenopoulos et Donici même si, inspirés du droit romano-byzantin, ceux-ci comprenaient des textes clairs et simples sur le testament olographe.

2. Le problème juridique en l'occurrence est celui de la possibilité de léguer par testament en dehors de la famille par le sang et la diminution des attentes de certains parents, qui en résulte. En se penchant sur les prétentions du demandeur, frère du défunt testateur, les juges ont identifié la base légale dans l'Hexabible et dans le Manuel de Donici. Les textes en question soumettent l'invalidation du testament à deux conditions: l'exhérédation du frère demandeur (c'est-à-dire son total écartement) et la catégorisation de la légataire défenderesse parmi les personnes ignobles.

17 Voir Dimitrie Alexandresco, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român ... (Explication théorique et pratique du droit civil roumain ...)*, vol. I, Iași, 1886, p. 19 n. 1; Erbiceanu, *Legiuri ... cit. supra*, pp. 48-50; Alexandru Boldur, *Basarabia românească (la Bessarabie roumaine)*, Bucarest, 1943, pp. 110-113. C'est précisément la position retenue dans la jurisprudence roumaine: *p.e.*, C.Ap. Chișinău I, no. 167/1922, dans *Pandectele Române (Pandectes roumaines)* 1923.III.60; *id.*, no. 178/1923, dans *Pandectele Române (Pandectes roumaines)* 1924.III.37.

18 Vespasian Erbiceanu, *Naționalizarea justiției și unificarea legislativă în Basarabia (La nationalisation de la justice et l'unification législative en Bessarabie)*, Bucarest, 1934, pp. 15-18.

19 Voir n. 4.

Les juges ont vérifié le sens correct des textes des lois par appel à leurs sources romaines classiques, postclassiques et romano-byzantines. Leur analyse, reste-t-elle correcte?²⁰

Vers la fin de la République, le tribunal des *centumvires* avait été saisi d'une série de pétitions d'héritage: les héritiers légaux attaquaient le testament par lequel le testateur avait disposé en faveur de personnes étrangères au cercle familial²¹. L'ancienne solidarité familiale était devenue grièvement affaiblie et les disposants exhéredaient souvent leurs proches parents sans aucun motif sérieux. Le tribunal admettait ces actions en invalidant le testament et en considérant le *decius* hors de ses facultés mentales, lorsqu'il avait disposé en violation de ses devoirs d'affection envers sa famille (*officium pietatis*): *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent*²². Il en résulte que la *querella inofficiosi testamenti* a trouvé son origine dans la coutume et dans la pratique d'un tribunal qui a eu une existence assez longue et assez constante pour pouvoir établir une jurisprudence²³. La *querella* n'était pas ouverte aux héritiers prétoriens et ne pouvait pas être dirigée contre les officiels provinciaux, car il s'agissait d'un procès lié *per sacramentum* devant le préteur²⁴. Ces restrictions ont trouvé une solution avec le temps et la *querella* a reçu un régime propre – action réelle et exclusivement personnelle.

Le demandeur devait être un héritier légal, ayant droit à la succession au cas de l'invalidité du testament. Le cercle des personnes ayant droit était laissé au début à l'appréciation des juges, pour être fixé au troisième siècle de notre ère aux descendants²⁵, ascendants²⁶, frères et sœurs²⁷. On ajoutait pour les collatéraux la condition d'avoir été exhéredés en faveur de personnes *turpes*, comme les gladiateurs, ceux avoir reçu la note d'infamie etc. Pour pouvoir comparer en tant que demandeur dans une telle action, il

20 Plusieurs détails dans notre thèse *Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman (Evolution de la succession testamentaire en droit romain)*, Bucarest, 2000, pp. 89-94; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Paris, 1998, pp. 102-104 et 149-150; Gaetano Scherillo, *Corso di diritto privato romano. Il testamento*², Bologna, 1999, pp. 308-313; Antonio Guarino, *Diritto privato romano*²⁰, Napoli, 2001, pp. 451-453; Franciszek Longchamps de Bériet, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Varsovie, 2011, pp. 63 et 71-74.

21 Voir les exemples donnés dans Valentin et Maximien, VII.7.2 et 8.2; Quintilian, IX.2.9.23; v. aussi Paul, *Sent.* 5.16.2 = Dig. 48.18.4. A titre exceptionnel, la demande a aussi été adressée au préteur (Quintilian, III.10.3; Valentin et Maximien, VII.7.5) et plus tard à l'empereur (Valentin et Maximien VII.7.3 et 4).

22 Marcian, Dig. 5.2.2; v. aussi Marcel, Dig. *eod. tit.* 5; Quintilian, IX.2.9.

23 Sur le tribunal des *centumvires*, v. Francesco Bozza, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, p. 147. La solution s'est inspirée au premier siècle av. J.-Chr. d'une pratique des tribunaux grecs (Friedrich Schulin, *Das griechische Testament, verglichen mit dem römischen*, Basel, 1882, p. 16; Gaudemet, *cit. supra*, p. 103) et était une fiction (René Dekkers, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1942, p. 195).

24 G. 4.31 et 95; Ulpian, Dig. 5.2.29.4.

25 Nonobstant leur sexe (Marcel, Dig. 5.2.5). L'action peut aussi être intentée par les descendants posthumes qui étaient conçus après le décès du testateur (Ulpian, Dig. *eod. tit.* 6 pr.).

26 Papinian, Dig. *eod. tit.* 15 pr.

27 Ulpian, Dig. *eod. tit.* 1 et 24.

était indispensable de ne pas avoir reçu une quote-part de la succession, au-delà d'un quart de ce qu'on aurait reçu comme héritier légal (*quarta legitima*)²⁸.

En droit classique, la recevabilité de la *querella* entraînait souvent la nullité intégrale du testament et l'ouverture de la succession légale²⁹. Cette façon d'agir a été critiquée, car elle invalidait chaque clause du testament, même si elle n'avait rien à voir avec la *quarta legitima*. La jurisprudence classique a essayé de maintenir de manière casuistique les autres dispositions testamentaires, mais ceci a mené à trop d'inconsistance, d'iniquité et d'incertitude.

Les critiques apportées au régime de la *querella inofficiosi testamenti* ont commencé à surgir à partir du troisième siècle de notre ère. Il existe dans le Code de Théodose II une constitution impériale de l'an 361, selon laquelle on ne pouvait plus invalider par *querella* un testament qui, même s'il laissait aux demandeurs moins que leur part légale, prévoyait expressément que celle-ci pouvait être complétée selon l'appréciation d'un arbitre neutre³⁰. Le droit romain postclassique a repris ainsi une pratique antejustinienne, selon laquelle le demandeur ayant reçu déjà une portion de ses droits dans la succession n'obtiendra que le complément de sa réserve³¹. L'action en complément de la réserve devient ainsi personnelle, contrairement à la nature réelle de la plainte contre le testament. La dernière a été admise – avec ses effets négatifs de volonté *mortis causa* – seulement quand le disposant n'avait laissé rien à celui en droit ou quand il n'avait pas institué un héritier légal en ligne directe. Cet effet a été atténué par la Nouvelle 115: la nullité n'encourait plus, mais le demandeur était situé à la place de l'institué, étant tenu d'exécuter toutes les dispositions testamentaires accessoires.

Finalement, la sphère d'application de la *querella* a été limitée: Justinien, suivant une pratique initiée déjà dès le début du Dominat, a décidé que l'héritier légal qui avait reçu une part quelconque de la succession, avait uniquement à sa disposition une action personnelle en complément de sa réserve (*actio ad supplendam legitimam*). Autrement dit, uniquement l'héritier légal qui n'avait rien reçu de la succession pouvait intenter une *querella inofficiosi testamenti*. Selon le droit des Nouvelles, cette action n'entraînait plus la nullité du testament entier, mais seulement celle de la désignation d'héritier, ce qui amenait l'héritier légal à exécuter toutes les dispositions testamentaires dans les limites de la quotité disponible.

Voilà donc comment les juges de la Cour d'appel de Chişinău avaient correctement retenu que les dispositions des codes de lois locaux en vigueur (l'Hexabible d'Harmonopoulos et le Manuel de Donici) s'expliquent par leurs sources romano-byzantines. En conséquence, l'appelant frère du défunt ne pouvait pas demander l'annulation du testament par lequel il avait été gratifié avec quelque chose. Cette conclusion était renforcée par un autre fait: la légataire visée à être écartée n'entraînait point dans la catégorie des personnes *turpes*.

On voit les juges avertis, non seulement en droit romain mais aussi en droit positif. En effet, la société et les juristes romains étaient arrivés à un point où ils regardaient avec

28 Marcel, *cit. supra*; Pline le Jeune, *Ep.* V.1.9.

29 Ulpian, *Dig. eod. tit.* 8.16.

30 C.Th. 2.19.4.

31 Inst. 2.18.3; Ulpian, *Dig. eod. tit.* 25 pr.; Cod. 3.28.30 (a. 528).

faveur le concubinage, souvent la solution indiquée face à la multitude d'empêchements légaux au mariage. La Cour retient cet aspect, observe comment la religion chrétienne avait attiré le mépris vis-à-vis de l'union de fait, mais considère également que la position de concubine ne rend pas une personne nécessairement indigne ou ignoble – au sens précisé ci-dessus. Les juges, en analysant les circonstances concrètes par rapport aux principes généraux et fondamentaux du droit³², arrivent à la conclusion suivante: aussi longtemps que le testament n'a pas été rédigé pour commencer ou continuer des relations de concubinage (cause immorale) et qu'il n'est pas prouvé que la position de concubine ait été utilisée pour vicier le consentement du testateur, l'acte de dernière volonté sera valide.

Abstract

The research we conducted on Romanian jurisprudence on wills led us to a very interesting decision of the Chişinău (presently, Republic of Moldavia) Court of Appeal delivered in 1925. The region called Bessarabia reunited with Romania in 1918, but the Romanian Civil Code was extended to that territory only in 1928. Therefore, the judges in this case had to identify the laws in force at that time through an historical analysis of the consequences of the first Russian occupation of the province in 1812 on the administration of justice. Then, in terms of Bessarabian law they made an in-depth analysis of Roman law in order to solve the problem. My main purpose is to analyse the conclusions drawn by the judges in 1925. Did the Russian occupation really allow the Hexabiblon of Harmenopoulos (1345) and the Manual of Andronache Donici (1814) as sources of Bessarabian law after 1812? Is the Roman-law analysis conducted by the Court an appropriate one?

However, beyond the several questions that this study raises, its main interest lies in the fact that twentieth century judges still found it useful and necessary to go back to Roman law sources to clarify and interpret the legal texts of Harmenopoulos and Donici on which they based their decision.

32 Même si la jurisprudence française est allée dans une autre direction depuis 1999 (v. par exemple Michèle Mestro, *L'éclipse de la cause immorale*, dans *Petites affiches* no. 229/1999, p. 10; Gaëlle Deharo, *Les libéralités consenties à la concubine par l'époux adultère*, dans *Gazette du Palais* no. 291/2005, pp. 2 sqq.). Ce n'est pas le lieu ici pour développer le sujet.