IX

ABALIENATIO

PAR F. DE VISSCHER
Professeur à la Faculté de droit de Gand

Dans la littérature moderne du droit romain, les mots *abalienare-abalienatio* passent pour de parfaits synonymes d'*alienare-alienatio*. La nuance exprimée par le préfixe *ab* est négligée, ou tout au moins on la considère comme dépourvue de toute signification technique.

Essayons tout de suite de vérifier l'exactitude de ce point de vue en l'appliquant à la définition bien connue de Cicéron qui figure aux *Topiques*, V, 28 : « Abalienatio est, eius rei quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt. »

Bonfante donne de cette définition une interprétation qui paraît inattaquable : « L'*abalienatio*, c'est la *traditio nexu*, c'est-à-dire la mancipation, ou l'*in iure cessio* d'une *res mancipi*, entre personnes capables, selon le droit civil, de procéder à ces actes[1]. » Il s'agit d'une définition de la notion générale de l'*abalienatio ;* elle figure chez Cicéron comme exemple d'une définition par analyse, comprenant toutes les espèces ou formes comprises dans le genre *abalienatio*.

Mais voici où commencent nos difficultés. Si *abalienatio* est un simple synonyme d'*alienatio*, notre définition implique forcément que la notion d'aliénation est spéciale aux *res mancipi* (esclaves, fonds de terre, bêtes de somme et de trait) et qu'il n'y a point d'aliénation véritable dans le commerce des *res nec mancipi*. Or, la notion d'aliénation étant liée à celle de la propriété, on aboutit logiquement à cette conclusion que les *res nec mancipi*, c'est-à-dire la plupart des objets mobiliers, n'étaient pas susceptibles d'une propriété véritable à l'époque de Cicéron. Or, c'est là une hypothèse totalement inacceptable, formellement contredite par

1. Bonfante, *Scritti giuridici*, II, p. 181 et suiv.

des témoignages contemporains. Bonfante, qui croyait à l'existence d'un tel régime dans le plus ancien droit romain, convient qu'en ce qui concerne le temps de Cicéron, le texte « rischia di provar troppo », et s'efforce d'en atténuer la portée par des distinctions d'une excessive subtilité.

Pour échapper à cette difficulté, on a essayé d'une autre interprétation. Ce que Cicéron aurait défini, ce n'est point la notion générale de l'*abalienatio*, mais seulement l'*abalienatio* d'une *res mancipi*. Le texte devrait se traduire à peu près comme suit : « L'*abalienatio* d'une chose *mancipi* consiste dans une mancipation ou dans une *in iure cessio*. » Cette traduction a été défendue par Em. Costa[1], et je l'ai retrouvée également dans la récente édition de M. Bornecque[2]. Toute objection d'ordre historico-juridique tombe évidemment devant cette interprétation. Mais je ne crois pas me tromper en disant qu'elle est totalement inconciliable avec le texte. Comme l'a fait observer Bonfante, si la définition de Cicéron ne se rapportait qu'à l'*abalienatio* des *res mancipi*, elle eût dû être rédigée comme suit : « Eius rei, quae mancipi est, abalienatio est traditio alteri nexu etc.[3]. »

Nous voici donc dans un singulier embarras. L'interprétation usuelle, celle de Bonfante, qui voit dans le texte une définition générale de l'*abalienatio*, est impeccable au point de vue de la forme, mais conduit à des conséquences inadmissibles au point de vue juridique. Celle de Costa est satisfaisante au point de vue juridique, mais heurte manifestement le texte.

L'examen même de ces difficultés nous laisse entrevoir une solution possible. Puisque le texte doit être respecté à tout prix, le problème se pose uniquement sur le terrain juridique. Or, l'objection qui se présente à cet égard tient exclusivement au sens général d'aliénation que l'on attache ordinairement au mot *abalienatio*. Le mot *abalienatio* posséderait-il un sens technique restreint? Un simple coup d'œil sur la terminologie suffit à confirmer cette hypothèse.

Un relevé complet de tous les textes, dans lesquels les mots *abalienare-abalienatio* visent une opération juridique, montre que

1. *Cicerone giurisconsulto*, 2e éd., I, p. 94.
2. Collection Budé, 1924.
3. Ou peut-être plus simplement : « Abalienatio eius rei, quae mancipi est, traditio alteri nexu aut in iure cessio est, etc. »

ceux-ci se rapportent invariablement à l'aliénation soit de fonds de terre ou d'édifices, soit d'esclaves, soit d'animaux *res mancipi*[1].

Réservés à l'aliénation des *res mancipi*, ces mots ont donc un sens technique. Ils doivent correspondre à une forme d'aliénation particulière aux *res mancipi* et qui se réalise dans la mancipation ou dans l'*in iure cessio* de ces choses.

1. A. *Fonds de terre, édifices*, etc. : Loi agraire (Lex Thoria) de 111 av. J.-C., l. 11, 15, 16 : « ... quod *eius agri neque is abalie*navit abalienaveritve, neque heres eius abalienavit abalienav*eritve*, etc. » (allusion à la Lex Sempronia de 133 qui défendait aux bénéficiaires des nouveaux lotissements d'*abalienare*, excluant ainsi la facilité de disposition caractéristique d'un plein droit privé); *Lex Antonia de Termessibus* (71 av. J.-C.) : « quod eius ipsei sua voluntate ab se non abalienarunt » ... « quod eius praeter locata loca agros aedificia ipsei sua voluntate ab se non abalienarunt... » (bien qu'il s'agisse ici non pas de la propriété romaine, mais de la propriété pérégrine, le terme *abalienare* s'explique par une analogie très justifiée, le but de la loi étant d'assurer aux habitants de Termessus Maior l'entière propriété des *agri* et *aedificia* qu'ils possédaient avant la guerre de Mithridate (84 av. J.-C.), à l'exception de ceux qu'ils auraient aliénés de leur plein gré; Cicéron, *De lege agraria*, 2, 64; Frontin, *Gromatici*, 45, 13; 55, 1; Sénèque, *Epist.*, 117, 15; Cerv. Scaevola, *l. 19 dig.*, Dig., 32, fr. 38, 7; Paul, *l. 3 ad Plaute*, Dig., 10, 3, fr. 14, 1 : « igitur et si abalienavero praedium » (texte sans doute remanié, comme l'ont vu Pernice (*Zeitschr. d. Savigny-Stift.*, R. A., 1898, p. 175, n.) et Beseler (*Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, p. 20; III, p. 105), mais certains éléments peuvent provenir du texte original); Paul, *l. 7 ad Plaute*, Dig., 41, 1, fr. 48 pr.

B. *Monuments funéraires : C. I. L.*, V, 7454; VI, 14027, 13014, 14930 (b); X, 1804, 6-7, 3037; III, 191.

C. *Esclaves :* Plaute, *Mercator*, v. 457; Paul, *l. 12 ad ed.*, Dig., 4, 7, fr. 8, 5; Ulpien, *Reg.*, 2, 4.

D. *Animaux res mancipi :* Cicéron, *Verr.*, II, 3, 119 : « instrumento, pecore abalienato » (l'*instrumentum fundi* comprend comme éléments essentiels les esclaves attachés au fonds et les bœufs de labour; le mot *abalienare* peut aussi s'expliquer en ce qui concerne le *pecus*, Cicéron ayant sans doute surtout en vue le *pecus maius*, qui se compose de trois espèces, toutes *res mancipi*, les bœufs, les ânes et les chevaux. Varron, *De r. r.*, 2, 1, 12).

Citons enfin le texte de Valère Maxime, IV, 4, 3. Q. Aessulius Papus, possesseur de quelque argenterie (*patella deorum et salinum*) qu'il avait héritée de ses ancêtres, refusait de les aliéner : « qui, quum hereditatis nomine ea accepisset, religionis causa abalienanda non putavit ». Peut-être, les objets précieux n'étant classés par aucun texte juridique parmi les *res mancipi*, le mot *abalienare* est-il pris dans le sens vulgaire de « se défaire ». Pourtant, s'il faut en croire un texte bien connu de Pline (*N. H.*, IX, 35, 117), l'on aurait eu parfois recours au rite de la mancipation pour la vente de bijoux ou pierres précieuses. Si, dans notre texte, *abalienare* doit être pris dans son acception juridique, il fournirait un curieux indice en faveur de cet usage.

Sous le Bas-Empire, le sens technique d'*abalienare* s'est perdu comme le prouvent deux constitutions du Code Théodosien, 3, 8, 2 (C. Just, 5, 9, 3) et 16, 2, 27, de la fin du IV^e^ siècle. La chose ne saurait surprendre, la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi* étant, à cette époque, en pleine voie de disparition. Notons enfin que les mots *abalienare*, *abalienatio* sont étrangers au vocabulaire des Constitutions de Justinien.

Ce sens spécial et restreint d'*abalienatio* une fois admis, la définition de Cicéron ne soulève plus aucune objection.

Mais, si ce texte est désormais hors cause, il reste à expliquer, du point de vue juridique, le rapport entre la nuance particulière exprimée par le mot *abalienatio* et l'aliénation des *res mancipi* par mancipation ou *in iure cessio*.

Le préfixe *ab* ajoute à *alienare* une idée d'éloignement, d'abandon ou de « renonciation ». Cette idée se trouve fortement soulignée dans la *lex Antonia* de Termissibus, I, 32 : « quod... sua voluntate ab se non abalienarunt ».

Cette nuance s'explique le mieux, je crois, par la nature même des choses dites *mancipi*. Les *res mancipi* sont, suivant la conception *originaire* du droit romain, les choses soumises à cette très ancienne puissance familiale romaine appelée le *mancipium*[1]. Or, une puissance familiale ne se transfère point. On peut seulement l'éteindre, y renoncer et provoquer dans le chef de l'acquéreur la création d'une puissance nouvelle. C'est à cette *renonciation* que correspond à notre avis le préfixe *ab*.

Les deux rites d'acquisition des *res mancipi*, la mancipation et l'*in iure cessio*, satisfont d'ailleurs parfaitement à cette conception. Dans la mancipation, l'aliénateur donne à l'acquéreur son *auctoritas*, et celle-ci implique une garantie contre toute revendication personnelle[2]. Et, quant à l'*in iure cessio*, elle consiste essentiellement dans un « cedere aliqua re », dans un abandon devant la revendication de l'acquéreur.

Cet abandon est même si nettement figuré et exprimé dans ces deux rites que l'on pourrait se demander si *abalienare* ne se réfère pas plutôt à ces rites eux-mêmes qu'aux exigences particulières de l'aliénation des *res mancipi*.

Mais cette interprétation ne correspond pas à la définition de Cicéron, qui restreint la notion de l'*abalienatio* à la mancipation et à l'*in iure cessio* des *res mancipi*. Elle lui imputerait, d'ailleurs, une inexactitude, puisque l'*in iure cessio* est également applicable aux *res nec mancipi*.

Notre conclusion sera brève. L'examen de la terminologie nous

1. Voir, sur ce point, notre étude *Mancipium et res mancipi*, dans les *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, Apollinaris, 1936 (sous presse).

2. F. de Visscher, *Le rôle de l' « auctoritas » dans la « mancipatio » : Revue historique de droit fr. et étr.*, 1933, p. 610, 629.

a permis de reconnaître dans *abalienare* un terme technique, lié à quelques-unes des conceptions et des formes les plus anciennes de la vie juridique romaine. C'est, à l'époque classique, un terme rare et manifestement en voie de disparition.

Et, pourtant, il n'a pas échappé à la suspicion toujours en éveil de l'hypercritique. Suivant M. Beseler, chaque fois que le mot *abalienare* figure dans les textes classiques rassemblés au *Digeste*, il serait dû soit à une interpolation byzantine, inspirée par l'analogie du verbe grec ἀπαλλοτριόω, soit à une erreur de copiste[1]. Ces hypothèses, aussi fragiles qu'ingénieuses, ne paraissent plus soutenables. Ce cas n'est pas le seul dans lequel un examen plus approfondi, et surtout plus large de ces problèmes, doit aboutir à la confusion des chasseurs impénitents d'interpolations.

F. DE VISSCHER.

1. Beseler, *op. l.*, II, p. 19 et suiv. Pour le texte de Paul, Dig., 10, 3, fr. 14, 1, voir *supra*, p. 3, n. 1 A. L'interpolation du texte de Scaevola, Dig., 32, fr. 38, 7, est admise sur la simple observation qu'il s'agit des termes d'un testament (?). Le soupçon jeté sur le texte de Paul, Dig., 41, 1, fr. 48 pr., ne paraît pas plus justifié : « nec interest, ea res quam bona fide emi longo tempore (*usu*) capi possit necne, veluti si pupilli (*populi*. Bonfante) sit aut vi posessa aut presidi contra legem repetundarum donata (ab eoque abalienta sit bonae fidei emptori) ». L'explication fournie par le dernier membre de phrase n'est pas inutile; il est vrai qu'elle eût pu être donnée aussi à propos des deux premiers exemples; mais si le juriste s'en est abtenu, c'est que, formulée à propos du dernier, elle suffisait à éclairer les autres. Dans Paul, Dig., 4, 7, fr. 8, 5 : « iudicii mutandi causa abalienare », M. Beseler voit une dittographie *aaa* corrigée en *aba*, et dans Ulpien, *Reg.*, 2, 4 : « ab herede abalienare », une répétition dittographique de *ab*. Un parti-pris aussi net devrait aussi l'amener à corriger l'inscription de la Lex Antonia de Termessibus : « ab se non abalienarunt ».