

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

Gábor Hamza

Professeur de l'Université Eötvös Loránd de Budapest

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

Il est à noter qu'il n'y a pas dans les sources un terme *periculum* commune dont la traduction serait la *gemeinsame Gefahr* dans le domaine de la terminologie juridique allemande. C'est pour cette raison que l'auteur de cette étude considère plus

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

pertinent l'usage des termes *même événement* (*dasselbe Ereignis* en allemand) ou *péril* au cours de l'analyse des sources.²

Quant aux périls ou aux événements dans lesquels plusieurs personnes périssent, les sources se contentent des énumérations exemplificatives. Comme source de péril on trouve le plus souvent le naufrage (*naufragium*) (p.ex.: D.34.6.9.pr.,³ D.36.1.18.7., D.23.4.26., D.24.1.1.32., D.34.5.22. et D.34.5.23.). A côté du naufrage on trouve encore comme sources de péril ruine (*ruina*), l'agression (*adgressus*) et l'incendie (*incendium*). (P.ex.: D.24.1.32.14., D.36.1.18.7.)⁴ Dans la sphère de l'énumération des sources de péril - ici la taxation n'est pas possible, puisque l'on ne peut pas prévoir tous les événements provoquant la mort - on ne

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

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

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

rencontre l'ensemble intégral des faits que dans une source (D.36.1.18.7. - Ulpianus) si ce passage élargit sans limites la sphère de toutes les situations de péril possibles conduisant au décès simultané de plusieurs personnes avec la mention de "...*vel quo alio, modo...*" figurant à côté du naufrage, de la ruine et de l'agression en considérant donc les présomptions relatives aux décédés dans le même événement comme constatables indépendamment de l'événement qui aurait conduit au décès d'autrui.

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

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

⁵ D'après le complètement de Studemund.

la présomption – comme nous le verrons ci-dessous – par quoi on entend que le résultat du décès dans le même événement est la supposition de l'ordre du dépérissement fictif (groupe de cas **A**) dépendant de l'âge des décédés étant en rapport sang déterminé les uns avec les autres et dans le cas de l'absence de rapport de sang adéquat la présomption⁸ du décès simultané (groupe de cas **B**), par conséquent au moment du classement des sources la division selon ce point de vue l'emporte fondamentalement.

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

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

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

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

bataille. Comme ce passage ne mentionne pas l'âge du fils il est problématique s'il a déjà accompli ses quatorze ans. A mon avis la fils est pubère puisqu'il a participé selon toute probabilité à la guerre comme soldat et comme soldat il a dû atteindre l'âge nécessaire à la puberté :

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

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

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur, quod si

¹⁰ Selon la correction de Mommsen "intestato".

événement. Question: est-ce que la dot se transmet à l'héritier de la mère et en cas affirmatif est-ce que l'héritier peut demander *l'actio ex stipulatu*? Selon le *rescriptum* de l'empereur la *stipulatio* n'entre pas en vigueur puisque la mère n'a pas survécu à sa fille. Du décès présumé tôt de la mère résulte que bien que la condition du décès contenue dans la stipulation (le décès de la fille, épouse du mari se livrant à la stipulation) se soit réalisé, l'héritier de la mère ne peut pas intenter le procès pour la dot.

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

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

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

¹³ Kaser, *Op. cit.* p. 239.

lequel des deux est décédé plus tôt. En se référant à la *oratio Severi*¹⁵ Ulpianus considère comme valable la donation même dans ce cas et notamment sur la base que le gratifié ne doit pas être considéré comme décédé plus tôt. Il en résulte que même dans le cas des donations réciproques - au cas du décès dans le même événement – sont valables ces transactions, le don appartient donc aux héritiers. Il faut encore statuer sur la question à savoir que devra être la solution au cas des donations réciproques si les époux en captivité selon les preuves ne décèdent pas simultanément dans le même événement en captivité. Plusieurs possibilités concernant la solution sont possibles :

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

D'après Ulpianus la variation a doit être acceptée, c'est-à-dire en cas de la captivité le décès simultané doit être supposé. Néanmoins cette présomption s'écroule si l'un des conjoints rentre à la maison. Ulpianus présume que le décès des conjoints

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

survient simultanément dans une situation directement menaçant la vie. C'est de cette thèse qu'il parvient sur la base d'un raisonnement logique - si le décès est survenu en même temps, c'est-à-dire ni l'un ni l'autre n'est décédé plus tôt y compris le gratifié - à la validité de la donation. Il étend la présomption établissant le décès simultané à la base de la *fictio legis Corneliae per analogiam* aussi à ceux qui sont tombés en captivité en même temps :

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

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

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

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

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

En admettant¹⁸ la correction de Mommsen le cas d'espèce de cette source est le suivant : le mari "a fait retourner" (*relegatio dotis*) à sa femme la dot et ainsi on se demande si l'héritier de la femme peut réclamer de l'héritier du mari la dot si les conjoints décèdent dans le même événement. En présumant le décès simultané du mari et de la femme puisque la femme n'a pas survécu à son mari, l'héritier de la femme ne peut pas intenter le procès pour la dot.

¹⁸ D'après Mommsen à la place de *praelegata* il y avait originairement *relegata* dans la source.

Selon ce passage¹⁹ le testateur qui a deux fils impubères ordonne Titius d'être *heres substitutus* de celui qui décèdera entre les fils plus tard. Des suites d'un naufrage les enfants impubères décèdent en même temps. On se demande le legs duquel reçoit Titius. Au cours de la solution Tryphoninus part du fait que les frères étaient morts l'un après l'autre et qu'ils ne seraient pas décédés simultanément, celui qui décèdera plus tard hériterait – comme héritier légitime - les biens du frère décédé plus tôt. Ainsi Titius comme l'héritier de l'enfant postérieurement décédé héritera aussi de legs de l'enfant impubère antérieurement décédé, tous les deux legs se transmettront donc à lui. Le problème est du au fait que le testateur nomme Titius comme *heres substitutus* de son fils décédé plus tard. Si les deux frères décèdent dans le même événement - comme leur décès doit être présumé simultané - aucun d'eux ne survit à l'autre. L'établissement du décès postérieur est lié à la condition que l'autre personne, dans ce cas le frère, décède plus tôt - ce qui ne s'est pas réalisé ici. Selon le jurisconsulte il faut précéder du fait que tous les deux frères doivent être considérés comme postérieurement défunts.

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

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

contraire, survenu en même temps. Ainsi ils ne peuvent pas hériter - c'est-à-dire le *heres substitutus* ne peut pas hériter - les uns après les autres.

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

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

Si eius, qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo²¹ voluit pater restitui et simul fratres diem suum obissent: propinquum, si non ostenderit quis novissimus obisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatus consulto ad utriusque hereditatem admitti constat. (Marcianus – D.36.1.35.)

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

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

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

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

circa legem Falcidiam, si dominus cum servis simul vita functus sit, servi, quasi in bonis eius mortis tempore fuerint, non computantur". (Marcianus D.34.5.18.1.)

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

