

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

ESSAI

SUR LES

SOURCES DU DROIT ROMAIN

---

DE LA

NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

PAR

Jean KALINDEIRO

---

---

PARIS

IMPRIMÉ PAR CHARLES NOBLET  
RUE SOUFFLOT, 48

—  
1864

A Mama B. Boeresco

Hommage de l'auteur

Inu.A.48.688

Bacalogue

242639

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MON EXCELLENT AMI

**GEORGES P. BACALOGLO**

Professeur à la Faculté de Droit de Bucarest

TÉMOIGNAGE D'AFFECTUEUSE ESTIME

DONAȚIUNEA  
MIHAI BOERESCU



2590

16849

## PREMIÈRE PARTIE

---

# DROIT ROMAIN

---

### ESSAI SUR LES SOURCES DU DROIT ROMAIN.

Dans la loi 2, § 12, *De origine juris* (Dig., 1, 2), Pomponius résume ainsi les sources du droit : « Le droit romain est composé du droit proprement dit, c'est-à-dire de la loi, du droit civil qui a été établi sans écrit par la seule interprétation des Prudents, des actions de la loi qui contiennent la manière de procéder en justice, des plébiscites établis sans l'autorité du Sénat, des édits des magistrats, d'où descend le droit prétorien, des sénatus-consultes portés par le Sénat sans le concours du peuple convoqué en comices, enfin

1956

— 2 —

des constitutions des princes qui sont observées comme lois. »

Gaius, de son côté (1), donne l'énumération suivante : « Les sources du droit sont les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions des princes, les édits des magistrats, et les réponses des Prudents. » Les Instituts de Justinien reproduisent l'énumération de Gaius (2), mais en indiquant une nouvelle source du droit, le droit non écrit, c'est-à-dire les coutumes. Papinien (3) ne diffère pas non plus de Gaius; comme lui il ne parle point du droit non écrit, mais il substitue aux réponses des Prudents l'expression plus générale d'*auctoritas Prudentium*, qui semble comprendre non-seulement les réponses écrites des Prudents, mais encore les *disputationes fori* et les réponses non écrites qui deviennent une source du droit non écrit (4).

## CHAPITRE PREMIER.

### DES LOIS.

Avant d'exposer les principales lois qui ont régi Rome aux différentes époques de son histoire, sous

(1) *Comm.* I, §§ 2-7.

(2) § 3-7, *De J. nat.*, I, 2.

(3) *De justitia et jure*, L. 7. pr. D. I, 1.

(4) Cicéron, *Top.*, ch. 5, dit : « *Ut si quis jus civile dicat id*

les rois, sous la république, sous les empereurs, nous commencerons par dire un mot des assemblées législatives de Rome, c'est-à-dire par montrer comment furent successivement portées et établies ces lois qui ont contribué, par leur sagesse, à rendre la ville de Romulus la souveraine du monde. Romulus, que la tradition nous montre comme le premier roi de Rome, dut, avant l'établissement du Sénat, gouverner par lui-même. A peu près seul maître, il dut nécessairement, de sa propre autorité, porter quelques lois ; mais, après l'établissement du Sénat, après la formation de cette compagnie dont on a tant loué la prudence, Romulus, toujours d'après la tradition, donna au peuple une part dans le gouvernement ; il le revêtit du pouvoir législatif, tout en mettant ce pouvoir dans la dépendance du Sénat et de sa propre volonté (1).

### SECTION PREMIÈRE.

#### DES COMICES ET DE LA CONFECTION DES LOIS.

D'après un usage établisans doute par Romulus,

« *esse quod in legibus, senatus-consultis, rebus judicatis, juris-*  
« *peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, æquitate*  
« *consistat.* » Cette énumération, comme on le voit, se rapproche beaucoup de l'énumération donnée par les Instituts.

(1) V. Ferrière, *Histoire du droit romain*, p. 44.

les lois étaient, au temps des rois, proposées par le prince au Sénat, et le sénat autorisait un de ses membres à faire la proposition de ces mêmes lois au peuple réuni dans ses comices.

Cette façon de porter les lois fut, du reste, un usage à toutes les époques; seulement, sous la république, l'initiative appartient aux consuls qui, à cet égard, remplacèrent les rois.

### § I. Des comices.

1. *Des comices par curies.* — La première assemblée du peuple romain que nous trouvons établie à Rome, porte le nom de comices par curies (1). Ce nom vient de la division que Romulus fit du peuple romain; il le sépara en trois tribus, et chacune de ces tribus compta dix curies.

Les comices par curies se réunissaient toutes les fois qu'il y avait une loi à porter, ou de graves et importantes affaires à décider. Parfois toutes les curies ne s'assemblaient pas ou ne prenaient pas part à la délibération. De là une distinction. S'il n'y avait qu'une partie du peuple à voter, l'assemblée prenait le nom de *concilium* (2).

(1) Voir sur les comices en général, Beaufort, *Histoire de la République romaine*, t. I, p. 185 à 255 de l'édition de La Haye.

(2) Il paraît que les *concilia* n'avaient de force obligatoire que

Voici maintenant la manière dont se tenaient ces comices. Avant toutes choses on prenait les auspices, et c'était les patriciens seuls qui, primitivement, jouissaient du droit de les consulter. Aussi en usaient-ils dans leur intérêt; dès qu'ils voyaient que la décision de l'assemblée menaçait de leur être contraire, ils se hâtaient de la dissoudre, sous prétexte que les auspices n'avaient pas été favorables. Ajoutons que ce qui était décidé dans les comices par curies n'avait force de loi que lorsqu'un sénatus-consulte l'avait ratifié.

Dès que l'assemblée paraissait complète, le magistrat qui la présidait prononçait un discours pour instruire les curies de l'objet sur lequel elles étaient appelées à voter (1). Ensuite on tirait au sort pour savoir quelle serait la curie appelée à voter la première; cette curie prenait le titre de *principium*, et son nom figurait en tête de la décision de l'assemblée (2).

Chaque curie ne pouvait émettre qu'un vote, et, dès que seize curies avaient voté dans un sens favorable, la décision était prise sans que les autres curies fussent consultées (3).

dans la tribu, la curie ou la *gens* qui avait été convoquée pour délibérer. — Aulu-Gelle, XV, 27.

(1) Aulu-Gelle, *ibid.*

(2) Tite-Live, liv. 9, ch. 38.

(3) V. M. Ortolan, *Explication historique des Inst.* t. I, p. 34.

La question de savoir comment se formait le vote dans les curies est restée douteuse. D'après Aulu-Gelle on peut conjecturer que les curies votaient *ex generibus*, c'est-à-dire par *gentes* (1) ; que dans chaque *gens* curie la majorité des membres votants formait le vote de la *gens* ; que, pour former la majorité de la curie, on comptait le nombre des *gentes* favorables, et que, pour former le vote du peuple, on comptait le nombre des curies. C'était une sorte de vote à trois degrés.

Les curies s'assemblaient sur l'invitation des licteurs ou des crieurs publics. Le lieu où elles s'assemblaient s'appelait *comitium* ; c'était une partie du Forum.

Sous les premiers rois, toutes les affaires dont le peuple était seul juge se portaient devant les comices par curies ; de plus, les lois étaient toujours faites par cette assemblée, mais, depuis Servius Tullius, l'autorité des curies diminua ; car, sous ce roi, fut établie une nouvelle distribution du peuple, la distribution en classes et en centurries. Cependant les curies ne furent pas abolies ; elles conservèrent même quelques privilèges et décidèrent d'affaires assez importantes. Ainsi on voit Brutus, après avoir affranchi Rome de la tyrannie des Tarquins, faire confirmer par les suffra-

(1) Aulu-Gelle, XV, 27.

ges des curies la loi qui déclarait Tarquin déchu de la couronne, et qui le condamnait à l'exil (1).

Ce même Brutus fit confirmer encore par l'assemblée des curies la forme de gouvernement qui remplaça le gouvernement des rois; et sous la république toutes les magistratures militaires qui avaient été déferées à des citoyens dans les comices par centuries, devaient être confirmées dans les comices par curies (2). De même les adrogations ne pouvaient se faire sans le concours des curies (3). Il paraît, du reste, que ce genre d'adoption ne se fit jamais sans le consentement des comices par curies, jusqu'au règne de Dioclétien.

Dans les comices par curies il n'y avait, à ce qu'il semble, que ceux qui habitaient Rome ou l'*ager romanus* qui eussent le droit de voter (4). Mais avec le temps on cessa d'assembler réellement ces comices, et l'on se contenta de les faire représenter par trente licteurs qui délibéraient sur les adrogations, et qui confirmaient les décisions des curies par centuries.

Voilà la première assemblée législative de Rome. C'est dans cette assemblée que, jusqu'à Servius Tullius, les lois royales, dont nous parle-

(1) Denis d'Halicarnasse, I, 4.

(2) Tite-Live, V, ch. 52; IX, 38.

(3) Suttone, *Vie d'Auguste*, 65.

(4) V. Adam, *Antiquités romaines*, t. I, p. 124.

rons plus tard, ont été portées; car, à partir de ce prince, les lois sont établies dans les comices par centuries, sauf quelques-unes, touchant spécialement à la religion et au culte, qui furent longtemps réservées à l'assemblée par curies (1).

II. *Comices par centuries.* — On appelait de ce nom les assemblées où les votes étaient donnés dans chaque century, *ex censu et ætate* (2). Ces assemblées étaient les plus importantes, les plus solennelles de l'ancienne Rome; ainsi Denis d'Halicarnasse (3) et la loi des douze Tables les appellent les grands comices (*maximus comitiatus*).

Les attributions de ces grands comices n'étaient pas, dans le principe, rigoureusement déterminées; mais, avec le temps, eux seuls eurent le droit de nommer les premiers magistrats, c'est-à-dire les consuls, les censeurs et les préteurs, et de décider de certaines affaires, notamment de l'utilité d'entreprendre des guerres difficiles et lointaines (4).

Mais pour nous, qui traitons des sources du droit, le plus important privilège de ces comices était de porter et d'établir les lois.

(1) Gravina, *Esprit des lois romaines*, p. 479.

(2) *Ex censu*, d'après la fortune; *ex ætate*, d'après l'âge.

(3) *Ant. rom.*, IV.

(4) Tite-Live, XXXI, 5.

Il n'y avait que les consuls, les préteurs et les dictateurs (1) qui eussent le droit de convoquer les comices par centuries et de les présider. Les deux consuls ordinairement tiraient entre eux au sort pour savoir à qui reviendrait l'honneur de présider l'assemblée. Mais quand l'un des deux consuls était absent, c'était celui qui était à Rome qui présidait de droit.

Dans l'origine, depuis Tarquin l'Ancien, il n'y avait que les citoyens domiciliés à Rome qui jouissaient du droit de suffrage; dès qu'un citoyen était inscrit pour faire partie d'une colonie, même du Latium, il perdait aussitôt le *jus suffragii* et le *jus honorum*. Ce droit appartient à tous les habitants de l'Italie après la loi Julia; car ce fut cette loi qui accorda à toute l'Italie le droit de cité romaine, et par suite le droit de donner son suffrage dans les comices par centuries.

## § 2. De la confection des lois (2).

Nous avons brièvement parlé des comices par curies et par centuries; examinons maintenant comment se faisaient les lois dans ces assemblées.

I. *De la proposition des lois.* — Le magistrat

(1) Tite-Live, VII, 24 et 26.

(2) V. Adam, *Antiquités romaines*, t. I, p. 137 et s.

chargé de présenter la loi au peuple faisait d'abord le projet de cette loi ; le projet fait, il le communiquait à ses amis intimes et aux citoyens les plus renommés par leur prudence ; autrement on courait risque de proposer une loi contraire aux anciennes coutumes, et d'encourir la haine des citoyens. Il était défendu à celui qui proposait une loi de chercher, par cette loi, à procurer quelque avantage à sa famille, à ses alliés ou à ses proches (1).

Quand le projet de loi avait été ainsi élaboré, on le communiquait au Sénat, sans l'autorité duquel on ne pouvait le proposer au peuple (2). Puis on le rendait public, afin que le peuple pût voter en connaissance de cause. La publication d'un projet de loi devait se faire sur la place publique, trois jours de marché consécutifs. Les marchés avaient lieu tous les neuf jours (3), et les citoyens occupés aux travaux de la campagne ne venaient à Rome que ces jours-là pour vendre leurs denrées ou traiter de leurs affaires. Afin de mieux faire connaître le projet de loi, un crieur public le lisait à haute voix ; de cette manière, la publicité était aussi complète qu'elle pouvait l'être. La discussion n'était pas moins libre. Le magistrat, au-

(1) Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, p. 210.

(2) Terrasson, *loc. cit.*, p. 211.

(3) Denis d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, II, 8.

teur du projet, défendait sa loi devant le peuple, et montrait tous les avantages qui, selon lui, devaient résulter de son adoption (1). Ceux, au contraire, qui désapprouvaient le projet haranguaient à leur tour l'assemblée, et chacune des deux parties s'efforçait de convaincre le peuple et de l'entraîner dans ses sentiments. Les preuves d'une pareille liberté de discussion ne manquent point. Nous avons une harangue de Cicéron, dans laquelle il appuie la proposition du tribun Manilius; et il nous reste du même orateur des discours contre le tribun Rullus, qui proposait de partager entre les plus pauvres citoyens toutes les terres de la Campanie.

Quand la loi avait été exposée à la connaissance de tous les citoyens, on rendait un édit, par lequel on invitait les citoyens à se trouver au Champ-de-Mars à un jour fixé. Le jour des comices on prenait les auspices. Si les présages étaient défavorables (2), l'augure remettait l'assemblée par ces termes : *alio die*, à un autre

(1) Titc-Live, II, 56.

(2) Si, durant les comices, quelqu'un était frappé d'épilepsie (*morbus comitalis*), c'était un mauvais présage; c'était un bon présage, au contraire, quand les oiseaux mangeaient avec appétit. Les Romains prenaient aussi pour d'heureux présages les éclairs qui paraissent de gauche à droite. Denis d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, liv. 2, c. 2. — V. sur les auspices, en général, de Beaufort, ouvrage cité, t. 1, p. 197 à 202.

jour (1). Seulement, dans les derniers temps de la république, les auspices ne servaient plus que de prétexte à empêcher le peuple de voter une loi contraire aux intérêts des patriciens.

Les auspices pris, le magistrat qui présidait faisait un discours dans lequel il relevait au long le mérite de la nouvelle loi. Après lui le tribun de la plèbe, ou proposait la loi, ou en paralysait les effets par son *veto*. Mais il arrivait parfois que celui qui approuvait la loi était le premier à en empêcher l'adoption, et cela parce que les changements que le Sénat y avait faits en l'examinant la rendaient si différente de ce qu'elle était d'abord, que celui qui en était l'auteur n'y reconnaissait plus son esprit, et, par suite, n'était guère tenté de l'appuyer et de la soutenir (2).

II. *Du vote des lois.* — Quand la discussion était close, on apportait une urne (3) dans laquelle on jetait les noms des centuries ou des tribus, suivant que les comices étaient convoqués par tribus ou centuries. On tournait doucement cette urne afin, dit Tite-Live, que les bulletins fussent tous de niveau et que l'un ne surmontât pas l'autre. Cela fait, on tirait au sort pour savoir quelle se-

(1) Cic., *De legibus*, II, 40.

(2) Cic., *Ad Att.*, I, ép. 14.

(3) Tite-Live, liv. XXV, 3.

rait, parmi les centuries de la première classe, la centurie appelée la première à émettre son vote. Celle que le sort désignait la première s'appelait *prærogativa* (1). Le suffrage de cette centurie avait toujours une grande influence sur les suffrages des autres centuries (2) ; au point même que, si cette centurie était favorable à la *rogatio*, on regardait comme certaine l'adoption de la loi.

Sous Servius Tullius, les centuries étaient appelées sans qu'on eût recours à la voie du sort, c'étaient les chevaliers qui votaient les premiers, et, après eux, les centuries composées des citoyens les plus riches et comprises dans la première et la seconde classe. Comme ces centuries surpassaient en nombre toutes celles qui restaient, on se contentait de leurs suffrages, quand elles étaient d'accord ; dans le cas contraire seulement, on appelait la troisième classe, puis la quatrième, et ainsi de suite jusqu'à la classe des prolétaires. Mais cela arrivait rarement (3). Lorsque le sort avait décidé de l'ordre dans lequel les centuries de chaque classe devaient voter, le président des comices invitait les centuries à se rendre à leurs

(1) Tite-Live, XXIV, 7.

(2) Tite-Live, XXVI, 22.

(3) Denis d'Halicarnasse, IV, 5, *Ant. rom.*

places respectives. Il disait : « *Velitis, jubeatis, quirites... hoc ita ut dixi, vos quirites, rogo*; et il ajoutait : *Si vobis videtur, discedite, quirites* (1). Après ces paroles, chaque citoyen se rangeait dans sa centurie pour y donner son suffrage.

Dans les premiers temps de Rome les suffrages étaient donnés verbalement (2). Mais, depuis les lois tabulaires, les votes furent donnés par écrit; c'est Cicéron qui nous l'apprend (3). « Il y a  
« quatre lois tabulaires, dit-il par la bouche de  
« Quintus. La première est pour l'élection des  
« magistrats; c'est la loi Gabinia, portée par un  
« homme obscur et vil. Deux ans après, vint la  
« loi Cassia, sur les jugements populaires; celle-  
« là fut portée par un homme de nom, L. Cassius;  
« mais je puis dire, sans offenser sa famille, par  
« un homme opposé aux honnêtes gens, et qui  
« captait, par tous les moyens, les moindres ap-  
« plaudissements du peuple. La troisième, sur  
« l'adoption ou le rejet des lois, est de Carbon,  
« séditieux et mauvais citoyen, que son retour  
« même aux honnêtes gens ne put faire sauver  
« par eux. Le suffrage de vive voix avait été laissé  
« dans un seul cas, celui de haute trahison. Cel-

(1) Terrasson, *loc. cit.*, p. 211.

(2) Cic., *De leg.*, II, 40.

(3) Cic., *De legib.*, III, 46.

« sus introduisit le scrutin jusque dans le jugement » (1).

Ainsi depuis ces quatre lois, les suffrages, comme nous l'avons dit, furent donnés par écrit. Et voici comment on procédait au vote : on faisait passer chaque centurie, à son tour, dans un lieu entouré de barreaux, et appelé pour cette raison *septum* ou *ovile*. Pour sortir de cette enceinte, on passait sur de petits ponts qui, grâce à une loi de Marius (2), furent faits si étroits qu'on ne pouvait y passer qu'un à un. Chaque citoyen recevait, en traversant le pont ou plutôt à l'entrée du pont, deux tablettes : sur l'une étaient écrites les deux lettres U. R., c'est-à-dire *uti rogas*, ce qui veut dire, « soit fait ainsi qu'il est requis; » car celui qui proposait la loi était censé la demander, et le peuple était censé lui accorder sa demande. Sur l'autre tablette était la lettre A, c'est-à-dire *antiqua probo*; ce qui veut dire « je désapprouve la loi parce qu'elle est contraire aux anciens usages. » Ceux qui remettaient ces tablettes aux citoyens s'appelaient *distributores* (3). Seulement, quand il s'agissait d'une chose que le Sénat voulait à tout prix faire approuver, c'étaient les sénateurs eux-

(1) Trad. de M. Victor Le Clerc.

(2) Cic., *Harangue pour le retour*, ch. 11.

(3) Cic., *Ad Att.*, I, ép. 14.

mêmes qui faisaient les fonctions de *distributores*; c'est ce qui eut lieu, lorsqu'on voulut faire passer la loi qui rappelait Cicéron de son exil. Cicéron rapporte lui-même cette circonstance honorable, et il ajoute que, quand l'affaire n'était que d'une importance secondaire, les sénateurs se dispensaient de pareilles fonctions, en alléguant leur âge ou leur rang.

Après avoir reçu à l'entrée du pont, de la main des *distributores*, les deux tablettes, chaque citoyen descendait du pont par l'extrémité opposée, et déposait au scrutin celle des deux tablettes qui représentait son opinion. Ces tablettes étaient jetées dans une corbeille; puis on comptait les suffrages de chaque centurie, afin de savoir s'il y avait ou non majorité en faveur de la loi. Comme on le voit, chaque citoyen votait réellement; mais c'était seulement le vote de chaque centurie qui était compté. On peut même dire par métaphore que les voix se comptaient par ponts, si l'on admet qu'il y avait autant de ponts que de tribus ou de centuries (1). On le sait, les tribus étaient au nombre de trente-cinq, et les centuries au nombre de cent quatre-vingt-treize (2).

Mais les fils de famille pouvaient-ils voter ?

(1) Tite-Live, III, ch. 41, note 3-13 «... *Prout vocabatur, per pontes sive angustas vias utrebat*, etc. »

(2) Gravina, *loc. cit.*, p 476.

1919

Nous pensons que les fils de famille votaient dans les comices du peuple romain et dans les comices de la plèbe. On admet assez généralement que les fils de famille votaient dans les comices par tribus; le doute ne s'élève que relativement aux comices par centuries et par curies. Dans les comices par centuries, il est, selon nous, certain que les fils de famille votaient dans la centurie de leur père de famille; en effet, le fils de famille faisait partie de l'armée; or, d'après Denis d'Halicarnasse les citoyens allaient au vote dans le même rang qu'ils avaient dans l'armée; en outre, dans la confection des testaments *calatis comitiis*, qui étaient dans l'origine de véritables lois, tous les rangs de l'armée, qu'ils fussent composés de pères de famille ou de fils de famille, étaient admis à exprimer leur vote; enfin, les fils de famille pouvaient être élevés dans les comices par centuries aux plus hautes magistratures du peuple romain, notamment à celle de consul, ainsi que le prouve un texte de Tite-Live portant que, l'an 268 de Rome, Cassius, au sortir de sa magistrature, a été condamné à mort et que son pécule a été consacré à Cérès (1). Or, il est impossible d'admettre qu'un fils de famille pût être élevé, dans les comices par centuries, aux suprêmes dignités, lorsqu'il n'avait

(1) L. 2, ch. 41; L. 24, ch. 44.



pas le droit d'y figurer pour y donner son avis.

Si la loi était approuvée par la majorité des centuries, la loi était reçue, et l'adoption de la loi se publiait par ces mots : *Scita* ou *Perbata*, sous-entendu *lex*. Si, au contraire, la loi était désapprouvée par la majorité, on la rejetait par ces mots : *Antiquata rogatio* (1). Mais la décision des comices, quelle qu'elle fût, ne pouvait avoir force de loi avant que le sénat la ratifiât (2). Nous verrons, toutefois, que ce concours du Sénat n'était pas nécessaire pour donner force de loi aux décisions prises par la plèbe dans les comices par tribus. Et même, dans la suite, les comices par curies et par centuries furent affranchis de cette sorte de tutelle. En effet, l'an 416 de Rome, la loi *Pubilia*, portée sur la proposition de Publius Philo (3), décida que le Sénat donnerait son approbation, avant même que les lois fussent votées dans les comices par curies et par centuries.

Mais n'allons pas croire pour cela que les patriciens perdaient dès lors toute leur influence. Il leur restait un moyen. Il fallait, avant de procéder au vote, prendre les auspices, et, durant les cinq cents premières années de Rome, tous les au-

(1) Tite-Live, *ibid.* XXXI, 6.

(2) Cic., *De republica*, I, § 32.

(3) Tite-Live, lib. VIII, 42.

gures furent patriciens ; aussi l'assemblée du peuple était-elle toujours dissoute dès que les patriciens voyaient, comme nous l'avons déjà dit, que le peuple était sur le point de voter une loi contraire à leurs intérêts, et le prétexte était toujours le même : les auspices n'étaient pas favorables. N'oublions pas une particularité, en parlant du vote par centuries : quand il y avait égalité de suffrages de part et d'autre dans une centurie, le suffrage de cette centurie était nul, un cas excepté, celui où les comices par centuries jugeaient quelque affaire criminelle ; alors le suffrage de la centurie où il y avait égalité de voix était regardé comme favorable à l'accusé (1). Les lois, une fois adoptées et consacrées, prenaient le nom des magistrats qui les avaient proposées (2). Ce nom se trouvait en tête de la loi, il formait la *præscriptio* de la loi ; après cette *præscriptio* venait la disposition de la loi (*præceptum*) ; puis la sanction pénale (*coactio*) qui menaçait d'une certaine peine les infractions à la prescription légale.

Cependant toutes les lois n'avaient pas cette sanction : Ulpien distingue à cet égard les *leges perfectæ*, *minus quam perfectæ*, et *imperfectæ* (fr. 1, §§ 1-2).

(1) Quelquefois elles étaient désignées par leur objet : *leges agrariæ*, *leges judicariæ*.

(2) Gravina, ouvrage cité, p. 477.

Remarquons en terminant que chaque loi devait s'occuper d'un objet distinct et séparé. Les lois Cecilia et Didia (1) défendaient de proposer une loi qui comprît plusieurs objets différents les uns des autres. Cette mesure avait sans doute pour but, comme le fait observer M. Giraud, d'éviter les surprises ; car les lois n'étaient votées que par interrogation et par réponse. Pour nous résumer, d'après le mode de confection de lois, tel que nous venons de l'exposer, les lois ne pouvaient jamais être que refusées ou adoptées ; système d'une application facile, sans doute, mais défectueux, car le droit d'amendement n'existait pas. C'était là le système législatif de Rome sous les rois et sous la république ; voyons maintenant les lois que nous devons à ce système.

## SECTION DEUXIÈME.

### LOIS ROYALES.

Les premiers monuments législatifs que nous trouvons, en recherchant les sources du droit romain, portent le nom de *lois royales*. Pomponius, en effet, commence l'énumération des sources du

(1) V., sur ces lois : Cic., *Ad Att.*, II, 9 ; — *Pro domo*, c. 20, *in fine* ; — *Philipp.*, v, 3.

droit par l'indication de ces lois, « *leges regie* (1). »

L'existence de ces mêmes lois nous est attestée encore par d'autres passages des auteurs anciens. Tite Live, par exemple, nous dit, qu'après la prise et la destruction de Rome par les Gaulois, le premier devoir des magistrats qui furent alors nommés, fut de rechercher les lois des XII Tables, et quelques lois royales (2). Cicéron nous dit aussi que les lois religieuses de Numa étaient encore conservées de son temps dans des monuments publics et des temples (3).

Tacite, dans ses *Annales*, parle d'une loi religieuse de Tullus Hostilius (4).

Mais qu'étaient-ce que ces lois royales? On appelle ainsi les lois qui ont été publiées par les sept rois de Rome. Le premier d'entre eux, Romulus, après l'institution du Sénat et la division du peuple en tribus et curies, fit plusieurs lois avec le concours du Sénat et des comices par curies; il ne voulut pas gouverner d'une manière arbitraire, il ne voulut donner aux Romains que les lois qu'ils avaient eux-mêmes votées. Ces lois, ou du moins les lois publiées sous son nom, traitent du droit public, du

(1) Dig., loi 2, § 2, *De Or. Juris*, I, 2.

(2) Liv. VI, ch. I.

(3) *De republ.*, liv. II, § 13; *ibid.*, liv. 5, § 2.

(4) Liv. 12, § 18.

mariage, du patronage et de la clientèle, enfin de la puissance paternelle. Ainsi, Romulus accorda au père un droit absolu sur la personne et les biens de l'enfant : sur la personne, droit de vie et de mort, droit de vendre l'enfant, par conséquent ; sur les biens, tout ce que gagnait le fils appartenait au père (1). Ni l'âge ni les dignités ne pouvaient diminuer l'autorité paternelle (2). Il y avait même une loi qui vouait aux dieux infernaux l'enfant qui avait frappé son père ou ses autres ascendants. Une autre loi du même prince décida que la femme qui entrerait sous la puissance de son mari aurait le même culte et les mêmes biens que lui.

Mais tout en accordant cet avantage à la femme, Romulus permit au mari (3) de la répudier pour

(1) Ferrière, ouvrage déjà cité, p. 41.

(2) Chez les Athéniens, avant Solon, le père avait aussi sur ses enfants un pouvoir absolu ; mais les lois de Solon ne laissèrent plus une pareille autorité. Cependant, ce père eut encore le droit d'abdiquer son fils, ce que les Grecs désignaient par le mot ἀποκήρυξις. (Denis, *Ant. rom.*, liv. 2, ch. 8). Mais ce n'était pas chose arbitraire : Platon, dans son *Traité des lois*, nous fait connaître les obligations imposées au père qui voulait abdiquer son fils ; il nous indique en même temps les garanties accordées au fils en cette occasion. Ce dernier avait le droit de se défendre et de chercher à repousser les accusations de son père. Au reste, c'était la majorité des membres du conseil de famille qui, réunis à cet effet, décidaient seuls du sort de l'enfant. Cet enfant, délaissé par le père, était presque toujours adopté.

(3) Chez les Grecs, non-seulement le mari, mais la femme pouvait

violation essentielle des obligations résultant du mariage, c'est-à-dire pour cause d'adultère, d'empoisonnement, d'abdication des clés, κλειδῶν ὑποβολῆ (1).

Le successeur de Romulus, Numa Pompilius, s'appliqua surtout, dans ses lois, à développer le culte extérieur (2). C'est lui qui défendit qu'on fit aucune statue représentant la divinité, parce que Dieu ne peut avoir la figure d'un animal ou même celle de l'homme. C'est à lui qu'on doit aussi l'institution du collège des Pontifes et des Augures. Il défendit encore qu'on enterrât une femme morte enceinte, avant d'avoir retiré l'enfant du sein maternel (3). Une autre loi, aussi singulière, est celle qui défend de relever le cadavre d'un homme tué par la foudre; il faut qu'on creuse une fosse à l'endroit même où l'homme est tombé, et qu'on l'y dépose sans funérailles (4). Il introduisit toutes ces nouveautés dans Rome, en affirmant que c'était

encore divorcer; c'est presque le contraire de ce que décidait Romulus.

(1) Denis d'Halicarnasse, liv. II, ch. 25, ajoute que si le mari répudie sa femme dans tout autre cas, la loi ordonne que la moitié des biens de la famille appartiennent à la femme, que l'autre moitié soit consacrée à Cérès, et que le mari qui a repoussé sa femme soit voué aux dieux infernaux (Plutarque, *Vie de Romulus*.)

(2) Denis, *Ant. Rom.*, l. II.

(3) Gravina, p. 38.

(4) Gravina, p. 36.

une nymphe, la nymphe Egérie, qui les lui inspirait (1).

Tullus Hostilius, troisième roi de Rome, porta cinquante lois sur les contrats (2); toutefois ses lois sont beaucoup moins nombreuses que celles de ses prédécesseurs; il s'occupa surtout de l'organisation de son armée et de la discipline militaire.

Ancus Marcus consacra, au contraire, tous ses soins à l'agrandissement de la ville et à la réforme de la police intérieure.

Tarquin l'Ancien fit aussi quelques lois, mais elles sont restées inconnues.

Servius Tullius renouvela les lois portées par Romulus et Numa et que le temps et l'inobservation avaient presque abolies de fait; il en établit aussi de nouvelles (3).

Le dernier roi de Rome, Tarquin surnommé le Superbe, est moins connu par ses lois que par son administration tyrannique qui fut une des causes de sa perte. En effet, il abrogea toutes les lois de ses prédécesseurs, principalement celles de Servius Tullius (4), et ce fut sa seule volonté qui eut force

(1) Ferrière, ouvrage cité, p. 12; Denis d'Halicarnasse, *Ant. Rom.*, liv. II, ch. 15.

(2) Terrasson, p. 13; Denis d'Halicarnasse, liv. IV, ch. 4.

(3) Dion Cassius, liv. 4.

(4) Denis d'Hal., liv. IV, ch. 40.

de loi ; le sénat et le peuple n'eurent plus sous son règne le pouvoir législatif que leur avait autrefois reconnu Romulus et qu'ils avaient conservé sous tous ses successeurs.

Ce fut sous ce prince que le jurisconsulte Papi-rius, petit-fils de Démarate le Corinthien, réunit et mit en ordre toutes les lois royales, et les publia en un seul recueil, connu sous le titre *De jus civile Papirianum*. Le jurisconsulte Pomponius confirme l'existence de ce monument qui fut, pour ainsi dire, le Code de cette époque (1).

Quelques auteurs (2), tout en reconnaissant l'existence des lois royales, inclinent à croire qu'elles n'ont été rédigées qu'après la chute de la royauté. Ils attribuent la collection citée plus haut, non à Sextus Papius, qui vivait du temps de Tarquin le Superbe, mais à Caius Papius qui, si l'on se rapporte à l'autorité de Denis d'Halicanasse (3), était grand pontife, et avait remis en vigueur les lois religieuses de Numa. Mais cette assertion ne prouve rien ; car, de ce qu'un autre Papius a vécu au temps de la république, ce

(1) D. L. 2, § 2. *De Or. J.* — M. Mackeldey, dans son *Histoire des sources du droit romain*, § 27, révoque en doute l'existence du *jus Papirianum*.

(2) V. Guillaume Grotius, *De vitis jurisconsultorum*, liv. I, ch I.

(3) *Ant. Rom.*, liv. III, ch. 12.

n'est pas une raison pour le croire l'auteur du recueil des lois royales. Pomponius, au reste, nous dit d'une manière formelle (1) qu'après la chute des rois, toutes les lois qu'ils avaient faites cessèrent d'être en usage, et que le peuple aimait mieux être régi par la coutume que d'obéir à des lois dont il détestait le nom. Le passage de Denis prouve seulement une chose, c'est que le pontife C. Papirius fit revivre les lois religieuses de Numa qui étaient tombées en désuétude (2).

Beaucoup de jurisconsultes ont cherché à rassembler et à reconstruire le texte des lois royales. En effet, quelques auteurs anciens, comme Cicéron, Tite-Live, Aulu-Gelle, nous ont laissé dans leurs écrits quelques fragments de ces anciennes lois, extraits, à ce qu'il semble, du recueil de Papirius, et écrits en langue osque; mais la plupart du temps, ils se sont contentés de reproduire le sens d'une ou plusieurs lois. On trouve aussi dans le Digeste de Justinien des dispositions qui sont données comme faisant partie d'une loi royale (3). Terrasson (4), usant de ces sources, a prétendu donner le texte complet du Code Papi-

(1) L. 3, § 3, *De Or. J.*

(2) Terrasson, *loc. cit.*, p. 21.

(3) L. 2, *De mortuo inferendo*, D. 11, 8. — *Collectio mos. et rom.*, tit. 4, § 8, fr. Papinien.

(4) Ouvrage cité, p. 22 et s.

rien, mais, comme le fait remarquer avec beaucoup de sagacité M. Giraud (1), il n'y a là qu'une supercherie : on a donné la forme impérative aux passages des auteurs anciens qui n'avaient pu que rappeler le sens ou l'esprit des anciennes lois royales; suivant le savant professeur, cette collection est certainement factice, et n'a d'autre mérite que celui de nous étonner de la patience laborieuse qu'il a fallu pour réunir toutes les citations éparses çà et là, et écrites dans la langue osque.

Notons en passant que Paul donne un fragment d'un commentaire fait par Granius Flaccus sur le droit papirien (2). Malheureusement, l'ouvrage de Flaccus ne nous est pas parvenu; sans cela, il eût été facile, sinon de reconnaître, au moins de juger un peu les lois qui avaient servi de texte au commentaire.

Mais que devinrent les lois royales après la chute de Tarquin? Furent-elles abrogées en totalité ou seulement en partie? Malgré la haine que les Romains avaient pour tout ce qui rappelait les rois, nous croyons qu'ils n'abrogèrent pas expressément les lois royales; seulement, ils les laissèrent pour la plupart tomber en désuétude, et, si quelques-unes d'entre elles furent conser-

(1) Ouvrage cité, p. 58.

(2) L. 144. fr. Paul, *De verborum significati. ne*, L. 16.

vées, ce fut plutôt comme simple coutume. Certains auteurs prétendent, il est vrai, que la loi *Tribunitia* abrogea toutes les lois royales (1); ils se fondent pour cela sur le mot *exoleverunt* qui se trouve dans la loi 2, § 3, *De origine juris*. « *Exactis deinde regibus lege Tribunitia, omnes leges hæ exoleverunt.* » Mais ce mot ne signifie pas que les lois ont été abolies, il veut dire qu'elles ont cessé d'être en usage (2).

D'autres juriscultes corrigent le texte de Pomponius; ils déplacent la virgule qui se trouve après le mot *Tribunitia*, et la posent après le mot *regibus*, et, d'après eux, la loi *Tribunitia* ne parlerait pas de l'abolition des rois, mais de l'abolition des lois royales (3). Enfin, quelques auteurs prétendent que le mot *exoleverunt* se rapporte aux lois qui concernent spécialement le pouvoir royal, et que les autres lois ont continué de subsister (4). Cette dernière opinion s'accorde du reste avec celle de Gravina (5) qui pense que celles des

(1) On appelle lois *Tribunitia* chacune des deux lois qui ont été proposées par Junius Brutus, dans une même assemblée du peuple romain. Ces deux lois portaient que les Tarquin et leurs enfants seraient bannis à perpétuité de Rome; et que le titre de roi y était à jamais aboli.

(2) Ferrière, ouvrage cité, p. 17.

(3) Ritter Shusius, *ad legem XII Tabul.*

(4) Muret, observations sur la loi 2, *De orig. juris*, p. 4.

(5) Gravina, p. 479.

lois royales qui avaient trait à la souveraine puissance périrent avec le nom de roi, tandis que les autres ne cessèrent pas d'être en vigueur.

Pour nous, nous préférons à tous ces systèmes celui de Ferrière, et nous croyons avec lui que les lois royales cessèrent d'être en usage après l'expulsion des Tarquins, et qu'elles furent seulement conservées, pour la plupart, comme coutumes (1).

Disons, en terminant, que si le petit nombre de fragments qui restent des lois royales porte l'empreinte de la barbarie, on y trouve avec surprise le premier germe d'institutions longtemps observées et conservées à Rome, et destinées même, après avoir subi l'épreuve de vingt siècles, à pénétrer dans les codes de l'Europe civilisée. Ainsi, la disposition qui distingue le meurtre de l'homicide par imprudence, celle qui décide que l'administration de la justice sera suspendue pendant les jours de fêtes, celle qui établit la puissance paternelle et l'émancipation, se sont trouvées dans la première législation de Rome, avant d'entrer dans les codifications modernes.

(1) V. encore M. Giraud, ouvrage cité, p. 56, et M. Berriat Saint-Prix, *Hist. du droit romain*, p. 15.

## SECTION TROISIÈME.

### ORIGINE DE LA LOI DES XII TABLES (1).

Après les lois royales, le monument le plus ancien de la législation romaine porte le nom de lois des XII tables. Ce sont ces lois que les Grecs appelaient Πόλυξῆσαι ἀξίονες (2), et que les auteurs latins nomment les XII par excellence, lois saintes, tables sacrées, qui contiennent toutes les défenses, et que Tite-Live n'a pas craint de définir : • *Corpus omnis romani juris, fons publici privatiq̄ue juris* (3). »

#### § 1<sup>er</sup>. Origine de la loi des XII Tables.

Après la chute des rois, la lutte éclata entre les patriciens et les plébéiens. Elle ne devait cesser que le jour où il y aurait égalité de droits pour tous les citoyens ; où la loi, formulée clairement, et librement acceptée, protégerait la plèbe contre l'injustice et la tyrannie du patriciat.

(1) V. Gravina, ouvrage cité, p. 38 à 126 et 480 à 483. V. encore Bouchaud, *Commentaire sur la loi des XII Tables*.

(2) On désignait, par ces mots, des tablettes en bois, de forme à peu près carrée et tournant sur un axe.

(3) Liv. III, chap. 34.

Au commencement de la république, il n'y avait plus, pour ainsi parler, de lois. Sans doute les lois royales s'étaient conservées comme coutumes, si l'on excepte celles qui étaient incompatibles avec les institutions démocratiques ; mais ces lois ne pouvaient convenir qu'à un peuple encore barbare et soumis à l'autorité despotique d'un roi, mais non à un peuple libre. Quand la plèbe, sous l'influence du gouvernement nouveau, eut commencé à se policer et à s'instruire, elle s'aperçut qu'à chaque instant elle était victime de l'avidité des patriciens. Elle semblait n'avoir secoué le joug de la royauté que pour tomber sous le joug plus terrible encore du patriciat.

Les tribuns, qui avaient mission de défendre la plèbe contre les entreprises des grands, étaient impuissants à conjurer le mal. En effet, seuls les patriciens avaient la connaissance des lois et l'administration de la justice, et, sous prétexte d'appliquer la loi, ils tiraient aisément vengeance des plébéiens. Leurs décisions, loin de s'inspirer de la justice, favorisaient toujours le patriciat, et les intérêts de la plèbe étaient sans cesse sacrifiés. Dans la plupart des cas, la législation était muette, et les juges décidaient au gré de leur caprice. Une réforme était donc nécessaire ; il fallait qu'on établît des lois positives, dégagées de toute obscurité et accessibles à la connaissance de chaque ci-

toyen. Dans cet esprit, les tribuns, agissant de concert, cherchèrent un moyen de soulager la plèbe, de la soustraire aux attaques continuelles des grands, et d'empêcher des révoltes qui menaçaient de conduire Rome à sa perte. Le tribun Terentillus Arsa commença, si l'on peut ainsi parler, la campagne; il demanda qu'on établît des lois fixes, et que les citoyens fussent ainsi soustraits à l'arbitraire des juges (1). Mais sa proposition fut ajournée, sous prétexte que, les consuls étant absents de Rome (ils étaient à la tête des armées), il serait contraire à toute justice d'introduire de nouvelles lois sans la participation de l'armée et des consuls; on ajouta que de pareilles modifications exigeaient de la réflexion, et ne pouvaient, du reste, être faites que dans l'assemblée générale du peuple romain; or, il était impossible en ce moment de tenir une pareille assemblée. Sur ces raisons, les tribuns consentirent à suspendre leur proposition jusqu'au retour de ces magistrats. Quand les consuls rentrèrent à Rome, les tribuns renouvelèrent la demande d'Arsa, et même la développèrent (2). Ils voulaient que cinq citoyens, nommés dans une assemblée de la plèbe et par elle, fussent chargés de

(1) Tite-Live, liv. III, ch. 9.

(2) Denis d'Hal., *Ant. rom.*, liv. 10.

faire un projet de corps de loi qui serait exposé sur la place publique, afin que chacun pût en prendre connaissance et y apporter ses observations.

Il était naturel, ajoutaient les tribuns, que les cinq commissaires fussent choisis parmi les plébéiens, car, la justice étant aux mains des patriciens, c'était à ceux qui se plaignaient et souffraient de cette justice à proposer la révision des anciennes lois et la rédaction des nouvelles; par ce moyen, ils auraient nécessairement une garantie suffisante. Mais, devant une pareille demande, la fierté des patriciens ne céda pas; ils s'indignèrent de la proposition et défendirent avec courage et opiniâtreté leurs prétendus droits (1).

Alors, pour éviter une guerre civile, les tribuns modifièrent leur demande; ils consentirent à ce que la commission fût mixte, c'est-à-dire composée en nombre égal de membres des deux ordres. Le Sénat, à son tour, examina cette proposition l'an 300 de Rome, sous le consulat de Spurius Tarpeius et d'Aterius Terminus, et il décida qu'on enverrait en Grèce trois des membres de la commission (2).

On est, en général, d'accord sur ce nombre; pourtant Bouchaud, interprétant mal le passage de

(1) Denis d'Hal., *Ant. rom.*, liv. 10.

(2) Tite-Live, III, 31.

Pomponius(1) relatif aux décemvirs, prétend que, selon ce jurisconsulte, il y eut non pas trois, mais dix députés envoyés en Grèce. Mais Bouchaud se trompe. Pomponius, en parlant dans cet endroit des décemvirs, a voulu dire simplement que les décemvirs reçurent le pouvoir de choisir, pour les Romains, des lois parmi les dispositions à l'usage des peuples de la Grèce. Ces trois commissaires furent donc chargés d'aller jusqu'à Athènes (2) et de consulter, de recueillir, au besoin, les lois qui sembleraient le mieux convenir à l'esprit du peuple romain. Ce sénatus-consulte, qui fut confirmé par un plébiscite, renferme une disposition qui nous donne déjà une idée de la fierté romaine. Il y était écrit qu'on équiperait trois galères avec une magnificence digne des personnages qu'elles allaient transporter. Les commissaires désignés étaient *Sp. Posthumius, Sext. Sulpicius* et *A. Manlius* (3).

L'envoi de cette ambassade a été souvent contestée depuis Vico. En France, M. Bonamy a repris la thèse de l'illustre Italien et l'a développée

(1) L. 2, § 4, *De Or. J.*

(2) Tite Live, liv. III, ch. 31. — Selon Denis (*Ant. rom.* liv. 21), les députés eurent pour mission de se rendre dans les villes grecques du sud de l'Italie, appelée, comme on le sait, Grande Grèce, et dans l'Attique.

(3) Grævina, p. 480 ; Tite-Live, III, 31.

en l'appuyant de nouveaux arguments (1). L'historien anglais Gibbon est également de l'avis de Vico, et voici comment il s'exprime (2) : « Tite-  
« Live et Denis d'Halicarnasse, séduits l'un et  
« l'autre par l'orgueil national, veulent croire  
« que les députés de Rome se rendirent à Athènes,  
« sous l'administration sage et brillante de Péri-  
« clès, et que les lois de Solon se répandirent  
« dans les XII Tables. Si les barbares de l'Hespé-  
« rie avaient envoyé des ambassadeurs à Athènes,  
« le nom romain eût été familier aux Grecs avant  
« le règne d'Alexandre, et la curiosité des temps  
« postérieurs aurait recherché et proclamé le plus  
« léger témoignage sur ce point. Mais rien ne l'an-  
« nonce dans les monuments d'Athènes ; et il est  
« difficile de croire que des patriciens aient fait  
« une longue et périlleuse navigation pour co-  
« pier le modèle le plus parfait de la démocratie.  
« Si l'on rapproche les Tables de Solon de celles  
« des Décemvirs, on peut y trouver quelque res-  
« semblance produite par le hasard, quelques-  
« unes de ces règles que la nature et la raison ins-  
« pirent à chaque société, quelques preuves de

(1) V. t. XII des *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*.

(2) *Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire romain*, t. I, p. 165.

« l'origine commune des deux nations, qui des-  
« cendaient peut-être de l'Égypte ou de la Phéni-  
« cie ; mais dans les grands traits de la jurispru-  
« dence publique et privée, les législateurs de  
« Rome et d'Athènes paraissent étrangers ou op-  
« posés les uns aux autres. »

Cependant l'opinion contraire est généralement admise. Terrasson (1) a répondu aux objections présentées par M. Bonamy, qui ne nie pas précisément la députation, mais qui l'attaque indirectement par diverses propositions, qu'on ne peut admettre sans être forcé de conclure que l'ambassade n'a jamais eu lieu.

En supposant cette mission pour certaine, nous dirons qu'après le retour des députés, Appius Claudius (2) proposa de nommer dix décemvirs ; les consuls et les autres magistrats déposeraient aussitôt leur pouvoir, les dix décemvirs (3) seraient revêtus de la puissance souveraine, leurs

(1) Terrasson, p. 77 et suiv. — V. encore M. Giraud, ouvrage déjà cité, p. 62 et s — Schomberg, *Précis historique sur le droit romain*, traduit de l'anglais par Boutard, p. 44.

(2) Il ne faut pas confondre cet Appius avec un autre Appius Claudius de la même famille, célèbre jurisconsulte. C'est ce dernier qui fit construire la voie Appienne et l'aqueduc Claudien, liv. 2, § 36, *De Or. jur.*

(3) Les dix décemvirs furent Appius Claudius, T. Genutius, P. Sextus, T. Ramilius, Caius Julius, T. Veturius, P. Horatius et les trois députés dont nous avons donné les noms.

jugements seraient sans appel, et c'est à eux qu'on confierait la rédaction des lois nouvelles.

Devant cette proposition d'Appius, les tribuns retirèrent aussitôt leur demande; ils ne prétendirent plus à ce que la commission fût également composée de plébéiens et de patriciens (1).

Les décemvirs nommés gouvernèrent avec une modération sans exemple; ils mirent tous leurs soins à satisfaire le peuple; ils se conformèrent aux désirs de la plèbe autant qu'ils le purent, et il y avait à peine un an qu'ils étaient en charge, quand ils exposèrent sur la place publique les lois nouvelles; elles furent admises avec acclamation dans les comices par centuries (2).

Cependant, la législation ne paraissait pas complète; on nomma donc dix nouveaux décemvirs, tous patriciens, selon Tite-Live, et dont trois plébéiens, selon Denis. Mais ces magistrats n'imitèrent pas la conduite de leurs prédécesseurs; ils se maintinrent au pouvoir par la ruse, jusqu'à ce que l'infâme attentat d'Appius et la mort de Virginie eussent mis fin à leur inique pouvoir. Ce sont eux qui publièrent les deux dernières Tables de lois, et ce sont eux qui convertirent en loi l'ancien usage pour les patriciens de ne pas épouser des plébéiennes.

(1) Tite-Live, liv. III, ch. 32.

(2) Tite-Live, III, 34.

Les décemvirs furent aidés dans la rédaction de la loi des XII Tables par le Grec Hermodore, exilé d'Ephèse ; il leur fit part de ses connaissances, si l'on en croit le jurisconsulte Pomponius ; car il nous dit : *Auctor decemviris fuit ferendarum legum*, c'est-à-dire il leur expliqua ce que les lois grecques avaient d'obscur (1). En témoignage de leur reconnaissance, les Romains lui érigèrent une statue sur la place des Comices (2).

Maintenant sur quelle matière furent écrites ces nouvelles lois ? Les auteurs ne sont pas d'accord à ce sujet, et quelquefois le même auteur semble se contredire.

Ainsi Denis, dans un passage de son histoire, dit que ces lois furent écrites sur des tables de bois (3) ; et, dans un autre endroit, il affirme que ces lois étaient gravées sur de l'airain, *æreas* (4). Ces deux passages sont donc contradictoires. Tite-Live (5) et Heineccius (6) partagent la dernière opinion de Denis ; mais, selon Pomponius, c'était sur de l'ivoire que les lois étaient écrites, *eboreas* (7).

(1) D., l. 2. § 4, *De Or. J.*

(2) *Hist. nat. de Plin.*, XXXIV, 11. — Cic., *De legibus*, 2, II 23 et 25.

(3) *Ant. rom.*, l. 3, ch. 2.

(4) *Ant. rom.*, l. 10.

(5) Tite-Live, liv. III, 57.

(6) *Hist. j. rom.*, liv. I, n° 26.

(7) D., l. 2, § 4 *De ord. J.*

En présence de textes aussi différents, les commentateurs n'ont pu qu'inventer des systèmes plus ou moins habiles, mais toujours d'un caractère trop conjectural.

La question n'a pas assez d'intérêt pour que nous croyions devoir les rappeler ou les discuter, et nous adoptons l'opinion de ceux qui pensent que le premier passage de Denis ne se rapporte pas spécialement à la loi des XII Tables, mais qu'il s'applique aux lois royales. Ces lois étaient écrites sur des tables de bois; il en fut de même probablement de la loi des XII Tables, quand les décemvirs la proposèrent à l'adoption du peuple. Mais, quand la loi fut adoptée, pour lui donner une consécration plus solennelle et en assurer davantage la conservation, il est probable qu'on la grava sur l'airain.

C'est ainsi, selon nous, qu'on doit expliquer le second passage de Denis pour le concilier avec le premier. Quant à l'avis de Pomponius, nous ne pouvons l'admettre, car il est trop difficile de croire que les Romains, à l'époque de la loi des XII Tables, connussent l'ivoire. Plus tard, quand le goût du luxe se développa à Rome, on prit l'habitude de tracer sur l'ivoire le texte des lois. Ainsi Pomponius n'a fait que mentionner ce qui se faisait à son époque, et a commis, à son insu sans doute, un anachronisme : il a oublié en quel-

que sorte la date de la publication de la loi des XII Tables.

Quant à la question de savoir si la loi des XII Tables était écrite en vers, nous pensons avec M. Ortolan (1) qu'on a tort de s'appuyer sur le passage *De legibus* si souvent invoqué. Cicéron dit, il est vrai, « *Discebamus enim tabulas duodecim, ut carmen necessarium, quas jam nemo discit* (2). » Mais, par ces mots, le grand orateur a voulu seulement nous rappeler que dans sa jeunesse on faisait apprendre par cœur aux enfants la loi des XII Tables et que cet usage tomba plus tard en désuétude.

Remarquons encore qu'on ne peut arguer du mot *carmen*; le mot *carmen* désigne chez les Romains tout ce qui est conçu en termes solennels, et nous pourrions citer nombre de passages où cette expression est employée, alors même qu'on ne veut désigner par ce mot aucune poésie (3). Telle est l'origine de cette loi des XII Tables dont Cicéron parle avec enthousiasme, qu'on apprenait par cœur dans sa jeunesse, et que dans sa vieillesse on ne cessait de méditer.

Dès le temps de la république cette loi fut com-

(1) Ouvrage déjà cité, t. I, p. 75.

(2) Liv. 2, ch. 23.

(3) V. Cic., *Pro Murena*, ch. 12. — Tite-Live, I, 33. — Aulu-Gelle, XI, 2, parle d' un *Carmen de moribus* qui est en prose.

mentée par des jurisconsultes célèbres. Ainsi, L. Ælius et L. Acilius furent, d'après Cicéron (1), des interprètes remarquables de la loi des XII Tables. Sextus Ælius Catus fut aussi d'après Pomponius, un interprète non moins estimé (2). Aulu-Gelle mentionne encore le travail de Labéon sur la même matière. Enfin Gaius a fait un commentaire sur cette loi, et le Digeste a conservé plusieurs passages de ce commentaire.

## § 2. Rédaction définitive des XII Tables.

Nous avons dit dans un chapitre précédent ce que sont devenues les lois royales après la chute du gouvernement monarchique. Nous avons adopté l'opinion de ceux qui pensent que ces lois n'ont pas été abrogées, mais qu'au contraire, avant de tomber en désuétude, elles se sont conservées longtemps comme coutume, de telle sorte que les Romains ont été régis pendant soixante ans par un droit non écrit, par un droit moins fixe et moins certain.

Il nous reste maintenant à examiner si les lois royales, changées ainsi en coutumes, ont été insérées ou non dans la loi des XII Tables. La réponse

(1) *De legibus*, II, 23.

(2) *De or. J.*, I, 2, § 38.

à cette question ne doit pas paraître douteuse. Les rois de Rome avaient fait d'excellentes lois qui, par leur sagesse et leur équité, pouvaient se comparer aux lois les plus célèbres de la Grèce.

Il est donc vraisemblable que les décevirs, tout en faisant des emprunts à la législation étrangère, insérèrent dans les dispositions de la loi des XII Tables les coutumes qui leur parurent les meilleures et les plus conformes au génie du peuple romain. En effet, nous voyons que la *confarréation*, introduite par Romulus, se conserva dans la législation romaine jusqu'à Tibère (1). Mais ce n'est pas la seule loi royale qui fut conservée dans le recueil des XII Tables. On garda la loi qui accordait au père de famille un pouvoir absolu sur la personne et les biens de ses enfants.

Du reste, ce n'est qu'en admettant que quelques-unes des lois royales furent insérées dans ces tables fameuses qu'on peut expliquer un passage d'Ulpien et un passage d'un rescrit de l'empereur Constantin. Ulpien dit (2) « que le droit paternel est un droit établi et un pouvoir reçu par la coutume. » Constantin dit à son tour « que c'est un droit établi par nos ancêtres (3). » N'est-il pas

(1) Tacite, *Annales*, IV, 16.

(2) D., l. 8, *De his qui sui vel alieni juris sunt*.

(3) L. 10, C. *de patr. potest.* (VIII, 47.)

évident qu'ils étaient tous deux convaincus que la loi royale, transformée d'abord en coutume, était devenue dans la suite une des dispositions principales de la loi des XII Tables?

Ainsi, malgré les quelques emprunts que les législateurs romains firent à la Grèce, nous dirons avec M. Ortolan (1) « que les lois grecques n'ont pas été sans doute étrangères aux rédacteurs des XII Tables, et qu'ils les ont imitées en quelques détails minimes et arbitraires; mais, au fond, le droit civil romain est un droit original et non d'emprunt, ayant son caractère tout spécial. » Ajoutons en terminant que les décemvirs, en introduisant quelques coutumes dans la loi des XII Tables, se sont conformés, à leur insu peut-être, à cette maxime de la politique d'Aristote, où le grand philosophe dit : « Ἐτι κυριώτεροι καὶ περὶ κυριώτερον τῶν τὰ κατὰ γράμματα νόμων οἱ κατὰ τὰ ἔθη εἰσίν » « Les lois fondées sur les mœurs sont bien plus puissantes et bien plus importantes que les lois écrites (2). »

On peut se faire encore une question à propos de la loi des XII Tables, on peut se demander si elle renferme des emprunts faits aux lois de Moïse; mais la chose nous paraît douteuse et même invraisemblable. Assurément si l'on rapproche les

(1) Ouvrage cité, p. 93.

(2) *Politique d'Aristote*, liv. III, ch. 11.

lois des XII Tables de celles de Moïse, on trouvera quelques ressemblances fortuites, on verra même dans les deux législations des règles complètement identiques; mais ces règles, nous les trouvons également dans toutes les autres législations; ces règles, la raison les inspire à tous les hommes; ce sont des lois naturelles qui ne sont le privilège d'aucun peuple. Mais écoutons Cicéron (1) sur ce point : « Les lois, dit le philosophe romain, « ne sont pas écrites mais innées; les lois que nous « n'avons ni apprises de nos maîtres, ni reçues « de nos pères, ni étudiées dans nos livres, nous « les tenons de la nature même, nous les avons « puisées dans son sein; c'est elle qui nous les a « inspirées; ni les leçons, ni les préceptes ne nous « ont instruits à les pratiquer; nous les observons « par sentiment; nos âmes en sont pénétrées. » Ce sont ces quelques lois qui ont fait croire à une ressemblance qu'on ne peut prouver; car, sur tout le reste, la loi des XII Tables est non-seulement différente de la loi de Moïse, elle lui est même complètement opposée. D'ailleurs, à cette époque, quel lien de relation pouvait unir les Romains aux Juifs? Sans rappeler qu'à cette époque les Romains connaissaient à peine le nom de quelques peuples de l'Asie, nous pouvons dire que,

(1) *Pro Milone*, ch. 4.

mœurs, caractères, coutumes, tout s'opposait à un rapprochement entre le peuple de Moïse et celui de Romulus.

### § 3 Caractère de la loi des XII Tables.

Le caractère général de la loi des XII Tables n'est pas difficile à reconnaître, et voici comment s'exprime M. Ortolan (1) : « Cette loi des XII Tables, dit l'éminent professeur, écrit évidemment une coutume. Elle laisse de côté les détails supposés connus et pratiqués par les pontifes et par des patriciens, à qui revient l'application du droit; » et un peu plus loin il ajoute : « Le droit qu'elles établissent est le droit quiritaire, le droit des hommes à la lance, exclusivement propre au citoyen romain, se détachant radicalement par son caractère du droit des autres nations. »

Mais aujourd'hui, avec le peu de fragments qui nous restent des XII Tables, il est difficile de juger les qualités ou de signaler les défauts de ces fameuses lois; pour les bien apprécier, il faut s'en rapporter aux auteurs anciens qui les ont louées ou critiquées, et on peut avoir confiance en leur jugement : plus heureux que nous, ils avaient sous les yeux le texte même de la loi!

(1) *Loc. cit.*, p. 119.

Le principal défenseur de la loi des XII Tables est Cicéron ; partout, dans ses traités de rhétorique et de politique, il saisit l'occasion d'en faire l'éloge ; mais il serait trop long de recueillir tous les passages, nous nous contenterons de résumer l'opinion du grand orateur dans une citation empruntée à son livre *De oratore* (1) : « Dussé-je révolter tout le monde, je dirai hardiment mon opinion : le petit livre des XII Tables, source et principe de nos lois, me semble préférable à tous les livres des philosophes, et par son autorité imposante, et par son utilité. »

Toutefois, malgré l'autorité de Cicéron, on a trouvé mille défauts à ce recueil de lois. Mais sous ce rapport, à notre avis, on est allé trop loin. Il faut, avant tout, considérer l'époque où les lois des XII Tables ont pris naissance, et ne les pas juger avec nos idées modernes ; il faut, pour ne pas condamner la rigueur de certaines prescriptions, se reporter aux temps encore grossiers où elles furent mises en vigueur.

Nous prions le lecteur qui voudra étudier les dispositions de cette loi, qui voudra s'en former une idée aussi complète qu'il est possible de le faire, de recourir aux excellents travaux qu'ont publiés sur cette matière Pothier, Bouchaud, et

(1) *De oratore*, 1, 44.

en dernier lieu notre savant maître M. Ortolan (1).

Du reste, l'étude de cette loi est indispensable à ceux qui veulent sérieusement connaître le droit romain et mesurer les progrès qu'a faits législation de Rome ; il est impossible, sans cette étude, de comprendre plusieurs passages du Digeste qui apportent des modifications à certaines parties de cet antique monument législatif.

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DES PLÉBISCITES (2).

Après avoir obtenu deux tribuns pour défendre leurs droits (3), les plébéiens, loin de se montrer satisfaits, firent tous les efforts pour arriver à faire disparaître les inégalités qui existaient toujours entre le patriciat et la plèbe. A force de prières et de résistance, ils obtinrent, comme nous l'avons vu, la publication d'une loi générale, c'est-à-dire d'une loi dont les dispositions étaient les mêmes pour tous. En effet, d'après les lois des dix pre-

(1) *Expl. Hist. des Inst.*, p. 98 et s.

(2) V. Adam, *Ant. rom.*, t. I, p. 151 et s. — De Beaufort, t. I, p. 223 à 234.

(3) Plus tard, le nombre des tribuns fut porté jusqu'à dix.

mières Tables, tous les citoyens jouissaient des mêmes droits privés, seulement les deux dernières Tables furent moins favorables au peuple : elles défendirent le mariage entre les deux ordres. Ces deux dernières Tables n'ont guère trouvé de défenseurs. Voici ce qu'en dit Cicéron : « *Duabus Tabulis iniquarum legum additis, quibus... connubia... ne plebeis cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt* (1). Tite-Live, de son côté, s'exprime ainsi : « Et cette loi même, qui défend les alliances des patriciens et des plébéiens, remonte-t-elle au-delà de ces dernières années, où les décemvirs se sont permis de nous insulter par cette prohibition abusive, non moins pernicieuse pour l'Etat qu'outrageante pour le peuple (2) ? »

La défense citée plus haut ne pouvait servir qu'à entretenir la rivalité et la discorde entre les deux ordres ; mais la plèbe eut recours à un autre moyen. Le rôle insignifiant qu'elle jouait dans les comices par centuries la poussa à essayer de conquérir un pouvoir législatif propre et indépendant : elle eut recours aux comices par tribus. La première occasion dont les tribuns se saisirent pour augmenter la puissance de cette nouvelle assemblée fut le jugement de Coriolan (3). La campagne de Rome

(1) *De rep.*, II, 37.

(2) Tite-Live, IV, 4.

(3) Tite-Live, II, 35.

avait peu produit, et, en présence d'une récolte insuffisante, on demanda des blés à la Sicile. Quelques patriciens étaient d'avis qu'on distribuât ces blés au peuple; Coriolan s'y opposait. Irrité contre la plèbe, il voulait, disait-il, réprimer l'orgueil d'une multitude insolente, et la forcer par la famine à montrer plus d'obéissance envers le Sénat et les magistrats; l'occasion était enfin venue où il était permis aux patriciens de secouer le joug des tribuns. Mais les tribuns résolurent de le perdre et le citèrent devant la plèbe. Si la cause eût été portée devant les comices par centuries, Coriolan eût été infailliblement absous; les riches et les patriciens dominaient dans cette assemblée, et ils étaient tous dévoués à Coriolan. Mais, pour qu'il fût sûrement condamné, les tribuns voulurent qu'il comparût dans les comices de la plèbe où le suffrage du citoyen pauvre avait une valeur égale à celle du riche citoyen; ils insistèrent même si fortement qu'à la fin le Sénat fut obligé de céder: ils convoquèrent donc, l'an de Rome 262, les comices par tribus, où pour la première fois les plébiens devinrent les juges des patriciens, et Coriolan fut exilé (1).

Les comices par tribus, indépendants du Sénat et des comices, avaient mis la plèbe en état d'exer-

(1) Denis d'Halic., liv. 7, ch. 6, 7, 8 et 9.

cer la souveraineté avec une plus grande liberté : ils lui facilitèrent encore le moyen de forcer le Sénat à consentir à toutes ses demandes.

Tout d'abord les plébéiens obtinrent que les tribuns de la plèbe et les autres magistrats plébéiens seraient créés dans ces comices par tribus (1). Puis ils arrivèrent à porter certaines lois sur le droit privé. Alors, les patriciens se récrièrent ; ils refusèrent de se soumettre à ces lois : ils regardaient comme illégale toute assemblée par tribus, attendu qu'on négligeait une loi fondamentale, qui voulait que les comices ne pussent se tenir sans être autorisés préalablement par un sénatus-consulte, et ensuite qu'on ne pût ouvrir une assemblée sans avoir pris d'abord les auspices ; or les tribuns négligeaient de remplir ces deux importantes formalités.

Mais les plébéiens ne tinrent aucun compte des réclamations des patriciens ; ils continuèrent leurs efforts et arrivèrent à rendre obligatoires pour tous les lois votées par eux dans les comices par tribus. Toutefois, cette conquête ne leur fut acquise d'une manière générale et définitive qu'en l'an 468 de Rome, et non, comme le prétend Adam, en l'an 306. Sans doute, il est vrai qu'en 306 les consuls Horatius et Vale-

(1) Denis, I, 9. — Tit-Live, 2, 56.

rius firent porter dans les comices par centuries une loi (la loi Horatia) qui décida que les blébiscites auraient la même force que les lois proprement dites, c'est-à-dire qu'ils obligeraient le peuple tout entier (1). Mais les sénateurs ne voulaient pas se soumettre à des lois qu'ils n'avaient pas contribué à faire, ils cherchèrent aussitôt à éluder la loi nouvelle. Ils prétendirent que les plébiscites liaient en effet la plèbe, mais qu'ils ne s'étendaient pas jusqu'à eux.

Pour leur ôter dorénavant tout prétexte, on porta sous la dictature de Quintus Publilius Philo, une autre loi qui décida que tous les citoyens Romains, sans distinction, seraient soumis aux décisions du peuple (2).

Ne pouvant plus éluder les termes de la loi, les patriciens se vengèrent en maltraitant leurs débiteurs qui étaient tous plébéiens : ce qui amena une nouvelle retraite de la plèbe. L'ordre et la concorde ne furent rétablis que sous la dictature de Quintus Hortensius ; alors on porta une loi appelée Hortensia qui rendit les plébiscites obligatoires pour tous et pour toujours (3).

(1) « *Ut quod tributim plebs jussisset populum teneret,* » Tite-Live, III, 55.

(2) Tite-Live, VIII, 12.

(3) M. Giraud, ouvrage déjà cité, p. 137.— Aulu-Gelle, XV, 27. M. Maynz, *Eléments de droit romain*, t. I, p. 49 et note 48,

C'était au Champ-de-Mars que se tenaient ordinairement les comices par tribus, quand on les réunissait pour la nomination des magistrats (1). S'il s'agissait de la confection des lois, le lieu de l'assemblée était le Forum, quelquefois le Capitole (2), quelquefois même le cirque de Flaminius (3). Mais ces détails nous intéressent peu ; il

conjecture que cette loi Hortensia n'a pas eu pour but d'augmenter l'autorité effective des plébiscites, elle en aurait seulement étendu la compétence, en ce sens qu'à partir de cette loi les plébiscites purent embrasser toutes les matières, même celles qui concernaient des citoyens non plébéiens, tandis qu'auparavant les décrets des assemblées plébéiennes ne pouvaient avoir pour objet que des questions concernant la plèbe seule.

Niebuhr (t. II, p. 414, et t. III, p. 491) explique le but de ces trois lois par un système qui nous semble donner trop à la conjecture. Selon lui, la loi Horatia ne reconnut de force obligatoire aux plébiscites que sous la condition qu'ils fussent soumis à la sanction des curies et du Sénat. La loi Publilia les affranchit du concours des curies, et la loi Hortensia de celui du Sénat.

M. Ortolan (t. I, p. 140), tout en reconnaissant que, depuis la loi Hortensia, les plébiscites eurent force obligatoire pour tous, ajoute une restriction qui nous paraît rendre inutile cette loi Hortensia et illusoire la conquête que venait de faire la plèbe sur les patriciens. « Il est probable, toutefois, dit le savant auteur, que c'était sous la condition de l'*auctoritas* postérieure du Sénat pour la mise à exécution, puisque cette *auctoritas* était nécessaire même aux décisions des comices par centuries. » Mais ce n'est là qu'une probabilité ; rien ne prouve qu'avant la loi Hortensia la sanction du Sénat fût nécessaire aux décisions des comices par tribus.

(1) Cic., *Ad Att.*, I.

(2) Tite-Live, XXXIII, 10.

(3) Tite-Live, XXVII, 21.

nous suffit de savoir que depuis la loi Hortensia les plébiscites devinrent une des sources les plus abondantes du droit écrit. En effet, l'intérêt des plébéiens étant de multiplier le nombre des plébiscites, pour diminuer le pouvoir du Sénat, les plébiscites devinrent plus nombreux de jour en jour ; on alla même jusqu'à donner le nom de lois aux décisions prises par la plèbe.

Cependant, malgré l'assimilation faite entre les lois proprement dites et les plébiscites par rapport à leur autorité, il y a encore entre ces deux sources du droit des différences importantes, surtout dans la manière dont on les établissait (1). Ces différences peuvent se réduire à quatre :

1° Les plébiscites n'étaient faits que par la plèbe, tandis que les lois étaient l'œuvre du Sénat et du peuple ;

2° Tandis que la loi était présentée par un magistrat sénatorial, le plébiscite était présenté par un tribun de la plèbe ;

3° La loi était toujours votée au Champ-de-Mars, tandis que les plébiscites étaient votés soit au cirque de Flaminius, soit au Capitole, soit au Forum ;

4° La manière de voter était aussi différente, car, pour faire adopter un plébiscite, on recueil-

(1) L. 2, § 8, *De or. juris*.

lait simplement les voix des tribus; tandis que, pour faire adopter une loi, il fallait accomplir, avant d'arriver au vote, certaines cérémonies religieuses que nous avons indiquées (1).

Les lois et les plébiscites étaient donc les deux sources du droit, et, comme nous l'avons dit plus haut, le nombre des plébiscites alla toujours croissant, et la majeure partie des actes législatifs se composa de plébiscites.

Mais il n'y eut plus de plébiscite après Tibère, sous le prétexte, assez exagéré sans doute, qu'il était difficile de réunir le peuple en une seule assemblée; les deux derniers qui nous aient été transmis, ont été portés sous le règne de ce prince : ce sont la loi Junia Norbana, *De latinitate*, et la loi Visellia, *De juribus libertinorum*.

On voit ces plébiscites honorés du titre de lois. Il ne s'en faut point étonner; les Romains d'alors n'attachaient plus aucune importance à cette distinction entre la loi et le plébiscite. Toutefois, la Table d'Héraclée, qui est un monument du 8<sup>e</sup> siècle de Rome, distingue encore les *leges* et les plébiscites (2).

On donnait aux plébiscites, comme aux lois, le nom des magistrats qui les avaient proposés. On

(1) V. Ferrière, ouvrage déjà cité, p. 44 et 48.

(2) V. M. Maynz, ouvrage déjà cité, t. I, p. 90, notes 3 et 14.

ajoutait souvent à ce nom l'indication du sujet que traitait le plébiscite ou la loi; aussi nous avons la loi Petilia Papiria, *De nexis ob æs alienum*, la loi Oppia, *De mulierum vestimentis*, la loi Atinia, *De usucapione rerum furtivarum*, etc. Une épithète commune désignait une série de lois rendues sur le même sujet (*leges agrariæ, judiciaræ*).

Remarquons en terminant que, depuis que les plébiscites devinrent obligatoires pour tous les citoyens, les lois proprement dites eurent plutôt pour objet des questions d'intérêt et d'ordre publics que des questions d'intérêt privé (1).

## CHAPITRE TROISIÈME.

### DES SÉNATUS-CONSULTES (2).

*Senatus-consultum est quod senatus jubet atque constituit* (3). Telle est la définition que donnent les Instituts de Justinien. A l'égard de cette définition, Ferrière (4) fait remarquer qu'il y a une différence entre un sénatus-consulte et un décret du

(1) M. Giraud, p. 134.

(2) V. M. Giraud, ouvrage déjà cité, p. 99 et s., et l'Essai sur le Sénat romain de M. Chapman, de Cambridge, traduit de l'anglais par M. Harcher.

(3) *Instit.*, I, 2, § 5.

(4) Ouvrage déjà cité, p. 18.

Sénat. Le sénatus-consulte, écrit-il, se disait des ordonnances du Sénat où la république était intéressée, tandis que par décret on entendait une ordonnance du Sénat qui n'avait pas trait à l'intérêt général, mais à l'intérêt de quelque particulier. De plus, le sénatus-consulte ne pouvait être fait que par le Sénat, tandis que le décret pouvait être fait par un simple magistrat.

### SECTION PREMIÈRE.

#### ATTRIBUTIONS DU SÉNAT.

Le Sénat, on le sait, avait à Rome une grande autorité, à cause de ses innombrables attributions. Dire l'origine de cette haute assemblée, exposer le rôle important qu'elle a joué sous les rois et sous la république, montrer son autorité décroissant chaque jour sous les empereurs, serait faire une sorte d'essai historique du Sénat romain. Ce n'est point là le but que nous nous proposons, aussi nous contenterons-nous d'indiquer les principales attributions du Sénat, afin de faire connaître par là les matières sur lesquelles ont dû porter les sénatus-consultes.

Les attributions du Sénat, nous l'avons déjà dit, étaient immenses. Sous les rois, le Sénat était toujours consulté quand il s'agissait de faire au



peuple une proposition quelconque. Voulait-on, par exemple, porter une loi? le Sénat devait d'abord autoriser la convocation des comices. Cette autorisation préalable devait plus tard être un embarras pour les tribuns; aussi parvinrent-ils, après quelques efforts, à secouer le joug du Sénat et à se passer, en quelque sorte, de son assentiment (1). Mais ce fut le privilège des seules décisions des comices par tribus. Longtemps encore pour les autres comices, le Sénat continua son rôle de conseiller; longtemps, les lois votées dans ces assemblées eurent besoin de la confirmation du Sénat : sans le décret du Sénat, elles n'étaient que de simples décisions; et seul le décret du Sénat leur donnait force de lois. Toutefois, le Sénat ne jouit pas longtemps de ce reste d'autorité. L'an 416 de Rome, Publilius Philo fit porter une loi, qui ordonna que toutes les lois destinées à être présentées aux comices par centuries fussent sanctionnées d'avance par le Sénat (2).

Plus tard, Sylla et Pompée rendirent au Sénat, à ce qu'il semble, ses anciennes prérogatives; car ils décidèrent que le Sénat non-seulement serait d'abord consulté, quand on voudrait proposer une loi aux comices par centuries, mais que la décision du peuple ne deviendrait obligatoire qu'après

(1) Tite-Live, IX, 56 et 57.

(2) Tite-Live, VIII, 42.

une nouvelle autorisation du Sénat ; mais ce retour aux anciennes prérogatives du Sénat fut de courte durée. Toutefois, malgré les lois restrictives des tribuns, le Sénat conserva toujours, sous la république, une grande autorité. Ne savons-nous pas, en effet, que le Sénat, dans les premiers siècles de Rome, était exclusivement composé de patriciens et que les patriciens seuls pouvaient consulter les auspices ? En conséquence, quand la décision de l'assemblée semblait leur devoir être contraire, rien pour eux n'était plus facile que de la dissoudre.

D'après ce que nous venons de voir, nous pouvons affirmer que le Sénat participait, à Rome, au pouvoir législatif ; car, s'il en eût été autrement, il serait difficile d'expliquer comment il se faisait que les décisions des comices eussent besoin de la confirmation du Sénat pour avoir force de loi. Mais peut-être le Sénat n'était-il que le délégué du prince ? Non, le premier roi de Rome, comme nous l'avons vu, laissa au peuple et au Sénat le pouvoir de faire les lois. Mais le droit de confirmer les décrets des comices n'était pas la seule attribution du Sénat ; il en avait d'autres. Ainsi, c'était le Sénat qui décidait de la paix et de la guerre (1). Sans doute le peuple

(1) Tite-Live, liv. XXX, 42.

avait le droit de prendre part à cette décision ; mais, le plus souvent, il se contentait d'approuver ce que le Sénat avait décidé (1).

Le Sénat intervenait aussi dans les élections des magistrats, et de plus c'était à lui qu'était réservée l'inspection des jeux (2) et des choses de la religion (3). Il s'occupait aussi de la distribution et de l'administration des revenus publics.

Enfin, il avait la direction des affaires qui se rattachaient, comme on dirait aujourd'hui, à la diplomatie ; il envoyait des ambassades, et recevait les ambassadeurs des nations étrangères (4). Dès qu'il était averti qu'un ambassadeur étranger arrivait à Rome, il envoyait un des questeurs pour le complimenter, au nom du Sénat, sur son arrivée, et le conduire à Rome aux frais de l'Etat (5).

N'oublions pas que le sénat connaissait, ou autorisait les magistrats à connaître, de certains crimes commis dans la ville ou dans d'autres parties de l'Italie, et que c'était lui qui nommait des arbitres pour juger les contestations qui s'élevaient entre les alliés (6).

(1) Denis, liv. 8, tit. 3. — Tite-Live, XXVI, 33.

(2) Tite-Live, XXV, 12.

(3) Tite-Live, XXV, 4; XXXIX, 18, 19.

(4) Tite-Live, XXX, 17, 26.

(5) Tite-Live, LXV, 43.

(6) Polybe, *Fragm.*, lib. 6.

Le Sénat avait encore d'autres attributions; mais, comme elles étaient moins importantes, nous ne croyons pas nécessaire de les indiquer (1).

Dans les cas nombreux où il était forcé d'intervenir, le Sénat devait nécessairement rendre des sénatus-consultes, et, comme ils étaient obligatoires, comme ils avaient force de lois, on les peut considérer comme une des sources du droit romain (2).

Mais à quelle époque le Sénat put-il faire en matière de droit privé des règlements obligatoires? On n'est point d'accord sur ce point. Quelques auteurs prétendent que le Sénat rendit des sénatus-consultes en matière de droit privé, dès l'époque même de la république. Pour appuyer leur système, ils se fondent sur un passage de Théophile et sur un texte de Cicéron. Voici ce que dit Théophile : « Les deux ordres ne pouvant donc s'accorder entre eux, parce que le Sénat dédaignait d'accepter les plébiscites, et que la plèbe, irritée, ne voulait point se soumettre aux sénatus-consultes, leurs discordes allaient se renouveler, lorsqu'enfin le même Hortensius, apaisant leurs

(1) Les étrangers prenaient le Sénat pour le seul pouvoir de la République, et adoraient le dieu Sénat, Θεόν Συγκλήτων, comme ils adoraient la déesse Rome, Θέον Ρώμην. (Polybe, VI, 13, § 8.)

(2) M. Giraud, p. 115.

discordes, leur persuada de recevoir leurs lois respectives, et de s'y conformer (1). »

Assurément, nous n'avons pas l'intention de contester ce texte; mais on ne sait où Théophile a pu emprunter ce qu'il avance; car, les auteurs qui parlent de la loi Hortensia, comme d'une loi qui a donné aux plébiscites force obligatoire pour tous les citoyens, ne disent point que cette loi donna aux sénatus-consultes la même force en matière de droit privé. De plus, on peut affirmer que le texte de Théophile ne parle pas spécialement des sénatus-consultes rendus en matière de droit privé. Rien ne prouve donc que le Sénat rendit à cette époque des sénatus-consultes sur le droit privé. Quant au texte de Cicéron, qui place parmi les sources du droit les sénatus-consultes, il n'est pas difficile d'en donner des raisons. Le Sénat, comme le dit très-bien M. Ortolan (p. 159, note 1), avait le droit de gouvernement et d'administration publique; or, bien souvent, il n'y a pas loin des mesures prises pour le gouvernement à celles qui sont des lois même pour le droit privé; en un mot, le Sénat a pu, sous la république, faire en matière de droit privé, quelques sénatus-consultes. Ainsi, on peut expliquer pourquoi Cicéron a placé les sénatus-consultes parmi les sources du droit civil à son

(1) Liv. I, t. II, § 5.

époque. D'ailleurs, les dispositions de droit public, aussi bien que les dispositions de droit privé, font partie du droit civil, c'est-à-dire du droit de la cité. Les sénatus-consultes furent donc, comme le dit Cicéron, une source du droit civil ; mais il ne suit pas nécessairement de là qu'ils fissent partie du droit privé : aussi dirons-nous avec M. Giraud (1) que le Sénat ne fit des lois, en matière de droit privé, qu'à l'époque où, comme dit Tacite (2), les comices furent transportés du Forum dans l'enceinte du Sénat (3).

Depuis cette époque, en d'autres termes, depuis Tibère, les sénatus-consultes se multiplièrent, et ce ne fut que sous les règnes de Septime-Sévère et de Caracalla qu'ils cessèrent complètement. Du reste, le Sénat, sous l'empire, perdit insensiblement son autorité et son influence. Auguste commença par éliminer les anciens membres de cette assemblée, et dressa lui-même une nouvelle liste des sénateurs. « Cette restauration, dit M. Naudet (4), « fut un des actes par lesquels Auguste acquit le « plus de respect et de popularité, un des mieux « entendus dans l'intérêt de sa puissance et de sa « sécurité. Il laissait au Sénat l'apparence d'une

(1) *Hist. du Dr. romain*, p. 155.

(2) *Ann.*, I, 15.

(3) V. encore Heineccius, *Hist. juris. rom.*

(4) *Essai sur la noblesse romaine*, p. 68.

« participation à la souveraineté dans le gouver-  
« nement des provinces et dans le choix des ma-  
« gistrats; l'apparence du droit de conférer la  
« puissance impériale; l'apparence du pouvoir  
« législatif par les sénatus-consultes; il n'y man-  
« quait que l'indépendance. Auguste fit de lui  
« une machine du pouvoir absolu, d'une docilité  
« à toute épreuve, d'une souplesse infatigable.  
« Il n'y eut point d'injustice énorme, point de  
« cruauté sanguinaire dont le Sénat ne se prêtât  
« à couvrir l'odieux, de sa complicité ou de son  
« initiative. »

Un autre passage des écrivains de l'histoire d'Auguste, traduit par M. de Moulines, nous donne encore une plus juste idée de la dégradation dans laquelle le Sénat était tombé sous l'empire. Ainsi après la lecture des lettres de Claude, le Sénat s'écria : Auguste-Claude, veillent les dieux vous conserver pour nous (ce qui fut répété soixante fois); Claude-Auguste, c'est vous ou quelqu'un qui vous ressemblât que nous avions toujours souhaité pour prince (ce qui fut dit quarante fois); Claude-Auguste, la république vous désirait (encore quarante fois); Claude-Auguste, vous êtes un frère, un père, un ami, un bon sénateur, un véritable empereur (quatre-vingts fois); Claude-Auguste, délivrez - nous d'Auréole (cinq fois); Claude-Auguste, délivrez-nous des Palmyréniens

(cinq fois); Claude-Auguste, délivrez-nous de Zénobie et de Victor (sept fois); Tétricus n'a rien été en comparaison de vous (sept fois).....

## SECTION DEUXIÈME.

### CONVOGATION DU SÉNAT.

Le Sénat, dans les premiers temps de Rome, fut toujours convoqué par l'ordre du roi (1). C'était une prérogative de la souveraineté. Aussi, quand le roi devait s'absenter, désignait-il la personne qui devait le remplacer dans l'exercice de cette prérogative. Après l'expulsion des Tarquins, les consuls héritèrent du privilège de la royauté, et seuls, pendant cinquante ans, ils conservèrent le droit de convoquer le Sénat. Plus tard, en leur absence, ce furent les préteurs qui les remplacèrent (2). Plus tard encore, le maître de la cavalerie (3), le préfet de la ville, les décemvirs, les tribuns militaires acquirent le même droit (4).

Le mode de convocation du Sénat n'a pas non plus été le même aux différentes époques de Rome.

(1) Tite-Live, I, 48.

(2) Cic., *Ep. fam.*, X, 12, 28.

(3) Tite-Live, VIII, 33.

(4) Tite-Live, IV, 7 et 27.

Dans les premiers siècles, cette convocation se faisait par un crieur public qui allait sur le Forum, appelant chaque sénateur par son nom et l'invitant à se rendre à la réunion (1). Cette coutume ne doit point étonner. En ce temps, les sénateurs se tenaient toujours aux environs, comme nous dirions aujourd'hui, du palais du Sénat; ils ne s'éloignaient point, car ils avaient à cœur d'être toujours prêts à veiller au salut de la patrie (2). Ils se réunissaient même sans être convoqués, lorsqu'un danger présent leur en faisait sentir la nécessité (3).

Sous les décemvirs, un *viator* allait chercher les sénateurs dans leurs maisons. Mais, dans les derniers temps de la république, les convocations du Sénat se firent au moyen d'un édit publié quelques jours à l'avance et affiché non-seulement à Rome, mais encore dans toutes les villes de l'Italie (4). On indiquait dans cet édit le jour et le lieu où se devait réunir l'assemblée (5); on indiquait même l'objet sur lequel on était appelé à délibérer.

Tous les sénateurs étaient tenus de se rendre à

(1) Denis d'Hal., liv. II, ch. 4.

(2) Valère-Maxime, II, 2, § 6.

(3) Tite-Live, XXVI, 9.

(4) Cic., *Ad Att.*, IX, 17.

(5) Cic., *Phil.*, III, 8.

l'assemblée, excepté dans le cas d'excuse légale.

L'exercice de la justice, une maladie, la perte d'un ami étaient des causes légitimes d'excuse.

La peine portée contre les sénateurs absents sans cause légitime, ou contre ceux qui se rendaient trop tard à l'assemblée, était l'amende (1).

Le Sénat était toujours convoqué, dans les temples, dans celui de Jupiter Stator, dans celui d'Apollon ou de Mars, etc. Mais, quand le bruit courait qu'un bœuf avait parlé, le Sénat s'assemblait en plein air ; ainsi le voulait le prodige (2).

Ce n'était point sans raison que les consuls convoquaient le Sénat dans un temple ; ils pensaient que le lieu inspirerait aux sénateurs des sentiments de vertu et de justice, et que la chose serait toujours décidée avec équité.

Le Sénat ne s'assemblait pas les jours où les comices devaient se tenir ; et une loi le défendait expressément ; on comprend cette défense : autrement, il n'eût pas été possible aux sénateurs de voter dans les assemblées du peuple.

### SECTION TROISIÈME.

#### DÉLIBÉRATION DU SÉNAT.

Sous l'empire, les sénatus-consultes étaient

(1) Cic., *De leg.*, III, 4.

(2) Pline, *Hist. nat.*, VIII, 45.

rendus sur la proposition de l'empereur lui-même; cette proposition se faisait par une *oratio* ou par l'intermédiaire d'un *quæstor* (1).

On trouve même souvent commentée l'*oratio principis*; il ne s'en faut point étonner; elle était presque toujours reçue avec acclamation par le Sénat.

Maintenant, si l'on compare les différents textes des propositions impériales qui nous ont été transmis, c'est-à-dire les discours (*orationes*) tenus par les empereurs devant le Sénat, on trouve que les premiers empereurs se sont toujours servis de termes pleins de convenance en s'adressant à l'assemblée, tandis qu'Adrien et ses successeurs n'ont jamais parlé qu'en termes brefs et impérieux, montrant par leur irrévérence que le Sénat n'était plus qu'une ombre et qu'un simulacre.

Ensuite, le magistrat qui présidait le Sénat commençait par prendre les auspices, puis il informait le Sénat de l'objet qui devait faire le sujet de la délibération, enfin il demandait l'avis de chaque sénateur.

C'était le prince du Sénat qui d'ordinaire don-

(1) Fr. 8, D., *De transact.*, 2, 45. — Fr. 20, § 6; Fr. 22 et 40, D., *De heredit. petit.*, 5, 3. — Fr. 52, § 40, D., *Pro socio*, 17, 2. — Fr. 60, D., *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — Fr. 32, D., *De donat. inter virum et uxorem*, 24, 1.

nait son avis le premier (1); mais il ne garda ce privilège que dans les premiers siècles de Rome; plus tard, nous voyons les consuls s'adresser d'abord tantôt à un sénateur, tantôt à un autre, pourvu que ce sénateur fût consulaire (2). S'il y avait plusieurs consulaires, le magistrat qui présidait le Sénat, commençait par le consulaire le plus âgé; seul, Jules-César, pendant son consulat, ne tint aucun compte de l'âge des sénateurs (3). Quand les consulaires avaient voté, on prenait l'avis de ceux qui avaient occupé les fonctions d'édiles, de préteurs ou de questeurs, etc.; s'il y avait plusieurs magistrats du même rang, nous inclinons à croire qu'on suivait le même ordre que pour les consulaires. Quand on demandait l'avis d'un sénateur, il pouvait parler aussi longtemps qu'il le voulait, mais à condition de le faire avec déférence. Au reste, il était d'usage que chaque sénateur motivât son opinion; seulement, celui qui était de l'avis d'un de ceux qui avaient déjà parlé, pouvait voter sans se lever (4).

Le Sénat devait être en nombre suffisant pour pouvoir porter un décret. Quel était ce nombre? On l'ignore; il a dû nécessairement varier aux

(1) Aulu-Gelle, XIV, 7.

(2) Aulu-Gelle, IV, 10.

(3) Aulu-Gelle, I, 10.

(4) Cic., *Ad famil.*, lib. 5, epist. 2.

différents temps de Rome. Avant l'époque de Sylla, il paraît avoir été de cent; selon Beaufort, ce nombre fut même maintenu après que Sylla eut doublé le nombre des membres du Sénat. Ce ne fut qu'en 686 que le tribun Cornélius fit porter ce nombre à deux cents. On ne peut toutefois rien affirmer sur ce point; les auteurs anciens ne donnent à cet égard aucun renseignement certain.

Lorsque les avis étaient tellement partagés, qu'il était presque impossible au président de connaître le vote du Sénat, il invitait ceux qui étaient d'un avis favorable à passer d'un côté, et ceux qui étaient d'un avis contraire à passer d'un autre côté. Cela fait, il proclamait la majorité par ces mots : *Hæc pars major esse videtur* (1). Si la majorité adoptait le décret, on procédait aussitôt à sa rédaction. On commençait, dans la rédaction, par indiquer le lieu où le Sénat avait été assemblé; on y inscrivait ensuite le nom du magistrat qui avait proposé le sénatus-consulte et le nom de celui qui avait présidé l'assemblée; puis on énonçait les noms de ceux qui avaient le plus soutenu l'adoption de ce sénatus-consulte; enfin, en dernier lieu, venait la disposition même. Il nous est parvenu quelques sénatus-consultes, et on peut ainsi voir la manière dont ils étaient dressés.

(1) Sénèque, *De vita beata*.

Le concours des tribuns était nécessaire pour que les décisions du sénat eussent force de loi. Si les magistrats plébéiens ne s'opposaient point à la décision, ils mettaient la lettre *T* (1); dans le cas contraire, ils écrivaient le mot : *veto* (2); mot qui fait voir, dit M. Laboulaye, qu'un seul tribun pouvait s'opposer au sénatus-consulte, quand même tous ses collègues l'eussent approuvé.

La volonté du Sénat, comme celle des tribuns, était enregistrée, et on en référait au peuple qui jugeait de la valeur et du mérite de l'opposition. On lisait ensuite devant le peuple le sénatus-consulte, et on expliquait les raisons pour lesquelles il avait été porté. Enfin les sénatus-consultes étaient déposés dans le temple de Cérès et ils y restaient sous la garde des édiles plébéiens. On n'estimait valables que ceux qui y avaient été transportés.

Les sénatus-consultes recevaient ordinairement le nom du magistrat qui avait présidé l'assemblée quand ils avaient été rendus; quelquefois ils prenaient le nom des empereurs qui les avaient proposés; ainsi le sénatus-consulte *Claudian*, le sénatus-consulte *Néronien*. Un seul a reçu le nom de celui à l'occasion duquel il a été rendu, c'est le sénatus-consulte *Macédonien*.

(1) Sans doute comme initiale de *Tribuni*.

(2) Valère-Maxime, II, 2, § 7.

## CHAPITRE IV.

### DES CONSTITUTIONS IMPERIALES.

Les constitutions impériales ont remplacé les plébiscites et les sénatus-consultes. Quand César Auguste fut seul maître, on sait comment il se fit donner peu à peu tous les titres, toutes les premières magistratures de l'ancienne Rome. Mais cette usurpation se fit sans éclat, et Montesquieu a pu dire en comparant Sylla et Octave : « Sylla, homme emporté, mène violemment les Romains à la liberté ; Auguste, rusé tyran, les conduit doucement à la servitude. »

Pour mieux contenir les Romains, Auguste s'empara insensiblement du pouvoir législatif ; toutefois il ne l'usurpa point réellement ; ce pouvoir lui était accordé par la loi *regia*. Voici ce que disent à ce sujet, Ulpien d'abord : « *Quod principi placuit legis habet vigorem* (1), » et après lui, les Instituts de Justinien, « *Quum lege Regia quæ de ejus imperio lata est populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem concedat* (2). »

Au reste, cette loi *Regia* n'était que l'ancienne

(1) L. 1, pr. D., *De constit. princ.*, l. 4.

(2) Liv. I, l. 1, § 6.

loi curiate que les comices votaient à l'avènement de chaque roi, et qui, plus tard, fut volée sous la république, toutes les fois que le premier magistrat entraît en fonction. Sous les empereurs, à l'avènement d'un nouveau prince, cette même loi fut également longtemps renouvelée (1).

## SECTION PREMIÈRE.

### DES DIVERSES ESPÈCES DE CONSTITUTIONS IMPÉRIALES.

Les constitutions des empereurs sont de quatre espèces : édits, décrets, rescrits et mandats (2).

§ 1<sup>er</sup>. *Des édits.* — On donne le nom d'édit à une ordonnance générale par laquelle l'empereur portait sur une matière quelconque un règlement nouveau. La plupart des édits ont un caractère local ou administratif. M. de Savigny (3) porte à 23 le nombre des édits en matière de droit privé depuis Auguste jusqu'à Septime-Sévère, et

(1) V. M. Ortolan, ouvrage cité, p. 257.

(2) L'empereur se servait d'encre de pourpre pour écrire les rescrits, édits, etc. On la trouve sur les diplômes des empereurs depuis Léon I, jusqu'à la chute de l'empire grec (Bibliothèque raisonnée de la diplomatie grecque, t. I, p. 509-514).

C'est de là que vient le nom de rubrique ; on dit : porté, énoncé sous telle rubrique.

(3) *Traité de droit romain*, t. I, § 23, note d.

sur ce nombre quatre seulement appartiennent à Auguste. Il ne s'en faut pas étonner; les premiers empereurs, pour faire croire à l'existence du gouvernement républicain, prirent soin de conserver aux comices leurs prérogatives législatives (1). Ajoutons que c'était seulement comme magistrats que les empereurs rendaient leurs décrets ou leurs édits. Ce qui le prouve, c'est que les ordonnances de ce genre n'eurent longtemps de force obligatoire que pendant la vie de l'empereur qui les avait portées. Ce n'était que, lorsque le Sénat les avait confirmées qu'elles obtenaient une autorité perpétuelle (2). Mais lorsque l'empereur, au lieu de représenter le premier magistrat de la république, fut regardé comme le maître absolu du monde romain, alors les édits furent considérés comme lois de l'empire (3).

(1) Dans la loi 3, C. II, 43, *Si minor*, le mot *constitution* est mis en opposition avec le mot *rescrit*.

(2) M. Giraud, ouvrage cité, p. 258. — Suétone, Claud., II; Domit. *cap. ult.*

(3) Un auteur autorisé, Gibbon, raconte d'une manière saisissante les progrès du pouvoir législatif des empereurs. « Il paraît qu'Adrien « fut le premier, dit l'illustre historien (t. II, p. 169), qui s'arrogea « ouvertement la plénitude du pouvoir législatif; et la patience de « son siècle et sa longue absence de Rome autorisèrent cette innovation si analogue à l'activité de son esprit. Ses successeurs adoptèrent la même politique, et, selon la métaphore un peu sauvage de Tertullien, « la hache des édits et des rescrits de l'empereur « éclaircit la forêt sombre et épineuse des anciennes lois. »

§ 2. *Des décrets.* — On range sous ce nom toutes les décisions que le prince rendait dans les affaires où il était appelé à juger, soit en première instance, soit en appel, mais toujours en dernier ressort (1).

Sous les premiers empereurs, ces jugements sur les questions importantes n'étaient rendus qu'avec la participation du Sénat; mais plus tard ce fut le *sacrum consistorium* qui fut appelé à donner son concours. Primitivement aussi ces décrets n'avaient force de loi que pour le cas où ils avaient été rendus; mais les règles qu'ils posaient jouissaient d'une grande autorité dans tous les cas semblables. Justinien fit sur ce point une innovation: les jugements définitifs eurent force de loi, et on en fit l'application à tous les cas analogues (1).

§ 3. *Des rescrits.* — On appelle de ce nom les réponses par écrit que l'empereur adressait aux particuliers ou aux magistrats qui le consultaient sur quelque point douteux du droit, et le priaient de donner lui-même une décision (3). Dans ce cas,

(1) Fr. 22, 26; D., *De appellationibus*, 49, 1. — Fr. 38, D., *De minoribus*, 4, 4. — Fr. 22, pr. *in fine*, D., *ad. SC. Trebell.* 36, 1. — Suétone, Octave, 23. — Dion Cassius, LII, 21, 23.

(1) L. 3, C., *De leg.*, 1, 14.

(3) L. 7, pr. C., *De diversis rescriptis*, I, 23. — Fr. I, § I, D., *De const. pr.*, I, 4. — Fr. 9, D., *De lege Rhodia*, 14, 2. — Plin., *epist.* X, 71, 72, 74, 77 et *passim.*

les esclaves eux-mêmes pouvaient s'adresser au prince (1).

Les rescrits reçoivent différents noms, selon la manière dont la réponse a été faite. Quand la réponse est écrite en marge de la demande, le rescrit s'appelle *adnotatio* ou *subscriptio*. C'est le plus souvent de cette manière qu'ont été faites les réponses aux simples particuliers (2); la raison en est facile à trouver : il était nécessaire que le magistrat auquel on présentait le rescrit connût les faits qui avaient motivé l'envoi de la réponse impériale. Quand la réponse était faite par lettre séparée, le rescrit s'appelait *epistola*. Enfin, quand le rescrit était fait par un acte solennel, quand l'empereur l'adressait à une corporation, à une cité ou à un corps constitué, le rescrit s'appelait *pragmatica sanctio* (3).

L'autorité attachée aux rescrits était assez restreinte, sauf de nombreuses exceptions où elle avait, comme les édits, une force obligatoire pour

(1) L. 1, 6. C., *De precibus imperatori offerendis*, 1, 19; L. 6, C., *De testamentaria manumissione*, 7, 2.

(2) Gaius, I, § 94. — Fr. 1, § 1, D., *De const. princ.*, 1, 4. — L. 10, C. Th., *De divers. offic.*, 12, 60. — L. 5, C. Th., *De itinere muniendo*, 15, 3. — *Nov. Theod.*, 8. — *De navibus non excus.*

(3) M. Maynz, ouvrage déjà cité, t. I, p. 132 et note 64. — Loi 7, C. *De divers. rescriptis*, I, 23. L. 15, C., *De proximis sacrorum scriniorum*, 12, 19.

tous(1). Sans doute le juge était tenu de respecter le rescrit, mais c'était seulement dans le cas particulier où il avait été rendu et où il avait nécessairement force de loi. De plus, le rescrit ne constituait de droit que pour le citoyen qui en avait été favorisé; et ce droit, transmissible aux héritiers, ne pouvait être légitimement invoqué que par les personnes intéressées dans l'affaire qui avait occasionné le rescrit (2).

Enfin, pour empêcher que le rescrit ne fût falsifié, on le soumettait à certaines formes extérieures rigoureusement déterminées (3).

Mais, quelques précautions que l'on pût prendre, il se pouvait faire que le demandeur eût obtenu un rescrit sur des faits qui n'existaient plus ou qui avaient été complètement modifiés; alors la partie adverse avait le droit de faire une enquête sur la façon dont on avait obtenu le rescrit (4).

Pour empêcher de pareilles fraudes, il semble que Trajan, le premier, ne rendit plus de rescrits

(1) De Savigny, ouvrage déjà cité, t. I, p. 127.

(2) De Savigny, *loc. cit.*, p. 131. — L. 4, L. 12, §§ 2, 10, C. Th. *De div. rescr.*, 1, 2. — L. 2, C., *De div. rescr.*, 1, 23.

(3) De Savigny, p. 132: — L. 3, 4, 6, C., *De div. rescr.*, 1, 23. — L. 1, C. Th., *cod.* 1, 2.

(4) De Savigny, p. 132. — L. 7, C. *De div. rescr.*, 1, 23. — L. 6, *si contra jus*, 1, 22.

sur la seule demande des parties, et il n'autorisa le juge à en demander que dans le cas où il s'agirait d'interpréter la loi (1).

Toutefois, les rescrits ont considérablement augmenté le corps du droit romain; les jurisconsultes en faisaient très-grand cas, et la chose est naturelle; c'était aux jurisconsultes que l'empereur s'adressait pour rédiger ces rescrits. Les rescrits composent la plus grande partie du Code de Justinien.

§ 4. *Des mandats.* — Les mandats sont les instructions adressées aux fonctionnaires, et qui leur doivent servir de règle de conduite. La plupart de ceux que nous possédons roulent sur le droit criminel et sur des mesures de police (2).

L'autorité des mandats était toujours restreinte à la province pour laquelle ils avaient été rendus.

Nous avons aussi quelques mandats sur des matières de droit privé, mais ils sont peu nombreux (3).

Voilà les différentes sortes de constitutions

(1) Gibbon, ouvrage cité, p. 170. — De Savigny, ouvrage cité, t. I, p. 132.

(2) Brisson., *De formulis*, lib. 3, C., 84. — Dion Cassius, LIII, 45. — Pline, epist. X, 64.

(3) M. Maynz, ouvrage déjà cité, t. I, p. 133. — Fr. I, pr. D., *De testamento militis*, 29, 1. — Fr. 2, § 1, D. *De his quæ ut indignis auferuntur*, 34, 9. — L. 6, C., *De nuptiis*, 5, 4.

impériales; il nous reste à dire un mot sur l'époque où elles apparaissent pour la première fois dans le droit romain. Quoique la plus ancienne des constitutions impériales, que nous trouvons dans les différents recueils, date seulement d'Adrien, nous n'hésitons pas à dire que même avant ce prince il y avait des constitutions impériales.

Nous avons indiqué plus haut quatre édits d'Auguste (1); et c'est un fait avéré qu'Auguste donna souvent des instructions et des mandats aux gouverneurs de certaines provinces de l'empire. De plus, on sait que les particuliers s'adressèrent souvent à Auguste et lui demandèrent sa protection, soit pour obtenir l'exemption des effets d'une loi, soit pour être favorisé d'une subvention; en d'autres termes, Auguste fit également des rescrits. Restent les décrets; mais leur existence est attestée par Tacite; il nous apprend dans ses Annales qu'après la mort de Germanicus, le Sénat pria Tibère de juger lui-même cette ténébreuse affaire. Ce n'est donc pas à Adrien, c'est à Auguste qu'il faut faire remonter les constitutions impériales (2).

(1) L. 2, pr., *ad S. C. Vell.*, 16, 1; — L. 26, *de lib. et posth.*, 28, 2; — L. 8, pr., *De quæst.*, 48, 18. — *Fragm. vet. jcti*, de *j. fisci*, § 8.

(2) M. Ortolan, *loc. cit.*, p. 134.

SECTION DEUXIÈME.

RECUEILS DE CONSTITUTIONS FAITES AVANT JUSTINIEN.

§ 1<sup>er</sup>. Codes Grégorien et Hermogénien.

Il y avait longtemps qu'on désirait voir réunies en un seul corps les différentes constitutions impériales, quand Grégorius et Hermogène publièrent leurs recueils. Comme les décrets et les rescrits n'étaient point promulgués, on n'en pouvait avoir connaissance et on ignorait souvent le texte par lequel on pouvait être acquitté ou condamné (1). C'est pour répondre à ce besoin général que les deux jurisconsultes réunirent, d'après l'ordre des matières, toutes les constitutions impériales, depuis Adrien jusqu'à Dioclétien. Seulement, comme c'étaient deux collections personnelles et privées, publiées en leur seul nom, elles n'eurent point force de loi, et les juges ne furent point forcés d'y conformer leur jugement. On a peu de détails sur la personne de ces deux jurisconsultes; toutefois, on incline à croire que Grégorius vivait sous Constantin, car on trouve à la cour de cet empereur un préfet du prétoire

(1) M. Maynz, *Eléments de droit romain*, t. I, p. 169.

de ce nom (1). On conclut même de ce détail que le Code Grégorien parut le premier et fut rédigé au temps de Constantin (2).

Quant au Code Hermogénien, on conjecture également qu'il n'a dû contenir aucune constitution postérieure au temps de Constantin. Il existe, il est vrai, un passage de la *consultatio veteris jurisconsulti* (c. 9) qui, faisant mention d'une constitution de Valentinien II et de Valens, déclare qu'elle est tirée du Code Hermogénien; de telle sorte que, si l'on s'en rapporte à ce passage, il faudrait croire que, dans le Code Hermogénien, il y avait des constitutions faites par les successeurs de Dioclétien, et que conséquemment ce Code n'a pu être rédigé que sous les empereurs précités. M. Maynz (3), tout en reconnaissant l'existence de ce texte, ajoute que la constitution de Valentinien n'est pas réellement tirée du Code Hermogénien; le texte est emprunté à un appendice de ce code qui n'a été certainement rédigé que plus tard. Et si nous ajoutons qu'on trouve dans les auteurs un certain Hermogénus, contemporain de Constantin et de ses enfants, nous croirons

(1) L. 3, C. Th., *De annona et tributis*, XI, 1.

(2) Sous Marc-Aurèle, le jurisconsulte Papirius Justus recueillit les rescrits de cet empereur; Paul fit aussi un recueil des décrets des empereurs.

(3) Tome I, p. 167 et note 31.

qu'Hermogène doit être à peu près de la même époque que Grégorius. Mais quelle pouvait être la différence entre deux codes si rapprochés? On n'a pu faire sur ce point que d'ingénieuses conjectures; toutefois, nous pensons, avec un certain nombre de jurisconsultes, que le Code Hermogénien n'était que le complément du Code Grégorien. Rien ne prouve, en effet, que le Code Hermogénien contint les constitutions impériales depuis Adrien jusqu'à Dioclétien; c'eût été d'ailleurs une inutile superfétation. Terrasson prétend même que, si l'on étudie avec soin les fragments du Code Hermogénien, il est impossible de croire que ce code ait pu contenir des constitutions antérieures au règne de Dioclétien. En effet, toutes les constitutions qui s'y trouvent sont de Dioclétien ou de Maximien. Si l'on en trouve au commencement quelques-unes attribuées à Aurélien, il ne faut pas oublier que Dioclétien portait le nom de Aurelius-Valerius-Diocletianus. Enfin, ce qui, selon nous, confirme définitivement l'opinion de Terrasson (p. 284), c'est que ces constitutions d'Aurelius sont toutes datées de Sirmium. Or, personne n'ignore que la métropole de la Pannonie était la ville aimée de Dioclétien, et que c'est là qu'il finit ses jours, après avoir renoncé à l'empire (1).

(1) L. 49, 24 et 26, C. *De pactis*. — L. 49, 24 et 39, Cod. *De transact.*

Ajoutons, en terminant, que jamais les deux Codes ne sont cités séparément, et que toujours le Code Grégorien est cité le premier : on n'en peut conclure qu'une chose, c'est que le Code Hermogénien était le complément du Code Grégorien (1).

### § II. Code Théodosien (2).

Il y avait vingt-six ans qu'Hermogène avait complété le Code Grégorien, quand Théodose, pour ne plus laisser de lacunes dans la législation, conçut l'idée de réunir toutes les constitutions impériales portées depuis Constantin jusqu'à lui, c'est-à-dire celles des empereurs chrétiens (3).

Dans ce but, il nomma une commission composée des jurisconsultes Maximien, Martyrius, Sperantius, Apollodore, Théodore, Epigeus, Procope et Antiochus; ce dernier était le président (*ἀρχηγός*) (4). Après neuf ans de travail, les jurisconsultes achevèrent la collection qui fut publiée sous le titre de Code Théodosien, en 438; une ordonnance du préfet du prétoire de Constantinople

(1) M. Giraud, p. 378.

(2) V. Berriat Saint-Prix, *Hist. du droit-romain*, p. 407 à 414, et le savant ouvrage de M. Giraud, p. 378 et s. — Alarie, roi des Goths et Charlemagne accréditèrent beaucoup le Code Théodosien.

(3) L. 5, C. Th., *De constit.*, I, 4.

(4) Novell. Théodos., liv. I, tit. I, *De Theodos. et de auctoritate*.

lui donna aussitôt force de loi en Orient, et, la même année, Valentinien III la publia en Occident.

Ce code est divisé en seize livres, et chaque livre en plusieurs titres. Les cinq premiers livres n'ont été longtemps connus que par quelques fragments. Deux savants sont venus les mettre complètement au jour. M. Peyron a découvert, à la bibliothèque royale de Turin, un certain nombre de constitutions appartenant à ces cinq premiers livres; et plus tard M. Clossius a fait des découvertes plus importantes encore à la bibliothèque ambrosienne de Milan; de telle sorte qu'aujourd'hui nous possédons à peu près en entier tout le Code Théodosien.

## CHAPITRE V.

### DES ÉDITS DES PRÉTEURS (1).

Pour bien comprendre ce qu'étaient les édits

(1) M. Bouchaud a présenté à l'Académie des inscriptions et belles-lettres quatre mémoires fort remarquables sur les édits des magistrats romains. Nous recommandons au lecteur le dernier surtout qui traite des édits des préteurs. Une érudition toujours sûre d'elle-même et non aventureuse, une connaissance approfondie de l'histoire romaine, un style clair et simple; telles sont les qualités qui recommandent ce mémoire (V. *Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, t. 39, et t. 41.

des préteurs (1), il faut remonter à l'origine même de la préture.

Autrefois, à Rome, tous les magistrats étaient appelés préteurs. Justinien prétend même que le mot de préteur fut en usage avant celui de consul (2), et qu'il s'appliquait jusqu'aux généraux. Un passage de la loi des XII Tables parlait du préteur, bien que le véritable préteur n'ait été créé que plus tard. C'est Tite-Live qui cite ce passage. Or, ce passage porte que les esclaves convaincus de vol seront fouettés et condamnés à être précipités du haut de la roche; ceux qui seront en bas-âge ne seront soumis qu'à la première peine « *prætoris arbitratu* » (3). On ne peut désigner clairement la magistrature à laquelle cette loi fait allusion; car Tite-Live, quand il traite du temps où la même loi fut portée, se sert du mot *prætor* comme d'un terme générique, pouvant désigner le dictateur, le consul ou tout autre magistrat.

#### § I<sup>er</sup>. Du droit prétorien avant les empereurs.

A l'origine, l'administration de la justice appar-

(1) Le mot de *prætor* vient, selon Tite-Live et Varon, de *præsse* ou de *Praire*.

(2) Novel. XXV, *in princip. seu præfat.*

(3) *Noct. Attic.* lib. II, *cap. ult.*

tint aux rois ; après l'expulsion des rois, elle passa aux consuls (1).

Mais comme les consuls, presque toujours à la tête des armées, ne pouvaient remplir leurs fonctions judiciaires, et que, comme dit Gravina, « l'établissement des meilleures lois ne suffit point, si on n'établit aussi une autorité vivante qui fasse, pour ainsi dire, parler la loi, muette par elle-même, » on créa un magistrat, nommé préteur, chargé de remplir les fonctions des consuls dans l'administration de la justice (2).

C'est ainsi que Pomponius explique l'origine de la préture, et on ne peut qu'admettre ses explications. Mais il ne faut pas, du moins nous le pensons, croire avec Terrasson et Ferrière, que l'introduction de cette magistrature nouvelle n'ait été due qu'à l'insuffisance des consuls : elle a eu encore, et c'est Bouchaud qui nous l'apprend, une cause politique. On sait que le consulat, patrimoine en quelque sorte des patriciens, fut bientôt, sous la république, également accordé aux plébéiens. Dès ce moment les patriciens cherchèrent à se relever de ce qu'ils appelaient une infériorité ; ils proposèrent la création d'une nouvelle magistrature, qui absorberait une partie de l'autorité

(1) Denis d'Hal., liv. X, ch. I.

(2) L. 2, § 27, *De or. juris*, D. 1, 2.

des consuls et resterait exclusivement en leur possession (1). Mais pour ne point choquer la plèbe par cette nouveauté, ils prirent le prétexte de l'absence des consuls, prétexte plausible qui permit aisément l'établissement de la préture. Toutefois, la plèbe, toujours jalouse des patriciens, voulut bientôt que la préture fût commune aux deux ordres, et, dès l'an 417 de Rome, nous voyons nommer préteur le plébéien Publilius Philo.

La grande affluence des étrangers à Rome nécessita la création d'un nouveau préteur appelé préteur des étrangers (2), ou plutôt, suivant quelques auteurs, *prætor cujus jurisdictionis est inter peregrinos*, ou *inter cives et peregrinos* (3). Cette nouvelle

(1) Tite-Live, VII, 1.

(2) D. L. I, § 28, *De or. juris*. Au commencement, on appelait *peregrinus* celui qui ne jouissait point du droit quiritaire, c'est-à-dire celui qui n'était pas citoyen romain. Ainsi, ceux mêmes qui jouissaient du droit italique, du droit de province romaine ou de municipes, de colonies ou de préfectures, étaient considérés comme des étrangers, parce qu'ils n'étaient pas des citoyens romains, et, s'ils se trouvaient à Rome, ils ne pouvaient invoquer en leur faveur le droit quiritaire. Mais, depuis Caracalla qui accorda à tous les habitants de l'Empire le titre de citoyen romain, le mot *peregrinus* perdit sa signification première. On appela *peregrinus* le citoyen qui n'était pas indigène, qui, par exemple, habitant Rome, n'était pas né à Rome. De même, les habitants d'une province, nés dans une autre province, les barbares établis dans l'empire étaient considérés comme des étrangers.

(3) Tite-Live, liv. XXXIII, ch. 21 et liv. XLV, ch. 21.

magistrature fut créée en 507, et, dès ce moment, on distingua le préteur *urbanus* du préteur *peregrinus*. Quand les préteurs étaient nommés, le sort désignait ordinairement celui qui devait rendre la justice aux citoyens romains et celui qui la devait rendre aux étrangers (1).

Les fonctions de préteur *urbanus* et de préteur *peregrinus* subsistèrent jusqu'à Caracalla.

Les préteurs furent, à l'origine, au nombre de deux, il fallut bientôt augmenter ce nombre. Il fut porté à six d'abord (2), sous Jules César à dix (3), plus tard à douze (4); enfin, sous les empereurs, ce nombre fut porté jusqu'à dix-huit. Ainsi, nous voyons Auguste créer un préteur des fidéicommiss. Après lui, Marc Aurèle institua un préteur chargé des tutelles, *tutelarius*.

Le préteur était exclusivement chargé de rendre la justice. Sa juridiction se résumait en ces trois mots : *aut dabat, aut dicebat, aut addicebat*; *dabat*, lorsqu'il mettait en possession de biens, lorsqu'il nommait des juges ou des arbitres; *dicebat*, lorsqu'il prononçait, par exemple, qu'un homme était libre; *addicebat*, lorsqu'il prêtait son ministère à la *cessio in jure* ou à l'adoption.

(1) Tite-Live, liv. XXXII, ch. 28.

(2) L. 2, § 32, *De or. juris*.

(3) M. Laboulaye, ouvrage déjà cité, p. 44.

(4) L. 2, § 32, *De or. juris*.

Avant d'entrer en fonction, le préteur était obligé de rendre un édit, c'est-à-dire une ordonnance dans laquelle il indiquait les principes qu'il s'engageait à suivre durant son administration. Il paraît, du reste, qu'à Rome tout magistrat avait le droit de rendre des édits sur les choses qui rentraient dans le cercle de ses attributions. Ce qui le prouve, c'est le témoignage de Cicéron, qui parle en deux endroits des édits des consuls et des tribuns (1). Mais, seuls, les édits des préteurs eurent une véritable importance, au point de vue juridique, et on le comprend aisément; ces édits formaient une partie considérable du droit civil.

Le préteur *peregrinus* jouissait aussi du *jus edicendi*, on n'en peut douter. En effet, la loi 17, § 4, au Digeste, *De dolo malo*, parle d'un commentaire d'Antistius Labéon sur l'édit du préteur *peregrinus*. Théophile vient encore confirmer notre opinion; il nous dit que « c'est principalement au préteur urbain, au préteur des pérégrins, et aux *œdiles curules*, qu'on a permis de faire des lois. »

Valère Maxime (2) rapporte aussi un édit rendu par Cornelius Hispallus qui fut préteur pérégrin en l'an 614 de Rome. Une lettre de Cicéron vient encore appuyer ce que nous avançons (3). Dans

(1) *Ad Herenn.*, liv. II, c. 13. — *Pro Sexto*, 2, 44.

(2) Lib. I, c. 3, § 2.

(3) *Ad famil. Epistol.*, Lib. XIII, 49.

cette lettre, adressée au préteur étranger, Cicéron sollicite ce préteur en faveur d'un de ses amis, sans le prier toutefois de s'écarter des règles qu'il s'est prescrites dans son édit. Le préteur *peregrinus* rendait donc aussi des édits ; mais nous nous occuperons spécialement des édits du préteur *urbanus*. Ces édits étaient de deux sortes, les uns étaient d'une application générale ; ils étaient connus sous le titre d'édits *perpetuæ jurisdictionis causa* ; les autres étaient rendus à l'occasion d'une affaire particulière, d'un cas spécial et imprévu, et on les appelait *edicta repentina* ; ces derniers étaient rendus en toutes sortes d'affaires, soit que ces affaires intéressassent l'administration de la république, soit qu'il s'agît seulement d'affaires de barreau. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple du dernier cas, si le défendeur en justice se tenait caché ou disparaissait, le préteur rendait un *edictum repentinum* pour le forcer à comparaître (1). Il rendait également un édit de même nature, lorsqu'on voulait citer les parents d'un pupille, afin de régler la somme des dépenses qu'on ferait pour son éducation (2). Quant aux édits *perpetuæ jurisdictionis causa*, on les nommait ainsi, parce que c'était par ces édits que le

(1) L. 2, § 3, D., *De jure fisci*.

(2) Loi dernière, D., *Ubi pupillus educari debeat*, 27, 2.

préteur faisait connaître les principes qu'il se proposait de suivre dans l'administration de la justice.

Tous les ans, avant son entrée en fonctions, le préteur prononçait un discours dans lequel il rappelait les services que ses aïeux avaient rendus à la république, ajoutant qu'il était prêt à marcher sur leurs traces et à suivre d'aussi beaux exemples. Après ce discours, il proposait un édit et, l'édit lu, on le transcrivait sur un *album* (1). Ajoutons qu'il était dans l'usage que les préteurs consultassent quelque jurisconsulte en renom avant de rédiger leur édit (2).

Ces édits, quoique appelés perpétuels, étaient loin d'avoir une durée illimitée. Ils étaient aussi longtemps observés que le préteur était en charge, c'est-à-dire l'espace d'une année. Si donc un préteur avait, dans son édit, introduit quelque principe contraire à l'équité, cette violation de la justice n'était jamais que temporaire. Toutefois,

(1) Tous les magistrats se servaient de l'*album* quand ils voulaient, par leurs édits, porter quelque chose à la connaissance du peuple. Selon Théophile (Inst., § 42, *De actionibus*), l'*album* était écrit en lettres blanches; d'autres auteurs, tout en admettant l'idée que l'*album* était l'édit même, ajoutent que les édits étaient écrits sur un endroit tendu de chaux. L'opinion d'Accurse nous paraît plus acceptable: ce glossateur pense que l'*album* était un mur sur lequel on écrivait les édits en lettres noires.

(2) Beaufort, t. I, p. 343.

c'était une coutume réelle que le nouveau magistrat devait, dans son édit, conserver les principales dispositions des édits de ses prédécesseurs, et c'est ainsi que les édits des préteurs devinrent une des sources importantes du droit. Cicéron nous apprend qu'il suivit, lui aussi, cet ancien usage (1). Les dispositions des précédents édits s'appelaient *tralatitia*. Verrès est le premier qui n'ait point observé, dans sa préture, ces édits *tralatitia*, lesquels depuis longtemps formaient une jurisprudence certaine (2).

Les nouvelles dispositions qu'on ajoutait aux édits s'appelaient *edictum novum*. Remarquons encore une fois que ces édits n'étaient obligatoires que pendant le temps que les magistrats étaient en charge, et comme le préteur ne conservait sa charge que pendant une année, Cicéron appelle leurs édits des lois annuelles (3). Mais, il ne faut point juger de l'importance de l'édit du préteur par sa courte durée; car le même Cicéron nous dit que, de son temps, il était en si haute estime, que les jeunes Romains qui se livraient à l'étude du droit apprenaient l'édit du préteur avant de commencer l'étude de la loi des Douze Tables (4).

(1) *Epist. ad Famil.*, Lib. III, c. 8.

(2) *Cic., In Verr.*, lib. I, c. 44 et 45.

(3) *In Verr.*, lib. I, c. 42.

(4) *De Leg.*, lib. I, c. 6. — Lib. II, c. 23.

- Dans les premiers temps de la république, les préteurs ne furent point forcés de respecter l'édit qu'ils rendaient à leur entrée. Ils le pouvaient modifier à leur gré toutes les fois qu'ils pensaient apporter une amélioration ou couvrir une injustice. Comme ils le modifiaient dans le sens où ils devaient juger, ils paraissaient toujours respecter le texte de la loi.

Pour empêcher de pareils abus, un sénatus-consulte, porté sous le consulat de Lucius Æmilius Paulus et de C. Licinius Crassus, défendit aux préteurs de s'écarter des principes qu'ils avaient adoptés en entrant en fonctions. Ceux-ci ne purent dorénavant changer leurs édits, et ils durent *suis perpetuis jus dicere edictis*. Il paraît que ce sénatus-consulte ne fut point observé. Les abus se reproduisirent plus nombreux et, cent ans après, Cicéron reprochait à Verrès d'avoir changé son édit. Une pareille anomalie peut s'expliquer. Ce sénatus-consulte était défavorable non-seulement à tous les préteurs, mais encore à tous les partisans de la faction prétorienne; or, comme il fallait à ce sénatus-consulte le consentement des tribuns pour devenir obligatoire, il fut facile aux préteurs de corrompre un tribun et de l'amener à opposer son *veto* à la publication du sénatus-consulte. C'est, selon nous, ce qui dut arriver. Mais en 686, Lucius Cornelius, tribun de la plèbe,

proposa une loi qui devait faire disparaître les abus qu'avait laissés subsister ce sénatus-consulte rendu inutile. La loi fut adoptée; dès lors il n'y eut plus de modification dans les édits; ils furent perpétuels, c'est-à-dire qu'ils restèrent intacts aussi longtemps que durait la magistrature, l'espace d'une année (1).

Quelques jurisconsultes, prenant à la lettre ce mot de *perpétuel*, pensent que, depuis cette loi, les préteurs perdirent le droit de publier des édits à leur entrée en fonctions. Nous sommes d'un avis contraire. On peut objecter, il est vrai, qu'à partir de cette époque, on voit les jurisconsultes enrichir les édits de leurs commentaires, ce qui prouve que les édits jouissaient d'une certaine stabilité. Nous reconnaissons que beaucoup de jurisconsultes commentèrent l'édit du préteur (2) : les extraits des travaux de Paul, d'Ulpien et de Salvius Julien *ad edictum* tiennent une grande place dans le Digeste de Justinien. Antistius Labéon composa de même, nous le savons, un commentaire sur l'édit des préteurs *peregrin* et *urbain* (3). Paul aussi parle du cinquième livre du commentaire de Sabinus sur l'édit d'un

(1) Dion Cassius, l. 36.

(2) L. 2, § 4, *De or. juris*.

(3) L. 1, § 5, D., *De fugitivis*; — l. 19, D., *De verborum significatione*; — l. 9, § 4, D., *De dolo malo*.

autre préteur (1). Mais tous ces commentaires ne portaient que sur les chefs qui étaient *tralatitia* et qui se trouvaient, comme nous l'avons dit plus haut, dans tous les édits ; mais on ne peut conclure d'un pareil fait que désormais il ne fût plus permis aux préteurs de publier des édits.

On donna au droit résultant des édits du préteur le nom de droit honoraire, parce qu'il émanait d'un magistrat qu'on appelait un homme honoré (*vir honoratus*). Ce droit n'a pas le même caractère que le pur droit civil qui est un droit sévère, contraire souvent à toutes les règles de l'équité ; tandis que le droit prétorien s'appuie sur l'équité naturelle, sur le sentiment inné et universel de la justice.

## § 2. Du droit prétorien après les empereurs.

Sous les empereurs, les préteurs continuèrent de publier leurs édits, car ils conservèrent les mêmes attributions que sous la république. Mais les constitutions impériales qui étaient, elles aussi, fondées principalement sur l'équité, diminuèrent l'importance de la distinction entre le droit civil et le droit honoraire.

Adrien chargea le jurisconsule Salvius Julien

(1) L. 48, D., *De operis libertorum*, 38, 4.

de réunir tous les édits des préteurs *peregrinus* et *urbanus*. Il devait retrancher ce qui était tombé en désuétude, ne conserver que ce qui était toujours applicable et faire de ces divers édits un tout homogène. Salvius Julien exécuta avec succès la volonté d'Adrien; il sut concilier les dispositions contradictoires, et, sans rien omettre d'essentiel, former un édit complet.

M. Marezoll (1) pense que l'édit des édiles fut aussi fondu dans ce grand travail, après avoir subi également une entière révision.

Le nouvel édit reçut d'Adrien une grande publicité. Cet empereur voulut qu'il fût observé par les fonctionnaires judiciaires de toutes les provinces de l'empire. Il le fit consacrer par le Sénat (2), de sorte que cet édit de Salvius Julien devint en quelque sorte un Code national; il reçut le nom d'*edictum perpetuum*, mais il ne faudrait cependant pas conclure de là que, depuis lors, la source du droit honoraire fût complètement tarie. Les mots *edictum perpetuum* désignent un édit général, obligatoire pour tous, par opposition aux édits rendus pour des cas particuliers, *edicta re-pentina* (3).

(1) *Droit privé des Romains*, traduit par M. Pellat, p. 72.

(2) L. 2, § 18, c., *De veteri jure enucl.*, 1, 17.

(3) M. Maynz, t. 1, p. 138.

Nous avons des textes positifs, qui prouvent que, même après cet édit perpétuel, les préteurs continuèrent de publier en leur nom des édits (1). Ainsi Gaius nous dit (2) : « *Jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini... nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.* » Dans un autre passage, il nous dit encore : « *Si quis id quod jurisdictionis perpetuæ causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corrupuerit, etc.* (3). » On peut aussi voir sur ce point Fr. 3, D., *De conjungendis cum emancip.* 37, 9. Or, tous ces jurisconsultes qui viennent à l'appui de notre opinion sont postérieurs à Salvius Julianus; on ne peut donc avoir aucun doute sur le véritable caractère de l'édit d'Adrien.

Ajoutons seulement qu'il est probable que les préteurs usèrent beaucoup plus rarement de leur droit qui, par suite, dut tomber en désuétude.

(1) M. Maynz, t. I, p. 135.

(2) Comm., I, § 6.

(3) Fr., 7 et 9, *De Jurisdictione.*

§ 3. Des moyens employés par les préteurs pour modifier le droit civil.

Examinons d'abord si les préteurs avaient par eux-mêmes un pouvoir législatif. Nous n'osons le croire, surtout lorsque nous considérons les moyens indirects qu'ils employaient pour apporter au droit civil certaines modifications; sans doute, les préteurs pouvaient proposer des lois, mais c'était au peuple qu'il appartenait de voter, de sanctionner ces lois; si quelquefois le préteur est appelé *legislator*, c'est par abus de mot, c'est parce que, suivant l'usage, une loi portée par le préteur recevait le nom du magistrat qui l'avait proposée.

Les préteurs n'avaient donc pas à Rome de pouvoir législatif proprement dit, ils n'avaient que le droit d'interprétation, mais ils n'en parvinrent pas moins à introduire souvent dans le droit strict des modifications importantes. Le droit civil, par exemple, était-il insuffisant, ils y suppléaient par leurs édits; était-il trop rigoureux, leurs décisions plus équitables venaient tempérer cette sévérité: de là on a pu dire qu'ils intervenaient *augendi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia*.

Il était, du reste, très-facile au préteur d'introduire toutes ces innovations; c'était à lui que

le demandeur exposait sa cause, et il pouvait ou lui refuser l'action qu'il demandait, ou renvoyer les parties devant le *judex*.

Revenons aux moyens employés par le prêteur pour apporter au droit civil des modifications, et commençons par les fictions. Nous trouvons aux §§ 4 et 5 du titre *De actionibus* des Institutes plusieurs exemples de ce genre de fictions.

Chez les Romains, la propriété était, en général, très-protégée. Ainsi, celui qui perdait la possession d'un objet qui lui appartenait jouissait toujours, tant qu'un tiers ne l'avait pas *usucapé*, de l'action *in rem*, c'est-à-dire de la *rei vindicatio*. Mais, pour avoir la faculté de se servir de cette action, il fallait avoir acquis l'objet réclamé, par un mode que reconnaissait le droit quiritaire, soit par la *mancipatio*, soit par l'*in jure cessio*, etc. Celui qui n'avait point acquis l'objet au moyen d'un mode quiritaire ou reconnu par le droit strict, n'en était pas propriétaire, et, s'il venait à en perdre la possession, il ne pouvait faire usage de la *rei vindicatio*. Seulement, avec le temps, c'est-à-dire après une possession d'un an ou de deux ans qui conduisait à l'usucapion, la propriété naturelle pouvait se transformer en propriété quiritaire et donner ainsi droit à la *rei vindicatio*. Le prêteur adoucit la rigueur de cette règle et vint au secours de ceux

qui avaient obtenu la chose de bonne foi et en vertu d'une juste cause : par exemple, par vente, donation ou legs.

Le préteur, éludant le droit strict, accordait au citoyen qui avait perdu une chose non acquise par le droit quiritaire, une action *réelle utile*, comme s'il avait véritablement usucapé. Au moyen de cette fiction, on était censé, quand on avait perdu la chose, l'avoir usucapée et on pouvait la revendiquer comme sienne (1). Tel fut l'objet de l'*action publicienne*.

En sens inverse, dans une autre hypothèse, nous voyons le préteur feindre que le possesseur de bonne foi n'a pas usucapé, quoique le temps nécessaire pour l'usucapion soit passé. Mais le préteur ne fait cette supposition, pour donner l'action réelle à l'ancien propriétaire, que dans le cas où aucune négligence ne lui est imputable, par exemple, s'il est absent pour la république ou captif chez l'ennemi.

L'action que le préteur donnait, dans ce dernier cas, s'appelait *action quasi-publicienne* ou *rescisoire*.

En dehors de ces actions utiles, les préteurs introduisirent encore des actions qui n'étaient pas fondées sur une règle de droit civil, mais qui

(1) Gaius, IV, 36.

étaient appuyées sur des considérations d'équité, résultant des faits particuliers de l'espèce : ces actions s'appelaient *in factum conceptæ* (1).

Pour corriger le droit civil en matière de succession, les préteurs modifièrent les expressions juridiques en même temps que les institutions. Ainsi, quand des héritiers étaient iniquement exclus de l'héritage par le pur droit civil, le préteur les envoyait en possession des biens et les y maintenait par tous les moyens qui étaient en sa disposition, soit en les protégeant contre les poursuites des véritables héritiers, soit même en leur donnant des actions analogues à celles qui n'étaient accordées par la loi qu'aux héritiers véritables. De cette manière, les *bonorum possessores*, sans être héritiers titulaires, avaient tous les avantages qui résultent de cette qualité. Les *exceptions* sont encore un autre expédient dont les préteurs se sont servis pour introduire des innovations. Ainsi, le préteur improuvait quelquefois, comme contraire à l'équité, une obligation contractée valablement selon le pur droit civil. Malgré cela, le demandeur conservait toujours, il est vrai, son droit d'action ; mais le défendeur recevait en même temps une exception qui rendait inutile l'action intentée contre lui. Les excep-

(1) Fr. 1, D. *De dolo malo*, 4, 3.

tions accordées par le préteur étaient fondées sur l'équité, comme l'exception *pacti conventi*, ou l'exception *doli mali*.

Quand le préteur ne pouvait par aucun moyen réparer une lésion faite, il anéantissait les actes qui avaient été cause du dommage, quoique ces actes fussent valides d'après le droit civil. Cette décision prenait le nom de *restitutio in integrum*.

Tels sont les moyens ingénieux inventés par les préteurs pour introduire des innovations, tout en paraissant respecter, maintenir et appliquer les formes et les décisions du droit primitif.

Les différentes fictions des préteurs se multiplièrent à l'infini. Ce fut un mal de la législation romaine, mais, il faut le dire, un mal nécessaire. En effet, la république romaine n'avait, au temps de sa grandeur, que des lois insuffisantes; portées à une époque où le citoyen seul avait des droits, où le père de famille était tout puissant, ces lois n'étaient plus en harmonie avec les besoins d'une société qui se polissait et s'adoucissait chaque jour. Seuls, les préteurs, chargés de rendre la justice, pouvaient juger du changement des esprits et accommoder les lois aux mœurs de l'époque : c'était donc à eux qu'il appartenait de combler les lacunes de la législation.

## CHAPITRE VI.

### DES RÉPONSES DES PRUDENTS (1).

On appelle réponses des Prudents les avis des jurisconsultes qui avaient le pouvoir de répondre sur les différentes questions du droit. Dans aucune législation les réponses des jurisconsultes n'ont eu autant d'influence, autant d'autorité que dans la législation romaine. Et la chose est aisée à comprendre, si l'on songe à la puissance qui fut si longtemps le partage de ceux qui avaient seuls le droit d'interpréter la loi. L'autorité de ces réponses était telle que Cicéron, dans son discours pour Cecina, ne craint pas de leur donner le nom de *jus civile*, et Pomponius, se souvenant peut-être de ce passage, a consacré de ce nom ces mêmes réponses (2).

Mais quels furent d'abord les jurisconsultes ? Si l'on remonte à l'époque des rois, au temps où les patriciens dominaient, nous croyons que les patriciens furent seuls les conseillers de ce qu'on appelle les clients. Romulus, si l'on en croit les

(1) V. M. Giraud, ouvrage cité, p. 164 et s. et p. 356 et s. — Adam, *Antiquités romaines*, t. I, p. 291 et s. — De Beaufort, *Histoire de la République romaine*, t. I, p. 14 et s.

(2) L. 2, § 5, D., *De or. J.*

historiens anciens, voulut, avant tout, donner dans le gouvernement la prépondérance aux patriciens ; mais, pour ne pas diviser le peuple en deux classes rivales et ennemies, pour rapprocher le pauvre du riche et obliger en quelque sorte le faible à se mettre sous la protection du puissant, il établit entre le patricien et le plébéien les relations connues sous le nom de *patronage* et de *clientèle*. Des droits et des devoirs réciproques unissaient les clients à leurs patrons, et l'une des obligations les plus onéreuses du patron était celle d'assister son client en justice (1).

Au reste, ces deux rôles de client et de patron se sont maintenus si longtemps dans le monde romain, que le nom s'en est toujours transmis et s'en est conservé jusqu'à nos jours. Le patron se rendait toujours au tribunal entouré de ses clients ; mais ce n'était là que la moindre de ses fatigues, il devait être constamment à la disposition de ses clients, et ceux-ci venaient frapper à sa porte dès la pointe du jour (2).

Après la chute des rois, les patriciens firent tous leurs efforts pour conserver le privilège d'être seuls les défenseurs des clients.

Mais la publication des XII Tables a porté une

(1) Denis d'Halicarnasse, *Ant. Rom.*, liv. II, c. 8.

(2) Gibbon, t. 2, p. 172.

atteinte grave à leur autorité déjà chancelante, depuis la création des tribuns institués pour protéger les plébéiens. Auparavant, le droit était secret; à partir de ce jour, il devint en quelque sorte public; chacun put le connaître. Mais les patriciens n'abandonnèrent point leurs prétentions; ils aimaient trop l'inégalité pour rester confondus avec la foule, et ils reportèrent sur l'explication de la loi toute l'activité de leur esprit inventif. Ils interprétèrent les parties obscures de la loi; ils rétrécirent et précisèrent les dispositions qui étaient trop vagues ou trop incertaines; ils appliquèrent à de nouveaux cas des textes jusque-là trop limités; enfin, pour se rendre populaires, ils trouvèrent de doux tempéraments, quand la peine paraissait trop forte.

Mais ces nouveautés tendaient à rendre plus difficile la connaissance du droit. Ajoutez que la procédure devint compliquée: les jurisconsultes inventèrent des actes symboliques et des formules de droit dont ils possédaient seuls le secret. Aussi, quand le citoyen voulait intenter une action, était-il toujours obligé de s'adresser aux patriciens jurisconsultes. Remarquons encore que, seuls, les patriciens connaissaient les jours fastes (*dies fasti*), c'est-à-dire les jours où il était permis d'agir en justice. Il est vrai que la loi Hortensia ordonna que, tous les jours de marché, le préteur

serait à son tribunal ; mais qui ne connaît la superstition romaine ? On multiplia les jours néfastes, et, pour augmenter en quelque sorte la confusion, on décréta qu'aux jours destinés à l'assemblée des comices, dans le cas où les comices ne se réuniraient point, on pourrait rendre la justice. De là une cause d'erreur inextricable, de là la nécessité de s'adresser, toujours aux patriciens, qui déterminèrent les jours de justice au moyen de tables chronologiques. Mais écoutons M. Michelet sur ce point (1).

« Le plébéien, dit-il, ne pourra donc user de  
« son droit contre le patricien que par l'inter-  
« médiaire du patricien. S'il veut plaider, il faut  
« qu'il aille le matin saluer, consulter le grave  
« Quintus, ou Favius, qui siège dans l'*atrium*, au  
« milieu de ses clients, qui lui dira les fastes,  
« quand on peut, quand on ne peut plaider.  
« Il faut qu'il apprenne de lui la formule  
« précise par laquelle il doit, devant le juge, sai-  
« sir et prendre son adversaire, la sainte panto-  
« mime par laquelle on accomplit, selon les rites,  
« la guerre juridique. »

Cet empire absolu des patriciens ne fut pas de longue durée ; en 440, Flavius, secrétaire d'Appius Claudius, publia les formules et donna un

(1) *Hist. rom.*, t. I, p. 431.

tableau des *dies fasti* et *nefasti*. Alors les plébéiens purent se passer de la lourde tutelle des patriciens ; le client n'eut plus besoin de demander humblement conseil à son patron ; il avait à sa disposition le *jus Flavianum*, tel fut le nom donné au recueil de Flavius. Dans son enthousiasme, le peuple nomma Flavius édile curule (1).

Mais les patriciens comprirent bientôt quel préjudice portait à leur autorité cette publication de fastes et de formules jusqu'alors ignorée de la foule ; ils songèrent donc à en inventer de nouvelles et à les cacher sous des chiffres plus difficiles ; une seule syllabe indiqua le mot important de la formule. Cet artifice ne leur réussit pas longtemps ; il y avait un peu plus d'un siècle que Flavius était mort, quand Sextus Ælius Pætus Catus divulgua les nouvelles formules, dans une collection qui prit le nom de *Jus Ælianum* (2).

Dès lors, tous ceux qui avaient en droit des connaissances suffisantes, purent se donner le nom de jurisconsultes. Parmi eux, celui qui le premier enseigna publiquement le droit à Rome, est Tiberius Coruncanius, consul en l'an 500 de Rome et grand pontife (3).

(1) *Val. Max.*, lib. II, c. 5, n° 2. — *Cic.*, *De orat.*, L. 1, c. 41. — *Aulu-Gelle*, VI, c. 9. — L. 2, § 7, *De orig. juris*.

(2) *Cic.*, *Pro Muræna*, II ; *De orat.*, 1, 45.

(3) *Tite-Live*, ep. 48.

Nous voyons encore le Sénat donner à C. Scipion Nasica une maison sur la voie Sacrée, afin qu'il fût plus accessible à tous ceux qui pouvaient avoir besoin du secours de ses lumières (1).

A partir de cette époque l'étude du droit fut en grand honneur; comme cette étude était indispensable pour arriver aux plus hautes dignités, la noblesse romaine l'embrassa avec ardeur; car c'était pour elle un moyen de reprendre l'autorité qu'elle perdait chaque jour.

Mais les jurisconsultes ne se contentaient pas d'enseigner le droit existant, ils le commentaient, le développaient, le critiquaient même; souvent ils indiquaient et introduisaient des réformes, et employaient des fictions.

Toutefois, les réponses des Prudents, quelque habiles et raisonnés qu'ils fussent, n'avaient qu'une autorité morale seulement. Quand les mêmes réponses étaient adoptées par plusieurs jurisconsultes, quand ces réponses recevaient ordinairement une application dans l'exercice de la justice, alors elles devenaient d'un usage obligatoire; elles s'incorporaient même dans la législation, et composaient une espèce de droit non écrit, contre lequel les juges n'osaient pas facilement décider.

Les maisons des juristes étaient sans cesse ou-

(1) L. 2, § 37, *De or. juris.*

vertes pour ceux qui avaient besoin de leurs conseils ; c'était ordinairement dans leur propre maison qu'ils donnaient ce qu'on peut appeler leurs consultations ; mais ces consultations n'étaient pas souvent motivées ; conçues en termes brefs, elles étaient toujours regardées par le client, par l'avocat peu versé dans le droit, comme une sorte d'oracle (1). Pourtant ils n'affectaient point de se tenir constamment à leur logis ; les jours où l'on rendait la justice, ils descendaient sur la place publique et se mettaient à la disposition de ceux qui les voulaient consulter ; mais alors ils ne donnaient que des consultations verbales (2).

Il y avait certaines formules consacrées par l'usage, et dont il se fallait servir quand on abordait un jurisconsulte. Ainsi, celui qui voulait prendre l'avis d'un jurisconsulte, lui disait : *licet consulare* (3), » c'est-à-dire est-il permis de vous consulter ? Et le jurisconsulte, quand il ne se refusait point à la demande, répondait par ce mot *consule*. Alors le client lui expliquait l'affaire et le priait de lui dire ce qu'il en pensait. Si le jurisconsulte jugeait l'affaire bonne, il lui disait : « *Secundum ea quæ proponuntur existimo, placet, puto* ;

(1) Cic, *De legibus*, I, 3.

(2) Cic., *Topica*, C. 17.

(3) Cic., *Pro Muræna*., 13, 2.

c'est-à-dire l'affaire que vous me proposez me paraît juste.

Les juriconsultes motivaient quelquefois leurs opinions ; mais ordinairement ils se contentaient d'affirmer ; ils savaient leur autorité telle qu'ils n'avaient guère besoin de prouver ce qu'ils avançaient.

Ce n'étaient pas seulement les clients ou les avocats qui avaient recours aux juriconsultes ; les juges eux-mêmes, soit verbalement, soit par écrit, les consultaient souvent, quand ils se trouvaient embarrassés à leur tribunal, sur un point de droit à décider. Il arrivait même que, dans des cas nouveaux ou difficiles, le juge invitait le juriconsulte à siéger en qualité d'assesseur, et, de cette façon, le juriconsulte dictait presque toujours la décision.

Si l'on veut savoir ce qu'était une réponse de juriconsulte, on peut lire la loi 27, *Qui testamenta facere possunt*. Nous y voyons qu'un certain Domitius Labéon consulte Celsus, il lui demande si celui qui a été prié par le testateur d'écrire le testament, et qui en même temps a signé ce testament, peut servir de témoin. On connaît la réponse de Celsus : « *Aut non intelligo, aut valde stulta est consultatio tua.* » Elle prouve que lorsqu'on faisait à un juriconsulte une question légère, il se contentait d'en faire toucher du doigt le ridicule.

D'autres textes (1) contiennent également des formules de ces sortes de consultations rendues en réponse à une lettre.

Nous en avons encore un exemple dans la loi 16, *De usu et usufructu*, D., 33, 2. C'est une espèce sur laquelle le jurisconsulte a exprimé son avis. Il s'agissait de savoir l'usage que l'on ferait d'un legs donné à une ville, à des conditions légalement impossibles. Le testateur voulait que les revenus de ce qu'il laissait fussent employés, dans le but de perpétuer sa mémoire, à célébrer tous les ans un spectacle qu'il n'était point permis à la ville de donner.

Le jurisconsulte Modestin décida que, la volonté du défunt étant que la chose léguée servît à la célébration d'un spectacle, il y aurait injustice à vouloir que le legs profitât purement et simplement aux héritiers. Il décida donc que les héritiers et les principaux de la ville devaient se concerter pour chercher le moyen de trouver une autre destination au legs, mais une destination qui fût de nature à perpétuer la mémoire du défunt, car c'était ce que dans son legs le testateur voulait obtenir.

Pour rehausser l'autorité de ceux qui exer-

(1) L. 18, *De jure codicillorum*, D., 29, 7; — L. 48, *De legatis*, 2<sup>o</sup>, D., 31.

çaient la profession de jurisconsulte, Auguste décréta qu'il y aurait des jurisconsultes qui répondraient publiquement sur le droit, en vertu de son autorisation : il créa ainsi des jurisconsultes privilégiés (1). Mais il est difficile de préciser la différence qui a pu exister entre les réponses données par les jurisconsultes autorisés et les réponses données par ceux qui ne l'étaient pas. Nous ne pensons pas, toutefois, que les réponses des premiers aient eu dès-lors force obligatoire d'une manière générale et perpétuelle pour les juges, car elles n'acquirent cette force que plus tard, sous Adrien qui, à ce sujet, exigea que les réponses fussent unanimes. Seulement la qualité de jurisconsulte privilégié dut nécessairement donner plus de poids aux réponses.

Après Auguste, le rôle des jurisconsultes alla toujours en grandissant ; ils formèrent même un véritable conseil du prince. Cependant il faut se garder de prendre à la lettre la réponse que fit Adrien à quelques jurisconsultes qui lui demandaient l'autorisation de répondre sur le droit. Il leur dit que « ce n'était pas une faveur qu'ils imploreraient, mais un droit que l'usage et leurs connaissances leur donnaient. » Loin de voir dans ces paroles la reconnaissance d'un droit qui n'existait

(1) L. 2, § 47, *De or. jur.*

plus, nous pensons, au contraire, avec M. Ortolan (1), que « c'est plutôt une protection particulière, ou, si l'on veut même, une protection générale accordée par ce prince aux Prudents. » On peut, du reste, appuyer cette opinion par un passage de Gaius qui vivait postérieurement à Adrien, sous Marc-Aurèle; car, voici ce qu'il dit : « *Responsa Prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere* (2). »

La seule innovation d'Adrien sur ce point, c'est qu'il rendit obligatoires les réponses des Prudents, quand elles étaient unanimes (3). Lorsque les jurisconsultes privilégiés n'étaient pas de même avis, le juge pouvait décider lui-même; mais son pouvoir était bien borné, il lui était seulement permis de choisir entre les diverses opinions émises; il n'avait pas le droit d'adopter une opinion nouvelle. Au reste, les empereurs conservèrent le droit de privilégier, en quelque sorte, les jurisconsultes; aussi Alexandre-Sévère accorda-t-il au jurisconsulte Innocentius l'autorisation de donner des conseils en matière de droit (4).

Un seul empereur, Caligula, avait songé à abolir l'ordre des jurisconsultes; mais son audace

(1) *Op. cit.*, p. 277.

(2) *Comm. 1*, § 7.

(3) Gaius, *ibid.*

(4) Eunap., *vita Chrysæntii*, p. 144.

avait reculé devant la popularité qu'avait acquise ce nouveau corps (1).

Les jurisconsultes ne donnaient pas toujours séparément leur avis, ils se réunissaient quelquefois, c'était ce qu'on appelait la *disputatio fori* (2). Nous trouvons dans les Institutes un exemple d'une décision prise en commun; ainsi nous voyons qu'Auguste, voulant savoir si les codicilles étaient ou non conformes aux principes du droit, convoqua plusieurs jurisconsultes, et demanda à chacun son opinion. Mais quelle que fût la décision de la majorité, elle n'avait force de loi que lorsque l'usage l'avait consacrée. Les opinions des jurisconsultes qui allaient toujours en augmentant, finirent par introduire une grande confusion dans l'étude de la jurisprudence. Pour y remédier et donner des règles sûres, les empereurs Théodose II et Valentinien III publièrent une constitution, connue sous le nom de la *Loi des citations* (3).

(1) Terrasson, ouvrage déjà cité, p. 225.

(2) M. Maynz, t. I, p. 102 et note 43, prétend que la *disputatio fori* dont parle Pomponius (L. 2, § 5, *De or. juris*), n'est autre chose que le débat judiciaire. Selon M. Mackeldey aussi (*Histoire des sources du droit romain*, p. 33), la *disputatio* est la plaidoirie elle-même.

(3) Un siècle avant, Constantin avait voulu tenter ce qu'exécuta Théodose; mais jusqu'à quel point mit-il son projet à exécution? On ne peut le dire, car les deux constitutions découvertes par M. Clossius ne laissent pas apercevoir l'ensemble du plan de Constantin (V. M. Marezoll, trad. de M. Pellat, p. 89 et note).

D'après cette constitution, les ouvrages des jurisconsultes Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin avaient force de loi (1). S'il y avait unanimité d'opinions entre ces jurisconsultes, le juge ne devait pas hésiter. Si les avis étaient partagés, la majorité l'emportait; s'il y avait égalité de voix, on suivait de préférence l'opinion de Papinien; enfin, si Papinien n'avait rien décidé, le juge avait la liberté de choisir dans les opinions diverses.

Quant aux écrits des autres jurisconsultes, ils n'avaient force de loi qu'autant qu'ils étaient cités dans les ouvrages privilégiés par Théodose. Mais comme les écrits de ces jurisconsultes pouvaient aussi avoir été altérés par le temps, Théodose décida qu'on s'assurerait d'abord s'ils étaient authentiques; puis, pour éviter toute erreur, on compara entre eux les manuscrits et on révisa préalablement le texte avec un soin scrupuleux.

Cette constitution ne fit toutefois qu'apporter une nouvelle confusion dans la jurisprudence, car elle obscurcit encore le chaos qui existait déjà, et elle abolit la distinction si importante et de tout temps établie entre les dispositions de la loi et les consultations officielles des jurisconsultes. Dès lors, comme le remarque M. Giraud (2), « les juges » ne purent plus examiner le fond des questions

(1) Loi. un., Cod. Theod. *De resp. Prudent*, 1, 4.

(2) *Op. cit.*, p. 361.

« traitées et résolues par les auteurs privilégiés,  
« mais s'enquérir seulement comme paléologues  
« de la certitude du texte cité en justice, du nom  
« de l'auteur invoqué et de la pluralité des opi-  
« nions de ces mêmes auteurs. » C'était amoindrir  
singulièrement le rôle du juge, c'était le réduire à  
un véritable emploi subalterne.

Justinien se garda bien de rendre l'initiative  
aux juges, seulement, pour leur offrir un plus  
vaste choix, si l'on peut ainsi parler, il donna force  
de loi aux écrits de beaucoup d'autres juricons-  
ultes; mais ces écrits, dont se compose le Digeste,  
n'ont pas été approuvés dans toutes leurs parties;  
les fragments recueillis par Justinien ont seuls  
reçu une force obligatoire qui semble émaner  
moins de l'autorité des juriconsultes que de la  
volonté impériale.

## CHAPITRE SEPTIÈME.

### DROIT NON ÉCRIT OU COUTUMIER.

Le droit non écrit, *jus non scriptum*, est celui  
qui, pour devenir obligatoire, n'a pas besoin  
d'être promulgué. Ce droit est constitué par l'u-  
sage, par une longue coutume. Les juriconsultes  
romains considéraient une longue coutume comme

jouissant de la même autorité que la loi ; c'est en ce sens que s'expriment formellement Salvius Julien (1), Paul (2), Ulpien (3), Modestinus (4) et Hermogénien (5). Aussi Justinien dit-il dans ses Institutes : « *Diuturni mores consensu utilium comprobati legem imitantur* (6). De même que les *leges*, le *jus non scriptum* fait partie du droit civil proprement dit ; mais ses dispositions sont généralement conformes aux principes de la bonne foi ; on peut dire, qu'il sert d'intermédiaire entre le droit strict et l'équité du préteur.

Suivant une opinion qui nous paraît fondée, les édits du préteur eux-mêmes ne furent, jusqu'à Adrien, qu'un *jus non scriptum*, une tradition consacrée par l'*edictum tralatitium* ; ce n'est qu'après l'approbation par le Sénat et l'empereur, de l'*edictum perpetuum* de Salvius Julien, que le droit prétorien prit place dans le *jus scriptum* ; c'est ce qui explique que Gaius et Justinien ont placé le droit prétorien après les constitutions impériales.

Les Institutes de Justinien ne donnent que deux exemples de dispositions du droit privé formelle-

(1) L. 32, § 1, *De legibus*, D., 1, 3.

(2) *Ibid.*, L. 36.

(3) *Ibid.*, L. 33.

(4) *Ibid.*, L. 40.

(5) *Ibid.*, L. 35.

(6) Liv. 1, tit. 2, § 9.

ment attribuées aux *mores* : la première concerne la substitution pupillaire (1), la seconde l'adrogation, comme manière d'acquérir par universalité (2). Toutefois, nous pensons que les coutumes ont été une source très-abondante de dispositions législatives; selon nous, ce sont elles qui ont abrogé la *manus* et ont introduit une sorte d'association conjugale qui laisse à la femme sa famille, son indépendance et ses biens; on leur doit aussi la défense des donations entre époux; ce sont elles qui ont remplacé, dans le testament *per æs et libram*, le véritable héritier par un héritier fiduciaire; ce sont elles qui, peu de temps après l'abrogation du *nexum*, ont accordé le droit de cité aux quatre contrats qui se forment *solo consensu*, et aux obligations qui naissent *quasi ex contractu*; ce sont elles, enfin, qui, en donnant une espèce de complément à divers édits des magistrats, aux *disputationes fori* et aux réponses des Prudents, les élevaient au rang de dispositions générales et perpétuelles.

Le droit non écrit, qui semble avoir eu une grande puissance, depuis la fin du v<sup>e</sup> siècle de Rome, est devenu une source moins féconde depuis que, sous l'empire d'Orient, tous les pouvoirs législatifs furent réunis dans les mains du prince.

(1) Lib. II, tit. 46, pr.; — V. aussi: L. 2, pr., D., 28, 6.

(2) Inst. Just. Liv. 3, tit. 10, pr. — V. aussi: Gaius, 3, § 82.

## APPENDICE

### TRAVAUX LÉGISLATIFS DE JUSTINIEN.

Quand Justinien monta sur le trône, la réforme des lois romaines était aussi difficile qu'impérieusement réclamée. La multitude des lois et des constitutions, les nombreux travaux des jurisconsultes, tout concourait à rendre l'étude du droit pénible, et à augmenter dans les tribunaux l'hésitation ou la perplexité du juge. Justinien voulut porter remède à un pareil état de choses. Il entreprit la réformation des lois et leur codification définitive. Rien ne put le détourner de son œuvre : ni les émeutes de Constantinople, ni les guerres avec les barbares qui, de tous côtés, fondaient sur l'empire, ni la défaite de ses généraux. Aussi, quand il n'y aurait à distinguer dans Justinien que cette persévérance de volonté, que cette infatigable patience, cela suffirait pour lui assurer la haute place que la postérité lui conserve, et l'on ne saurait trop louer un souverain qui a préféré à toutes les gloires celle de restaurateur des lois. Nous analyserons rapidement ses travaux.

I. CODE JUSTINIEN (1).

Dès la deuxième année de son règne, Justinien, voulant fondre en un seul Code les trois Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, et y ajouter les constitutions postérieures, ordonna aux plus illustres jurisconsultes de l'époque, à la tête desquels se trouvait Jean, de revoir les ordonnances de ses prédécesseurs.

D'après ses instructions, les jurisconsultes durent supprimer les préfaces, les dispositions contradictoires ou tombées en désuétude ; l'empereur ordonna « de recueillir et de classer ces lois sous des titres convenables, en ajoutant, retranchant, modifiant, rendant le sens plus clair, mais en conservant dans chaque titre l'ordre chronologique, de sorte qu'on pût juger cet ordre aussi bien par le rang que par la date » (constitution-préface *De novo codice faciundo*).

Mais les instructions de Justinien n'ont pas été

(1) Pour avoir une idée complète des différents travaux de Justinien, il faut voir la préface de ses Instituts, les première, deuxième et troisième préfaces des Pandectes, les première et deuxième préfaces du Code, et le titre *De veteri juri enucleando*, C. 4, 17.—V. aussi Heineccius, *Hist. J. R.*, nos 383-404 ; — Faustin, ouvrage cité, p. 293-356 ; — Ludovic (*Vie de Justinien*, p. 99-123, 318, 321, 207-317).

suivies à la lettre. Il y a telle constitution tronquée qui rend inintelligible la loi qu'elle veut expliquer; il y a telle autre constitution attribuée à un prince qui n'a pu en être l'auteur. Mais ces taches légères disparaissent, quand on considère l'immensité de l'œuvre; quand on songe que ce recueil énorme a été fondu et achevé dans l'espace d'une année (1).

A la même date, dans une ordonnance adressée au préfet du prétoire de la ville de Constantinople, Justinien donna force de loi à ce nouveau recueil et défendit à tous ceux qui s'occupaient du droit de citer devant les tribunaux d'autres constitutions que celles qui se trouvaient inscrites dans son Code (constitution-préface *De Justiniano Codice confirmando*).

Ce Code, qui fut le premier monument législatif de Justinien, est divisé, par une imitation de la loi des XII Tables, en 12 livres.

Ce Code fut honoré du nom de Justinien. Pour le vulgariser plus promptement, on en fit de nombreuses copies. Les magistrats des provinces de l'Europe, ceux de l'Asie, ceux de l'Afrique, le reçurent successivement, et, pour que les citoyens n'ignorassent point un pareil changement, on an-

(1) Gibbon, t. 2, p. 177, prétend que le recueil n'a été terminé qu'en quatorze mois.

nonça ce recueil à la porte des églises chaque jour de fête solennelle (1).

## II. CINQUANTE DÉCISIONS.

Après la promulgation du Code, la première préoccupation de Justinien fut de trancher par des textes positifs les questions controversées, et que la dissidence des jurisconsultes ne faisait qu'obscurcir et qu'embrouiller.

Pour mettre un terme définitif à des discussions sans fin, et surtout pour faciliter l'exécution du Digeste dont nous parlons ci-après, il publia une constitution sur chacune des questions débattues, et le nombre de ces constitutions s'est élevé à cinquante. Mais, comme ces décisions n'avaient pu se trouver dans le Code, Justinien, comme nous le verrons plus tard, ordonna une nouvelle édition de son Code, qui contient les cinquante décisions.

## III. DIGESTE OU PANDECTES.

Il semblait que Justinien, pour atteindre son but, qui était de codifier toutes les sources du droit, devait après le Code faire un pareil travail

(1) Gibbon, ouvrage déjà cité, t. II, p. 177.

de récession sur les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, etc. ; mais c'eût été retourner en arrière et se remettre en face des obscurités et des lacunes qui avaient exercé pendant des siècles le génie des jurisconsultes ; aussi Justinien eut-il l'heureuse idée de recourir aux travaux des Prudents, et d'en faire faire des extraits qui devaient présenter à la fois la source même qu'ils avaient expliquée, ses corrections, ses développements et ses applications. Tel fut l'objet du Digeste.

Pour mener à fin un travail aussi long et aussi difficile, il nomma une commission composée de seize membres ; choisis parmi les avocats et les professeurs de droit les plus distingués. Le président de la commission fut Tribonien (1), questeur du palais, et celui des jurisconsultes que Justinien favorisait le plus.

Gravina (2) prétend que Justinien donna à Tribonien dix années pour l'exécution de ce travail. Mais nulle part Gravina n'a pu voir un texte à

(1) S'il fallait en croire Gibbon, dont le jugement doit toujours être suspecté quand la religion est quelque peu intéressée dans une question, Tribonien n'aurait dû sa faveur qu'à son hypocrisie. « Il adorait, dit Gibbon, les vertus de son gracieux maître, et, prenant le masque de la dévotion, il faisait semblant de craindre que Justinien, comme Elie et Romulus, ne fût enlevé au milieu des airs, et porté vivant au ciel. » Une telle flatterie est inconcevable, ajoute Gibbon, et nous sommes de son avis.

(2) *Esprit des lois rom.*, p. 591.

l'appui de son opinion. Il a sans doute pu voir que Justinien fut étonné du peu de temps qu'avaient mis les jurisconsultes à composer le nouveau recueil, que ce prince admira le zèle de la commission, et ajouta même qu'il n'aurait pas cru qu'un pareil travail fût fini en moins de dix années; mais, Justinien n'a point déterminé le délai dans lequel devait être achevé le Digeste (1).

Gravina tombe encore dans une autre erreur; il prétend que la commission mit quatre ans à composer le recueil; ce n'est pas exact; on commença en 530 et l'on termina en 533, c'est-à-dire qu'on employa trois années seulement.

Voici quels conseils prudents et sensés l'empereur donna aux rédacteurs de la nouvelle compilation : « Choisissez, corrigez tout ce qu'ont écrit les jurisconsultes à qui les empereurs avaient permis d'interpréter les lois; embrassez toute la jurisprudence ancienne, en la divisant en cinquante livres, et chaque livre en plusieurs titres, suivant l'ordre de notre Code ou celui de l'Edit, comme vous le jugerez convenable..... » (2).

Malheureusement, Justinien n'a pas toujours été écouté; il y a, dans le Digeste, beaucoup de et bien des antinomies.

(1) Gibbon partage l'opinion de Gravina, t. II, p. 177.

(2) *Præfatio I Digestorum*, §§ 3-4.

Mais pourquoi cet ouvrage reçut-il le nom de Digeste? Uniquement parce que Justinien voulut imiter les anciens jurisconsultes. En effet avant lui on appelait *Digesta* tous les ouvrages de droit d'une certaine étendue qui contenaient des controverses; ainsi, il y eut le Digeste de Julien, celui de Scævola, celui de Marcellus, de Celsus et d'autres; mais le Digeste de Justinien les a fait tous oublier.

Le Digeste est divisé en cinquante livres, chaque livre en titres, chaque titre en lois ou fragments. Il est aussi devisé en sept parties.

Quant à la division du Digeste en *ancien, infortiat* et *nouveau*, elle est due aux glossateurs et n'a aucune cause raisonnable.

Ce grand ouvrage fut publié un mois seulement après les Instituts, et Justinien, pour lui donner plus d'autorité, pour le consacrer en quelque sorte, rap porta aux secours et à l'inspiration de Dieu l'exécution de cet immense travail.

#### IV. DES INSTITUTS.

Le Digeste n'était pas encore terminé quand Justinien chargea le même Tribonien, Dorothee et Théophile, de composer un livre élémentaire qui contiendrait les principes du droit romain et

serait destiné à faciliter l'étude de cette science à ceux qui voudraient s'y adonner. Ce sont là les motifs qui engagèrent l'empereur à faire cette publication ; il le dit lui-même : *Sed prospeximus, quod ad portandam tantæ sapientiæ molem non sunt idonei homines rudes, et qui in primis legum vestibulis stantes*, etc. (1).

Cet ouvrage élémentaire n'est, du reste, qu'un extrait des ouvrages anciens, et, en particulier, des Instituts composés par Ulpien, Marcien, Florentinus et autres ; de plus, il est calqué sur les Instituts de Gaius qu'il suit pas à pas. Là, les sources ne sont point indiquées, les passages empruntés sont même dissimulés en quelque sorte. Dans le Digeste les fragments des anciens jurisconsultes étaient séparés pour qu'on les pût mieux reconnaître ; les Instituts forment un tout compacte, homogène et toujours clair. C'est cette clarté, cette lumière portée également sur tous les points, qui a fait dire à Cujas que cet ouvrage pouvait se passer de commentaire. Ils ne lui ont cependant pas manqué !

Les Instituts, selon le désir de Justinien, ont été divisés en quatre livres, sans qu'on puisse trouver de motif sérieux à cette division.

Les Instituts commencés, comme on le sait,

(1) L. 2, § 11. Cod. *De vet. jur. enucleando*.

après le Digeste, furent pourtant terminés auparavant et publiés le 22 novembre 533, c'est-à-dire un mois avant le Digeste. Toutefois, ces deux ouvrages ne devinrent exécutoires qu'à partir du 30 décembre 533.

Ce traité des Instituts a été comblé d'éloges par tous les jurisconsultes ; il fut, à son apparition, reçu avec un tel concert de louanges que Justinien fut obligé de lui donner, comme au Digeste, force de loi. Nous ne rappellerons point pourtant tous les jugements qu'on en a portés ; nous nous contenterons de dire, avec Gibbon, que « ce volume qui disposait la jeunesse de Constantinople et de Beryte à l'étude graduée du Code et des Pandectes, est encore précieux pour l'historien, le philosophe et le magistrat. »

#### V. NOUVELLE ÉDITION DU CODE.

Six ans étaient à peine écoulés depuis la publication du Code, que Justinien déclara que cette première rédaction était imparfaite. Il entreprit donc une seconde rédaction ; et, se vantant de changer, comme Diomède, l'airain en or, il voulut que ce qu'il allait fondre fût pur de tout mélange et de tout alliage. Il était, du reste, besoin de refaire déjà ce Code. D'abord il était incomplet,

puisqu'il ne contenait pas les cinquante décisions dont nous avons parlé. Ensuite, plusieurs constitutions, tombées en désuétude, étaient devenues inutiles, et devaient par conséquent être supprimées. Tribonien s'adjoignit, dans ce nouveau travail, Dorothee, Constantin et Jean. Quand il fut terminé et publié, Justinien défendit, à peine de faux, de citer une constitution qui ne se trouvât pas dans cette seconde édition (*De emendatione Codicis D. Justiniani*).

C'est là l'édition qui nous est parvenue, et c'est la seule que nous possédions aujourd'hui.

#### VI. NOVELLES (AUTHENTIQUES).

Après les Instituts, viennent les Nouvelles, car Justinien régna assez longtemps pour être obligé de publier, après ses grands travaux législatifs, de nouvelles constitutions sur les cas nouveaux qui se présentaient.

Le nom de *Novelle* avait déjà été donné à certains édits rendus par Théodose, Valentinien, Marcien et d'autres empereurs. Gravina (p. 73) nous apprend qu'on a appelé Nouvelles les constitutions de Justinien, soit parce qu'elles renfermaient de nouveaux principes, soit parce qu'elles ne furent publiées qu'après que le corps de droit de Justinien a été achevé.

Nous préférons cette dernière raison qui a été adoptée par Cujas. « *Quasi novæ*, dit ce jurisconsulte, *constitutiones et post Codicem Justiniani repetitæ prælectionis promulgatæ.* » Au reste, en admettant cette opinion, nous évitons de nous mettre en contradiction avec nous-mêmes, car, avant Justinien, on n'a donné le nom de Nouvelles qu'aux constitutions rendues après la publication du Code Théodosien par quelques empereurs.

Les Nouvelles ne durent point surprendre; elles avaient été annoncées par Justinien lui-même dans le § 4 de la constitution *De emendando Codice*. C'est qu'il savait qu'il est impossible de prévoir, au début d'une législation, tous les cas qui se peuvent présenter; il n'ignorait pas que l'application et l'expérience doivent nécessairement apporter quelques modifications à un Code, et que, si les principes du droit doivent toujours rester immuables, les lois doivent varier avec le temps, avec les mœurs, avec les besoins d'une société qui se renouvelle sans cesse.

Toutefois, n'allons pas croire que ces Nouvelles soient contraires au droit du Code et du Digeste, un grand nombre, au contraire, ne font que confirmer les anciennes lois dont l'application était devenue incertaine (1).

(1) Ferrière, p. 307.

Les Nouvelles, pour la plupart, ont été écrites en langue grecque; quelques-unes seulement étaient écrites en latin et destinées spécialement à l'empire d'Occident. Sur le nombre de ces Nouvelles, les jurisconsultes ne sont pas d'accord. Ainsi Gravina (p. 593) affirme qu'Accurse n'en a commenté que 98 les autres, probablement, n'étant plus en usage. Plus tard, Haloander en a publié 165, et Cujas a porté ce nombre à 169.

Les Nouvelles, rédigées en grec, ont été traduites en latin par un anonyme et réunies aux Nouvelles latines; cette traduction est connue sous le nom de *Vulgate*, on l'appelle aussi *authentique* (1), pour la distinguer d'un résumé de Nouvelles fait par Julien, et dont nous dirons quelques mots. L'époque à laquelle cette traduction a paru a été quelquefois discutée. Sur ce point, nous nous rangerons à l'opinion de Gravina et de Ferrière, qui croient qu'elle a été faite quelque temps après Justinien. Cette opinion nous semble probable, attendu que le pape Grégoire I<sup>er</sup> parle déjà de cette version. C'est, au reste, l'avis de Cujas, qui attribua la traduction à quelque Grec qui aurait vécu sous un successeur rapproché de Justinien (2).

(1) On appelle encore *authentiques* des extraits des Nouvelles attribués à Irnerius (de Bologne), et placés dans le Code de Justinien, à la suite des constitutions qui se trouvent modifiées par les nouvelles.

(2) Cujas, *Observat.*, liv. 8, ch. 40.

Il y a eu plusieurs traductions depuis la Vulgate ; mais, selon Cujas, c'est la Vulgate qui est la meilleure, malgré les mots barbares qu'elle contient. D'ailleurs, il ne faut point s'étonner de cette barbarie : le traducteur, qui nous est resté inconnu, a suivi le conseil de Justinien : il a traduit les lois mot pour mot, *κατὰ πρόθεσιν*. Si donc cette version est parfois obscure, elle a du moins le mérite d'être toujours exacte (1).

Une autre traduction plus élégante a été faite au xvi<sup>e</sup> siècle par Grégoire Haloander, une autre aussi a été faite en 1561 par Agiles (2).

Lors de l'invasion des Goths, les Nouvelles disparurent avec les autres travaux législatifs de Justinien ; et l'on sait que c'est Irnerius (3) qui découvrit, en 1130, la première traduction de la *Vulgate* (4).

Les Nouvelles commencent ordinairement par une préface ; vient ensuite la division en chapitres, et les éditeurs les divisèrent en paragraphes ; un épilogue termine chacune des décisions impériales. La préface nous fait connaître les motifs qui ont porté le prince à publier la constitu-

(1) M. Berriat Saint-Prix, *Hist. du dr. rom.*, p. 479.

(2) Terrasson, p. 347.

(3) Dont le véritable nom est Warnier, selon le traducteur de Gravina, p. 595, note 1.

(4) Ferrière, p. 314.

tion qui va suivre, et l'épilogue contient seulement l'ordre d'observer le nouveau règlement.

Indépendamment de ces Nouvelles, Justinien a rendu encore treize édits sur des questions d'un intérêt purement local; ce sont, au fond, de véritables Nouvelles (1).

En parlant de la Vulgate, nous avons cité le nom de Julien. C'est le nom d'un célèbre professeur qui enseigna le droit sous Juste Second, Tibère Second et Maxime; nous lui devons une paraphrase latine de cent vingt-cinq Nouvelles, laquelle porte son nom. Cette paraphrase, qu'on appelait du temps des glossateurs, *Novella*, par excellence (2), est écrite élégamment et explique avec netteté et clarté les différentes constitutions; cette collection ne porte que les décisions des empereurs, car Julien a ôté à chaque Nouvelle son préambule et l'épilogue.

DU DROIT ROMAIN QUI FUT OBSERVÉ EN ORIENT, APRÈS  
LA MORT DE JUSTINIEN (3).

Le corps de droit civil que Justinien avait formé

(1) M. Giraud, ouvrage déjà cité, p. 409.

(2) V. M. de Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. III, p. 498.

(3) V. l'*Histoire du droit byzantin*, en trois volumes, de M. Mortreuil.

avec tant de sagacité et de patience, lui survécut, mais il ne garda pas le nom de son fondateur. Les successeurs de Justinien, jaloux de sa gloire législative, voulurent, à leur tour, s'illustrer de la même manière, et, prétendant que le corps du droit était insuffisant pour résoudre toutes les difficultés qui se présentaient, ils le modifièrent par des Nouvelles qui portèrent leur nom. Ajoutons que, l'usage de la langue latine se perdant peu à peu en Orient, on fut obligé de traduire en grec les œuvres législatives de Justinien; ainsi, il y a plusieurs traductions grecques des Instituts, du Digeste et du Code.

En 876, l'empereur Basile le Macédonien publia une espèce d'Instituts sous le titre de *πρόχειρον τῶν νόμων*; plus tard même, il voulut faire un abrégé, extrait de tous les recueils de Justinien, et de toutes les constitutions postérieures; mais il ne put mettre son dessein à exécution: cet ouvrage ne fut terminé que sous Léon VI, surnommé le Philosophe.

Cet abrégé s'appelle *Βασιλικά*, c'est-à-dire lois impériales, peut-être encore lui a-t-on donné ce titre pour honorer la mémoire de Basile, qui le premier eut l'idée de faire un pareil extrait.

Après Léon VI, Constantin Porphyrogénète donna une nouvelle et dernière édition des *Βασιλικά* (*ἀντικείμενα; τῶν Βασιλικῶν*).

Ces basiliques furent divisées en six parties, qui furent distribuées à leur tour en soixante livres, comme l'indique le grec ἐξάβιβλος ou ἐξῆκοντάβιβλος (1); seulement ce recueil ne nous est pas parvenu intact. Nous possédons trente-six livres en entier, sept en partie, et quant aux dix-sept autres, nous n'en avons que quelques fragments.

(1) M. Maynz, t. I, p. 177, note 75.



## DEUXIÈME PARTIE.

---

# DROIT FRANÇAIS

---

## DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

---

### INTRODUCTION.

La non-rétroactivité des lois est un principe protecteur des intérêts privés qui doit être sacré pour le législateur chaque fois que la force du temps, la conquête ou d'autres causes l'obligent à apporter un changement partiel ou radical aux lois en vigueur. Mais, dira-t-on, toute loi nouvelle est nécessairement supposée meilleure que celle qu'elle remplace; ou, si elle n'en remplace aucune, on doit la regarder comme indispensable au bien et à l'ordre public. Pourquoi donc n'en pas faire une application générale et immédiate? Pourquoi craindre de redresser des injustices souvent signalées et reconnues? C'est que l'ordre pu-

blic ne repose que sur la confiance que chaque citoyen a dans la loi : le citoyen n'hésite jamais à agir, quand il a la certitude qu'il agit en vertu d'une loi. Mais si la loi n'est plus renfermée dans ses limites naturelles, qui sont le passé, si chaque disposition nouvelle s'étend au gré du législateur, il n'y a plus de confiance publique, plus de garantie pour tous ces liens qui unissent les citoyens dans une société bien organisée.

L'homme est naturellement porté à croire que, tant qu'une loi subsiste, elle conserve son autorité; mais peut-il prévoir des changements encore à naître, et doit-il craindre, au moment même où il se conforme le mieux à la loi? Tourmenté par le présent, inquiet de l'avenir, faut-il encore qu'il soit incertain d'un passé qui lui a peut-être coûté bien des peines et des fatigues? Où sera la sécurité dans une telle législation? Que deviendra la propriété, par exemple, si le mode de transmission, non-seulement peut être changé d'un jour à l'autre, mais si ce changement réagit encore sur les actes antérieurs? Que deviendra aussi la famille, si les liens sur lesquels elle repose peuvent être brisés par un règlement qu'on ne pouvait prévoir? Que la rétroactivité devienne possible, et ce sera le bouleversement et le désordre, une arme aux mains des gouvernements despotiques, aussi bien dans les démocra-

ties que dans les monarchies. Rappelons à ce sujet les éloquentes paroles prononcées par M. Portalis, lors de la présentation de l'art. 2 du Code Napoléon au Corps législatif.

« L'office des lois, disait le rapporteur, est de  
« régler l'avenir : le passé n'est plus en leur pou-  
« voir. Partout où la rétroactivité des lois serait  
« admise, non-seulement la sûreté n'existerait  
« plus, mais son ombre même. La loi naturelle  
« n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux,  
« parce qu'elle est de tous les pays et de tous les  
« siècles. Mais les lois politiques, qui sont l'ou-  
« vrage des hommes, n'existent pour nous que  
« quand on les promulgue, et elles ne peuvent  
« avoir d'effet que quand elles existent. La liberté  
« civile consiste dans le droit de faire ce que la  
« loi ne prohibe pas ; on regarde comme permis  
« tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait  
« donc la liberté civile, si le citoyen pouvait  
« craindre qu'après coup il serait exposé au dan-  
« ger d'être recherché dans ses actions, ou troublé  
« dans ses droits acquis, par une loi postérieure ?  
« Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces qui,  
« ayant sans cesse un œil sur le passé et l'autre sur  
« l'avenir, dessécheraient la source de la confiance  
« et deviendraient un principe éternel d'injustice,  
« de bouleversement et de désordre. — Mais pour-  
« quoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui

« existaient avant la loi qui doit les réprimer?  
« — Parce qu'il ne faut pas que le remède soit  
« pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y  
« aurait donc point de loi qui ne dût être retroac-  
« tive. Il ne faut point exiger que les hommes  
« soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir  
« que par elle (1). »

Le changement dans les règles du droit peut, selon M. de Savigny (2), se présenter sous les quatre formes suivantes :

1° Promulgation d'une loi nouvelle et isolée ;

2° Promulgation d'un nouveau Code ; ce qui arriva à Constantinople en 529 ; en Prusse, en 1794 ; en France, en 1804 ; en Autriche, en 1812 ;

3° Adoption d'un Code étranger, et substitution de ce Code au droit jusqu'alors en vigueur ; ce cas s'est présenté quand la France imposa le Code Napoléon en Allemagne et dans d'autres pays ;

4° Un pays est détaché de l'État auquel il appartient et incorporé à un autre État ; et par là même soumis à l'ensemble du droit de cet autre État.

(1) Des lois romaines disent encore formellement que celui qui, se fiant aux lois existantes, y conforme ses actes juridiques, ne mérite aucun blâme ; car il n'a pu prévoir la loi future. V. L. 29, C., *De testam.* (VI, 23) ; *Nov.* 22, c. I. — L. 65, C., *De decur.* (X, 31) ; L. 18, C. *De testibus* (IV, 20) ; — *Nov.* 66, c. I, § 4, 5.

(2) *Traité de droit romain*, tr. Guenoux, t. 8, § CCCLXXXIII.

On vit ce changement sous le premier Empire, lorsque plusieurs pays furent réunis à la France ; et, de nos jours, le quatrième cas s'est encore reproduit lors de l'annexion de la Savoie à la France.

Cet événement donne même à notre étude un intérêt de circonstance qui lui eût peut-être manqué en d'autres temps. D'importantes questions de non-rétroactivité se sont déjà présentées, et il s'en présentera sans doute encore longtemps à ce sujet. Le nombre en serait même considérable si, en fait, la législation sarde n'était presque en entier calquée sur les lois françaises, ce qui a rendu la transition plus facile pour les nouveaux sujets de la France et pour les tribunaux.

Le principe que nous avons à développer, c'est que les lois n'ont pas d'effet rétroactif. Avant tout, il nous paraît utile de montrer rapidement ce qu'a été ce principe dans la législation romaine, quel changement, quelle altération il a subis dans l'ancien droit français, avant d'entrer dans la législation moderne.

Pendant bien des siècles, à Rome, nous ne trouvons le principe de la non-rétroactivité inscrit dans aucune loi ; il n'en était pas moins reconnu et respecté, comme un précepte de morale et de raison.

Quoi qu'il en soit, c'est au Code Théodosien que

nous trouvons pour la première fois le principe de la non-rétroactivité consacré comme une disposition législative.

Ainsi, nous trouvons dans une constitution (1) de l'empereur Théodose cette règle générale : « *Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt.* » Dans une autre partie du même Code (2) nous trouvons encore ceci : « *Ordo cælestium statutorum securis post observantiam sacratæ constitutionis indicit, neque actis abesse consuevit.* »

Néanmoins, dans l'application il se présentait souvent des difficultés ; ainsi une loi ayant ordonné la réintégration dans la curie de ceux qui l'auraient quittée pour se faire clercs, on l'avait appliquée à ceux qui s'étaient fait clercs avant la loi. L'empereur Constantin, par une nouvelle constitution, réproouve cette rétroactivité (3).

« *Cognovimus, illos etiam inquietari qui ante legis promulgationem clericorum se consortio sociaverint. Ideoque præcipimus his ab omni molestia liberatis illos qui post legem latam obsequia publica declinantes ad clericorum numerum confugerunt, procul ab eo corpore segregatos,*

(1) I, 1, 3.

(2) XVI, 5, 7, § 1.

(3) XVI, 2, 3.

« *curiæ ordinibusque restitui et civilibus obsequiis  
« inservire.* »

Si du Code Théodosien nous passons au Code de Justinien, nous trouvons le même principe clairement établi dans une constitution des empereurs Théodose II et Valentinien III, constitution qui forme la loi 7, au Code, *De legibus* (I, 14).

Voici les termes de cette loi : « *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, « non ad facta præterita revocari.* » Ce qui veut dire que les lois nouvelles s'appliquent à tous les actes juridiques ultérieurs, *futuris negotiis*, mais jamais aux actes passés, *non ad facta præterita*, lors même que leurs effets ne seraient pas encore accomplis.

Cependant ce n'est pas ainsi que M. Merlin comprend ce texte. S'appuyant sur la dernière partie de la loi : *nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*, il prétend que la loi nouvelle régit les conséquences futures des actes accomplis : « Voilà donc, dit-il, les choses encore en suspens, mises en opposition avec les choses passées. On ne peut donc considérer comme passé aux yeux de la loi, que ce qui n'est plus en suspens ; tout ce qui est encore en suspens, se trouve donc atteint par la loi, lors même qu'elle dispose purement et simplement, et

que, par là, le passé est soustrait à son empire » (1).

Nous croyons qu'il y a erreur dans cette interprétation ; la loi n'oppose pas les choses encore en suspens aux choses passées, les conséquences futures des actes juridiques à leurs conséquences passées, mais bien les actes futurs eux-mêmes aux actes passés. La preuve en est dans ces derniers mots de la loi qu'invoquait Merlin et qui sont la condamnation de son système ; pour que la loi nouvelle régisse les *pendentia negotia*, il faut qu'elle l'ait expressément édicté ; donc en principe elle ne s'y applique pas, donc le passé et les conséquences futures des actes accomplis sont à l'abri de la loi nouvelle quand elle ne dispose pas expressément le contraire.

L'opposition n'existe pas, comme le dit Merlin, entre les actes *passés* et les *pendentia negotia*, mais entre les actes *futurs* et les *pendentia negotia*.

Cela résulte de la loi 21, au Code, de *S. S. Eccles.*, qui, après avoir prohibé toute aliénation des vases sacrés, des ornements et autres objets dépendant du service divin, après avoir autorisé la revendication de ceux de ces objets qui auraient pu être ainsi aliénés, et en avoir excepté les alié-

(1) V° *Effet rétroactif*, sect. III, § 1, n° 2.

nations qui auraient eu pour cause le rachat des captifs, ajoute expressément : que cette disposition s'appliquera, non-seulement aux affaires à venir, mais encore aux affaires pendantes ; *hoc obtinente non solum in futuris negotiis, sed etiam in judiciis pendentibus*. De même encore la loi suivante du même titre, après avoir affranchi de certains droits connus sous le nom d'*inscriptions lucratives*, les églises, monastères, hôpitaux et autres établissements ou communautés qu'elle désigne, tout en laissant subsister ces droits à l'égard des autres personnes, ajoute : « *Quam oportet non solum in casibus, quos futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pendentibus et judiciali termino, vel amicabili compositione, necdum sopitis, obtinere* » (1). Ces deux constitutions ont donc manifestement l'intention de rétroagir.

En effet, la règle de la loi 7 n'est imposée qu'au magistrat, elle n'empêche pas le législateur de faire des lois rétroactives, si les circonstances lui paraissent l'exiger ; ce droit est même l'objet formel de la restriction déjà citée, qui limite la portée du principe posé par la loi 7, *De legibus* : « *nisi nominatim et de præterito tempore et*

(1) V. encore la nouvelle 49, qui ne laisse aucun doute sur ce point.

« adhuc pendentibus negotiis cautum sit. » Ici, on le voit, les *pendentia negotia* sont encore opposées au futur, puisqu'elles sont mises sur la même ligne que le *præteritum tempus*.

Cette loi 7 est reproduite, mot pour mot, dans une décrétale de Grégoire IX (*Corp. jur. canon., De const., l. 2, 13.*)

Le principe général du respect des actes passés se trouve encore dans d'autres constitutions; ainsi, dans la loi un., § 16, C., *De rei ux. act.* (V, 13): « instrumenta jam confecta viribus carere non patimur, sed suum expectare eventum; » et dans la loi un., § 13, C., *De lat. libert. toll.* (VIII, 6): « sed si quidam liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his quorum intererat aggregata sunt, vel adhuc vivunt, nihil ex hac lege innovetur: sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta, et vindicanda (1). »

Dans l'ancien droit français le principe de la non-rétroactivité n'est inscrit dans aucune loi pendant longtemps; ce principe était considéré dans les pays coutumiers comme précepte de raison; dans les pays de droit écrit, on est sous l'empire de la loi 7, Cod., *De legibus*. Dans les uns

(1) V. encore L. 29 C., *De testamentis* (VI, 23); — Nov. 22, c. I. — L. 63, C., *De decur.* (X, 31); — L. 18, C., *De testibus* (IV, 20); Nov. 66, c. I, § 4, 5.

comme dans les autres on n'a occasion de l'invoquer qu'à l'égard des ordonnances.

Le droit intermédiaire présente une grande variation dans l'application du principe de la non-rétroactivité. Considéré d'abord comme constitutionnel, mais seulement en matière pénale, il acquiert bientôt ce caractère en matière civile, pour descendre ensuite à l'état de simple disposition législative, tel qu'il est encore aujourd'hui. Ainsi, la constitution du 3 septembre 1791, dans son article 8, de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, porte ces mots : « La loi  
« ne doit établir que des peines strictement et  
« évidemment nécessaires, et nul ne peut être  
« puni qu'en vertu d'une loi établie et promul-  
« guée antérieurement au délit et légalement ap-  
« pliquée.

Ainsi encore, la constitution du 24 juin 1793, dans son article 14, de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dit : « Nul ne peut être  
« jugé et puni qu'après avoir été entendu ou léga-  
« lement appelé, et qu'en vertu d'une loi promul-  
« guée antérieurement au délit. La loi qui puni-  
« rait les délits commis avant qu'elle existât,  
« serait une tyrannie; l'effet rétroactif donné à la  
« loi serait un crime. »

Mais ces deux dispositions ne concernaient que

les lois pénales, aussi plusieurs lois rétroactives furent-elles portées en matière civile; spécialement celle du 5 brumaire an II, qui fit remonter aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 l'égalité des partages entre héritiers; de même celle du 12 brumaire an II qui donnait aux enfants nés hors mariage les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, même relativement aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789.

La convention nationale ne tarda pas à reconnaître elle-même les abus de ces dispositions rétroactives, et après les avoir suspendues, elle les révoqua complètement, et dans la seconde constitution (du 5 fructidor an III), elle statua expressément, article 14, qu'aucune loi ni civile ni criminelle ne pourrait avoir d'effet rétroactif.

Ce principe, trois fois proclamé dans des lois constitutionnelles, ne se retrouve plus inscrit dans aucune constitution postérieure; ainsi, la constitution de l'an VIII ne le reproduit pas; on pensait sans doute que la rétroactivité des lois peut être dans certains cas utile, nécessaire même à l'intérêt social, et tout en admettant en principe la non-rétroactivité, on n'en fit qu'un précepte de droit civil. M. Faure disait, dans la séance du conseil d'Etat du 4 thermidor an IX: la non-rétroactivité devient un précepte pour les juges; elle est de plus une garantie pour les citoyens, en ce qu'elle les assure

qu'ils ne seront point recherchés pour des actes qui n'étaient pas encore défendus par la loi.

« Il est des vérités utiles, disait encore M. Portalis, qu'il ne suffit pas de publier une fois, « mais qu'il faut publier toujours, et qui doivent « sans cesse frapper l'oreille du magistrat, du « juge, du législateur, parce qu'elles doivent être « constamment présentes à leur esprit. »

Le Code Napoléon s'est inspiré de cet esprit dans son art. 2. « La loi, y est-il écrit, ne dispose « que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroac- « tif; » et dans l'art. 4 du Code pénal : « Nulle « contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent « être punis de peines qui n'étaient pas pronou- « cées par la loi, avant qu'ils fussent commis. »

En 1848, un membre de l'Assemblée nationale demanda qu'on fit de la non-rétroactivité un principe constitutionnel; sa proposition fut rejetée.

La constitution de 1852 reste également muette sur le principe de la non-rétroactivité. On pourrait prétendre que cette constitution, se référant expressément dans son art. 1<sup>er</sup>. « aux grands principes proclamés en 1789 et qui sont la base du droit public des Français, » a, par là même, entendu rendre à notre principe son caractère constitutionnel. Cet argument pourtant paraîtrait un peu forcé; autant vaudrait dire que la constitution de 1789 est remise textuellement en vigueur, au

moins pour ce qui concerne le droit public ; or, une pareille prétention est exagérée. Observons d'ailleurs que la constitution de 1789 ne proclamait la non-rétroactivité que pour les lois pénales, et, aujourd'hui, on peut être sûr qu'il sera toujours respecté dans les lois pénales ; nul pouvoir ne songerait à méconnaître ce principe protecteur et sacré.

Pour nous, nous regrettons vivement qu'en matière civile même la constitutionalité du principe n'ait pas été proclamée ; nous ne pouvons admettre avec M. de Savigny que le législateur ait toujours le droit de donner, par exception, effet rétroactif à ses dispositions. Nous pensons, au contraire, que la rétroactivité serait toujours un mal et que la règle devrait être constitutionnelle. Un seul tempérament devrait être apporté non pas à la règle, mais à son application ; comme il est de principe que l'intérêt privé doit, dans les cas de nécessité absolue, céder à l'intérêt général, il pourrait être admis que la loi nouvelle pourrait imposer aux particuliers le sacrifice de leurs droits acquis, moyennant une *juste et préalable* indemnité. On pourrait objecter que la détermination de ces cas d'absolue nécessité ne pouvant être faite à l'avance, il n'y aurait aucune garantie dans la constitutionalité du principe ; mais nous répondrons que cette solennité même de la procla-

mation du respect des droits acquis est déjà une garantie morale très-forte contre l'abus d'autorité du législateur, et les constitutions de 1791, 1793, de l'an III, de 1814, de 1830 et de 1848 l'ont bien compris quand elles ont proclamé l'inviolabilité de la propriété, « sauf le cas de nécessité absolue, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Mais il faut reconnaître que le principe de la non-rétroactivité, pour n'être pas constitutionnel, n'en est pas moins respecté en fait par les lois modernes, et nous rencontrerons excessivement peu de cas où il ait été méconnu ; nous ne pourrions guère faire ce reproche qu'à la loi du 8 mai 1816 qui, en abolissant le divorce, a transformé immédiatement en instance en séparation de corps les instances en divorce, et à la loi du 7 février 1851 sur les étrangers ; dans ces cas, au reste, il ne pouvait être question d'indemnité, parce qu'en fait il n'y en avait pas de possible : il s'agissait de droits purement moraux. Mais si une loi venait à supprimer les offices ministériels ou, tout au moins, le droit de présentation qui est un droit fondé sur la loi, mais qui est à bon droit considéré comme un dommage public, en ce que, dans ses conséquences, il aggrave la condition des plaideurs ou des contractants, cette suppression ne serait acceptable en équité que moyennant une juste et préalable indemnité.

Mais il n'en est pas de même du monopole des théâtres, des boulangers, bouchers et autres; les privilèges accordés aux titulaires dépossédés par des décrets récents n'étaient pas fondés sur une promesse proprement dite de l'administration; c'était un fait et non un droit, aussi le nombre des théâtres, des boulangers, etc., n'était-il pas limité *a priori*: l'administration accordait l'autorisation à qui lui semblait présenter les garanties nécessaires, pour le plus grand bien public; aujourd'hui elle croit que les intérêts généraux n'ont qu'à gagner à la libre concurrence, et elle ne doit aucune indemnité.

La rétroactivité, dans tous les cas, est exceptionnelle et doit être formellement édictée par le législateur, à moins qu'elle ne résulte manifestement des circonstances qui ont précédé ou accompagné la nouvelle disposition législative; tel serait le cas où le but tout entier de la loi serait manqué si la rétroactivité n'était pas admise. L'exemple le plus frappant qu'offre l'histoire législative des nations modernes, et particulièrement de la France, est l'abolition de la féodalité et de ses privilèges, et celle de l'esclavage dans les colonies. Il est clair que ces deux grandes et solennelles reconnaissances des droits de l'humanité n'ont pu se faire sans rétroactivité, autrement le but de la loi eût été à jamais manqué. Les pro-

priétaires d'esclaves ont reçu une indemnité à peu près satisfaisante; mais il n'en a pas été de même pour les seigneurs féodaux : il était à tous égards impossible qu'ils fussent indemnisés, car, outre que ce rachat eût été infiniment trop onéreux pour le trésor public d'alors, les nobles auraient refusé de contribuer aux charges extraordinaires qui auraient servi à les indemniser eux-mêmes, et leurs privilèges se fussent reproduits sous une autre forme; enfin, il faut faire une certaine part à l'idée exprimée par Domat, que les lois qui rétablissent le droit naturel, qui réparent la violation des droits imprescriptibles de l'humanité doivent recevoir leur application immédiatement et par tous les moyens possibles.

Voici comment Domat s'exprime, à ce sujet, dans son *Traité des Lois* :

« Quoique les lois arbitraires n'aient leur effet  
« que pour l'avenir, si ce qu'elles ordonnent se  
« trouve conforme au droit naturel, ou à quelque  
« loi arbitraire qui soit en usage, elles ont à l'é-  
« gard du passé l'effet que peuvent leur donner  
« leur conformité et leur rapport au droit naturel  
« et aux anciennes règles, et elles servent aussi  
« à les interpréter, de même que les anciennes  
« règles servent à l'interprétation de celles qui  
« sont nouvellement établies. » Et plus loin il dit :  
« que les lois doivent servir de règle au passé,

« quand elles ne font que rétablir une loi ancienne, ou une règle d'équité naturelle dont quel-  
« que abus aurait altéré l'usage, ou qu'elles résol-  
« vent des questions pour lesquelles il n'y avait  
« auparavant aucune loi, aucune coutume. »

De même, quelques auteurs pensent que la loi nouvelle peut s'appliquer sans rétroagir, lorsqu'elle se rapporte à des faits antérieurs au Code Napoléon sur lesquels il n'y a pas de loi ou sur lesquels il y a des lois tellement obscures que chaque partie peut l'invoquer à son profit, des arrêts qui s'anéantissent les uns par les autres, des auteurs qui ne sont pas d'accord. Dans ce cas, disent-ils, au lieu de s'en rapporter à une jurisprudence versatile ou à des auteurs qui se contredisent, ne vaut-il pas mieux appliquer la nouvelle loi ? Faire le contraire serait, comme l'a spirituellement dit M. Joubert dans les conclusions qu'il a données le 10 juin 1810, « imiter la folie de ces navigateurs qui, après l'invention de la boussole, s'obstinaient à suivre les étoiles qui les avaient si souvent égarés. »

Mais si le résultat est bon, le principe est mauvais : quelle est la loi ancienne dont on ne pourrait pas dire, au moins pour le besoin d'une cause, qu'elle était obscure et incertaine, qu'elle fournissait des armes aux opinions opposées, qu'elle avait donné lieu à une jurisprudence variable et

incertaine ? Par conséquent on pourrait toujours invoquer la loi nouvelle.

De même encore un autre arrêt du 10 février 1813 a décidé que l'art. 816 du Code, qui autorise la demande en partage entre cohéritiers, bien que l'un d'eux ait joui séparément d'une partie des biens de la succession, s'il n'y a titre civil ou prescription, doit s'appliquer aux successions ouvertes antérieurement au Code, dans le silence des lois antérieures, et attendu la dissidence des auteurs (1).

Quoi qu'il en soit, plusieurs législations modernes ont suivi en cela la législation française. La loi prussienne reconnaît aussi la non-rétroactivité comme principe civil. « Les lois nouvelles, dit le § 14 de l'introduction du Code prussien, ne peuvent s'appliquer aux actes ni aux faits antérieurs à leur promulgation. »

Le projet de ce paragraphe 14 portait encore « que le souverain peut seul, par des motifs d'intérêt général, étendre une loi nouvelle à des cas antérieurs. » Mais cette disposition, qui accordait au législateur le droit de rétroagir, fut omise dans la rédaction définitive ; elle fut remplacée par une exception plus générale. « Les lois pénales nou-

(1) V. encore les arrêts suivants : Cass. 29 août 1820 ; Lyon. 8 mars 1820 ; Amiens, 10 janvier 1821.

velles, si elles sont plus douces que les anciennes, s'appliquent aussi aux délits commis avant leur promulgation. »

Le § 5 du Code autrichien reconnaît, lui aussi, le principe de la non-rétroactivité comme un principe de pur droit civil. « Les lois, dit ce § 5, n'ont pas d'effet rétroactif ; ainsi donc elles n'exercent aucune influence sur les actes antérieurs à leur promulgation et sur les droits acquis. »

Les lois interprétatives ne font pas exception au principe de la non-rétroactivité, car elles ne forment pas de lois nouvelles : elles font partie intégrante de la loi interprétée. C'est sur ce motif que se fonde Justinien, dans sa Nouvelle XII, pour décider que les effets de la légitimation s'appliqueront même aux successions ouvertes antérieurement à cette Nouvelle. « *Cum omnibus manifestum sit oportere ea quæ adjecta sunt per interpretationem, in illis valere in quibus interpretatis legibus sit locus.* » Et Voët (1) dit : « *Ad præteritam legem trahendam, quoties non tam novi quid lege nova injungitur, quam potius dubiæ legis anterioris interpretatio fit.* »

Le législateur connaît mieux que tout autre le véritable sens de la loi, et, lorsqu'il prend l'ini-

(1) Comment. *Ad Pandect, de legib.*, n° 17.

tiative pour faire cesser les doutes, la nouvelle interprétation donnée à la loi est toujours regardée comme la seule qui ait jamais pu être vraie; l'interprétation, au reste, n'est que la conséquence même de la disposition qu'elle interprète. Bacon s'exprime ainsi à cet égard (1) : « *Lex declaratoria omnis, licet non habeat verba de præterito, tamen ad præterita, ipsa vi declarationis, omnino trahitur. Non enim incipit interpretatio cum declaratur, sed efficitur tanquam contemporanea ipsi legi. Itaque leges declaratorias ne ordinato, nisi in casibus ubi leges cum justitia retrospicere possint.* »

La Cour de cassation a cassé plusieurs jugements qui violaient une loi interprétative postérieure; le motif donné par la Cour suprême, « c'est que l'effet de l'interprétation remonte au jour de la promulgation de la loi interprétée, et par conséquent cette dernière, a été violée. »

Le projet du Code portait à la suite de l'art. 2 du Code Napoléon la disposition suivante : « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente  
« aura son effet du jour de la loi qu'elle explique,  
« sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée. »

(1) Bacon, aphorisme 54.

(2) C. de cass., 2 therm. an ix; — 22 vend. an x; 2 mars 1806.

Cette disposition fut supprimée dans la rédaction définitive, parce qu'elle était d'une vérité évidente. En effet, pour les jugements on admet généralement qu'ils forment pour les parties une espèce de contrat, comme si elles étaient convenues de se présenter devant le juge et de se soumettre à la décision du tribunal. Mais il nous paraît encore plus vrai de dire que si les jugements sont à l'abri de la loi interprétative, c'est qu'ils constituent une preuve invincible, une présomption légale absolue (*juris et de jure*). La transaction de son côté est aussi un véritable contrat. C'est ce qui a été reconnu par la Cour de cassation (1). C'est ce que décidait aussi le droit de Justinien (2).....  
« *Exceptis illis negotiis quæ contigit ante leges aut vobis positas aut decreto judicum, aut transactione determinari.* »

Toutefois, si la loi interprétée est réelle, innovatrice, si elle ajoute quelque disposition à la loi interprétée, dans ce cas, pour les nouveaux points, elle ne peut régir les faits réalisés sous la loi interprétée, excepté si la loi nouvelle l'exige, si elle s'est exprimée sur ce point par une disposition spéciale.

Voyons maintenant à quels caractères on recon-

(1) 13 brumaire an ix ; — 18 thermidor an x.

(2) Nouvelle XII.

naîtra si une loi est ou non rétroactive. Suivant Merlin(1), une loi est rétroactive lorsqu'elle revient sur le passé et le change au préjudice des personnes qui sont l'objet de ses dispositions ; ainsi, pour qu'il y ait rétroactivité, contrairement à l'article 2, il faut que la loi nouvelle blesse quelque droit, et cette iniquité serait sa condamnation.

Ainsi, si la célébration d'un mariage a eu lieu sous la loi du 20 décembre 1792 qui permettait aux hommes de se marier à 15 ans, aux femmes à 13, le mariage est une chose passée, à l'abri, par conséquent, de toute modification ultérieure ; que si le mariage n'avait pas été célébré, mais précédé seulement des publications, ce mariage est encore une chose future, et si une loi nouvelle vient à reculer l'âge de la capacité pour pouvoir se marier, il faudra que les époux se conforment à la loi nouvelle.

Il faut surtout que la loi n'enlève pas de droit acquis ; or, les publications de mariage indiquent bien de la part des futurs époux l'intention de s'unir, mais ce n'est pas encore l'exercice du droit lui-même, il ne peut en résulter de droit acquis. Mais si, en vertu de la loi existante, le mariage a été célébré, si la légitimation a été opérée par le mariage, il y a droit acquis irrévocable.

(1) *Répert. de jur.*, v° *Effet rétroactif*.

« L'individu, dit M. Blondeau (1), que le légis-  
« lateur a une fois reconnu pour sujet naturel de  
« l'Etat, pour capable d'exercer ses droits, pour  
« enfant légitime, pour époux, pour père, a  
« conçu l'espérance d'être toujours considéré  
« comme investi de ces diverses qualités, sauf  
« les événements divestitifs indiqués par la loi  
« même sous l'empire de laquelle il les a ac-  
« quises; il a dû croire aussi qu'on n'en exigerait  
« pas d'autres preuves que celles qui étaient re-  
« quises par les dispositions de cette même loi;  
« il a même conçu l'espérance qu'en général ces  
« divers états lui attribueraient toujours, dans la  
« société ou dans la famille, les mêmes droits,  
« les mêmes aptitudes, et ne lui imposeraient que  
« les mêmes devoirs qui y étaient attachés lors-  
« qu'il en a été investi. »

Toutes les fois donc qu'une attente s'est éta-  
blié conformément aux lois, soit d'après les dispo-  
sitions formelles, soit même d'après le silence  
seul du législateur, cette attente légitime doit  
être respectée, et ne peut être trompée sans injus-  
tice.

Nous venons d'employer les mots d'*attente lé-  
gitime*, sinon comme synonymes de *droit acquis*,  
au moins comme participant à la même protec-

(1) *Effet rétroactif*, Thémis, t. 7, p. 239.

tion ; cependant on est dans l'usage de considérer ces expressions comme formant opposition l'une à l'autre. Ainsi on donne généralement , et sans assez distinguer, le nom d'*espérance, attente* ou *expectative* aux avantages ultérieurs qu'on peut tirer des dispositions d'une loi ou d'une convention, dans un temps plus ou moins prochain, et sous certaines conditions ; tandis qu'on réserve le nom de *droits acquis* pour les avantages déjà réalisés et dont on ne peut être privé sans un dommage moral ou pécuniaire.

La faute, à notre avis, est dans la confusion que l'on fait ainsi entre tous les avantages futurs opposés aux avantages parfaits et consommés ; or, il y a, selon nous, plusieurs distinctions à faire, car il est des avantages conditionnels, c'est-à-dire dépendant d'événements futurs et incertains, qui méritent déjà de partager le bénéfice des droits acquis, et doivent être à l'abri d'une loi nouvelle. Ce sont ceux-là que nous croyons devoir appeler *attentes légitimes* ; d'autres sont, dans une certaine mesure, actuels et certains, mais peuvent être enlevés par une nouvelle loi. Ceux-là nous les appellerons *droits facultatifs* ou *simples facultés*. Enfin nous réservons l'expression d'*expectative* ou *simple espérance* aux avantages dont tous les événements constitutifs sont encore dans l'avenir ; tels sont les droits éventuels à une succession

non ouverte et le droit d'être institué légataire.

Nous allons reprendre séparément cette division avec quelques développements.

Suivant M. Merlin, « les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons. » Tels sont les droits qui dérivent directement et immédiatement d'un contrat, ceux que nous tenons d'un testament dont l'auteur est décédé, ceux qui se trouvent dans une succession ouverte, et dont nous a saisis la loi en vigueur au moment de son ouverture.

Jusqu'ici point de difficulté. De même, lorsqu'une loi récente est venue déclarer que la transcription serait nécessaire pour l'aliénation de la propriété à l'égard des tiers, tandis qu'au paravant les aliénations se faisaient par simple convention, la loi nouvelle n'a pu porter atteinte aux transmissions qui s'étaient opérées selon les lois anciennes. De même encore, si une loi venait déclarer qu'on n'acquiert plus par testament simplement olographe, ou changer l'ordre des héritiers *ab intestat*, cette loi ne s'appliquerait point aux successions déjà ouvertes. Il en serait de même, enfin, des droits conditionnels résultant d'un contrat ou d'un testament : l'incertitude qui naît de la condition ne doit pas être

aggravée par celle qui résulterait d'un changement de législation; les parties qui pouvaient placer immédiatement leurs dispositions à l'abri de toute éventualité, ne doivent rester soumises qu'à celle qu'elles ont voulu accepter. L'opposé du droit acquis, c'est la simple expectative, c'est-à-dire l'espérance que nous avons d'être saisis d'un droit par suite d'un événement ultérieur.

On fait ordinairement dériver les expectatives ou de la loi, ou de la volonté encore révocable de l'homme, comme d'un testament non encore ouvert par la mort du testateur, ou quelquefois même d'un contrat. Ainsi d'abord, nous n'avons qu'une expectative à l'égard d'une succession non ouverte, lors même que nous sommes au degré successible; et cela ne tient pas à ce qu'il n'est pas sûr que nous survivrons au *de cuius*, à ce que nous pourrions devenir indignes, car il n'y avait là qu'un événement futur et incertain, constituant une condition comme celles que nous avons déjà signalées; mais c'est qu'il est impossible que nous tenions de la loi plus que d'un contrat un droit sur une succession non ouverte, et c'est par abus de langage qu'on parle en ce cas de succession, car *nulla est successio viventis*. Donc le législateur ne viole aucun droit acquis lorsqu'avant l'ouverture d'une succession il change l'ordre des héri-

liers *ab intestat*, appelle ceux qui, d'après la loi ancienne, ne devaient pas succéder, et repousse des héritiers légitimes. C'est ainsi que les aînés ont été réduits, par la loi du 28 mars 1790, à partager également avec leurs frères et sœurs, quoiqu'avant cette loi ils eussent une expectative à l'égard des préciputs que leur assignaient les coutumes. Au contraire, la loi du 12 brumaire an II violait des droits acquis, en déclarant, comme nous l'avons vu plus haut, que cette égalité s'appliquerait aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789.

De même, pour le testament, il est impossible de considérer comme constituant un droit acquis même éventuel, c'est-à-dire même une attente légitime, l'espérance qui ne repose que sur un acte essentiellement révocable, comme un acte de dernière volonté; ainsi, tant que n'est pas mort le testateur, une loi peut modifier, restreindre ou abolir ce mode de disposer, autant que le testateur a pu lui-même restreindre, modifier ou anéantir la disposition.

Quant aux expectatives résultant d'un contrat, elles se présentent rarement, parce qu'en général un contrat, même conditionnel dans ses effets, donne des attentes légitimes et se trouve hors de toute atteinte des lois postérieures; parce qu'enfin, tout contrat ayant sa source dans le consente-

ment réciproque des parties, leur consentement peut seul l'anéantir.

Il y a cependant quelques droits résultant des contrats qui ne présentent pas immédiatement le caractère de droits acquis ou d'attente légitime, parce que l'événement ultérieur auquel ils sont subordonnés dépend de la volonté d'une des parties; or, comme il est en son pouvoir d'arriver ou non à l'avantage proposé, en se soumettant à quelque obligation corrélative, il est impossible qu'elle ait le droit sans avoir encore la charge.

Ces expectatives sont généralement appelées *droits facultatifs* ou plus simplement *facultés*; on les trouve dans les dispositions de la loi ou de l'homme; ce sont en quelque sorte des offres du législateur ou des particuliers; elles ont besoin d'être acceptées pour devenir des droits. Il en résulte que tant que le bénéficiaire n'a pas manifesté la volonté expresse ou tacite, l'intention au moins, d'user du bienfait de la loi ou de la convention, l'offre peut être retirée par celui qui l'a faite. Ainsi, l'art. 661 du C. N., qui autorise le voisin à acquérir la mitoyenneté du mur de séparation de deux héritages, construit par un seul des voisins, est susceptible d'être modifié ou même rapporté tant que l'acquisition n'a pas été faite ou au moins requise; il en est de même de l'article 841 qui autorise le retrait successoral : tant

que les cohéritiers n'ont pas déclaré vouloir acquérir pour eux la part héréditaire dont un étranger se serait rendu cessionnaire avant le partage, ils ne peuvent prétendre que cet avantage leur soit indéfiniment conservé par la loi; il y a dans ces cas une simple faculté et non un droit acquis. On en peut citer plusieurs autres exemples: ainsi le retrait litigieux (art. 1699), le retrait d'indivision (art. 1408).

Pour résumer ce qui précède et le compléter selon notre sentiment propre, nous dirons que les bénéfices ou avantages juridiques, au point de vue qui nous occupe, peuvent nous advenir de deux sources générales: la loi ou la volonté de l'homme, qui elle-même se subdivise en convention et testament; et nous supposons en principe que le testament est ouvert, c'est-à-dire que par la mort de son auteur il est devenu irrévocable.

Ces avantages eux-mêmes peuvent, quelle que soit leur source, se présenter avec trois modalités différentes; ainsi, ils peuvent être:

1° Purs et simples, ou à terme, c'est-à-dire actuels et certains dans leur existence;

2° Facultatifs, c'est-à-dire subordonnés à un acte dépendant de la volonté et de la liberté de celui-là même en faveur duquel le bénéfice est établi, ou auquel l'avantage est promis;

3° Enfin conditionnels, c'est-à-dire subordon-

nés à un événement futur, incertain et casuel.

Tout le reste est simple expectative.

Le premier de ces avantages, celui qui est pur et simple, ou à terme, qu'il provienne de la loi générale, d'un contrat ou d'un testament (qui sont eux-mêmes des lois privées), est immédiatement entré dans notre patrimoine; il ne dépend pour son existence d'aucun événement ultérieur, il ne peut donc, non plus, être révoqué ni modifié par une loi nouvelle; c'est le droit acquis par excellence. Tel est le cas de la loi des 7-12 février 1851, qui donne la qualité de Français à tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né; tel est encore le cas d'un contrat de vente ou de donation translatif de propriété immédiate, d'une obligation contractée, d'une libération accordée, ou enfin d'un testament ouvert, et conférant l'un de ces trois bénéfices, translation de propriété, créance, libération.

L'avantage facultatif ne mérite déjà plus le nom de droit acquis; il n'est pas encore dans notre patrimoine, mais il ne dépend que de nous qu'il y soit dans un temps plus ou moins prochain; les noms d'*espérances*, *expectatives* n'auraient en eux-mêmes rien d'inexact, rien de dangereux, mais ils sont, dans l'usage, réservés pour des avantages moins certains encore. Le nom d'*attente légitime* serait satisfaisant, s'il ne devait être réservé

pour la dernière classe d'avantages qui nous restent à résumer : nous appellerons donc ceux-ci *facultés*.

Quand ces avantages nous viennent de la loi, ils sont moins stables, moins irrévocables en face d'une loi nouvelle, que lorsqu'ils nous viennent d'un contrat ou d'un testament ouvert. La loi nous avait en quelque sorte fait une offre, une pollicitation; elle nous invitait ou nous autorisait à user du bénéfice d'une de ses dispositions, et sans qu'elle y eût apposé une limitation de temps, il était tacitement entendu que si nous n'usions pas de son bienfait, elle pouvait nous le retirer, elle pouvait révoquer son offre; il n'y a pas là violation d'un droit : tel est le cas, déjà cité, de la loi qui nous autorise à acquérir la mitoyenneté du mur qui borne notre héritage, lorsqu'il a été construit par notre voisin seul; tel est encore le cas où la loi nous permet d'exercer le retrait successoral contre l'acheteur étranger de droits indivis. Dans ces derniers cas, une loi nouvelle peut nous dépouiller de la faculté qui nous était ouverte, tant que nous ne l'avons pas exercée : la loi nous considère comme y ayant tacitement renoncé. Mais comme il pourrait y avoir dans cette déchéance une trop grande rigueur, la loi nouvelle devrait contenir à cet égard une disposition transitoire, au moyen de laquelle un délai nouveau serait ac-

cordé aux citoyens pour exercer la faculté ou l'option qui leur appartenait précédemment sans limite de temps.

Mais si une faculté semblable est accordée par un contrat ou un testament, œuvre d'une loi privée, elle ne peut, en principe, être enlevée par la loi générale; c'est ce qui fait que les auteurs paraissent ne pas devoir séparer cette faculté d'avec le droit acquis; mais cependant la confusion ne doit pas être faite; car, ici encore, l'incertitude serait un danger pour les divers intéressés, et de même qu'en ce cas, l'une des parties pourrait sommer l'autre d'avoir à se prononcer sur l'exercice qu'elle entend faire de la faculté réservée, et, au besoin, faire fixer par la justice un délai raisonnable passé lequel elle sera considérée comme renonçante, de même, et dans le cas d'un grand intérêt général, une loi pourrait fixer elle-même ce délai pour tous les cas analogues.

Les avantages conditionnels ou dépendants d'événements futurs, incertains, et complètement indépendants de la volonté des parties, sont moins encore que les précédents dignes du nom de droits acquis; nous leur donnerions bien encore le nom d'*attentes légitimes*, lorsqu'ils sont l'œuvre des parties, comme dans un contrat. Mais nous les réduirons au simple rang d'*expectatives*, d'espérances, lorsqu'ils sont l'œuvre de la loi; dans le

premier cas, ils sont à l'abri de la loi nouvelle, parce que les parties n'ont entendu se soumettre qu'à la seule éventualité du fait prévu par elles, et non à l'incertitude d'une loi nouvelle ; tels sont lescas de vente ou de donation conditionnelles ; nous en dirons autant d'un testament ouvert contenant des legs sous conditions purement casuelles ou mixtes. Mais quand la condition est imposée par la loi, elle ne saurait constituer un droit acquis, ni même une attente légitime, surtout puisqu'il ne s'agit pas d'une condition facultative. Telle est, par exemple, la vocation à une succession *ab intestat* ; l'indemnité pour le cas d'expropriation ; tant que la succession n'est pas ouverte ou l'expropriation prononcée, le droit de l'héritier dans le premier cas, du propriétaire dans le deuxième, est soumis à une condition légale, la loi n'a créé encore de droits respectifs d'aucun côté, elle peut donc revenir sur ses dispositions.

En dehors des droits acquis, des facultés et des attentes légitimes dont nous croyons avoir établi les caractères distinctifs, et qui sont, dans des mesures diverses, à l'abri de la loi nouvelle, il n'y a plus que des expectatives, lesquelles y sont pleinement subordonnées.

Nous allons faire l'application des principes précédents aux principales matières du Code qui peuvent présenter des questions d'effet rétroactif.

## CHAPITRE PREMIER.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AUX DROITS CIVILS.

#### § 1. De l'acquisition de la qualité de Français.

La qualité de Français peut dériver de la naissance de parents français, du bienfait de la loi, d'une sorte de contrat administratif qu'on appelle la naturalisation, enfin de l'annexion.

Merlin rattache la qualification de Français par la naissance à l'idée d'un contrat primitif qu'il suppose avoir lié nos pères à la société civile, comme il l'a liée à eux ; tandis que M. Dalloz la fait dériver d'un quasi-contrat. Le savant arrêviste ne s'explique pas sur cette expression qui, prise dans son sens juridique, nous paraît inapplicable ici, mais il ne semble pas lui donner d'autre sens que celui de contrat tacite ; ce qui, au fond, revient

encore à la théorie d'un contrat social, idée aujourd'hui généralement abandonnée. Pour nous, nous croyons qu'il ne faut voir, dans l'effet attaché à la naissance, autre chose qu'un bienfait de la loi qui ne diffère des autres cas rangés sous cette dernière dénomination, qu'en ce que ce bienfait, au lieu d'être subordonné à l'accomplissement de certaines formalités, comme cela a lieu pour l'étranger né en France, est attaché de plein droit au fait seul de la naissance ; d'ailleurs, quelle autre nationalité pourrait-on donner à celui qui est né de parents français ? Dans tous les cas, cette distinction purement doctrinale est sans intérêt pratique.

En ce qui concerne les Français par le bienfait de la loi, deux lois encore assez récentes sur la condition des étrangers, au point de vue de l'acquisition de la qualité de Français, nous fournissent l'occasion d'appliquer les principes posés.

La première, du 25 mars 1849, admet l'étranger né en France à réclamer la qualité de Français, même après l'époque de sa majorité, par extension de l'art. 9 du Code Napoléon, lorsqu'il sert dans les armées françaises. Cette loi n'a pas conféré un droit pur et simple aux étrangers qu'elle concerne, elle leur a seulement accordé une faculté, c'est-à-dire un avantage soumis à une condition postestative de leur part ; supposons qu'aujourd'hui

une loi nouvelle intervienne et suspende, restreigne ou supprime cette faculté, elle s'appliquerait sans nul doute à tous ceux qui n'avaient pas déjà usé du bénéfice que leur ouvrait l'ancienne loi, et par là transformé leur faculté en droit acquis : ils devraient s'imputer leur négligence.

La deuxième loi sur cette matière, celle du 7 février 1851, a, au contraire, accordé pleinement et immédiatement la qualité de Français à certains étrangers, à ceux qui étaient nés en France d'étrangers qui, eux-mêmes, y étaient nés ; elle a constitué pour eux un droit acquis ; aussi, une loi nouvelle ne pourrait-elle enlever le bénéfice de cette disposition à ceux qui, nés à l'époque de la promulgation de la loi de 1851, ou depuis, en auraient été investis de plein droit.

La loi qui nous occupe nous semble, au surplus, prêter à la critique, comme portant elle-même atteinte au principe de la non-rétroactivité ; car elle s'est appliquée aux étrangers déjà nés (1), et par conséquent elle a enlevé leur nationalité à des individus qui y avaient assurément un droit acquis ; il est vrai qu'elle leur accorde un délai d'un

(1) Les mots *est français*, au lieu de ceux-ci *sera français*, qui se trouvaient dans le projet primitif, ont été adoptés sur la demande de M. Valette, alors représentant du peuple ; le savant professeur a voulu prévenir l'interprétation qui tendrait à n'appliquer la loi que pour l'avenir.

an pour déclarer qu'ils entendent repousser la qualité de Français ; mais cette sorte de mise en demeure, cette déchéance prononcée pour une simple abstention est une grave atteinte au principe des droits acquis, surtout quand on considère que le délai commence à compter de la majorité fixée par la loi française, c'est-à-dire le plus souvent avant celle de la loi primitive de ces étrangers.

## § 2. Perte de la qualité de Français.

La qualité de Français, une fois acquise, n'est pas en principe révocable par l'effet direct des lois nouvelles : pour sa première cause, la naissance, la question est indiscutable ; elle ne l'est pas moins pour le bienfait de la loi et la naturalisation ; quant à l'annexion, il est difficile de lui attribuer la même irrévocabilité ; elle est exposée au sort des guerres et des traités. Ainsi, les habitants des pays annexés à la France sous le premier Empire ont repris leur ancienne nationalité lors des désastres de 1815 ; toutefois, les traités qui ont réglé ces restitutions de territoire ont accordé certains délais et proposé certaines conditions au moyen desquels les habitants des pays séparés pouvaient conserver la qualité de Français.

Mais si les lois nouvelles ne peuvent arbitrairement enlever la qualité de Français à celui qui en est investi, ce n'est pas à dire qu'une loi ne puisse déterminer des cas dans lesquels le Français sera, pour des faits futurs, privé de sa qualité, soit par l'effet d'une peine, soit par l'effet d'une présomption légale de renonciation ; tels sont les cas prévus par les art. 16 et 17 ; mais il faut remarquer que ce sont là des faits accomplis volontairement et librement par le Français, et, à cet égard, il n'y a pas violation de ses droits.

Aussi n'hésitons-nous pas à dire qu'une loi qui viendrait déclarer qu'un établissement commercial à l'étranger fera perdre la qualité de Français ne devrait régulièrement s'appliquer qu'aux établissements futurs. Mais dans une législation qui ne fait pas de la non-rétroactivité un principe constitutionnel, cette interprétation paraîtrait trop gênante pour le législateur, et nous ne serions pas surpris qu'on admît qu'une loi nouvelle pût enjoindre aux Français établis en pays étranger d'avoir à rentrer en France dans un certain délai, sous peine de perdre la qualité de Français. Cette disposition s'est déjà rencontrée deux fois dans la loi française.

La première, dans un décret du 30 juillet 1791, portant que : tout Français qui demanderait, obtiendrait, ou *conserverait* l'affiliation à un ordre

de chevalerie ou autre corporation établie en pays étranger, fondée sur des distinctions de naissance, perdrait la qualité et les droits de citoyen français; disposition reproduite dans le Code civil de 1804, art. 17, et effacée de la nouvelle rédaction de 1807.

La deuxième se trouve dans le décret célèbre du 6 avril 1809, qui enjoint aux Français ayant pris du service militaire à l'étranger, ou y exerçant des fonctions publiques, avec ou sans autorisation, de rentrer en France en cas d'hostilités entre les deux pays, sous peine de confiscation de leurs biens, et dans certains cas de mort civile, peines encore plus dures que celle de la perte de la qualité de Français.

Le principe qui paraît avoir dominé et qu'on pourrait encore invoquer aujourd'hui pour la question qui nous occupe, est que la qualité de Français n'est accordée, soit généralement, soit individuellement, que d'une manière résoluble, c'est-à-dire sous la condition tacite pour le Français d'observer les lois prohibitives ou impératives ultérieures qui pourraient être portées sur le mode de conservation de cette qualité.

Mais si ces propositions paraissent soutenables, elles ne nous convainquent pas, d'autant moins qu'elles pourraient s'appliquer à toutes les questions de droits acquis, et qu'on pourrait toujours

dire qu'ils ne sont acquis que sauf résolution par l'effet des lois ultérieures.

Le décret du 26 août 1811 n'encourrait pas le même reproche, car il portait (art. 18) qu'à l'avenir les Français ne pourraient accepter de service militaire à l'étranger que sous la réserve de rentrer en France, dès que la guerre éclaterait entre les deux puissances, sous les peines portées par le décret de 1809. Il est clair que dans ce cas le Français n'avait pas un droit absolu de rester à l'étranger.

### § 3. De la qualité d'étranger.

Quand on examine quels sont les droits civils dont jouissent les étrangers en France, on se trouve tout d'abord en face d'une distinction que fait la loi entre l'étranger qui a son domicile en France avec autorisation du gouvernement, et celui qui n'y a qu'une simple résidence de fait ou même des intérêts seulement.

Le premier jouit de tous les droits civils, c'est-à-dire des droits privés, comme le Français lui-même; l'art. 13 est formel à cet égard; le second ne jouit que des droits qui lui sont accordés par les traités faits avec la nation. Nous reprendrons séparément ces deux hypothèses.

L'art. 13 ne fait aucune distinction à l'égard de

l'étranger domicilié en France; la seule différence qu'on puisse admettre entre lui et le sujet français, c'est que le premier ne peut être privé de ses droits qu'en vertu d'un texte spécial de la loi, tandis que l'autre, du moment que le souverain veut lui retirer l'autorisation de domicile, peut être aussitôt privé de la plénitude des droits privés et être ramené à la condition de l'étranger non domicilié. (Loi du 3 décembre 1849, art. 7.)

Ce principe avait du reste été proclamé par Wattel (1). « Toute nation, dit ce publiciste, est  
« en droit de refuser à un étranger l'entrée de son  
« pays, lorsqu'il ne pourrait y entrer sans le met-  
« tre en danger évident, ou sans lui porter un  
« notable préjudice. » Ce qu'elle se doit à elle-même, le soin de sa propre sûreté, lui donne ce droit, et en vertu de sa liberté naturelle, c'est à la nation de juger si elle est, ou si elle n'est pas, dans le cas de recevoir cet étranger. Mais ce que le souverain ne peut jamais faire, c'est de confisquer les biens ou de s'emparer de la personne d'un étranger; car l'étranger, comme le régnicole, jouit à titre égal des droits naturels de liberté et de propriété. Un auteur, M. Merlin, admet pourtant une exception : de semblables mesures seraient, selon lui, justifiées, si l'on voulait

(1) *Droit des gens*, § 230.

se venger des injustices de même genre commises à l'égard d'un Français dans des pays étrangers. Et c'est pour cette raison que la loi du 16 août 1793, usant de représailles, décida que les biens que possédaient en France les sujets du roi d'Espagne seraient vendus, pour le produit en être appliqué à l'indemnité et aux secours dus aux citoyens français qui avaient été expulsés d'Espagne et dépouillés des biens qu'ils y possédaient.

Cette loi rétroagissait, mais on pourrait, sinon la justifier, du moins l'expliquer par l'état des esprits à cette époque. Pourtant, quant à la propriété, nous ne pouvons admettre la solution de M. Merlin. Nous ne pouvons croire qu'une loi ait le droit de forcer un étranger à aliéner ses propriétés dans un certain délai, à défaut duquel ces biens seront aussitôt confisqués. On ne peut assimiler ce cas à celui où la loi oblige l'étranger à quitter le territoire dans un certain délai. L'étranger n'est pas toujours libre, il le sait, de rester dans un pays autant qu'il le veut, mais il sait aussi que la loi n'a point sur ses biens le même droit que sur sa résidence : la propriété, étant du droit naturel, doit être à l'abri de toute atteinte, aussi bien pour l'étranger que pour le sujet du pays. Enfin, si la présence d'un étranger dans un pays peut être une cause de trouble, il n'en est pas de même de ses propriétés.

L'étranger expulsé de France, ou seulement privé de l'autorisation d'y fixer son domicile, se trouverait dès lors sous l'empire de l'article 11, dont nous essaierons maintenant de fixer rapidement le véritable sens.

M. Merlin, s'en tenant judaïquement à l'article 11, soutient que les étrangers ne jouissent en France que des droits civils qui leur sont expressément accordés par la loi française ou par des traités internationaux. Ce système, basé sur la lettre de la loi plus que sur son esprit, exposerait l'étranger non domicilié à ne pas jouir, en l'absence de traités, des droits les plus nécessaires à la vie privée; il ne pourrait être ni propriétaire ni créancier; il ne pourrait se marier, ni contracter. Un pareil système est condamné par ses conséquences.

Le tempérament qui y a été apporté n'est pas lui-même plus admissible. On a dit qu'indépendamment des droits stipulés par les traités, l'étranger jouissait encore incontestablement des droits qui lui sont accordés expressément ou tacitement par la loi française. Ainsi, qu'il pourrait être propriétaire, en vertu de l'art. 3 qui règle l'effet de la propriété immobilière des étrangers; qu'il pouvait être créancier en vertu des art. 14 et 16 qui organisent la compétence judiciaire en matière d'obligations; se marier en France en vertu des

art. 12 et 18 qui donnent à la femme française ou étrangère la condition de son mari. Au moyen de cette ingénieuse extension du système que nous combattons, l'étranger est admis à jouir du plus grand nombre des droits privés; mais on peut contester sérieusement cette théorie des concessions tacites, car rien ne prouve que les articles précités ne se rapportent pas au cas même où des traités seraient intervenus, ou mieux encore au cas où l'étranger est autorisé à fixer son domicile en France, ce qui lui donne, en effet, la jouissance de tous les droits privés.

Un deuxième système, qui se rapproche plus de la vérité, soutient que *les droits civils* dont parle l'art. 11 sont les droits qui, de leur nature, sont propres à une nation, les *jura civitatis* des Romains. Dans cette opinion, les étrangers jouiraient en France de tous les *droits des gens* et ne seraient privés que des *droits civils*, en l'absence de traités. Ce système, qui ne répugne pas à la raison, s'appuie aussi sur quelques passages des travaux préparatoires : le conseiller d'Etat Boulay et les tribuns Grenier et Gary ont parlé en ce sens.

Mais on ne peut méconnaître que cette opinion présente une difficulté pratique extrême : qui pourra déterminer exactement la limite entre le droit civil et le droit des gens? La théorie romaine est à cet égard inadmissible, car il y a longtemps

en France que le mariage et le droit de propriété ont cessé d'être du *jus civium* et sont permis aux étrangers. On peut reconnaître que le droit de succéder et de recevoir, ou de transmettre, tant par donation que par testament, sont des droits civils (les art. 726 et 911 du Code Napoléon en sont la preuve); mais en est-il de même du droit d'adopter et d'être adopté, du droit d'être tuteur ou de stipuler le régime dotal? Sur ces questions on serait bien loin d'être d'accord, aussi ce système est-il peu soutenu.

Un troisième et dernier système rallie aujourd'hui presque tous les esprits, et son apparition a préparé la fin de cette longue controverse (1).

Dans ce système, le législateur de 1804 a posé dans l'art. 11 le principe même qui forme la base du système précédent : à savoir, que les étrangers ne jouiraient pas en France des droits dont le caractère est d'être propre à une nation, des *civilia jura*; mais, au lieu de laisser la détermination de ces droits à l'interprétation judiciaire, il s'est réservé de la faire lui-même d'une manière limitative dans les matières qui devraient donner lieu à l'application du principe posé.

En effet, sur la demande du Tribunat, qui dési-

(1) Voir l'*Histoire de la condition des étrangers en France*, par M. Ch. Demangeat.

rait qu'on fit dans la loi l'énumération des droits dont les étrangers ne jouiraient pas, le tribun Grenier déclara : « Que les droits dont les étrangers sont privés seront marqués dans les titres du Code qui y auront trait ; on ne les oubliera certainement pas, ajoute-t-il, lorsqu'il sera question de la faculté de tester, de succéder ; » et c'est ce qui arriva en effet au titre *des Successions*, on déclara (art. 726) que l'étranger ne succéderait en France que conformément à l'art. 11 ; même décision pour les *Donations et Testaments* (art. 912). Mais on ne retrouve aucune restriction semblable pour l'adoption, la tutelle, le régime dotal ; donc ces droits et avantages n'ont rien de propre aux Français.

Et maintenant que les art. 726 et 912 sont abrogés par la loi du 14 juillet 1819, on pourrait croire qu'il n'existe plus de différence entre les étrangers et les Français ; mais ce serait une erreur. Outre que la même loi de 1819 contient encore, dans son article 2, une réserve en faveur des Français, il reste encore dans les art. 14, 15 et 16 du C. N., et dans la loi sur la contrainte par corps, des rigueurs défavorables contre les étrangers non domiciliés en France.

Voyons maintenant quelle peut être l'influence d'une loi nouvelle sur la condition de l'étranger. D'abord la loi de 1819 n'a pu modifier même favo-

blement les droits des étrangers sur les successions déjà ouvertes, parce que les droits des héritiers français vis à vis des héritiers étrangers, une fois déterminés par l'ancienne loi, n'ont pu être diminués par la nouvelle ; c'est là un effet de la saisine héréditaire que nous développerons plus loin sur les successions.

Supposons maintenant qu'une loi nouvelle ou un traité vienne rendre aux étrangers le bénéfice de la règle de compétence, *actor sequitur forum rei*, cette loi s'appliquerait, selon nous, aux obligations contractées antérieurement, mais non à celles qui seraient déjà portées devant un tribunal français ; nous verrons, en effet, au sujet de la procédure, que si les lois sur la compétence peuvent recevoir une application immédiate, c'est à la condition de ne pas dessaisir les tribunaux déjà saisis d'une affaire.

Quant à une loi nouvelle qui viendrait dispenser l'étranger demandeur de donner la caution *judicatum solvi*, la solution est ici plus favorable encore à l'étranger ; car non-seulement l'antériorité du contrat, par rapport à la loi nouvelle, n'empêchera pas la dispense de caution, mais même les procès commencés avec cautionnement seront terminés sans cette garantie. En effet, le défendeur ne peut alléguer une attente légitime à l'égard du cautionnement, et prétendre qu'en

son absence il n'aurait pas contracté, car la caution ne lui est pas due pour le contrat, puisque c'est lui qui est débiteur et non créancier; elle ne s'applique qu'au procès; or, quand il a contracté, il ne pouvait prévoir qu'il y aurait procès; et quand le procès a eu lieu, il ne dépendait pas de lui de l'accepter ou non: il ne peut donc s'opposer à la décharge de la caution.

## CHAPITRE DEUXIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AU MARIAGE, AU DIVORCE ET A LA SÉPARATION DE CORPS.

Nous examinerons séparément ce que peut une loi nouvelle sur le mariage lui-même et sur la capacité de la femme, sur le divorce, et sur la séparation de corps.

#### § 1. Du mariage.

Le mariage est un contrat, et comme tout contrat, du moment qu'il est conforme aux lois sous l'empire desquelles il a été célébré, il donne des droits acquis que ne peut pas abolir une loi postérieure. Ainsi, point de loi qui puisse annuler un mariage valable, mais aussi point de loi qui puisse valider un mariage nul dès le principe.

La loi nouvelle ne peut donc étendre ou restreindre les causes de nullité à l'égard des mariages célébrés.

Mais en ce qui concerne les formes, une observation est nécessaire, et non pas encore pour celles de la célébration même, mais pour celles de la publicité qui doit précéder le mariage. On sait, en effet, que le mariage doit être précédé de deux publications à huit jours d'intervalle, que la célébration peut suivre de trois jours la seconde publication, et que les publications sont valables pendant un an; or si une loi, après les deux publications d'un mariage, venait à édicter la nécessité d'une troisième publication, ou prolongeait le délai de trois jours ou enfin réduisait à six mois l'effet des publications faites, une telle loi s'appliquerait immédiatement aux époux dont le mariage est déjà publié; ils ne pourraient prétendre avoir un droit acquis par l'accomplissement des formes prescrites par la loi sous laquelle ils ont fait ces publications, car il n'y a encore là qu'un projet dont ils peuvent se départir eux-mêmes à leur gré; la publication n'est qu'un préambule dont la loi peut toujours modifier les conditions.

La capacité de la femme mariée dépend-elle de la loi en vigueur à l'époque du mariage? La loi reste-t-elle toujours maîtresse de limiter ou de

modifier sa capacité juridique selon la nécessité des temps et des mœurs? C'est là une question déjà plus délicate que celles qui précèdent. En effet, si la femme s'est mariée sous une loi qui lui laissait une capacité plus ou moins étendue, elle peut prétendre qu'elle n'a consenti à former le lien du mariage qu'en considération de la capacité juridique que lui laissait ce changement d'état; et il ne faudrait pas arguer contre elle de ce qui sera décidé à l'égard des mineurs dont une loi nouvelle peut toujours retarder la capacité, parce que le mineur est incapable par une circonstance indépendante de sa volonté et non, comme la femme, par suite d'un contrat.

Malgré ces raisons, nous croyons que le législateur peut toujours restreindre la capacité de la femme, s'il trouve que la liberté dont elle jouissait peut dégénérer en abus, et devenir une cause de désunion entre les époux. Ainsi la femme mariée avant le Code civil, dans les pays de droit écrit où il lui était permis de disposer de ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari, ne peut plus, depuis le Code civil, se passer de cette autorisation.

Il ne suffit pas, selon nous, pour justifier cette solution, de soutenir, comme les auteurs précités que c'est dans l'intérêt général de la famille et de la société, et par là même de l'ordre public, que

la loi oblige la femme à obtenir l'autorisation de son mari; que son mari semble être chargé par le législateur de l'éclairer, de la guider, de la prévenir contre les dangers auxquels elle est toujours exposée.

Nous ne nions pas que l'incapacité de la femme tienne à l'ordre public, et la preuve en est dans l'article 223, d'après lequel, « toute autorisation générale, même stipulée dans le contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens; » de même dans la disposition de l'article 1388, portant que « les époux ne peuvent par leur contrat déroger aux droits résultant de la puissance maritale, ou qui appartiennent exclusivement au mari comme chef. » Mais la raison d'ordre public est insuffisante, elle est même dangereuse, car, sous prétexte de l'intérêt général, on pourrait supprimer tous les droits acquis, ceux-là même qui, au contraire, doivent résister à la puissance du législateur. D'ailleurs, il est peu de questions de rétroactivité où l'on ne puisse alléguer l'ordre public, l'intérêt général, en faveur de la loi nouvelle, et c'est là ce qui ne peut être.

Pour réfuter le prétendu droit acquis de la femme au maintien de la capacité que lui accordait la loi de son mariage, nous dirons que rien n'est moins justifié que l'allégation par elle d'une attente légitime de telle ou telle capacité; il suf-

fisait, en effet, que la femme sût que le mariage la plaçait sous la dépendance de son mari, quant à sa personne et quant à ses biens, pour qu'elle fût réputée accepter toutes les conséquences actuelles et futures, prévues et imprévues de cette dépendance; or, la transition du droit écrit et du droit de quelques pays coutumiers au Code civil n'a été qu'une augmentation de l'incapacité de la femme; mais elle ne l'a pas créée.

Mais il ne faut pas confondre la capacité de la femme quant à l'administration de ses biens avec sa capacité quant à la disposition même, ou la comparution en justice. La femme est en principe capable d'administrer ses biens. Sous certains régimes, elle conserve cette administration; sous d'autres, elle la délègue à son mari; mais, lorsqu'elle se l'est réservée, c'est alors une condition du mariage, c'est un droit acquis que ne peut lui enlever une loi postérieure.

## § 2. Du divorce.

Peu d'auteurs se sont occupés de la question de savoir si la loi nouvelle, qui introduit ou supprime le divorce, reçoit son application immédiatement, c'est-à-dire régit les mariages déjà contractés; et, pour eux, la question est bientôt résolue; car ils partent de ce principe, que le

mariage étant considéré comme le fondement de la famille et, par suite, de la société même, reste toujours dans le domaine de la loi ; que la société en organisant le mariage, qu'elle le fasse dissoluble ou indissoluble, n'entend pas abdiquer son pouvoir souverain d'organisation, et qu'ainsi le législateur peut établir ou supprimer le divorce pour les personnes actuellement mariées, sans pour cela que la loi rétroagisse.

Dans ce système, si l'on s'est marié à une époque où le divorce était permis, on ne peut plus divorcer après la loi de 1816 ; et si l'on s'était marié avant 1792, c'est-à-dire avant l'époque où le divorce fut permis, on n'a pu, dans la suite, s'opposer à une demande en divorce, sous prétexte qu'à l'époque du mariage le législateur le défendait. Au premier abord, il semblerait facile de justifier ce système, au moins pour la loi de 1792 qui introduisit le divorce sans même se fonder sur le prétendu droit inaliénable de la société ; car, si le divorce est admis par consentement mutuel, aucun époux ne peut se plaindre d'un divorce auquel il consent ; or, la résistance de l'un ou de l'autre, suffirait seule à l'empêcher. Que s'il s'agit, en sens inverse, d'un divorce motivé sur la faute d'un conjoint, dans ce cas, celui qui est victime de la faute peut toujours la pardonner ; celui, au contraire, qui en est l'auteur, ne peut alléguer avoir compté sur l'impu-

nité, surtout si l'on ne punit du divorce que les fautes postérieures à la loi nouvelle. Mais il s'en faut de beaucoup que cette explication suffise à justifier la loi de 1792 ; car elle n'admet pas seulement le divorce par consentement mutuel, ou à titre de peine pour certaines fautes, elle l'admet encore dans deux cas dont la justification ne peut se faire par le dilemme qui précède, et ne nous paraît même pas se trouver dans le principe soutenu plus haut en faveur de la société.

La loi de 1792 prête, en effet, à une double critique : d'abord elle admit un divorce par la volonté d'un seul, pour des faits qui n'impliquent nulle idée de faute de la part de l'époux contre lequel il pouvait être demandé : à savoir, pour démence ou pour absence ; en second lieu, elle l'admit pour simple incompatibilité d'humeur ; dans ce dernier cas, plusieurs formalités ou épreuves étaient exigées, mais toujours la volonté d'un seul suffisait ; c'était une véritable répudiation. Pour soutenir que dans ces cas la loi n'a pas violé un droit acquis, soit chez l'époux absent ou en démence, soit chez lui qui est l'objet de la répudiation, on n'a donc d'autre ressource que le principe déjà annoncé et qu'il est temps d'examiner.

Il ne suffit pas de dire que le mariage intéresse la société, et, par suite, que ses effets sont d'ordre public, pour enlever aux époux toute confiance

dans la stabilité de leur lien ou dans sa dissolubilité.

M. de Savigny (1) réclame pour la société le droit de rendre à son gré le mariage dissoluble, au nom de la liberté individuelle, et indissoluble au nom de la sainteté du lien. Mais pourquoi ne pas reconnaître que l'époux, non moins que la société, a droit aux mêmes avantages, et que lorsqu'il a contracté mariage, il ne l'a fait qu'en considération de la stabilité du lien, ou, au contraire, en vue de la faculté que lui accordait la loi de recouvrer sa liberté.

Ainsi, et pour le premier cas surtout, on comprend que la femme, plus encore que l'homme, ne voie la légitimité, la dignité du mariage, et, pour employer l'expression de M. de Savigny, la sainteté du mariage que dans son irrévocabilité; c'est en même temps pour elle la plus précieuse des garanties contre l'abandon; or, si la loi nouvelle vient donner à son mari la faculté de la *répudier* pour incompatibilité d'humeur ou pour des causes qui n'impliquent aucune faute, telle que la démence, elle blesse évidemment le droit acquis le plus légitime, nous pouvons dire le plus sacré. La loi de 1792, sous ce rapport, nous semble injustifiable.

(1) *Traité de droit romain*, t. 8, p. 522.

Nous ne ferons pas le même reproche au Code Napoléon; car en n'admettant le divorce que pour consentement mutuel ou pour trois causes déterminées ayant un caractère délictueux chez le défendeur, il a écarté les objections qui précèdent, et le dilemme dont pouvait se prévaloir l'opinion que nous combattons recevait ici son application.

En effet, le divorce par consentement mutuel ne pouvait rencontrer d'objection d'aucun époux; quant au divorce prononcé à titre de peine, il ne l'était qu'à la demande de l'époux innocent, lequel pouvait toujours pardonner, et l'époux coupable ne pouvait se plaindre d'une peine qu'il avait dû prévoir, car il est bien entendu qu'il ne pouvait s'agir de fautes antérieures à la loi qui les punissait; et, sous ce rapport, la loi de 1792, sinon dans son texte, au moins dans l'interprétation qui avait été faite, s'appliquait à des fautes, même antérieures à sa promulgation.

Examinons maintenant la contre-partie de la proposition qui précède, à savoir, si le mariage contracté sous une loi qui permet le divorce peut être rendu indissoluble par une loi nouvelle.

Si le Code Napoléon a corrigé le doublevice de la loi de 1792, à l'égard des mariages antérieurs à cette loi, il nous paraît commettre une semblable faute à l'égard des mariages contractés depuis 1792. En effet, les époux mariés depuis cette époque pou-

vaient alléguer qu'ils ne s'étaient engagés dans les liens du mariage qu'en vue de la possibilité de se séparer pour incompatibilité d'humeur et à la volonté de chacun ; il est facile de concevoir qu'un époux aurait pu reculer devant la perspective d'une union indissoluble, et n'aurait consenti à accepter le lien d'un mariage que parce qu'il devait avoir la liberté de le rompre à son gré.

Sous ce rapport, il nous paraît difficile de justifier le Code Napoléon, à moins de dire que c'est là un des cas où la loi a cru devoir rétroagir pour atteindre au but moral, à ses yeux plus élevé encore que le respect des droits acquis. C'est la conséquence de la non-constitutionnalité du principe de l'article 2.

S'il s'était agi d'intérêts pécuniaires, la loi aurait dû organiser une indemnité conformément aux règles d'équité que nous avons rappelées dans notre introduction, mais il est clair qu'ici la loi n'a pu demander aux époux qu'un sacrifice gratuit.

Nous ne ferons pas le même reproche à la loi de 1816 ; en effet, au moment où elle est intervenue, il ne restait plus de divorce par la volonté d'un seul ; or, aucun époux ne peut se plaindre de l'abolition du divorce par consentement mutuel, par ce motif qu'il ne pouvait avoir compté qu'un jour le divorce rencontrerait les deux volontés ; il n'y avait

là qu'une de ces conditions casuelles établies par la loi, et dont nous avons déterminé plus haut le caractère en général : elle ne constituait ni un droit acquis, ni même une attente légitime, c'était une simple expectative.

Nous en dirons autant du divorce à titre de peine : l'époux innocent ne pouvait dire qu'il avait compté sur le maintien de cette peine, elle n'avait pu entrer dans ses prévisions sérieuses, et il ne pouvait pas alléguer une convention tacite, car là où les conventions expresses sont interdites, les conventions tacites ne le sont pas moins ; or, il n'aurait pu stipuler le divorce pour un quatrième cas de faute ; il ne l'avait donc pas tacitement stipulé pour les trois fautes déjà prévues par la loi.

Cependant la loi de 1816 n'est pas elle-même à l'abri de tout reproche ; elle nous paraît enlever un droit acquis dans sa dernière disposition qui transforme *de plano* les instances en divorce en instances en séparation de corps ; la faculté de demander le divorce pour les causes déterminées par la loi en vigueur ayant été exercée avant la loi de 1816, celle-ci ne pouvait l'enlever à l'époux demandeur ; elle ne nous paraît justifiable de sa rétroactivité, sous ce rapport, que par les mêmes moyens par lesquels nous avons essayé de justifier le Code Napoléon sur un autre point ; mais sur cette ques-

tion, au contraire, le Code Napoléon, et surtout la loi interprétative et transitoire du 26 germinal an XI, ont donné une solution parfaitement conforme aux vrais principes, en décidant que les demandes en divorce, formées, avant le Code civil, sur des causes actuellement abolies, seraient jugées conformément à la loi de 1792, mais que les demandes non formées à cette époque seraient désormais non recevables. Cette disposition nous paraît irréprochable, et elle justifie les principes que nous avons posés au début ; en effet, le divorce pour cause déterminée est une faculté que la loi de 1792 accordait à l'époux offensé ; tant que cette faculté n'était pas exercée par lui, au moins à l'état de demande, elle n'était pas un droit acquis, elle pouvait donc lui être enlevée.

Les variations de la loi française sur le divorce ont soulevé encore deux graves questions, mais qui, aujourd'hui, après un demi-siècle, ont perdu beaucoup de leur intérêt : il s'agit d'abord du point de savoir si la disposition de l'art. 295, qui défendait aux époux divorcés de se réunir, régissait même les époux divorcés avant le Code civil. Notre principe en matière de facultés conduirait à la solution affirmative, car on pourrait dire que tant qu'un mariage n'est pas contracté, le législateur peut l'interdire, et cela est certainement vrai en règle générale, mais, dans l'es-

pèce, il faut se reporter au motif de la prohibition de l'art. 295 ; cet article avait pour but d'apporter une nouvelle entrave au divorce, en montrant aux époux la perspective d'une irréparable séparation ; mais il ne devait pas atteindre les époux divorcés antérieurement, parce qu'ils n'avaient pas eu cette menace salutaire devant les yeux.

La seconde question, soulevée par la loi abolitive du divorce, est exactement l'inverse : à savoir, si les époux divorcés sous le Code civil purent se réunir après 1816. On est surpris de voir que le garde des sceaux, M. de Peyronnet, ait soutenu ces deux propositions inconciliables et aussi injustes l'une que l'autre, à savoir, que les époux ne pouvaient ni se réunir, ni se marier avec d'autres, invoquant pour la première proposition l'effet de la loi du jour du divorce, et pour la seconde, la loi nouvelle qui rétablissait l'indissolubilité du mariage. Nous croyons que la double proposition doit être exactement l'inverse et que les époux ont pu, à leur choix, ou se réunir ou se marier ; se réunir, parce que le vœu de la nouvelle loi était de réparer autant que possible pour l'avenir les conséquences du divorce, désormais condamné, et se remarier avec d'autres, parce que la nouvelle loi, malgré son but et son vœu, ne pouvait enlever aux époux divorcés le droit acquis de se remarier à leur gré ; en effet, ce n'était pas là une simple fa-

culté révocable jusqu'à l'exercice, comme celle d'épouser tel ou tel parent ou allié, mais bien le droit naturel pour un célibataire de se marier avec toute personne.

### § 3. Séparation de corps.

Les solutions qui précèdent relativement à l'effet de la loi nouvelle, par rapport à l'admission ou à la suppression du divorce, nous paraissent rendre faciles celles qui concernent la séparation de corps.

Ainsi la loi de 1792 a indûment rétroagi à cet égard comme à celui du divorce: ce n'est pas, il est vrai, en supprimant la séparation de corps pour l'avenir, parce que l'ancien droit n'admettant pas plus que le droit actuel la séparation de corps à la libre volonté d'un seul: nul époux ne pouvait alléguer avoir compté sur ce moyen de relâcher le lien conjugal, mais elle a rétroagi en annulant même les instances commencées à l'effet d'obtenir la séparation de corps; c'était placer l'époux demandeur dans une alternative fâcheuse, celle de rester dans la vie commune ou de rompre entièrement le lien matrimonial. Le Code Napoléon, au contraire, a pu régulièrement rétablir la séparation de corps, même pour les mariages postérieurs à 1792, parce que les causes de séparation

de corps étant les mêmes que celles du divorce (sauf le consentement naturel), l'époux défendeur ne pouvait se plaindre d'une mesure pénale qui devait lui sembler adoucie.

## CHAPITRE TROISIÈME.

DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT A LA  
FILIIATION LÉGITIME, NATURELLE OU ADOPTIVE, ET A LA  
PUISSANCE PATERNELLE.

### §. 1. *Filiation légitime et naturelle.*

Les qualités respectives de père et d'enfant légitime ou naturel sont régies par la loi sous laquelle l'enfant a été conçu; si donc les père et mère étaient mariés à ce moment, l'enfant est légitime; dans le cas contraire, il est naturel. Une loi postérieure ne saurait, sans rétroagir, porter atteinte à ces qualités qui constituent des droits acquis au premier chef; ainsi, une loi ne pourrait priver de la légitimité les enfants issus d'un mariage purement civil, c'est-à-dire non accompagné d'une célébration religieuse; elle pourrait, au contraire, étendre la légitimité, notamment au cas d'un mariage annulable, sans bonne foi d'aucun des époux; elle pourrait aussi établir pour

les enfants naturels de nouveaux modes de légitimation.

C'est encore la loi de la conception qui doit être suivie pour la preuve de la filiation tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère, et pour la filiation légitime, comme pour la filiation naturelle.

Et d'abord, pour le père légitime, la paternité résulte de deux présomptions. En premier lieu : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (art. 312, 1<sup>er</sup> alinéa), sauf les cas limitatifs de désaveu réglés par les articles 312-2<sup>e</sup> alinéa, et 313. En second lieu, la conception d'un enfant se trouve toujours placée entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour avant sa naissance (arg. des art. 312 et 315); or, supposons qu'une loi nouvelle vienne, soit augmenter les cas de désaveu (ce qui serait affaiblir la présomption de paternité du mari), soit diminuer le maximum du délai présumé de la gestation, par exemple, supposer la plus longue grossesse de deux cent quatre-vingt-dix jours, ce qui serait diminuer les applications de la même présomption, une pareille loi ne pourrait atteindre les enfants dont la conception remonterait à l'époque de la loi précédente, en suivant le mode de calcul établi par elle.

Ainsi, soit un mariage dissous par la mort du mari dans les cinq premiers jours de cette année, et

un enfant de la veuve né le 26 octobre 1864, c'est-à-dire le 300<sup>e</sup> jour de l'année; supposons maintenant qu'une loi nouvelle vienne dans le cours de cette année restreindre à cent-quatre-vingt-dix jours la gestation présumée, l'enfant sera admis à soutenir qu'il était conçu dans les dix premiers jours du mois de janvier, c'est-à-dire avant la mort du mari, parce que la loi antérieure lui a assuré, par présomption, le bénéfice de la conception légitime, sous la condition qu'il naîtrait dans les trois cents jours du décès du mari.

Même solution si une nouvelle cause de désaveu est introduite; l'enfant conçu avant cette loi (et ici nous ne supposons pas l'époque de la conception mise en doute par cette même loi) ne pourra être désavoué que pour des causes antérieurement admises.

Passons maintenant à la preuve de la maternité légitime; en ce qui concerne la mère, il n'y a point de présomption à elle spéciale, elle se trouve seulement, par l'effet de la présomption de la plus longue et de la plus courte gestation, appelée à partager le bénéfice de la légitimité attribuée à son enfant.

Mais, indépendamment de la preuve de la conception, l'enfant doit faire, à l'égard de sa mère, la preuve de l'accouchement; or, ici, il ne peut être question de suivre la loi de la conception, et

si, avant l'accouchement, une nouvelle loi est survenue sur la preuve de la maternité, qu'il s'agisse de l'admissibilité ou de la suppression de la preuve testimoniale, c'est la loi nouvelle qui sera applicable.

En matière de filiation naturelle, la preuve consiste principalement dans la reconnaissance (nous négligeons la controverse relative à la possession d'état); or, il ne nous paraît pas contestable qu'une reconnaissance faite sous l'empire de la loi ancienne soit à l'abri de toute atteinte d'une loi nouvelle.

La seule question qui puisse être soulevée est celle de savoir si le père ou la mère pourrait, après la promulgation d'une loi qui prohiberait la reconnaissance dans certains cas, reconnaître un enfant né sous l'empire d'une loi qui ne portait pas cette prohibition. Au premier abord, il semble que les parents qui n'ont pas reconnu leur enfant lorsque la loi le permettait, ont perdu ce bénéfice par la disposition de la loi nouvelle; on pourrait dire qu'ils n'ont pas usé d'une faculté légale avant que la loi la leur eût enlevée; mais ce serait, selon nous, mal comprendre les droits et les devoirs de la paternité et de la filiation. L'enfant conçu sous une loi qui permet sa reconnaissance a une filiation qui, pour devenir certaine, n'a besoin que d'être déclarée en bonne forme à une époque quel-

conque, même après sa mort (arg. de l'art. 332). On peut dire qu'il a une filiation dont la certitude est conditionnelle, et il ne faut pas croire que cette condition soit potestative de la part des parents; la reconnaissance est un devoir moral toujours, et dans certains cas même sanctionné par la loi; donc il n'est pas possible de l'assimiler à une faculté. Nous concluons que la reconnaissance permise par l'ancienne loi reste possible après la nouvelle loi qui la prohibe.

Mais si, en sens inverse de ce qui précède, une loi nouvelle permet une reconnaissance prohibée jusque-là, ici nous ne croyons pas être inconséquent, en disant que la nouvelle loi sera applicable aux enfants conçus antérieurement, non pas évidemment qu'il y eût droit acquis jusque-là, mais parce que la loi est venue accorder un nouveau droit tant au père qu'à l'enfant, et que ce droit ne peut rencontrer d'adversaires légitimes.

Au surplus, pour ce qui concerne les formes même de la reconnaissance ou la compétence des officiers publics, nul doute que la loi nouvelle ne soit applicable, c'est une règle générale que nous retrouverons, qu'en matière de formes et de compétence; on ne pourrait appliquer l'ancienne loi sans un trouble fâcheux pour l'intérêt général: on n'a, à cet égard, ni droit acquis, ni même intérêt suffisant.

§ 2. **Filiation adoptive.**

Quant à la paternité et à la filiation adoptives, comme l'adoption est un contrat solennel et que le contrat est la source la plus certaine des droits acquis, il est évident que c'est à la loi de l'époque où l'adoption a été valablement consentie qu'il faut se rapporter, et la loi postérieure ne pourra point anéantir les effets d'une adoption, sous prétexte que les formes alors accomplies étaient insuffisantes.

L'introduction de l'adoption en France date de 1792, mais, à cette première apparition, elle fut admise seulement en principe; il fut décidé que le projet de Code civil contiendrait un titre sur l'adoption. Dans l'intervalle, la Convention nationale sanctionna quelques adoptions particulières, ce qui prouve qu'à ses yeux l'adoption n'était pas encore consacrée comme droit privé. D'autres adoptions eurent lieu sans intervention du législateur, mais alors elles étaient exposées à une nullité fondée sur l'absence des conditions qui seraient ultérieurement exigées. Cependant, après la promulgation du titre de l'*Adoption* dans le Code civil, une loi transitoire du 25 germinal an xi a décidé que toutes les adoptions faites antérieurement à ce Code, et établies par un titre authen-

tique, seraient valables. En exigeant la forme authentique, elle n'a pas violé des droits acquis, bien au contraire, elle a largement favorisé les adoptions antérieures, puisqu'elle n'exigeait pour elles qu'une forme publique indiquant clairement la volonté des parties.

### § 3. Puissance paternelle.

Avant le Code Napoléon il y avait des pays où la mère n'avait point la puissance paternelle. Le Code, en l'investissant de cette puissance, l'a rétablie dans les droits qu'elle tient de la nature; et n'a fait que justice en déclarant que l'enfant reste sous son autorité en même temps que sous celle du père (et après celui-ci sous celle de la mère seule) jusqu'à sa majorité ou à son émancipation.

En sens inverse, dans les pays régis par le droit romain, les enfants restaient soumis à la puissance du père jusqu'à sa mort; excepté dans le cas où le père les émancipait par un acte formel, ou lorsqu'ils étaient revêtus de certaines dignités considérées comme incompatibles avec la puissance illimitée du père. Mais il ne suit point de là qu'une loi nouvelle n'ait pu affranchir les enfants de cette puissance, et c'est ce que la loi de 1792 a fait pour les enfants qui avaient atteint l'âge de 21 ans. La raison de cette solution est que la

puissance paternelle étant établie dans l'intérêt de l'enfant, le père ne peut prétendre la conserver au-delà du temps considéré par la loi comme la limite la plus utile à l'enfant. Réciproquement, l'enfant ne pourrait se soustraire à la protection nouvelle que la loi lui donne en prolongeant la puissance. Il y a là une situation analogue à celle que nous trouverons dans la minorité et l'émancipation, et qui va bientôt nous occuper avec plus de détails.

Au surplus, les restrictions ou l'extension des droits du père sur la personne de l'enfant peuvent également se rencontrer par rapport aux biens; elles en sont même le plus souvent la conséquence immédiate. Ainsi, la loi de 1792, en affranchissant les enfants majeurs de la puissance paternelle, a enlevé au père, dans les pays de droit écrit, le droit de jouissance qu'il avait sur les biens de ses enfants restés jusqu'alors sous son autorité.

De même la loi, en attribuant à la mère, à défaut du père, la puissance paternelle sur les enfants mineurs, a établi à son égard le droit d'usufruit que possédait le père, et n'a fait que récompenser la mère des soins et des fatigues que nécessite l'éducation de l'enfant. C'est donc à tort que la Cour d'Agen a décidé, le 7 prairial an xiii, que la mère dont l'enfant était né avant le Code Napoléon, bien qu'investie de la tutelle lé-

gale de son enfant, en vertu de l'art. 390 du Code Napoléon, n'aurait pas droit à l'usufruit des biens que possède l'enfant.

## CHAPITRE QUATRIÈME.

DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT A LA MAJORITÉ, A L'ÉMANCIPATION, A L'INTERDICTION ET AU CONSEIL JUDICIAIRE.

### § 1<sup>er</sup>. De la majorité et de l'émancipation.

Quatre questions se présentent ici :

1° Si une loi nouvelle avance l'âge de la majorité, celui qui était mineur avant sa publication devient-il majeur?

2° Si une loi nouvelle recule l'âge de la majorité, celui qui était déjà majeur redevient-il mineur?

3° Si une loi recule la cessation de la tutelle par l'émancipation, celui qui est émancipé au moment de sa publication retombera-t-il de nouveau en tutelle?

4° Enfin, quel sera l'effet d'une loi qui avancerait l'émancipation?

Pour la première question, la réponse ne peut être douteuse. L'enfant devient majeur, car le lé-

gislateur connaît mieux que tout autre l'âge auquel l'homme peut être mis en possession de lui-même, et débarrassé d'une tutelle qu'on prolongeait inutilement. Ainsi, lorsque la loi du 20 septembre 1792 fixa la majorité à vingt et un ans, tous les mineurs de vingt-cinq ans devinrent majeurs.

Sur la deuxième question, la réponse peut paraître plus douteuse. Ainsi le Normand, majeur à vingt ans d'après l'ancienne coutume, est-il redevenu mineur après la promulgation du Code jusqu'à l'âge de vingt et un ans? M. Merlin (1), tout en adoptant aussi l'affirmative sur cette seconde question semble la regretter; suivant lui : devenir majeur sur-le-champ est une amélioration dans l'état du mineur, tandis que descendre de l'état de majeur à celui de mineur est un désavantage. Mais nous croyons, au contraire, que dans les deux cas le législateur agit dans l'intérêt de celui même dont il règle la capacité, et, de même qu'il juge l'un capable de se conduire lui-même, ainsi, pour améliorer le sort de l'autre, il croit nécessaire de lui adjoindre la protection et les lumières d'un tiers. M. Merlin lui-même se rapproche plus loin de cet avis, puisqu'il ajoute que le majeur devenu mineur ne perd pas plus de

(1) *Eff. rétr.*, sect. III, § 2, art. 9, n° 1.

droits que celui qui de mineur devient majeur; car, dans les deux cas, il n'y a aucun droit acquis, et, par conséquent, il n'y a pas plus de rétroactivité dans l'application de la loi au premier qu'il n'y en a dans l'application au deuxième.

L'auteur des *Principes sur les questions transitoires*, M. Meyer (1), considère également la position du mineur comme améliorée dans les deux cas; il s'étonne qu'il se soit élevé un doute sur cette question; il rappelle l'argument le plus spécieux des partisans de l'opinion contraire, à savoir: qu'on doit accepter tout ce qui pourrait augmenter la liberté et la puissance du citoyen et repousser tout ce qui tendrait à l'affaiblir. Mais il répond que, la tutelle étant introduite dans l'intérêt même des mineurs, cet état ne peut que leur être favorable.

Remarquons seulement que les actes passés par le mineur ou le majeur sous la loi précédente restent tels qu'ils étaient en vertu de cette loi, sans que le législateur puisse y porter atteinte: ces actes constituent pour les parties respectives de véritables droits acquis.

M. de Savigny (2) est, il est vrai, d'un avis contraire. Il pense que la majorité et l'indépendance

(1) *Quest. transitoires*, p. 97.

(2) *Traité de droit romain*, t. 8, p. 408.

qui s'y attache est un droit acquis par l'accomplissement du terme que fixait la loi ancienne. Ce serait donc, selon lui, donner un effet rétroactif à la loi nouvelle, que de la déclarer applicable aux majeurs. Il cite, comme preuve de la proposition qu'il avance, deux exemples : il suppose qu'on soit devenu majeur, comme cela se pratiquait en droit romain, par la volonté du souverain (*venia ætatis*), ou qu'on le devienne par la décision du tribunal de tutelle, comme en Prusse ; et il dit que si une loi nouvelle venait à changer l'âge de majorité avant que celui dont il s'agit ait atteint l'âge légal, l'individu, devenu majeur dans les deux cas, ne peut être privé du bénéfice qu'il a acquis.

Nous sommes d'accord avec M. de Savigny quant aux exemples qu'il cite. Le droit de majorité est maintenu : parce que le citoyen le tient d'une décision spéciale et intervenue pour lui seul. Le souverain et le tribunal de tutelle ont voulu récompenser en lui une précoce sagesse ou des travaux qu'on n'attendait pas de son âge. Mais il en est autrement, quand c'est de la loi générale que le citoyen tient la qualité de majeur, comme dans le cas de la coutume de Normandie ; dans ce cas, la loi est fondée sur l'état habituel des esprits, sur les mœurs, l'éducation ordinaire des citoyens ; et si, dans la suite, les intérêts privés deviennent plus complexes ou d'une conservation plus diffi-

cile, il se peut dès lors que l'aptitude soit aussi plus difficile à acquérir, et la loi agit sagement en prolongeant la tutelle.

Nous sommes donc ici en désaccord avec le savant romaniste ; les lois antérieures n'ont pu fixer l'état des personnes que pour la durée de leur autorité ; c'est donc d'après le Code civil que leur état actuel doit être jugé, et, par conséquent, tout individu sans exception qui n'a point encore atteint l'âge exigé par la nouvelle disposition, doit redevenir mineur, quoiqu'il ait été majeur auparavant. Avec le système de M. de Savigny, on est forcé d'aller trop loin, car on doit dire alors que celui qui est sur le point d'être majeur doit, selon lui, garder l'espérance de le devenir ; on pourrait dire de la majorité *dies cedit*, elle approche, le droit est né ; or, comme il n'y a pas de différence légale entre celui qui attend sa majorité dans six mois, et celui qui l'attend dans cinq, dix ou quinze ans, il faudrait donc remonter jusqu'aux enfants déjà nés ou seulement conçus, et dire que tous ont déjà un droit acquis à la majorité que leur a promise le législateur d'alors. On est forcé de reculer devant un système qui conduit à une aussi étrange conclusion.

Quant à la troisième question, à savoir, si le temps de l'émancipation peut être reculé, il faut distinguer entre les modes d'émancipation : si l'é-

mancipation résulte d'une disposition de la loi, comme cela avait lieu dans les pays de droit écrit, pour le cas de charges publiques, et dans les coutumes, par l'effet seul de l'âge, il est certain qu'on retombera dans la puissance de son père, lors de la promulgation de la nouvelle loi. Ainsi donc les mineurs qui étaient âgés de moins de vingt et un ans révolus et qui étaient *sui juris* par l'effet de leur coutume, retombèrent, après la publication du Code, sous la puissance de leur père ; mais cela seulement pour les actes postérieurs à cette publication et sans porter atteinte aux actes antérieurs.

Un arrêt de la Cour d'Aix du 19 frimaire an xiii a décidé, il est vrai, le contraire, puisqu'il a jugé qu'un mineur des pays de droit écrit devenu pubère pouvait, sous le Code civil, ester en justice avec la seule assistance de son curateur, sans que sa mère ait qualité pour le représenter comme tutrice. Mais M. Merlin réfute avec énergie les motifs donnés par cette Cour (1).

Mais si l'enfant a été émancipé individuellement et expressément, il continue de rester affranchi de la puissance paternelle, et cela quand bien même le mode ne serait plus adopté par la loi nouvelle, ou que la loi nouvelle, tout en le maintenant, en

(1) *Eff. rétr.*, sect. III.

aurait reculé l'âge et augmenté les conditions.

Nous assimilons à l'émancipation individuelle et expresse celle résultant du mariage; car le mariage ayant dû être autorisé par le père ou ceux qui le représentent, l'émancipation a été par lui prévue et également autorisée; il a jugé son fils digne de cette demi-capacité, donc la loi nouvelle ne peut la lui enlever.

La quatrième question ne saurait faire doute; la loi qui avance l'âge auquel le père peut émanciper son enfant recevra immédiatement son application.

### § 2. De l'interdiction et du conseil judiciaire.

I. *Interdiction.* — Une loi nouvelle peut toujours introduire de nouvelles causes d'interdiction, ou en supprimer d'anciennes; les raisons déduites plus haut, qui permettent de replacer un majeur en état de minorité, à cause de la faiblesse de l'âge, permettent encore plus sûrement de mettre un majeur en état d'interdiction, pour faiblesse d'esprit. Et les motifs qui rendent immédiatement applicable une loi qui avance la majorité ancienne, amènent à reconnaître que la loi peut rendre l'exercice de ses droits à celui qu'une affection mentale, jugée désormais moins grave, avait fait interdire sous une loi précédente.

II. *Conseil judiciaire.* — Il y a plus de difficulté à l'égard de la prodigalité et du conseil judiciaire; non pas quant à l'augmentation ou à la diminution de ses causes, parce que la situation est encore la même que pour l'interdit et le mineur, mais par l'effet d'une innovation grave du Code Napoléon. Ici encore l'intérêt pratique a cessé, à cause de l'espace de temps qui nous sépare de sa promulgation, lequel a nécessairement mis fin aux questions transitoires; mais la question qui va suivre présente, comme toutes celles qui ont perdu leur intérêt immédiat, l'avantage de nous révéler la nature des prétentions soulevées, de sorte que nous arrivons à savoir s'il y a droit acquis, attente légitime ou simple expectative.

Avant le Code civil, la prodigalité se trouvait, comme à Rome, parmi les causes de l'interdiction; mais cela n'a plus lieu aujourd'hui. D'après la législation actuelle, on n'interdit que les personnes qui sont dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489, C. N.), et les prodigues ne reçoivent qu'un conseil judiciaire, sans l'assistance duquel ils ne peuvent transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, etc. (art. 513, C. N.).

Mais que sont devenus, après la promulgation du Code, les jugements qui prononçaient l'interdiction pour prodigalité? Trois systèmes ont

trouvé des défenseurs. Dans un premier système, on a dit que les jugements ont été anéantis de plein droit par la publication du Code Napoléon, et que les prodigues ont recouvré la capacité du droit commun.

Dans un deuxième système, on soutient que les jugements se sont transformés de plein droit en datation de conseil judiciaire.

Enfin, dans un troisième système, on prétend qu'ils ont conservé toute leur valeur jusqu'à ce que les prodigues aient demandé la mainlevée de l'interdiction, et aient été relevés de l'interdiction en vertu d'un jugement qui leur nommait un conseil judiciaire.

Un arrêt de cassation du 20 mai 1806 consacra le premier système en se fondant sur les articles 489 et 513 du Code Napoléon, et sur cette considération que les lois qui améliorent la condition des personnes doivent recevoir immédiatement leur application ; or, la question est justement de savoir si la restitution de la capacité de droit commun est un bienfait pour un prodigue, et il est clair que, loin de lui être favorable, cette solution, en lui laissant pendant un temps plus ou moins long la liberté de disposer de ses biens, lui laisse aussi celle de se ruiner. Aussi, la Cour de cassation n'a-t-elle pas toujours jugé ainsi, car les partisans

du deuxième système s'appuient également sur un arrêt de cette Cour, postérieur au premier, du 6 juin 1810.

Le deuxième système nous paraît cependant inadmissible; on ne peut supposer une transformation de plein droit d'une incapacité en une autre; on ne peut croire que le législateur ait voulu attribuer au curateur, nommé suivant l'ancienne législation, par un conseil de famille et pour la généralité des actes d'une personne, des fonctions qui doivent être données par le juge au conseil judiciaire et pour quelques actes déterminés seulement.

Quant à nous, nous croyons le troisième système seul conforme à l'esprit de la loi et aux principes généraux qui régissent l'effet des jugements. Il faudra que le premier jugement d'interdiction soit anéanti par un jugement de main levée qui contiendra un autre chef pour la nomination d'un conseil judiciaire. En effet, comment supposer le législateur assez imprévoyant pour avoir voulu relever le prodigue de l'interdiction, et lui donner ainsi, pendant le temps plus ou moins long qui est nécessaire pour faire nommer un conseil judiciaire, les moyens de dissiper toute sa fortune, quand sa prodigalité avait été, avant la promulgation du Code, la cause de son interdiction? Mais allons plus loin, et voyons où nous

mènera le premier arrêt de la Cour de cassation.

Si les obligations contractées par le prodigue, entre l'intervalle qui sépare la publication du Code de la dation du conseil judiciaire, sont valables, la dation du conseil devient inutile, car on ne songera à donner un conseil au prodigue que quand il aura satisfait tous ses caprices ou toutes ses passions, et qu'ainsi il ne lui restera peut-être qu'une faible partie de ses biens. Le troisième système pare à ce grave inconvénient de la manière la plus sûre et la plus facile. Enfin, peut-on attribuer au législateur l'intention de faire cesser de plein droit l'interdiction résultant des jugements antérieurs, lorsque nous le voyons lui-même décider dans l'art. 512 qu'un jugement d'interdiction pour démence ne peut cesser de produire ses effets que par un autre jugement prononçant la mainlevée, après les mêmes formalités et garanties que celles qui avaient précédé l'interdiction elle-même?

## CHAPITRE CINQUIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT A LA DISTINCTION DES BIENS.

Il peut se faire qu'une loi vienne donner la qualité de meuble à ce qui auparavant était regardé

comme immeuble, ou réciproquement. Cette loi s'appliquera-elle aux biens qui ont été l'objet d'actes antérieurs à sa promulgation? Supposons, par exemple, qu'une personne ait légué à Jacques ses meubles, et à Paul ses immeubles; ou, encore, supposons que deux époux se soient mariés sous le régime de la communauté légale, à une époque où les rentes étaient considérées comme immeubles; d'où il résultait qu'elles ne tombaient pas dans la communauté; tandis que, selon le Code Napoléon, les rentes sont considérées comme meubles; quel sera l'effet d'une pareille innovation par rapport aux testaments antérieurs et à la communauté des époux?

Merlin distingue entre le testament qui est devenu irrévocable par la mort du testateur et le testament dont l'auteur a survécu à la nouvelle loi. Pour le premier, la loi nouvelle qui change la nature des biens n'a aucun effet; le légataire prendra les biens qui lui ont été légués d'après l'application de l'ancienne loi, qui est à la fois celle de la confection du testament et celle de la mort. Dans le deuxième cas, le testateur qui n'a pas refait son testament est censé avoir adhéré à la nouvelle loi, et par conséquent chacun des légataires aura les biens que la loi nouvelle considère comme meubles ou immeubles.

Quant au contrat de mariage, bien qu'il soit

dans tous les cas irrévocable, Merlin sous-distingue. Ainsi les biens que les époux mariés avant le Code possédaient respectivement au jour de la célébration, et ceux qui leur sont advenus depuis cette époque jusqu'à la publication de la loi nouvelle, doivent être réputés meubles ou immeubles, selon que cette qualité leur était ou non attribuée par la loi de leur mariage; en voici la raison : pour les premiers, il y a eu droit acquis dès le jour du mariage, et ce droit résultait d'un contrat contre lequel le Code Napoléon est resté sans effet; pour les seconds, c'est-à-dire pour les biens qui sont advenus depuis le mariage, mais toujours sous l'empire de la loi ancienne, il s'agit encore d'un droit matrimonial; et soit qu'on les règle suivant la loi en vigueur à l'époque de la célébration du mariage, ou en vertu de la loi de leur acquisition, comme elle est la même, la question n'a pas d'intérêt. Si les biens sont échus aux époux depuis le Code Napoléon, ils doivent être, suivant Merlin, régis, quant à leur nature, par ce Code.

Merlin s'attache à démontrer les inconvénients et les difficultés pratiques que présenterait l'application à ce cas de la loi existante à l'époque du mariage.

Pour nous, nous ne pouvons suivre un pareil système, et nous disons que, dans tous les cas,

sans distinguer depuis quelle époque les époux possèdent les biens, ces biens conserveront la qualité de meubles ou d'immeubles qu'ils avaient à l'époque de la célébration du mariage. En effet, de quoi s'agit-il? d'interpréter la volonté des parties, de connaître s'il s'agit d'un testament, par exemple, quels sont les biens qui ont été légués à chaque légataire; s'il s'agit d'une communauté, quels sont les biens qui deviennent la propriété commune des époux. Or, pour connaître l'intention du testateur ou des parties contractantes, il faut se reporter à la loi qui existait alors; il faut examiner si tel bien était considéré, par cette loi, comme meuble ou comme immeuble. Donc, pour connaître la nature de ces biens, « il faut, comme le dit M. Demolombe (1), consulter le dictionnaire, la loi de l'époque où l'acte a eu lieu, et non un dictionnaire fait vingt ou trente ans après, qui a complètement changé la signification des mots, et que les parties ne pouvaient deviner. »

Qu'on ne dise pas que le testateur qui ne refait pas son testament, est censé accepter la nouvelle loi qui apporte des modifications à la nature des biens, car cela n'est pas vraisemblable. Aucune loi n'oblige le testateur à refaire son testa-

(1) T. 1, p. 52.

ment, et, si une pareille loi existait, il faudrait qu'elle fixât le délai dans lequel les testaments seraient refaits, car, sans cela, la loi sanctionnerait pour ainsi dire une injustice, dans le cas où, par exemple, le testateur viendrait à mourir quelques jours après la nouvelle loi qui change la nature des biens. Il n'est pas besoin de prouver davantage que le système adopté par M. Merlin est défectueux et qu'il est pour nous impossible de l'admettre.

Un arrêt de la Cour de cassation (1) a confirmé cette doctrine. Merlin, pour faire écarter l'autorité de cet arrêt, fait observer que, dans l'espèce sur laquelle la Cour a statué, il ne s'agissait pas tout à la fois des objets acquis antérieurement et postérieurement à la publication du Code, mais des objets seulement qui avaient été acquis antérieurement. Nous ne contestons pas cela ; mais ce que nous pouvons affirmer, c'est que les considérants de l'arrêt prouvent d'une manière parfaite que ce n'est pas la date de l'acquisition qui a déterminé la Cour, et que sa solution n'eût pas été différente, alors même que les biens eussent été acquis postérieurement à la publication du Code (2).

(1) 11 novembre 1819.

(2) M. Duvergier, sur Toullier, t. I, p. 77.

## CHAPITRE SIXIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT A LA PROPRIÉTÉ ET A SES DÉMEMBREMENTS.

#### § 1. De la propriété.

S'il est un droit qui semble devoir être protégé, garanti et respecté par la loi, c'est assurément le droit de propriété, le droit réel par excellence, et cependant nous allons voir qu'il l'est infiniment moins que le droit personnel, bien que, le plus souvent, il ait également lui-même les contrats pour base.

Bien que les questions qui vont nous occuper touchent de très-près au grand problème qui divise les publicistes sur les limites respectives de l'intérêt privé et de l'intérêt général, cependant l'étude des divers systèmes économiques qui existent sur ce grave sujet ne rentre, ni dans le plan, ni dans les limites de notre travail, et il n'est pas nécessaire pour la justification de nos solutions de rechercher d'une manière approfondie quelle est la nature intime du droit de propriété. Nous partons de ce principe proclamé par le Code Napoléon lui-même (art. 544), que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la

plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

Cette restriction apportée à l'étendue du droit est la source même des difficultés, comme elle sera, nous l'espérons, le moyen de les résoudre. Il est donc admis tout d'abord que le droit de propriété n'est pas *absolu*, il est seulement *le plus étendu* de tous, il est limité par les lois et par les règlements; nous ajoutons « et par les conventions, » mais ceci n'est pas contesté.

La première question qui se présente est celle de savoir s'il ne faut appliquer aux propriétés que les lois et règlements antérieurs à l'acquisition des détenteurs actuels. Il semble que, d'après les principes déjà posés et appliqués, les nouveaux règlements, les nouvelles restrictions au droit des propriétaires ne devraient régir que ceux qui acquièrent postérieurement à ces mesures; mais ce serait une erreur. Le premier motif en est que l'application qu'on prétendrait limiter aux acquisitions nouvelles, n'en réagirait pas moins sur les acquisitions antérieures, car du moment qu'elles devraient frapper les nouveaux propriétaires, ceux-ci ne voudraient acquérir qu'à des conditions moins onéreuses, et les vendeurs, en définitive, seraient seuls frappés par la loi nouvelle.

Cette observation nous permet de dire dès à pré-

sent qu'il est impossible de diviser ainsi les acquéreurs en deux classes : ceux qui ont traité avant la loi nouvelle, et ceux qui n'ont traité que postérieurement à cette loi. C'est qu'en effet, la propriété est un droit qui, une fois attaché à un bien, à une chose corporelle, se transmet indéfiniment, soit entre-vifs, soit par décès, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, qui ne change pas de caractère en changeant de titulaire, et dont on peut dire, en quelque sorte, qu'il n'a ni commencement ni fin ; bien différent, en cela, du droit personnel qui est essentiellement temporaire, qui est presque accidentel dans la vie de l'homme, et qui enfin, examiné rigoureusement dans sa nature et dans son essence, ne peut être transmis sans être nové.

On conçoit dès lors qu'on puisse, à l'égard des créances, distinguer si leur naissance a précédé ou suivi la loi nouvelle ; mais cette distinction est impossible, et elle mènerait à n'appliquer en aucun temps ni à aucune propriété les lois et règlements nouveaux, du moment qu'on ne les appliquerait pas à toutes et toujours ; et comme il est inadmissible que la loi nouvelle soit faite pour n'être pas appliquée, il est nécessaire qu'elle le soit immédiatement et universellement.

Alors se présente une seconde question : Faut-il dès lors expliquer cette solution nécessaire par

l'idée d'un sacrifice imposé à l'intérêt privé en faveur de l'intérêt public, ou par la nature même de la propriété?

Nous croyons que c'est tout à la fois à l'une et à l'autre de ces raisons qu'il faut s'attacher.

Le législateur a compris de tout temps que l'homme ne peut s'isoler de ses semblables, sans préjudice pour lui et pour eux, et que l'état social, en même temps qu'il garantit à chacun le produit de son travail et de ses soins, exige de chacun, en échange, des sacrifices de tous genres; aussi n'a-t-il consacré le principe de la propriété qu'en se réservant le droit d'en régler l'usage, suivant les nécessités des temps. Cette restriction générale, apportée par les lois de tous les temps et de tous les pays à la plénitude du droit de propriété, en a modifié la nature et l'a placée pour toujours dans le domaine du législateur, au moins dans une certaine mesure dont nous essaierons de déterminer le caractère.

La première restriction n'avait pas besoin d'être écrite dans les lois positives; elle consiste dans la défense de faire de sa propriété un usage qui puisse nuire à autrui. Ainsi, il n'a jamais été douteux qu'on ne peut faire sur la propriété des excavations ou, au contraire, des exhaussements qui puissent nuire aux constructions du voisin; et tous les règlements nouveaux qui pourraient in-

tervenir sur ces matières ne feraient que consacrer un droit antérieur.

D'autres restrictions à la liberté des propriétaires sont encore fondées sur la crainte qu'ils ne causent un dommage à autrui. Ainsi, il est défendu d'établir certaines industries, sans remplir des formalités plus ou moins gênantes, et quelquefois même l'autorisation peut être refusée; de même il n'est pas permis de faire certains travaux sur sa propriété sans observer une distance de la propriété voisine ou sans construire de contre-mur.

Quelquefois, ce sont certains modes d'exploitation que le propriétaire ne peut librement adopter; ainsi, il lui est défendu de cultiver les tabacs, objets d'un monopole, sans être adjudicataire de cette culture; de défricher ses bois sans autorisation : ici, le but est moins d'éviter un dommage public que d'assurer un avantage à la société.

L'exploitation des mines et minières présente un exemple frappant de la préférence donnée dans certains cas à l'intérêt général sur l'intérêt privé.

Il en est de même de la nécessité de céder sa propriété pour cause d'utilité publique. Ces deux restrictions au droit des propriétaires méritent de nous arrêter un instant; il en faut rechercher le fondement juridique; ce nous sera aussi un moyen

de résoudre deux questions que l'avenir pourrait faire naître. Et d'abord, voyons la défense d'exploiter les mines sans autorisation du gouvernement et la possibilité que cette concession soit donnée à un autre que le propriétaire.

On sait que, dans l'ancienne législation, les mines étaient considérées comme la propriété du Roi, et leur exploitation comme un droit régalien. La Révolution, en abolissant la monarchie, n'a pas entendu rendre aux propriétaires les droits enlevés à la royauté, elle les a transportés à la Nation. Aussi, quand le Code Napoléon, dans l'article 552, a proclamé pour le propriétaire « le droit de faire toutes les fouilles qu'il jugera à propos, et d'en tirer tous les produits qu'elles peuvent fournir, » il n'a pas manqué d'ajouter : « sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines ; » et plus tard, la loi du 21 avril 1810 a pu, sans rétroagir, organiser l'exploitation des mines et compléter ces restrictions aux droits du propriétaire.

Mais ici remarquons que si le Code de 1804 n'avait formellement réservé les droits de l'État, la loi de 1810 n'aurait pu les proclamer sans injustice, à moins d'accorder une légitime indemnité aux propriétaires. Ceci nous amène à décider que si une loi nouvelle venait soumettre l'exploitation des carrières au régime des mines, ou au moins à la

nécessité d'une concession, il y aurait violation de l'équité, si la concession pouvait être accordée à d'autres qu'au propriétaire, sans une indemnité à peu près égale au bénéfice probable qu'il aurait pu tirer en exploitant lui-même.

L'expropriation pour cause d'utilité publique nous fournit la preuve de l'exactitude de la solution qui précède; l'origine de cette institution ne se perd pas dans la nuit des temps, comme celle de la propriété et de ses principales limites; elle ne paraît pas remonter dans le droit français au-delà de Philippe le Bel; aussi, n'ayant pas été de tout temps l'objet d'une réserve législative, elle n'a pu s'introduire et se développer qu'en vertu du principe que la propriété privée doit, dans la mesure de la nécessité, céder à l'intérêt général, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Ce principe de l'indemnité ne tient pas seulement à ce que la mesure est venue atteindre des propriétaires qui, par eux-mêmes ou par leurs auteurs, n'avaient pas prévu une nouvelle restriction à leurs droits; il a sa base et sa raison d'être dans cette particularité, que tandis que le propriétaire voit diminuer ses droits et ses avantages, se voit privé de tout ou partie de sa propriété, l'État ou ses concessionnaires acquièrent eux-mêmes un avantage égal ou analogue à celui dont le particulier est dépouillé. C'est alors le grand principe que « nul ne

doit s'enrichir du bien d'autrui » qui réclame et reçoit son application.

Supposons maintenant qu'une loi nouvelle introduise l'expropriation de certains meubles pour cause d'utilité publique; la loi recevrait immédiatement son application, parce que la propriété des meubles comme celle des immeubles est soumise au pouvoir constant et absolu du législateur, mais une indemnité préalable devrait être et serait certainement allouée.

Les exemples pourraient être multipliés, mais nous les croyons inutiles : ceux qui précèdent suffisent à montrer le caractère tout spécial de la propriété et à prouver que la loi nouvelle peut, sans rétroagir, recevoir une application immédiate, générale et absolue.

## § 2. De l'usufruit et des servitudes personnelles.

L'usufruit, l'usage et l'habitation ne présentent pas les mêmes caractères que la propriété au point de vue qui nous occupe; ces démembrements de la propriété en sont généralement détachés par des conventions ou par un testament; de plus ils sont viagers, il en résulte que le droit une fois entré dans le patrimoine d'un particulier pour

un temps limité doit en principe être respecté par la loi nouvelle.

Ainsi, nul doute que la loi ne puisse pas changer les droits respectifs du propriétaire et de l'usufruitier, ni augmenter ou diminuer les causes et les modes d'extinction.

A l'égard de l'usufruit légal la solution peut comporter une distinction entre ses deux cas d'application ; en effet, s'il s'agit de l'usufruit établi en matière de successions par l'art. 754 en faveur du père ou de la mère survivant, sur les biens de leur enfant décédé, dans ce cas le droit est fondé sur la saisine héréditaire et il est aussi bien à l'abri de la loi nouvelle que tout autre droit de succession, comme nous le verrons dans le chapitre suivant. Si, au contraire, il s'agit de l'usufruit légal attaché à la puissance paternelle, comme il n'y a aucun acte du père ou de la mère qui ait donné naissance à l'usufruit, et qui soit le fondement d'un droit acquis, la loi reste souveraine et peut augmenter, restreindre ou supprimer le bénéfice qu'elle a accordé.

Mais si l'usufruit, au point de vue de ses émoluments et de sa durée, reste (sauf dans la dernière hypothèse) à l'abri de la loi nouvelle, il n'en est pas de même à l'égard du mode d'exercice du droit, dans les rapports du titulaire avec l'intérêt général. Ainsi, tout ce que nous avons dit sur les res-

trictions à la liberté industrielle et agricole, sur la défense d'exploiter les mines sans autorisation et sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, s'applique à l'usufruitier, parce que, à cet égard, il n'a pu espérer avoir des droits plus étendus que le propriétaire : il est son cessionnaire et, comme tel, il est soumis aux mêmes lois d'ordre public.

### § 3. Des servitudes réelles.

Les servitudes réelles ont trois causes : la situation des lieux, la loi, et le fait de l'homme.

La loi est impuissante sur la première cause, en ce sens qu'elle ne peut, au moins raisonnablement, ajouter aux charges que la nature a imposées aux héritages; dans ce cas elle créerait une nouvelle servitude; or, cela lui est toujours permis; c'est la conséquence des principes qui précèdent sur la limitation de la propriété. Son pouvoir reste donc entier à l'égard de la seconde cause. Quant à la troisième cause, il est hors de doute que la loi ne peut augmenter, ni restreindre les servitudes constituées par la volonté de l'homme, qu'il s'agisse de titre, de prescription ou de destination du père de famille.

Toutes ces solutions [sont établies par ce qui précède sur la propriété et l'usufruit.

## CHAPITRE SEPTIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AUX SUCCESSIONS AB INTESTAT.

#### § 1. De l'ouverture des successions et de la saisine héréditaire.

Avant l'ouverture d'une succession, la qualité d'héritier n'est qu'une simple expectative, car le *de cuius* a pu jusqu'à sa mort disposer de ses biens à son gré; en outre, il est défendu à toute personne de faire des conventions sur des successions futures; il est donc impossible que l'héritier présomptif puisse alléguer une attente légitime, encore moins un droit acquis proprement dit; il en résulte que la loi nouvelle peut modifier ou détruire la vocation sans porter préjudice à personne. C'est seulement quand la succession est ouverte qu'un droit peut être acquis à l'héritier, et c'est ce droit que la loi nouvelle ne peut modifier, ne peut transporter à un autre, au détriment de celui à qui l'attribuait la loi sous laquelle la succession a été ouverte.

L'ouverture de la succession *ab intestat* avait lieu en droit romain au moment de sa mort si le *de cuius* n'avait pas fait de testament, et s'il en avait laissé

un, au moment où il devenait certain qu'il n'y aurait pas d'héritier testamentaire. Jusqu'à l'ouverture de la succession *ab intestat*, la loi pouvait changer la vocation éventuelle de l'héritier, mais, la position de l'héritier légitime une fois déterminée par l'ouverture, aucune loi ne pouvait le priver du droit de succéder, et cela, lors même que la loi nouvelle eût paru entre l'ouverture de la succession et l'adition de l'hérédité. On a fait cependant une objection : on a dit que l'appelé à la succession (lorsqu'il n'était pas héritier nécessaire) n'avait de droit acquis qu'au moment de l'adition de l'hérédité, car s'il mourait sans avoir appréhendé les biens, il ne transmettait rien à ses héritiers, que, par conséquent, le législateur restait toujours maître de changer le droit de succession, sans pour cela rétroagir.

L'opinion contraire professée par M. de Savigny (1), et qui est celle, comme il nous l'apprend, de presque toute l'école allemande, est infiniment préférable ; l'héritier, dès l'ouverture de la succession, a une vocation qu'il peut réaliser à chaque instant, selon sa volonté ; il est vrai que cette vocation est personnelle et non transmissible à ses héritiers, jusqu'à ce qu'elle ait été confirmée par l'adition ; mais le législateur ne pouvait sans

(1) T. 8, p. 479.

iniquité lui enlever ce droit d'adition, pas plus qu'il n'aurait pu abrégé le délai dans lequel l'adition devait se faire ; l'héritier devant conserver pour délibérer le temps qui lui appartenait déjà.

La proposition que nous avançons ne peut, du reste, être révoquée en doute, car Justinien l'a tranchée dans ce sens par la loi 42, au Code, *De suis et legit.* (1). L'empereur Valentinien II avait attribué aux descendants simples cognats les trois quarts des biens de leurs ascendants, et donnait l'autre quart aux agnats qui viendraient concourir avec eux (2). Justinien rejeta cette constitution, il donna la totalité de la succession aux descendants; mais, après cette disposition, il ajouta : « *Quod tantum in futuris, non etiam præteritis negotiis, servari decernimus.* » Ce mot *negotium*, par sa généralité, se rapporte bien plus naturellement à l'ouverture de la succession qu'à l'adition.

D'après le Code Napoléon, l'ouverture de la succession ne peut avoir lieu que par la mort naturelle ; dès ce moment, ceux qui sont appelés par la loi à recueillir la succession sont saisis de plein droit, sans avoir besoin de faire aucune adition d'hérédité. Le droit de l'héritier est donc acquis

(1) Code VI, 55.

(2) L. 4, C. Théod., *De legit. hered.*, V, I ; — Inst. J., liv. III, t. I, § 16.

dès lors, et non du jour de l'acceptation ; en effet, l'acceptation n'a d'autre but que d'empêcher l'héritier de renoncer, que de forcer l'héritier à ne point laisser de doute sur ses intentions. « L'acceptation, comme l'a spirituellement dit M. Oudot, c'est la renonciation au droit de renoncer. » Les lois nouvelles ne peuvent donc enlever les droits résultant de la saisine, et il n'y a que les lois antérieures à l'ouverture de la succession qui doivent régir la transmission et déterminer les personnes qui peuvent être appelées. Ainsi, soit une succession ouverte avant le Code Napoléon, mais restée jacente parce qu'elle n'a été acceptée que postérieurement à la publication du Code, c'est la loi sous laquelle elle a été ouverte qui la régit.

Selon la coutume de Paris, un héritier plus éloigné pouvait, sauf certaines restrictions, exclure par une acceptation pure et simple un héritier plus proche qui aurait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire. Supposons donc une succession ouverte sous une coutume qui, comme celle de Paris, permettait cette exclusion : un parent plus éloigné accepte purement et simplement la succession et demande l'exclusion de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, mais il ne fait cette demande que sous le Code civil qui ne reconnaît plus ce droit d'exclusion. Ce parent éloigné pourra-t-il obtenir, même à cette époque, la pré-

férence sur l'héritier bénéficiaire? Nous ne le croyons pas, car l'exercice de ce droit d'exclusion est plutôt une faculté qu'un droit proprement dit; en effet, il est accompagné d'un risque dont l'héritier n'est réputé se charger que par une manifestation ultérieure de sa volonté; jusque-là, le bienfait de la coutume lui était offert, mais il n'en était pas saisi, et la preuve, c'est que s'il négligeait d'user de ce bienfait de la coutume, dans le délai prescrit qui était d'un an, il en était exclu; ce droit, à la différence de la saisine héréditaire, n'était donc pas acquis *ipso jure* : c'est pourquoi nous l'appelons une simple faculté; or, nous savons que les lois nouvelles peuvent toujours modifier, restreindre ou enlever les facultés dont on n'a pas encore usé.

Mais, si nous supposons qu'une loi vienne décider que les héritiers sont solidairement ou indivisiblement tenus des dettes du défunt, contrairement à l'art. 1220 du Code Napoléon qui dit que les héritiers sont tenus des dettes du défunt, chacun proportionnellement à sa part héréditaire, cette loi, certainement, ne s'appliquera pas aux successions déjà ouvertes à l'époque de sa promulgation, la divisibilité restera acquise aux héritiers. En effet, c'est encore là une suite de la saisine : les héritiers ont été investis de tous les droits et de toutes les obligations que la loi d'alors leur

reconnaissait ou leur imposait; ils en sont investis sous la seule condition d'accepter plus tard, ou mieux sous la condition de ne pas renoncer, car si leur qualité est encore soumise à leur volonté, c'est en ce sens qu'ils peuvent se dépouiller de leur droit, mais non en ce sens qu'ils aient encore un acte à accomplir pour s'en investir.

Et rien n'est plus juste : les créanciers ont su que les héritiers en succédant à leur débiteur n'étaient pas tenus solidairement ou pour le tout comme le défunt lui-même; ce n'est donc leur enlever aucun droit que de dire que la loi nouvelle qui déclare les héritiers solidaires des dettes du défunt n'est pas applicable aux successions ouvertes sous l'art. 1220 du Code Napoléon.

Quant aux formalités nécessaires, soit pour accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, soit même pour renoncer, c'est toujours la loi existante à l'époque de l'acceptation ou de la renonciation, et non la loi en vigueur à l'ouverture de la succession qui doit les régler; car les formes des actes ne constituent pas des droits acquis, le législateur reste toujours maître de les changer, sauf le respect des actes déjà accomplis sous les anciennes formes.

§ 2. Du partage.

Les principes qui précèdent s'appliquent aussi aux partages de succession, non-seulement pour les règles de pure forme, mais encore pour celles relatives à l'exercice même du droit ; ainsi une loi viendrait (chose invraisemblable) limiter ou supprimer dans certains cas le principe célèbre : *Nul n'est tenu de rester dans l'indivision*, elle devrait s'appliquer même aux successions déjà ouvertes, car la division n'était qu'une simple faculté que les parties ont perdue, pour l'avoir négligée pendant qu'elle leur appartenait.

Les parties n'ont pas compté en acceptant la succession qu'elles pourraient sortir de l'indivision à leur gré ; ou, si cette idée a été présente à leur esprit, elle a dû être sans influence sur leur détermination ; car il eût été déraisonnable de fonder leur acceptation ou leur refus sur la plus ou moins grande facilité de partager.

Que si, au contraire, une loi venait faciliter ou permettre le partage dans un cas où il est défendu, par exemple à l'égard du mur mitoyen, il faudrait distinguer. Si l'indivision précédente avait sa source dans la loi, comme aujourd'hui dans notre art. 815, la loi nouvelle s'appliquerait immédiatement ; il y aurait intérêt public, sans lésion d'in-

térêts privés; que si, au contraire, l'indivision résultait d'une convention de ne pas partager pendant cinq ans, comme le permet aujourd'hui l'art. 816, les conventions antérieures seraient respectées : elles constitueraient un droit acquis.

### § 3. Du rapport.

Relativement au rapport des donataires, la question est plus difficile. Il semble, au premier aspect, que ce soit la loi de la donation qui doive régir le rapport entre cohéritiers, de telle sorte que, si l'un d'eux a reçu du *de cuius* une donation sous l'empire d'une coutume, comme celles du Bourbonnais et du Nivernais, où les donations n'étaient point soumises au rapport, le même héritier ne doit pas être soumis à cette nouvelle condition sous le Code Napoléon; en d'autres termes, il semble que l'irrévocabilité des donations est une entrave à l'action du législateur, autant qu'à celle du donateur. Mais il est établi déjà que la loi peut, en réglant les successions non encore ouvertes, imposer à l'appelé les conditions qu'elle juge convenables.

La loi nouvelle peut forcer le successible à renoncer à la donation à lui faite s'il veut prendre part à la succession; le législateur a donc pu changer le mode et les conditions de succéder; car,

de même que le donataire aurait pu être complètement exclu de la succession, de même aussi il ne peut pas se plaindre si la loi, tout en l'appelant, le soumet à de nouvelles conditions.

Cette opinion est soutenue par Merlin et Grenier. L'opinion contraire a pour elle M. Duvergier sur Toullier; mais il ne répond rien de sérieux à cette considération décisive, que ce n'est pas la donation qui est atteinte dans l'établissement du rapport, mais bien le droit de succession qui est subordonné à une condition nouvelle pour laquelle il suffit que la succession ne soit ouverte que depuis la loi nouvelle.

## CHAPITRE HUITIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AUX DONATIONS ET AUX TESTAMENTS.

#### § 1. Donations.

La loi nouvelle peut introduire plusieurs modifications par rapport aux donations entre-vifs. Elle peut changer la capacité du donateur, celle du donataire, les formes des donations, la quotité disponible.

Pour les trois premiers points, aucune difficulté ne peut se présenter. La donation est un contrat,

et, comme tout contrat, elle doit être nécessairement régie par la loi de l'époque où l'acte a été consenti. La loi nouvelle n'a aucune autorité sur les donations antérieures. Ainsi, quand une donation est parfaite, que le donateur a eu la capacité exigée par la loi, que la donation a été acceptée et revêtue des formes prescrites, dès ce moment le donataire a un droit acquis qu'aucune loi postérieure ne peut lui enlever. Ainsi, les dons mutuels faits entre époux, par un seul et même acte, conformément aux anciennes coutumes, ont continué de rester valables malgré l'art. 1097 du Code Napoléon qui ne permet de pareilles donations que par le contrat de mariage, et alors même que les époux ont survécu à la publication de cet article (1).

La solution serait identique pour une donation conditionnelle, car la condition une fois accomplie a un effet rétroactif au moment du contrat.

Mais la loi nouvelle peut modifier encore la quotité disponible; dans ce cas, les auteurs sont loin d'être d'accord sur son application. Pour examiner avec précision une question aussi difficile, nous croyons nécessaire de distinguer si la loi nouvelle, c'est-à-dire la loi du jour du décès, diminue

(1) M. Valette, sur Proudhon, p. 39.

ou augmente la portion disponible qui existait au jour de la donation.

*Première hypothèse.* — La loi, au temps du décès du donateur, diminue la quotité disponible.

Nous croyons que, dans ce cas, c'est la loi existante à l'époque de la donation et non la loi nouvelle qui sera applicable. En effet, la donation, une fois parfaite, transfère au donataire tous les biens qui y sont compris sous la condition résolutoire de la réduction à la mort du donateur, au cas où ils se trouveraient excéder la portion disponible; or, cette circonstance, que c'est à la mort que doit se faire ce calcul de la réserve et de la portion disponible respectivement, n'implique pas cette conséquence que ce soit la loi en vigueur au décès qui doive servir de base à ce calcul. En effet, si les biens donnés ne peuvent être enlevés au donataire par le donateur, ce qui est incontestable, ils ne peuvent l'être non plus par une nouvelle loi, il y a contrat, c'est le cas où les droits acquis sont le moins contestables; et lors même que le testateur se serait réservé la faculté de disposer de tout ou partie des objets compris dans la donation, ce qui n'est permis que par contrat de mariage, cette faculté toute personnelle n'impliquerait nullement le pouvoir du législateur de réduire à son gré une pareille libéralité.

Ainsi, celui qui n'a qu'un enfant a donné la

*moitié indivise* des biens qu'il laissera à son décès, ce qui ne peut se faire que par contrat de mariage, ou entre époux; ou bien il a donné un corps certain, des objets particuliers, ou une somme fixe, formant en fait la moitié des biens qu'il laisse à sa mort, et il a un seul enfant légitime, le donataire conservera toujours le droit de prendre, à la mort du donateur, la moitié de tous les biens que laissera celui-ci, malgré une loi postérieure qui déciderait, par exemple, que, dans ce cas, la quotité disponible ne sera que du tiers. En effet, le donataire n'est censé avoir accepté que la chance de réduction que pouvait lui faire prévoir la loi en vigueur à l'époque où il recevait la donation; ces chances pouvaient provenir, soit de la diminution des biens, soit de l'augmentation des dettes, soit même de la survenance de nouveaux héritiers réservataires, tous faits qui sont dans l'ordre naturel des choses et qu'il pouvait prévoir; mais il ne pouvait, au contraire, penser à un changement de législation.

Notre solution devient encore plus certaine si l'on suppose qu'au moment de la donation la liberté du disposant n'était limitée par aucune loi. Supposons, par exemple, que la loi d'alors ne reconnût pas le droit de réserve aux enfants naturels; dans ce cas personne ne soutient qu'une loi postérieure pourrait enlever au donataire le droit

qu'il a acquis au moment de la donation, de prendre sans réduction tous les biens compris dans cette donation. Autrement cette loi rétroagirait en retranchant une partie de la donation antérieure. Si donc personne n'ose soutenir que, dans le cas où il n'existe pas de réserve, la loi nouvelle pourrait, en en créant une, atteindre les donations antérieures, on doit, pour être conséquent, déclarer qu'il en sera de même dans le cas où la nouvelle loi ne ferait qu'augmenter une réserve déjà établie.

Il nous reste, pour ne laisser aucun doute sur cette question, à répondre aux objections qui ont été faites contre ce système par ceux qui prétendent que c'est à la loi du décès qu'il faut se référer. Voici ce qu'ils disent : obliger l'héritier à réserve à remonter à la date de la donation, pour avoir la mesure de ses droits, n'est-ce pas, contrairement aux lois, admettre qu'on ait pu contracter sur la succession d'un homme vivant ? Nous répondons que si l'objection est fondée, elle s'oppose autant au système adverse qu'au nôtre ; car du moment qu'on voudrait appliquer au donataire la loi du décès, il pourrait à son tour s'en faire un titre, et on pourrait dire également qu'il a pactisé sur une succession future.

Mais, dit-on encore, les enfants du donateur ont, du vivant de leur père, un droit acquis sur

ses biens, droit fondé sur ce que le père doit non-seulement élever ses enfants, mais encore leur laisser une fortune suffisante pour l'époque où ils n'auront plus son appui. Cette objection ne nous semble pas plus sérieuse que la première. Il n'y a droit acquis pour les enfants que du jour de l'ouverture de la succession. Sans doute ils peuvent demander la réduction des donations faites antérieurement; mais c'est la loi ancienne qui prescrit jusqu'à quel point ces donations doivent être réduites, autrement ce ne serait pas de la succession du donateur mort, mais des biens du donateur vivant que la loi nouvelle disposerait.

*Deuxième hypothèse.* — Une loi postérieure à la donation a augmenté la quotité disponible. Dans ce cas, nous pensons que la loi nouvelle doit s'appliquer même aux donations antérieures; et nous ne croyons pas que cette solution soit en désaccord avec la première.

Il est bien vrai que le donataire n'a acquis les biens donnés que sous la condition de subir la réduction s'il existait des héritiers à réserve au jour du décès, et suivant le nombre et la qualité de ces héritiers; quant à la quotité et à l'étendue de leurs droits, nous avons établi plus haut que, s'il y avait diminution de la quotité disponible au jour du décès, c'était la loi existante au jour de la donation qui devait s'appliquer;

mais il n'y a pas inconséquence à soutenir le contraire ici, car si la loi nouvelle diminue les droits des réservataires, ou même les supprime entièrement, c'est par le raisonnement qu'on nous opposait tout à l'heure que nous défendrons notre solution : en effet, les réservataires n'ont pu avoir lors de la donation un droit acquis sur la succession non encore ouverte du donateur ; leur droit à une portion de la succession ne s'ouvre et ne se détermine qu'au jour du décès, et par conséquent est réglé par la loi en vigueur à cette époque, loi qui pourrait, nous l'avons vu, les exclure complètement non-seulement de la réserve, mais même de tout droit héréditaire, c'est-à-dire de la succession ordinaire.

En somme, il n'y a rien d'inconséquent à dire que les droits du donataire ne peuvent être diminués par une loi nouvelle, et qu'ils peuvent au contraire être augmentés par elle ; car s'ils s'augmentent, ce n'est pas par l'effet de la donation, mais par l'effet de l'absence ou de la diminution de droit des réservataires.

Ce que nous venons de dire des donataires s'applique également aux institutions contractuelles, car l'institution contractuelle, comme le disait Pothier (1), « est plutôt une donation entre-vifs,

(1) Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans, n° 18.

« puisqu'elle fait partie des conventions d'un  
« contrat de mariage qui est un acte entre-vifs,  
« et par cela même irrévocable ; car celui qui l'a  
« faite ne peut plus disposer à titre gratuit des  
« biens contenus dans l'institution. »

## § 2. Testaments.

Pour compléter ce qui concerne les biens acquis à titre gratuit, nous allons nous occuper enfin des testaments et examiner quelle est l'influence de la loi nouvelle, 1° par rapport à la capacité du testateur ; 2° par rapport à celle du légataire ; 3° par rapport à la forme du testament ; 4° par rapport à la quotité disponible.

Tout d'abord, il est nécessaire de répéter ce que nous avons déjà eu l'occasion de dire, que le testament étant un acte par lequel le testateur dispose pour un temps où il n'existera plus, n'est en quelque sorte qu'un projet sur lequel le testateur peut toujours revenir, *ut sit ambulatoria voluntas defuncti* ; il en résulte que le légataire n'a, jusqu'au jour du décès du testateur, qu'une simple expectative, qu'une simple espérance de recueillir un jour les biens qui lui ont été légués.

Examinons maintenant nos quatre questions.

I. La capacité du testateur présente deux points de vue différents : il peut être capable ou inca-

pable d'avoir un testament, capable ou incapable de le faire. La première capacité s'examine à deux époques : au moment de la confection du testament, et au moment du décès ; la seconde s'examine au moment de la confection seulement. La première se rapporte à la jouissance du droit et se nomme *capacité de droit*, la seconde à l'exercice et s'appelle ordinairement *capacité de fait*. L'exercice n'a pas lieu sans la jouissance, la jouissance peut continuer sans l'exercice ; ainsi, le mineur ne peut avoir un testament qu'à l'âge de seize ans, et c'est à cette époque seulement qu'il peut le faire ; mais une fois fait, ce testament ne peut pas perdre sa valeur par l'interdiction judiciaire ou légale, car, s'il n'est pas certain que l'interdit ait persévéré dans sa volonté première, il est encore plus certain qu'il n'a pu en changer formellement.

L'effet d'une loi nouvelle sur cette double capacité nous semble indiqué tout naturellement par ce qui précède : si la loi nouvelle vient restreindre ou supprimer dans certains cas la capacité d'avoir un testament, c'est-à-dire la jouissance du droit, elle recevra son application à toutes les successions testamentaires non encore ouvertes. Si, au contraire, la loi nouvelle ne touche qu'à l'exercice du droit, elle respectera les testaments déjà faits, comme lorsqu'elle change les formes, elle respecte

ceux qui sont déjà revêtus de la forme ancienne, comme on le verra plus loin.

Ainsi, le mineur qui, dans les pays de droit écrit, pouvait avoir un testament fait par son père, a perdu ce droit par la promulgation des lois intermédiaires et du Code Napoléon qui ont supprimé la substitution pupillaire.

De nos jours une situation semblable se présente : la loi du 31 mai 1854, abolissant la mort civile, décide que les testaments faits par les condamnés à des peines perpétuelles sont nuls et sans effet ; celle loi peut, sans rétroactivité, s'appliquer aux testaments faits avant le crime qui entraîne cette nullité.

Il en était de même sous l'empire de l'art. 25 du Code Napoléon, reproduit, à cet égard, par la loi précitée.

La capacité de fait ou l'exercice du droit ne doit se rencontrer dans la personne du testateur qu'au moment où il teste ; il est vrai qu'à ce moment il doit avoir aussi la capacité de droit ou la jouissance, mais il pourra perdre la première, sans pour cela être privé du bénéfice de son testament régulièrement fait.

Ainsi, un homme fait son testament étant sain d'esprit, plus tard il est interdit, son testament subsiste, car il peut toujours avoir un testament.

II. Passons maintenant à la capacité du légataire.

La loi nouvelle, promulguée avant la mort du testateur, s'appliquera sans distinction à la capacité du légataire; elle peut le rendre incapable de capable qu'il était, et réciproquement, d'incapable, le rendre capable; et, dans ce dernier cas, le legs fait au profit du légataire subsiste, bien que le légataire ait été incapable à l'époque de la confection du testament; car, selon le Code Napoléon (art. 906), la capacité de l'héritier ou du légataire ne doit exister qu'au temps du décès du testateur.

Selon le droit romain, au contraire, il ne suffisait pas que le législateur fût capable lors du décès du testateur, il fallait encore qu'il le fût au moment de la confection du testament, et l'héritier institué devait l'être même à l'époque de l'adition de l'hérédité.

Mais cela tenait, pour le légataire, à la règle Catonienne, qui voulait que le testament présentât, au moment de sa confection, tous les éléments de validité, comme si le testateur devait mourir aussitôt, et pour l'héritier, cela tenait à ce que, n'étant pas saisi de plein droit par le décès, il ne l'était que par l'adition même; aussi cette double règle n'a-t-elle pas été reproduite par la loi française.

Mais si la loi nouvelle est promulguée après la mort du testateur, cette loi ne peut avoir aucun

effet sur la capacité du légataire ou de l'héritier institué, même conditionnellement. Et qu'on ne dise pas que le légataire sous condition n'a qu'une simple espérance jusqu'au moment de l'accomplissement de la condition, et cela parce que, s'il meurt avant cette époque, il ne peut rien transmettre à ses héritiers : cette objection est fautive ; la vocation du légataire est déjà voisine du droit acquis (ce que nous appellerons une attente légitime), du moment que la mort du testateur a rendu impossible la révocation du testament ; or, la loi ne peut plus modifier les dispositions du testateur dès lors que lui-même ne le peut plus.

Ici se présente une nouvelle question : quelle sera l'influence d'une loi nouvelle qui, après la mort du testateur, et avant que les héritiers institués ou les légataires aient accepté, vient dans cet intervalle les déclarer incapables ?

Il y a une distinction à faire. Si la loi en vigueur à l'époque de la mort du testateur voulait que les légataires continuassent à être capables jusqu'au jour de leur acceptation ; dans ce cas la nouvelle loi recevrait son application, puisqu'il n'y avait encore pour les légataires aucun droit acquis. Mais, si la loi en vigueur à l'époque du décès du testateur n'exigeait pas la prolongation de capacité, la loi nouvelle est sans effet, elle ne peut enlever ou diminuer des droits acquis, et les

dispositions du testateur conserveront nécessairement tout leur effet (1).

III. A l'égard de la quotité disponible, la loi nouvelle peut toujours la modifier; elle peut à son gré l'augmenter, la supprimer et, à plus forte raison, la diminuer. En effet, nous l'avons déjà dit, jusqu'au moment du décès du testateur, le légataire n'a qu'une simple espérance, et cette espérance peut lui être enlevée par la volonté du testateur. Si donc, la volonté de l'homme peut lui enlever son expectative, à plus forte raison la loi le peut faire. Mais, si la loi nouvelle, au lieu de la diminuer, vient augmenter la quotité disponible, une question d'interprétation peut s'élever. M. Demolombe (2) croit qu'on doit rechercher, d'après les termes du testament, si le testateur a ou non entendu limiter à tout événement ses dispositions à la quotité déterminée par la loi en vigueur à l'époque où il a testé.

La question nous semble rarement douteuse. Si le testateur donne un objet particulier qui, à l'époque du testament, excédait la portion disponible, et se trouve lors du décès ne plus excéder cette quotité, nul doute que le légataire ne le conserve entier. S'il a légué *la portion disponible* sans la

(1) V. Merlin, *Effet rétr.*, section III, § V, n° 6.

(2) T. 4, n° 49.

déterminer, il est clair qu'il a voulu laisser au légataire l'éventualité d'une plus forte portion de biens qu'au jour où il testait, de telle sorte qu'il pourrait recueillir l'universalité si la loi déclarait tous les biens disponibles, comme au cas où les héritiers à réserve seraient tous décédés. Si, au contraire, il a légué le quart de ses biens, cette portion ne s'augmentera, ni par le décès des héritiers, ni par une loi nouvelle qui élèverait la quotité à la moitié.

IV. Arrivons enfin au cas où une loi nouvelle modifie les formes prescrites pour la confection des testaments.

A-t-elle l'effet d'annuler les testaments faits selon les anciennes formes? Et d'abord, si le législateur voulait appliquer la nouvelle loi aux testaments faits antérieurement, il faudrait que, par une disposition transitoire, il accordât un délai dans lequel les testaments devraient être refaits, afin que le testateur, mourant quelques heures après la promulgation de la loi nouvelle, ou bien encore se trouvant dans l'impossibilité de refaire son testament, par suite de folie ou autre cause semblable, ne mourût pas *intestat*; car, quelle injustice que d'annuler un pareil testament, pour lequel son auteur avait pris toutes les précautions, pour lequel il avait suivi toutes les formes que la loi prescrivait alors. Au reste, cette déci-

sion était admise par les anciens auteurs. Nous citerons principalement Paul de Castro, Voët, Sallé, dans son commentaire sur l'Ordonnance de 1673, sur la procédure; parmi les modernes, MM. Chabot de l'Allier, Grenier, Zachariæ, Demolombe et Duranton sont du même avis.

Disons encore qu'on peut argumenter en faveur de notre opinion de l'art. 999 du Code Napoléon, qui décide que le Français qui a fait son testament en pays étranger, d'après les formes usitées dans ces pays, n'est pas tenu, lorsqu'il est de retour en France, de le recommencer; de même, on peut dire que celui qui a testé sous une loi ancienne, en se conformant à toutes les formes exigées par cette loi, n'est pas tenu de le refaire sous l'empire de la loi nouvelle qui ordonne des formalités différentes (1).

Mais on fait cette objection : tant que le testateur n'est pas décédé, personne n'a aucun droit en vertu de ce testament; si ce testament n'a aucune valeur tant que vit le testateur, c'est donc la loi du décès qui doit le régir sous tous les rapports, par conséquent pour les formes voulues. Assurément cela est vrai pour tout ce qui concerne la capacité des parties et le fonds des dispositions; ainsi donc, pour savoir dans quelle limite

(1) M. Valette, sur Proudhon, t. 1, p. 39.

le testateur a pu disposer de ses biens, c'est la loi du décès qui doit être seule appliquée, parce que c'est à ce moment seulement que s'ouvrent les droits des héritiers et légataires. Il en est différemment en ce qui concerne la forme et la force probante du testament, parce que dès ce moment le droit par rapport à la forme et à la preuve est acquis; donc la loi nouvelle n'a aucune autorité sur les testaments antérieurs.

Nous croyons donc, avec le plus grand nombre des auteurs, qu'il faut décider que le testament antérieur à la promulgation de la nouvelle loi reste valable; il reste valable parce que l'acte extérieur est parfait, parce que *tempus regit actum*, l'exercice du droit a été consommé, il y a droit acquis. Mais, réciproquement, si les formes exigées par la loi au moment de la confection du testament n'ont pas été suivies, une loi nouvelle, qui vient déclarer suffisantes des formalités jusquelà jugées insuffisantes, validerait-elle les testaments antérieurs qui ne présentaient que ces formalités? Nous ne le pensons pas. La maxime *tempus regit actum* doit recevoir une stricte application. Il faut un texte spécial de loi pour valider de pareils actes.

M. de Savigny (1) nous apprend que ce texte

(1) T. 8, p. 403.

existe dans la législation prussienne, qui s'exprime ainsi : « Les actes nuls pour défaut de formes, « en vertu des lois anciennes, sont valables, s'ils « étaient revêtus des formalités exigées par les « lois nouvelles à l'époque où le litige a été en- « gagé. » Ainsi aujourd'hui, en Prusse, celui qui emploie la forme olographe pour tester fait un acte nul ; mais si une loi nouvelle reconnaissait cette forme de tester, le testament olographe, de nul qu'il était, deviendrait valable. Nous préférons, quant à nous, à une pareille loi, l'application pure et simple de la règle *tempus regit actum*, car rien n'est plus difficile dans un testament que de connaître la volonté réelle du testateur. En validant donc un testament qui n'a pas été revêtu des formes légales, on court risque de donner le caractère d'un testament à ce qui, dans la pensée du testateur, pouvait n'être qu'un projet.

## CHAPITRE NEUVIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AUX CONTRATS ET AUX OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

La matière des contrats est, de toutes celles qui nous ont occupé jusqu'ici, celle où les droits acquis sont le plus fréquents et le mieux détermi-

nés. Le contrat, en effet, est la foi jurée, le contrat fait loi.

Nous examinerons séparément l'effet de la loi nouvelle par rapport : 1° aux conditions d'existence et de validité des contrats ; 2° aux effets des contrats ; 3° à l'extinction des obligations qui en résultent ; 4° à la preuve, tant de l'existence des obligations que de leur extinction.

**§ 1. Des conditions d'existence et de validité.**

1. *Existence.* — Pour la formation et l'existence tant d'une convention, en général, que d'un contrat en particulier, trois conditions sont nécessaires : 1° le consentement des parties ; 2° une cause réelle et licite ; 3° un objet certain et qui soit dans le commerce. L'une quelconque de ces conditions manquant, le contrat est radicalement nul. Or si ces conditions sont remplies au début, lors même que quelque vice mettrait en question la validité, la perfection du contrat, il n'en a pas moins une existence juridique qu'aucune loi ne pourrait détruire ; réciproquement, si l'une des conditions d'existence manque, elle ne pourra pas être suppléée par une loi nouvelle, car, dans ce cas, ce serait la loi qui créerait le contrat et non pas la volonté des parties ; ainsi, si l'objet d'une vente n'était pas dans le commerce lors de la convention,

une loi nouvelle ne pourrait pas, en permettant désormais le commerce de cet objet, créer pour le vendeur l'obligation de livrer, ni pour l'acheteur celle de payer le prix.

Ce que nous disons des conditions essentielles à la formation des contrats, en général, s'applique également à la forme même des contrats solennels, c'est-à-dire de ceux pour lesquels la forme authentique est aussi un élément d'existence. C'est la loi du jour où l'acte est reçu par l'officier public qui est observée pour la forme de cet acte (*tempus regit actum*).

La loi ne peut pas vouloir l'impossible, elle ne peut déclarer nécessaires et indispensables des formes que ne connaissaient pas, que ne pouvaient pas même prévoir les parties. Où serait la sécurité des conventions si l'inobservation d'une formalité nouvelle, inconnue au moment où l'engagement a été pris, pouvait annuler cet engagement? Si, au contraire, le contrat était entaché *ab initio* d'un vice de forme, les parties conserveraient toujours le droit de l'arguer de nullité; ainsi une donation qui ne serait pas acceptée expressément, resterait nulle lors même que plus tard la loi viendrait à admettre l'acceptation tacite.

II. *Validité.* — Les conventions, bien qu'existantes, ne sont pas valables dans deux hypothèses: 1° quand le consentement de l'une des parties,

principalement du débiteur, est vicié, par erreur, violence ou dol; 2° quand une des parties est incapable de contracter, pour minorité, mariage, ou interdiction. Le contrat qui est dès son principe affecté d'un pareil vice est annulable judiciairement à la demande de la partie incapable ou dont le consentement a été vicié. Cette action en nullité ou en rescision est un droit acquis qui ne peut être perdu que par la volonté expresse ou tacite de la partie intéressée, en forme de ratification. Il ne peut donc être enlevé par une loi nouvelle; pas plus qu'une loi nouvelle ne pourrait en sens inverse, en multipliant les conditions de validité, infirmer un contrat antérieur formé suivant la loi contemporaine.

Toutes ces solutions sont hors de doute, elles ne nous paraissent exiger aucun développement. Il paraît cependant qu'on a eu quelque difficulté à l'égard du sénatus-consulte Velléien observé dans les pays de droit écrit et d'après lequel les femmes étaient incapables de s'engager pour autrui. Pour nous, nous pensons que, dans les pays de droit écrit, la femme a pu même, après la promulgation du Code Napoléon, faire usage de l'exception du sénatus-consulte Velléien. Réciproquement, si ce sénatus-consulte était rétabli, les femmes ne pourraient pas l'invoquer pour leurs engagements antérieurs.

Disons tout d'abord que notre décision est contraire à celle du célèbre jurisconsulte d'Utrecht, de M. Meyer (1). « La femme n'a pas usé, dit cet auteur, de la faculté que lui accordait la loi, sous laquelle elle s'était rendue caution, de se dégager de son cautionnement ; donc elle ne peut plus en user aujourd'hui. »

La proposition de M. Meyer ne nous semble pas juste. Nous l'aurions acceptée s'il s'agissait d'un droit purement légal, par exemple, du retrait lignager. Dans ce cas, les parents du vendeur qui avaient le droit de se faire subroger à l'acheteur devaient se presser de déclarer vouloir user de ce privilège, car, une loi postérieure pouvait leur enlever cette préférence, comme l'a fait le Code Napoléon. C'est alors qu'on pourrait dire des parents du vendeur ce que M. Meyer dit de la femme qui n'a pas usé de l'exception du sénatus-consulte Velléien, car, le retrait lignager n'est qu'un droit purement légal. Il en serait tout autrement s'il s'agissait d'un droit mixte, nous voulons dire d'un droit légal et conventionnel, comme celui qui résulte du sénatus-consulte Velléien. Or, nous avons établi dans notre introduction que les offres faites par la loi peuvent être retirées par elle, sans qu'il y ait préjudice à des droits acquis ; elles ne sont

(1) *Principes sur les questions transitoires*, p. 154.

que des facultés ; il en est autrement de celles qui résultent des conventions, elles constituent de véritables droits.

M. Meyer reconnaît lui-même qu'il était dans l'usage que la femme pût renoncer à l'exception du sénatus-consulte Velléien, et même, dans toutes les intercessions des femmes, on avait coutume d'insérer la renonciation expresse à ce sénatus-consulte. Il faut donc conclure de là que la femme était censée la réserver, quand elle n'y faisait pas une renonciation formelle : c'était tacitement qu'elle stipulait cette réserve, et, comme nous l'avons dit, les principes du droit veulent que non-seulement les conventions expresses, mais encore les conventions tacites reçoivent de la loi le complément de leur existence, et produisent des droits acquis qu'il n'est au pouvoir d'aucune loi postérieure d'enlever.

Il ne faut donc pas dire que tous les droits, consacrés sous l'empire de la loi qui les a vus naître, sont des droits acquis contre lesquels la loi postérieure est absolument sans effet ; non, il faut distinguer et voir si ces droits sont purement légaux et conventionnels en même temps. Car, si le droit est purement légal, alors le fait de l'homme, c'est-à-dire l'exercice de ce droit, est nécessaire pour qu'une loi nouvelle puisse l'enlever ; tandis que, s'il s'agit d'un droit légal et conven-

tionnel, un nouveau fait de l'homme n'est pas nécessaire et la loi nouvelle ne peut lui porter aucune atteinte.

Si on ne faisait pas cette distinction, on irait avec le système de M. Meyer beaucoup trop loin ; car s'il s'agissait d'époux qui se sont mariés sous une coutume qui leur permettait de changer les conventions matrimoniales, après la célébration du mariage, on pourrait leur dire qu'ils ont perdu le droit que la loi ancienne leur reconnaissait. Mais comme il s'agit d'un droit légal et conventionnel, ils en pourront faire usage.

### § 1. Des effets et des suites des contrats.

Les effets des contrats se produisent souvent à des époques très-éloignées de la convention elle-même. On est souvent amené à douter que la loi du jour du contrat leur reste seule applicable, et l'on reconnaît que la loi nouvelle ne peut pas toujours être écartée sous prétexte de rétroactivité. La difficulté est dans la fixation d'une limite qui ne soit pas arbitraire, et à ce sujet on a proposé de distinguer entre les effets et les suites des contrats, cette distinction est elle-même délicate et difficile dans l'application ; aussi quelques auteurs la repoussent-ils rigoureusement. Pour eux, tout ce qui se rattache au contrat directement doit être

régi par la loi même du contrat. Pour nous, nous préférons adopter la distinction entre les effets et les suites, reconnue par d'illustres jurisconsultes, et dont l'importance est grande pour le sujet que nous traitons. Ainsi, s'agit-il d'un effet d'un contrat, cet effet est-il une conséquence, une suite immédiate et nécessaire du contrat, la loi nouvelle ne peut y porter aucune atteinte ; c'est la loi ancienne qui continue de le régir.

S'agit-il au contraire de la suite d'un contrat, ou, comme l'appelle M. Meyer, d'une conséquence accidentelle et éloignée, c'est la loi nouvelle qui doit seule régir cette conséquence.

Ce qui nous détermine à adopter la distinction qui précède, c'est que si nous appliquions la loi ancienne à toutes les conséquences des contrats, nous donnerions à la convention des parties plus d'étendue qu'elles n'ont voulu lui en donner elles-mêmes, et nous serions régir par la loi alors en vigueur des faits qui n'ont qu'une connexité éloignée avec le contrat, et qui par suite ne sont point entrés dans l'esprit des parties. Nous adopterons aussi les définitions que donne M. Meyer des effets et des suites des contrats, sauf à combattre une application qu'il fait des principes par lui posés.

« Les suites immédiates et nécessaires, dit ce  
« jurisconsulte, sont celles qui dérivent de la na-

« ture même de l'acte ou de l'exercice du droit,  
« et sans lesquelles il serait de nul effet : les con-  
« séquences accidentelles ou éloignées sont celles  
« qui ont lieu à l'occasion de cette exécution,  
« mais qui ne sont pas indispensables pour obte-  
« nir l'effet de l'obligation. » Ainsi la définition  
de M. Meyer peut se ramener à ceci : la consé-  
quence immédiate est celle que les parties ont  
prévue ou pouvaient prévoir, et qu'elles ont ad-  
mise dans leur contrat ; en un mot, c'est une consé-  
quence nécessaire ; au contraire, la conséquence  
éloignée est celle que les parties n'ont pas pu  
prévoir. Ainsi donc, pour faire l'application de ces  
principes à un contrat de vente, nous dirons que  
la délivrance de la chose vendue, le paiement du  
prix, en un mot, l'objet des actions de l'acheteur  
et du vendeur sont des effets du contrat, et c'est  
la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été  
passé qui les régira.

Mais nous n'admettons pas que la rescision pour  
cause de lésion ne soit, comme Meyer le pense,  
qu'une suite du contrat, parce qu'elle ne serait  
pas inhérente au contrat, qui peut, selon lui, re-  
cevoir sa pleine et entière exécution sans qu'il  
soit question de lésion. « Ce serait, dit-il, subver-  
« tir le contrat même que de supposer aux parties  
« l'intention de le rétracter en cas de lésion, et  
« autant vaudrait dire qu'elles n'auraient pas

« eu la volonté sérieuse de s'engager. » Nous ne pouvons être de l'avis de M. Meyer. Ce n'est pas subvertir le contrat lui-même que de supposer aux parties l'intention de le rétracter en cas de lésion, cela, au contraire, prouve que les parties ont voulu sérieusement contracter, qu'elles ont voulu exclure du contrat tout dol ou toute erreur portant sur la substance, toute lésion ou toute autre chose qui pouvait infirmer le contrat.

La rescision pour lésion est bien un effet du contrat, car la vente est un contrat commutatif de sa nature; la lésion est un vice qui l'affecte dès son principe, et à côté du vice se trouve le remède qui est l'action en rescision, véritable droit acquis; les Romains l'avaient bien compris quand ils donnaient l'*actio venditi* pour faire valoir les pactes de rescision de la vente, tels que la *lex commissoria* et l'*addictio in diem*. Enfin comment M. Meyer peut-il dire que les parties n'ont pas prévu la rescision au moment du contrat? Est-ce que le vendeur lésé, cédant à un extrême besoin d'argent, n'a pas pu et dû compter sur le bienfait de la rescision que lui permettait la loi alors en vigueur? et l'acheteur lui-même qui a profité de la misère de son vendeur ou de son erreur, n'a-t-il pas dû prévoir et craindre la sanction de la loi civile?

Si, au contraire, la loi nouvelle établissait un

cas de rescision qui n'existait pas, par exemple, la rescision en matière de vente mobilière, faudrait-il l'accorder ou la refuser aux vendeurs antérieurs? Ici le principe de M. Meyer nous mènerait à la négative, car ni le vendeur ni l'acheteur n'ont pu compter sur une pareille rescision.

De même encore les dommages et intérêts, qui sont considérés comme la sanction de l'obligation, doivent être régis par la loi du contrat, parce qu'ils sont des effets; et, par conséquent, c'est cette même loi qui déterminera l'étendue des dommages et intérêts. La question aurait son intérêt si la loi nouvelle venait modifier les articles 1150 à 1155.

Nous dirons aussi que l'obligation de souffrir la réduction des fermages, en cas de perte entière de la récolte, appartient aux effets et non aux suites du contrat, et la raison en est que cette destruction complète est entrée dans la prévision des parties et qu'elles sont censées l'avoir acceptée.

Au contraire, si un bail a été fait sous une loi qui n'admettait pas la tacite reconduction, si ce bail expire sous le Code Napoléon et que le bailleur continue à rester en jouissance, alors il s'opère une tacite reconduction, et c'est d'après le Code que doit être régie la nouvelle jouissance.

De même, l'obligation de garantie en cas de partage d'une succession, d'une communauté ou d'une

société formée sous l'ancienne loi est une suite et non un effet de l'indivision. Les parties ont certainement pu prévoir qu'il y aurait un jour partage, mais elles n'ont pas compté sur la loi actuelle pour le règlement des obligations résultant de ce partage.

### § 3. De l'extinction des obligations.

La loi nouvelle peut-elle introduire de nouveaux modes d'extinction ou en supprimer d'anciens à l'égard des obligations déjà contractées? Et d'abord, pour l'extinction, la règle nous paraît devoir être celle-ci : que le créancier ne peut perdre son droit sans un acte de sa volonté, accompli postérieurement à la loi nouvelle. Ainsi, si la loi venait déclarer que désormais la compensation aura lieu entre dettes non exigibles, ou pour dettes de choses fongibles d'espèces différentes, ou enfin pour dettes dont les causes s'opposaient à la compensation, comme celle résultant d'un dépôt, dans de pareils cas le créancier ne pourrait se voir privé de son droit si les dettes déclarées compensables désormais avec sa créance n'étaient par lui contractées postérieurement à la loi nouvelle; il faut, en d'autres termes, qu'on puisse lui imputer d'avoir volontairement et en connaissance de

cause donné occasion à cette compensation nouvelle.

La loi ne pouvait non plus établir une nouvelle présomption de remise de dette fondée sur des faits antérieurs, ou leur donner l'effet de produire novation; en somme, ce n'est pas la dette elle-même qui doit être antérieure à la promulgation de la loi nouvelle, ce sont les faits constitutifs de l'extinction. La même règle s'applique au cas où la loi nouvelle permettrait au débiteur de payer non pas seulement au possesseur de la créance, c'est-à-dire au possesseur du droit, mais encore au simple porteur du titre. Cette loi ne validerait certainement pas les paiements antérieurs, mais elle régirait les nouveaux paiements parce que le créancier diligent pouvait non-seulement veiller davantage pour l'avenir à la conservation de ses titres, mais dans tous les cas faire entre les mains du débiteur opposition au paiement.

Même solution enfin pour le cas d'une extension du bénéfice de cession de biens : la loi nouvelle peut toujours venir en aide au débiteur malheureux; ainsi s'il s'agissait d'accorder ce bénéfice aux commerçants, le créancier ne serait pas recevable à dire qu'il n'aurait pas contracté si la cession de biens eût été possible.

Voyons maintenant le cas où la loi nouvelle

supprimerait certains modes de libération du débiteur.

Et d'abord il est certain que si les faits auxquels l'ancienne loi attachait un effet libératoire sont accomplis, la loi nouvelle peut leur enlever cet effet. Mais *quid* s'il s'agit de faits postérieurs, par exemple? La loi défendrait le paiement au possesseur de la créance; le débiteur, évidemment, ne pourrait alléguer qu'en contractant il a compté sur ce mode de libération; il peut toujours vérifier plus scrupuleusement la qualité de celui auquel il paiera.

De même la loi viendrait à supprimer l'article 1244; dès lors, les tribunaux ne pourraient plus accorder un délai au débiteur pour payer partiellement. Elle pourrait aussi restreindre l'application de la compensation, car le débiteur n'était pas assuré que le créancier ferait avec lui le contrat qui donnerait lieu à la compensation.

L'addition ou la suppression d'une nouvelle cause de nullité ou de rescision a déjà été examinée par nous à l'occasion des conditions de validité; il nous reste à examiner le cas de l'addition ou de la suppression d'une cause de résolution.

La résolution ne suppose pas, comme la rescision, un vice originaire de la convention, elle suppose un événement postérieur à cette convention, événement incertain en même temps, et auquel les

parties ont attaché expressément ou tacitement la destruction de l'obligation. Il est clair que les résolutions expressément connues ne peuvent être supprimées; quant à la résolution tacite, celle résultant de l'inexécution des obligations, elle a le caractère de sûreté pour le créancier, elle est très-vraisemblablement entrée dans ses prévisions, elle a pu être une cause déterminante de contracter, elle doit donc lui rester acquise.

Mais, *quid* si la loi venait ajouter une nouvelle cause de résolution? Pour rester dans la vraisemblance, il ne pourrait s'agir que de la résolution tacite pour inexécution, soit qu'elle fût appliquée désormais ou rendue plus facile dans un cas particulier qui en aurait été exempté jusque-là, soit qu'elle fût supprimée dans un cas où elle recevait autrefois application.

La question se présente justement dans les deux sens pour la rente perpétuelle et pour la rente viagère. Pour la première, la résolution est admise d'une manière absolue par l'art. 1912, pour défaut de paiement des arrérages pendant deux ans; tandis que dans l'ancien droit cette rigoureuse sanction ou n'existait pas du tout, ou était laissée à l'appréciation du juge; pour la seconde, le Code, à la différence de certaines coutumes, n'admet pas la résolution pour défaut de paiement des arrérages. Reprenons les deux questions.

Sur la première, nous déciderons que l'art. 1912 ne s'appliquera pas aux rentes perpétuelles constituées sous une coutume qui n'autorisait pas la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages. Mais, dit-on, le législateur n'a voulu, par l'art. 1912, qu'établir une sorte de peine pour le défaut de paiement, lequel, étant supposé postérieur à la nouvelle loi, tomberait sous son application.

Nous répondons que, lors même qu'il s'agirait ici d'une peine, il ne serait pas, en tout cas, permis d'ajouter à celles que les parties ont pu prévoir expressément ou tacitement ; toute sanction des obligations conventionnelles doit dépendre de la volonté originaire des parties.

Or, pour savoir quelle a été l'intention des parties contractantes, il faut se référer à l'époque du contrat lui-même.

Si l'art. 1912 est applicable aux rentes constituées depuis le Code civil, c'est parce que les parties sont censées avoir accepté tacitement la déchéance prononcée par la loi ; donc, par la raison inverse, il ne s'applique pas aux rentes antérieures.

Mais, objecte-t-on encore, le défaut de paiement des arrérages n'était pas prévu dans la plupart des anciennes coutumes : par conséquent, la loi nouvelle peut régler ce point pour les parties

qui ont contracté en l'absence de cette disposition légale ; mais la réponse est facile, ce nous semble : dans toutes les coutumes on admettait, suivant le droit commun des contrats, que le crédi-rentier pouvait, en s'adressant à la justice, obtenir la résolution du contrat de rente pour défaut de paiement des arrérages ; mais le débiteur de la rente pouvait aussi, de son côté, par application des mêmes principes, obtenir un délai. En appliquant donc cet article aux rentes constituées antérieurement au Code Napoléon, il arriverait un double inconvénient : d'abord, on soumettrait ces rentes non pas à une nouvelle cause de résolution, mais à une déchéance absolue, puisque le juge ne pourrait plus accorder au débiteur un délai pour s'acquitter ; en second lieu, en supposant que l'ancienne loi n'aurait pas accordé la résolution par défaut de paiement, ce n'est pas à dire pour cela que la matière n'était pas réglementée et qu'elle a pu dès lors l'être par la loi nouvelle ; car, du moment que la loi n'établissait pas la résolution, c'est qu'elle la croyait inutile, dangereuse ou injuste ; or, le contrat a été fait en vue de cette situation ; fût-ce même une lacune dans la loi, il ne faudrait pas encore tromper la confiance des parties.

Sur la seconde question, et comme application de ce qui précède, nous dirons que l'art. 1978, qui

n'admet pas la résolution d'un contrat de rente viagère pour défaut de paiement des arrérages, est inapplicable aux contrats de rentes antérieurs au Code Napoléon et souscrits sous une coutume qui admettait la rescision du contrat de rente viagère pour cette cause.

La loi du contrat doit le régir toujours, alors même que le retard du service de la rente aurait lieu sous le Code civil. En effet, les parties ont compté sur la résolution du contrat, dans le cas où le débiteur manquerait à son obligation, et cette cause de résolution a été, on peut l'affirmer, la condition tacite sous laquelle les parties ont contracté.

#### § 4. De la preuve des contrats.

La non-rétroactivité des lois est surtout un principe protecteur en matière de preuves. C'est encore en cette matière qu'on peut arguer de l'intention et des prévisions des parties, et il est clair que si elles se sont munies des preuves qu'exigeait ou autorisait la loi du jour du contrat, elles ont fait tout ce qui pouvait être exigé d'elles. Une loi nouvelle ne peut donc déclarer insuffisante telle preuve admissible au jour du contrat; ainsi avant le Code Napoléon les coutumes et la jurisprudence n'exigeaient pas univer-

sellement que les contrats synallagmatiques fussent rédigés en double, le porteur d'un original signé de l'adversaire pouvait triompher, sans qu'il fût prouvé que celui-ci avait été muni de son côté d'une preuve identique; l'art. 1325 n'a pas enlevé cet avantage aux contractants antérieurs à sa promulgation.

De même la législation de 1804, qui a élevé de cent livres à cent cinquante francs le chiffre au-delà duquel la preuve testimoniale n'est pas recevable, n'a pas porté atteinte aux contrats antérieurs; enfin, pour l'avenir, si nous supposons qu'une loi nouvelle vînt exiger une autre formalité que l'enregistrement pour donner date certaine aux actes sous seing-privé, cette loi ne pourrait aucunement atteindre les actes qui auraient acquis cette qualité, conformément à l'article 1328 du Code Napoléon.

Ces principes ont pourtant été méconnus par un célèbre décret du 27 mars 1808 rétablissant l'exception *non numeratæ pecuniæ* contre les juifs d'Alsace; ce décret, auquel on peut reprocher déjà de méconnaître l'égalité devant la loi de tous les cultes reconnus, a aussi contrevenu aux principes les plus certains en matière de preuve. Il porte, en effet, « qu'aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse souscrite par un Français non commerçant au

profit d'un juif ne pourra être exigé sans que le porteur prouve que la valeur a été fournie entière et sans fraude. « Ce décret rétroagissait, car il résulte des deux premiers articles qu'ils s'appliquent aux créances déjà nées. Or, les créanciers, comptant sur l'écrit, n'avaient pas songé à se préparer une preuve testimoniale désormais indispensable. —

Voyons maintenant le cas où la loi nouvelle introduirait de nouveaux modes de preuve, ou, ce qui est plus vraisemblable, étendrait et faciliterait l'application de preuves déjà admises. La question est difficile et ne comporte pas de solution absolue : la règle ne nous paraît pas la même pour chaque genre de preuve.

Supposons d'abord qu'une loi nouvelle supprime la disposition de l'art. 1325, et déclare que le demandeur pourra désormais prouver un contrat synallagmatique par un acte émané de son adversaire, mais qui n'aura pas été fait double ; nous pensons qu'une pareille loi ne pourrait, sans blesser des droits acquis, s'appliquer à des conventions antérieures. En effet, quel est le motif qui a fait exiger la formalité du double ? C'est la crainte que l'une des parties ne fût à la discrétion de l'autre ; or, la loi considère comme simple projet le contrat dont il n'a point été rédigé de double original ; le défendeur a pu donc se considérer

comme n'étant pas lié, sous l'empire de l'ancienne loi : il ne peut l'être désormais par le seul effet de la loi nouvelle ; même solution pour le cas d'une obligation de somme d'argent qui ne serait pas revêtue du *bon* ou *approuvé* dans le cas où l'article 1326 l'exige : un pareil acte ne pourrait constituer qu'un commencement de preuve par écrit, nonobstant une loi postérieure. C'est en vertu de ces principes que la promulgation du Code civil n'a pas pu enlever aux signataires de billets ou promesses d'argent le bénéfice de l'exception *non numeratæ pecuniæ* dans les pays de droit écrit où l'on suivait la loi 14 au Code, *De non num. pec.*

Il n'en serait pas de même si une loi venait à permettre la preuve testimoniale jusqu'à concurrence de deux cents francs. Cette loi serait assurément un bénéfice sérieux pour le créancier, et comme elle ne porterait aucun préjudice réel au débiteur, elle serait applicable aux dettes antérieures. On pourrait croire cependant qu'elle contredit chez le débiteur une attente légitime, une prévision fondée sur une convention tacite ; mais le débiteur ne peut jamais être reçu à dire qu'il a compté que son créancier ne ferait pas usage contre lui de telle ou telle preuve ; il ne pourrait alléguer aucune des deux causes qui fait en général prohiber la preuve testimoniale : la crainte de la corruption des témoins, parce qu'il y a là une

question de moralité sociale dont la loi est le seul et le souverain juge ; ni la crainte de la multiplicité des procès, parce que ce n'est pas lui qui en souffrirait, c'est encore une question sociale et d'intérêt général. Ce qui suffirait du reste à prouver que le débiteur ne peut jamais être sûr que la preuve testimoniale ne sera pas faite contre lui, c'est la disposition de l'art. 1348, qui dit que la preuve testimoniale par témoins est permise lorsque le créancier a perdu son titre. Au surplus, cette disposition de la loi nouvelle profitera aussi au débiteur, en ce sens qu'il sera admis lui-même à prouver sa libération par témoins.

## CHAPITRE DIXIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT AUX SÛRETÉS TANT PERSONNELLES QUE RÉELLES.

Les sûretés qu'un créancier peut tenir soit de la loi, soit de la convention, sont ou personnelles ou réelles. Les sûretés personnelles sont la solidarité, l'indivisibilité conventionnelle, le cautionnement et l'aval propre aux matières commerciales, enfin la contrainte par corps. Les sûretés réelles sont : le gage, l'antichrèse, le droit de rétention, le privilège et l'hypothèque.

Le principe que la loi nouvelle doit respecter

les droits acquis et peut sacrifier les simples expectatives, s'applique aux sûretés comme aux droits eux-mêmes; il ne présente même de difficulté sérieuse que pour la contrainte par corps. Nous examinerons séparément l'effet de la loi nouvelle sur chacune de ces deux sortes de sûretés ou garanties des créances.

### § 1. Des sûretés personnelles.

I. *De la solidarité et de l'indivisibilité.* — La solidarité entre débiteurs est légale ou conventionnelle; supposons une loi nouvelle venant à établir la solidarité légale dans un cas nouveau, s'appliquerait-elle aux dettes déjà contractées? La négative nous paraît certaine. En effet, les parties ont contracté en vue des conséquences légales que devait produire leur engagement, et si chacun de deux ou trois débiteurs s'est considéré comme pouvant être poursuivi seulement pour moitié ou un tiers, il ne serait pas admissible qu'il se trouvât plus tard tenu pour le tout sans sa volonté. En sens inverse, une loi ne pouvait supprimer la solidarité légale au préjudice du créancier qui l'a considéré comme sa garantie et qui n'a le plus souvent contracté qu'en vue de cette sûreté.

Nous avons, du reste, supposé la solidarité légale attachée à une obligation contractuelle; ce

sera bien, en effet, le cas le plus fréquent, mais il n'est pas le seul. Supposons par exemple une loi qui viendrait établir la solidarité entre le tuteur ordinaire et le protuteur donné pour les colonies, s'appliquerait-elle immédiatement, c'est-à-dire aux représentants du pupille déjà en fonctions? Nous ne le croyons pas davantage, parce que, lors même qu'il s'agirait de tuteurs ne pouvant refuser, ils pourraient toujours alléguer avec raison qu'ils n'ont pas pris toutes les mesures conservatoires contre l'insolvabilité de leur co-gérant dont ils ne croyaient pas avoir jamais à payer la part et portion, et qu'ils ont eux-mêmes contracté d'autres obligations qu'ils n'auraient pas assumées s'ils avaient prévu la solidarité. Supposons, au contraire, la solidarité légale établie par les articles 395 et 396 entre le mari et la femme co-tuteurs, cette solidarité pourrait-elle être abolie sans que le pupille pût réclamer? Nous le croyons, parce qu'il ne peut pas dire ici qu'il a compté sur cette garantie; en effet, il n'a pas contracté avec ses tuteurs. Ce dernier cas nous paraît le seul où la solidarité légale ne se rattache pas à un contrat ou ne soit pas l'objet d'une acceptation au moins tacite par le créancier; il est donc aussi le seul où elle puisse être enlevée au créancier, sans préjudice porté à un droit acquis.

S'il s'agissait de la solidarité conventionnelle,

la solution serait la même, pour le même motif et avec cette raison plus forte encore qu'au lieu d'une convention tacite, on aurait une convention expresse.

La solidarité entre créanciers ne présenterait pas plus de difficulté; et comme elle est toujours conventionnelle, elle aurait l'irrévocabilité des conventions; la loi nouvelle ne pourrait y porter aucune atteinte.

Quant à l'indivisibilité conventionnelle *obligatione* ou *solutione tantum*, la seule à laquelle une loi nouvelle pourrait prétendre porter atteinte (car elle ne peut atteindre l'indivisibilité *natura*), elle resterait manifestement aussi à l'abri de la loi nouvelle.

Les recours respectifs entre codébiteurs ou cocréanciers, dans la dette solidaire ou indivisible, restent également soumis à la loi en vigueur au moment où la dette a été contractée, quelle que soit d'ailleurs l'époque où a eu lieu le paiement qui donne ouverture à ce recours.

Nous hésiterions davantage s'il s'agissait de savoir si une loi qui augmenterait les cas de présomption légale de remise de la solidarité prévus par les articles 1211 et 1212, s'appliquerait à une dette solidaire antérieure. Nous pensons que si le fait duquel la loi nouvelle prétendrait induire la solidarité est antérieur à cette loi, il est à l'abri

de son action ; mais qu'il en est autrement si le fait est postérieur, bien que la dette elle-même soit antérieure. Réciproquement, une loi qui supprimerait l'une des présomptions des art. 1211-1212 n'aurait pas d'empire sur les faits déjà accomplis, mais elle en produirait sur ceux qui la suivraient, bien que se rattachant à une dette antérieure.

II. *Cautionnement et aval.* — Les questions qui peuvent se présenter sur ces deux sûretés ont de l'analogie avec les précédentes ; soit une caution fournie en vertu d'une convention, de la loi, ou d'un jugement, elle ne peut être libérée par une loi nouvelle. Il y a droit acquis au créancier : supposons qu'une loi nouvelle vienne enjoindre ou dispenser de fournir caution. Cette loi ne pourra non plus s'appliquer aux obligations déjà contractées avec ou sans cette garantie ; les parties ont des droits respectivement fixés et acquis, et nous n'hésitons pas à donner cette solution même au cas de l'usufruit légal des père et mère déjà ouvert au moment où une loi nouvelle surviendrait.

L'extension ou la restriction des bénéfices de discussion et de division accordés à la caution nous paraît également à l'abri de la loi nouvelle, pour les cautions déjà engagées ; les droits respectifs du créancier et de la caution doivent être irrévocablement fixés. Enfin les recours contre le dé-

biteur soit lorsqu'elle a payé, soit même avant d'avoir payé, resteraient soumis aux art. 2028, 2029 et 2032. Et ce n'est pas contredire cette solution que d'admettre que le bénéfice de la subrogation légale introduit par le Code Napoléon au profit de la caution a profité aux cautions engagées antérieurement, parce que auparavant elles jouissaient d'un droit analogue qui était de requérir la subrogation conventionnelle, au moment où elles payaient, et en cas de refus, elles étaient subrogées sans la volonté du créancier. Cette législation nouvelle n'a donc pas aggravé la position du débiteur (1).

Ce que nous disons du cautionnement s'applique à l'aval et nous dispense d'entrer dans des détails à ce sujet.

III. *De la contrainte par corps.* — L'application de la loi nouvelle à la contrainte par corps est infiniment plus délicate que les questions qui concernent les autres sûretés. Indépendamment de la gravité du sujet, puisqu'il s'agit de la liberté individuelle, les nombreux changements survenus dans la législation sur cette matière, principalement dans la voie des adoucissements, donnent un intérêt tout spécial aux difficiles questions de rétroactivité qui vont nous occuper, et l'on peut facilement supposer que de nouveaux

(1) M. Valette, sur Proudhon, t. 4, p. 76.

adoucissements les ramèneront encore devant les tribunaux.

La raison de ces difficultés est dans le caractère peu défini de la contrainte par corps elle-même, et dans l'incertitude de ses causes législatives. Les uns la considèrent comme une peine de la négligence du débiteur ; d'autres, comme une mesure préventive contre sa mauvaise foi ; d'autres enfin, comme un moyen indirect de déterminer ses parents ou amis à payer pour lui. Ces trois causes, dont chacune prise isolément serait insuffisante pour justifier cette rigoureuse institution, peuvent-*être* considérées comme ayant été réunies dans l'esprit du législateur, et comme ayant contribué à son maintien dans les législations modernes, particulièrement dans la législation française.

Mais si on peut être divisé sur les causes qui ont fait admettre ou maintenir la contrainte par corps, les auteurs sont unanimes, ou à peu près, pour lui reconnaître le caractère de *voie d'exécution*, et grâce à cette qualification, adoptée trop facilement peut-être, ils parviennent à résoudre, avec facilité également, les graves questions qui vont suivre.

Les deux points principaux à examiner sont relatifs à l'établissement ou à la suppression de la contrainte par corps. Nous y assimilerons les cas d'aggravation ou d'adoucissement tenant, soit à

la durée de la contrainte par corps, soit à l'âge des contraignables. Dans l'opinion qui fait de la contrainte une voie d'exécution, l'application immédiate de la loi nouvelle aux obligations antérieures devient toute naturelle, et presque une nécessité; il est de principe, en effet, que les voies d'exécution tiennent plus ou moins au système d'organisation judiciaire, et que les formes, les délais, la compétence des juridictions ou des officiers publics doivent cesser ou commencer avec les lois qui les régissent. Mais cette justification même du principe invoqué prouve qu'il ne régit pas la contrainte par corps, car elle n'est pas une forme, et elle appartient encore moins aux délais et à la compétence.

Si maintenant nous considérons les résultats du système proposé, ils sont de nature à faire hésiter et même reculer; car, qu'y aurait-il de plus choquant que de voir un débiteur, engagé sous une loi qui ne le soumettait pas à la contrainte, se trouver tout à coup privé de sa liberté dans des circonstances d'autant plus désastreuses que cette rigueur était imprévue par lui?

La cessation immédiate de la contrainte dans ce système ne peut pas être considérée comme une compensation à l'inconvénient qui précède, car une solution favorable pour un cas ne peut compenser une injustice pour une autre, et d'ailleurs

nous prétendons arriver de notre côté au même résultat favorable. Ceux qui considèrent la contrainte par corps comme une peine pour la mauvaise foi ou le retard du débiteur, ne craignent pas le reproche de rétroactivité dans l'application de la loi nouvelle aux dettes antérieures, car ils allèguent que la faute est actuelle, est de chaque jour, et par conséquent qu'elle est postérieure à la loi nouvelle.

Selon nous, la contrainte n'est pas plus une peine pour le simple retard ou pour la mauvaise foi qu'elle n'est une voie d'exécution. Si elle était une peine, elle ne serait équitable qu'à la condition que la mauvaise foi ou la faute du débiteur serait prouvée; ou, tout au moins, si ces deux fautes étaient présumées (ce qui serait déjà contraire à la notion la plus vulgaire du juste), faudrait-il au moins admettre le débiteur à justifier qu'il n'y a de sa part ni dol, ni force majeure ou cas fortuit, ce qui est absolument contraire à l'application de la contrainte par corps.

Si la contrainte n'est ni une peine, ni une voie d'exécution, qu'est-elle donc? Elle est une garantie, elle appartient à la catégorie des *sûretés personnelles*, et la preuve en est : 1° dans sa présence au Code Napoléon, où ne figure, au contraire, aucune voie d'exécution; 2° dans sa place même dans ce Code, où elle suit le *Cautionnement*,

autre sûreté personnelle (1), et précède les sûretés réelles du nantissement, et des privilèges et hypothèques.

La contrainte par corps étant une sûreté, nos questions vont se résoudre, sinon avec plus de facilité, au moins avec plus d'équité que dans le système qui précède. Ainsi d'abord, si nous supposons une loi qui établisse la contrainte pour un cas nouveau, ou en prolonge le délai, nous dirons que le créancier antérieur n'ayant pas compté sur cette garantie en contractant, ne peut prétendre s'en prévaloir; en même temps que de son côté le débiteur a compté conserver la liberté, et peut soutenir qu'il n'aurait pas contracté si la dette avait dû l'exposer à la perdre. Et ces conséquences sont conformes à la théorie générale des sûretés et garanties personnelles, aussi bien qu'elles sont conformes à l'équité; en effet, comme nous l'avons vu précédemment, une loi nouvelle ne pourrait imposer à un débiteur l'obligation de fournir caution pour une dette qui avait été contractée avant l'établissement de cette nécessité.

Le système que nous soutenons n'a pas, en général, l'appui de la jurisprudence; la Cour de cassa-

(1) Le titre de la *Transaction*, il est vrai, la sépare du *Cautionnement*; mais si la transaction n'est pas une sûreté, elle n'est pas non plus une voie d'exécution, elle n'est donc à sa place dans aucun système.

tion a décidé que la loi du 10 septembre 1807, qui règle la contrainte par corps pour les étrangers, s'appliquait aux dettes antérieures à sa promulgation. Mais plusieurs lois antérieures disposaient formellement dans notre sens. Ainsi : 1° la loi du 24 ventôse an v, qui rétablit la contrainte par corps supprimée en 1793, porte formellement dans son article 2 : « que les obligations qui *seront* contractées *postérieurement* à la publication de la présente loi . . . . . seront assujetties à la contrainte par corps ; » 2° la loi du 4 floréal an vi, établissant pour la première fois la contrainte par corps contre les étrangers, parle seulement des engagements que tout étranger *contractera* ; 3° la loi même du 10 septembre 1807, et celle plus récente du 17 avril 1832, portent : « tout jugement qui *interviendra* ; » seulement elles ne distinguent pas s'il faut aussi une dette postérieure.

Si maintenant nous supposons une loi qui vienne, en sens inverse, supprimer ou abroger la contrainte par corps, faut-il dire qu'elle produira immédiatement son effet ? Il semble que notre principe doive nous conduire à la solution négative : 1° parce que le créancier a compté sur une sûreté que la loi lui avait accordée, ou que peut-être même il avait stipulée (dans les cas où cette stipulation est permise) ; 2° parce que le débiteur, en sens inverse, n'a pas compté conserver sa liberté

au cas d'inexécution; cependant nous pensons que le créancier peut perdre sa sûreté et que le débiteur acquerra ainsi un bénéfice inespéré. Le créancier, selon nous, n'a dû compter sur son droit à la contrainte qu'autant que ce moyen serait considéré par la loi comme utile ou efficace; en effet, à la différence des autres sûretés tant réelles que personnelles, la contrainte n'est qu'un moyen indirect pour le créancier d'arriver à son paiement; elle peut déterminer le débiteur ou ses parents à des sacrifices exceptionnels, ou vaincre une résistance peut-être blâmable de sa part; or, dès que le législateur considère que le mal de l'emprisonnement est plus considérable pour le débiteur que ne l'est pour le créancier celui du non-paiement, dès que le législateur croit que la liberté de l'homme, même en faute, est plus précieuse à la société que l'accomplissement régulier des obligations; ou surtout dès qu'il doute que la rigueur du moyen soit de nature à atteindre le but légitime qu'il se proposait, il n'y a plus lieu de maintenir le moyen, et le créancier doit se contenter des sûretés qui lui restent. C'est ainsi, et personne ne le conteste que, si le débiteur devient fou et par suite hors d'état de satisfaire lui-même à son obligation, il doit être élargi; de même encore quand il est en faillite déclarée, comme il n'a plus

la liberté de disposer de ses biens, la contrainte n'a plus d'objet et il peut être élargi.

Notre solution trouve ici encore sa consécration dans diverses lois. Ainsi, 1° la loi du 9 mars 1793, qui a aboli la contrainte par corps, ordonne l'élargissement immédiat des débiteurs; 2° la loi de 1832 a ordonné, dans ses dispositions transitoires, que les débiteurs qui avaient déjà subi un emprisonnement égal à la durée dès lors réduite de la contrainte seraient élargis; à plus forte raison, cet élargissement devait-il être accordé à ceux qui n'arriveraient au nouveau délai qu'après la promulgation du décret du 9 mars 1848 qui a suspendu la contrainte par corps, jusqu'à ce qu'une loi nouvelle intervint, et s'est également appliqué aux détenus actuels. Il est à remarquer, du reste, que la loi du 13 décembre 1848, en abrogeant ce décret et en rétablissant la contrainte par corps, porte dans son art. 14 que les dettes contractées *postérieurement* au décret du 9 mars entraîneront contrainte par corps, lorsque l'ancienne loi, comme la nouvelle, y attache cette rigueur, et de cette façon a paru avoir l'effet rétroactif que nos combattons. Mais il ne faut pas perdre de vue que la contrainte fut plutôt suspendue que supprimée par le décret du 9 mars, et que les débiteurs devaient toujours la prévoir et la craindre.

## 2. Des sûretés réelles.

Avant d'examiner l'effet de la loi nouvelle, par rapport aux sûretés réelles spéciales, nous devons dire quelques mots du gage général qui appartient à tout créancier sur les biens présents et à venir de son débiteur.

1. *Du gage général.* — En principe, tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers; il y a, par exception, certains biens insaisissables; tels sont les biens dotaux, les rentes sur l'État, les aliments, etc. Une loi nouvelle qui augmenterait ou diminuerait les biens insaisissables s'appliquerait-elle aux obligations déjà formées? Sur le premier point, nous pensons que la loi nouvelle est applicable et que le gage du créancier sera déterminé par l'insaisissabilité, car, par cela même que le gage du créancier est général, il est susceptible de diminution indéfinie, et si le débiteur lui-même peut valablement diminuer le gage de son créancier par des aliénations faites sans fraude, cela prouve qu'il n'y a pas droit acquis pour le créancier et à plus forte raison le législateur peut faire ce qui est permis au débiteur lui-même, l'adversaire-né du créancier.

Cette solution étant, comme on le voit, basée sur la nature du gage général, cesse de s'appliquer

lorsque le gage est spécial, par suite de nantissement, d'hypothèque ou de privilège. Dans ces cas, en effet, le créancier a compté sur une sûreté déterminée, sans laquelle, le plus souvent, il n'aurait pas contracté ; elle ne peut donc lui être enlevée par le législateur ; comme elle ne pourrait non plus l'être par le débiteur.

Mais le second point, celui où la loi supprimerait certains cas d'insaisissabilité, est plus délicat. Le raisonnement qui précède sur la généralité du gage semblerait mener au même résultat, à savoir, l'application immédiate de la loi nouvelle ; ainsi, par exemple, si une loi venait décider que certains biens dotaux seraient saisissables pour toute dette légitime de la femme, ou que tous les biens dotaux seraient insaisissables pour certaines dettes, on pourrait croire que la saisie deviendra possible même pour les biens dotaux constitués antérieurement et pour des dettes également antérieures. Mais cette solution nous paraît devoir être rejetée ; il ne faut pas perdre de vue que la constitution de dot, soit par la femme, soit par des tiers, a été faite en vue du régime légal auquel devait être soumise la dot. L'insaisissabilité a été assurément prise en considération par les constituants, comme une garantie pour la femme, les enfants et la famille, contre certaines éventualités ruineuses.

Il en serait de même, selon nous, pour les rentes

sur l'Etat acquises antérieurement à la loi qui viendrait les déclarer saisissables ; elles conserveraient le caractère d'insaisissabilité par rapport aux dettes antérieures à la loi nouvelle. Il est certain qu'au premier abord on est choqué de voir un débiteur pouvant impunément refuser de payer des dettes exigibles et conserver des rentes considérables, hors de l'atteinte de ses créanciers ; mais ce résultat, qui heurte l'équité, se présentait sous la loi précédente, et cependant il était accepté, sous prétexte du crédit public ; notre résolution n'est que la prolongation de l'effet de la loi antérieure. D'ailleurs, le mal serait déjà bien moindre tant pour les rentes que pour les biens dotaux, puisque les dettes nouvelles pourraient amener la saisie desdits biens et rentes.

II. *Du gage spécial et de l'antichrèse.* — Le nantissement mobilier ou immobilier conférant un privilège conventionnel ou contractuel, il semble qu'il ne puisse recevoir d'une loi postérieure à sa formation aucune diminution ou augmentation. Cette proposition, cependant, nous semble exagérée. Sans doute, le droit du créancier gagiste ou antichrésiste ne peut être diminué par une loi nouvelle, mais en est-il de même de l'augmentation ? Nous ne le pensons pas. En effet, en regard de toute augmentation de droit pour une partie, il faut voir s'il y a préjudice pour l'autre et quelle

est l'étendue et la nature de ce préjudice ; or, ici d'abord, la partie adverse du créancier n'est pas le débiteur, auquel le nantissement ne cause aucun préjudice (puisque'il faut toujours qu'il paie, et intégralement) ; la partie adverse, c'est la masse des autres créanciers dont le gage général diminue en raison de l'augmentation du gage spécial de tel ou tel créancier en particulier ; et nous avons vu plus haut que le gage général, à cause de sa généralité même, est susceptible d'augmentation ou de diminution indéfinie, pourvu que l'augmentation ne soit pas procurée avec les deniers d'un tiers, et que la diminution ne soit pas faite en fraude des créanciers ; or, ici, aucune de ces restrictions au principe ne se présente.

Comme application de ce qui précède, nous supposerons qu'une loi nouvelle étende le gage tacite prévu par l'art. 2082, au cas d'une dette contractée même antérieurement à celle qui a donné naissance au gage ; cette loi s'appliquerait immédiatement, car la masse n'éprouverait pas plus de préjudice dans ce cas que si le débiteur donnait lui-même une sûreté nouvelle à son créancier, ou, par une convention spéciale et expresse, accordait le gage même que l'art. 2082 n'accordait pas et que nous supposons l'objet d'une loi nouvelle.

Les solutions qui précèdent s'appliquent à l'an-

tichrèse, qui est une sûreté de la même nature que le gage.

III. *Droit de rétention.* — Le droit de rétention consiste dans la faculté pour le créancier de conserver la possession d'un objet mobilier ou immobilier appartenant à son débiteur et à l'occasion duquel est née sa créance; il a de l'analogie avec le nantissement, car le créancier rétenteur paralyse l'action des autres, tant qu'il n'est pas payé, et il les amène ainsi le plus souvent à le désintéresser.

La loi a fait plusieurs applications formelles du droit de rétention dans le Code Napoléon; ainsi, il est établi au profit du propriétaire exproprié pour cause d'utilité publique (art. 545), de l'héritier tenu du rapport (art. 867), du vendeur sans terme (art. 1612), de l'acheteur à réméré (art. 1673), du fermier dans un cas particulier (art. 1749), du dépositaire (art. 1948), des créanciers gagistes (art. 2082). Mais la loi n'en a pas fait un principe général en faveur de tout individu qui se trouve créancier à raison d'une chose qu'il détient; et la question de savoir s'il faut le suppléer dans la loi est l'objet d'une assez vive controverse, dont l'examen ne rentre pas du reste dans l'objet de notre travail.

Mais en admettant, ce qui nous paraît l'opinion la plus juste, que le droit de rétention, ayant un

caractère de privilège, ne puisse être étendu par analogie d'un cas prévu à un autre non prévu; si nous supposons qu'une loi nouvelle vienne faire ce qui n'est pas permis à l'interprétation judiciaire, accorde, par exemple, le bénéfice de la rétention au commodataire, la loi nouvelle s'appliquera-t-elle aux commodats antérieurs, et surtout à l'encontre des créances déjà nées au profit des tiers?

Notre solution pour le gage tacite entraîne naturellement celle-ci : les créanciers chirographaires ne pourraient se plaindre avec une suffisante raison de la cause de préférence créée contre eux, et comme nous l'avons dit, cette sûreté, par cela même qu'elle est générale, est susceptible de restrictions autant que d'augmentations indéfinies.

IV. *Des privilèges et hypothèques.* — Ces dernières sûretés réelles nous présentent, comme les précédentes, le principe normal que toute garantie dûment acquise ne peut être enlevée ou diminuée par une loi nouvelle; mais, à la différence de ce qui précède, nous verrons que le créancier privilégié ou hypothécaire ne peut voir ses droits augmenter par une nouvelle loi.

Nous trouverons encore ici quelque chose de spécial, ce sont les règles relatives à la conservation des droits de privilège ou d'hypothèque. Et d'abord occupons-nous du fond.

Une loi ne pourrait ni enlever à un créancier son rang de privilège ou d'hypothèque, ni diminuer les biens grevés des mêmes droits à son profit. Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, la femme avait hypothèque du jour de son mariage sur les biens de son mari non-seulement pour sa dot et ses conventions matrimoniales, mais encore pour les autres créances qu'elle pouvait avoir contre lui; or, après la publication de l'art. 2135 du Code Napoléon, qui assigne différentes dates à l'hypothèque de la femme, celle-ci a conservé le droit d'être colloquée à la date du mariage, même pour les reprises et indemnités à elle dues pour aliénations faites ou dettes contractées pour son mari pendant le mariage, encore que la liquidation de ses droits et la collocation n'aient lieu que sur le Code Napoléon. Mais la question peut faire doute, et un doute sérieux, à l'égard des dettes contractées postérieurement à la promulgation de l'art. 2135, et toujours par une femme mariée avant le Code.

La grande majorité des auteurs, et des plus considérables, est d'avis que la loi ancienne reste applicable aux créances résultant d'aliénations non suivies de remploi et d'obligations contractées par le mari, même après le Code Napoléon; on soutient que la femme a trouvé dans l'ancienne législation une protection contre l'abus de l'autorité maritale, et qu'elle doit la conserver jusqu'à

la dissolution du mariage. Nous regrettons de nous séparer de MM. Demolombe (1), Troplong (2), Aubry et Rau (3), et nous nous rattachons à l'opinion contraire de Grenier, que nous tâcherons de fortifier par la réfutation de la principale objection qu'on lui a faite.

Ainsi, d'abord nos adversaires disent que les créances dont il s'agit, bien que nées sous le Code Napoléon, ne sont que la réalisation de l'une des conséquences déterminées d'avance par un contrat antérieur et irrévocable (4); » mais si cette raison, assez obscure d'ailleurs, signifie qu'il y a là l'accomplissement d'une condition prévue par le contrat, nous nions cette assertion : la femme, en effet, n'a pas un droit conditionnel, si faible même, si éventuel qu'on veuille le supposer, aux créances qui naîtront pour elle de l'aliénation ultérieure d'un bien sans emploi, ou du prêt qu'elle fera à son mari ; sa créance n'est pas plus conditionnelle que ne l'est pour toute autre personne la créance d'un prêt futur. Or, comme il dépend d'elle de vendre ou de ne pas vendre, de prêter ou de ne pas prêter à son mari, il ne lui est pas possible, lorsqu'elle aura réalisé ces con-

(1) Ouvrage déjà cité, I, 60,

(2) *Traité des hypoth.*, II, § 630.

(3) *Cours de Code civil*, I, p. 65.

(4) M. Demolombe, *loc. cit.*

trats, de se plaindre de n'avoir pas un rang désormais proscrit par la loi nouvelle. On objecte à cette opinion que, s'il s'agit pour la femme d'une succession à elle échue, ou d'une donation à elle faite sous le Code Napoléon, il faut bien lui laisser le bénéfice de l'ancienne loi (ce qu'admet parfaitement Grenier), et on prétend le voir en contradiction avec lui-même; on pourrait même rendre la contradiction plus frappante au premier abord, et surtout plus embarrassante, en ajoutant que la succession et la donation ne sont acquises à la femme que par son acceptation, c'est-à-dire par un acte qui n'est pas moins potestatif et personnel que la vente ou le prêt susdits; l'objection nous paraît cependant tomber immédiatement devant cette simple considération, que la femme ne pourrait refuser la succession ou la donation sans un préjudice évident et qui serait encore pire que la perte de son rang d'hypothèque; il n'y a donc aucune comparaison à faire entre le refus de pareils avantages arrivant gratuitement à la femme, et l'abstention où elle serait réduite de vendre ou de prêter à son mari.

Que si on insistait en disant que la femme n'est pas moralement libre de refuser à son mari l'aliénation ou le prêt qui, peut-être, lui sont nécessaires, nous répondrions encore que, si la protection que la loi donne à la femme en cette matière

était dans le rang autant que dans l'hypothèque elle-même, le Code Napoléon serait fort à blâmer d'avoir aussi enlevé à la femme un rang que l'ancien droit lui avait cru nécessaire. Heureusement il n'en est rien. Si la femme, par faiblesse ou affection, aliène un bien pour en prêter le prix au mari, elle est suffisamment garantie par l'hypothèque concomitante à la naissance de la créance. Ajoutons que cette influence sous laquelle on croit la femme placée vis à vis son mari, se rattache à la théorie générale de son incapacité, où nous avons établi (et, en cela, nous nous sommes trouvé d'accord avec nos adversaires) que les lois nouvelles sur l'incapacité s'appliqueront immédiatement; donc la conclusion est encore pour nous.

Mais voici une autre question qui donne plus d'intérêt au respect des droits acquis en matière d'hypothèque. L'art. 2161 du Code Napoléon décide que le débiteur peut demander la radiation des inscriptions prises par le créancier, qui aurait le droit d'en prendre sur tous les biens présents et à venir du débiteur, et que le débiteur peut demander que l'hypothèque ou le privilège du créancier soit porté sur les biens jugés suffisants à la sûreté des droits du créancier; cet article ne s'appliquera pas aux hypothèques générales antérieures. Car cette hypothèque antérieure, d'après

la loi de l'époque où elle a pris naissance, portait sur tous les immeubles du débiteur ; elle était générale : cette généralité de l'hypothèque était entrée du reste pour quelque chose dans la convention des parties ; car le créancier n'eût pas contracté, s'il n'eût été sûr de conserver son hypothèque avec l'étendue que lui accordait l'ancienne loi. Il y a droit acquis ; donc l'art. 2161 ne doit pas s'appliquer aux hypothèques antérieures à sa promulgation.

Prenons un dernier exemple de restriction à l'hypothèque. L'art. 2130 déroge à la règle de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle en permettant, au cas d'insuffisance des biens présents, d'hypothéquer les biens à venir, en ce sens qu'ils seraient affectés à la sûreté du créancier, à *mesure des acquisitions*. Soit une loi qui abroge cette disposition : s'appliquera-t-elle aux biens acquis par le débiteur postérieurement à sa promulgation ? La raison de douter, c'est que les biens, n'étant pas encore dans le patrimoine au moment de la publication de la loi, ne semblent pas avoir été placés sous l'empire de l'ancienne loi, et que l'hypothèque n'a pas pu précéder l'acquisition ; néanmoins nous n'hésitons pas à croire que ces biens seront affectés du droit du créancier, car autrement il faudrait dire que toute hypothèque générale, soit légale, soit judiciaire, perdrait sa

généralité, par l'effet d'une loi nouvelle, ce que personne ne pourrait soutenir. Le droit du créancier est conditionnel, et les droits conditionnels sont tout aussi bien des droits acquis, au point de vue qui nous occupe, que le sont les droits purs et simples ou à terme.

Nous avons supposé jusqu'ici une loi nouvelle venant restreindre le droit d'hypothèque ; voyons maintenant le cas d'une loi qui étendrait le droit hypothécaire d'un créancier. Déjà, à l'occasion du droit de gage, nous avons soutenu que l'extension donnée aux avantages du créancier pouvait être appliquée immédiatement sans être considérée comme préjudiciant aux droits des autres créanciers ; les motifs que nous avons proposés pour cette solution ne se rencontrent pas ici ; il est clair que si les droits d'un créancier hypothécaire inscrit au premier rang sur un immeuble sont étendus, ce sera au préjudice direct de celui qui le suit et ainsi des autres ; l'affectation d'un immeuble par hypothèque, à la différence du nantissement mobilier, peut intéresser plusieurs créanciers, et les droits respectifs de chacun sont incommutables, une fois qu'ils sont déterminés par le rang.

Supposons, par exemple, qu'une loi nouvelle, modifiant l'art. 2151, vienne porter à cinq années les intérêts pour lesquels un créancier peut être

colloqué au même rang que pour le capital, cette loi ne pourrait être appliquée à un créancier au préjudice de ceux déjà inscrits au second rang ou au-delà.

**Appendice.** — *Inscription et transcription.*

La matière des privilèges et hypothèques nous présente encore un objet intéressant à examiner au point de vue de nos principes : il s'agit des conditions et des formes prescrites pour la conservation du droit hypothécaire, en d'autres termes, de l'inscription et de la transcription.

A. *Inscription.* — En général les privilèges et l'hypothèque ne sont opposables aux tiers qu'autant qu'ils sont rendus publics par l'inscription. Mais quelques-uns de ces droits en sont dispensés; nous citerons comme exemples, pour les privilèges, ceux de l'art. 2101, et, pour les hypothèques, celle de la femme mariée et du mineur.

Nous supposerons maintenant une loi nouvelle venant établir la nécessité de l'inscription dans une cas où elle n'est pas requise, ou la supprimer dans le cas inverse.

1<sup>er</sup> cas. Une loi imposerait à la femme mariée et créancière de son mari l'obligation d'inscrire son hypothèque et en fixerait le rang par la date de l'inscription : nous pensons que cette loi attein-

drait les créances déjà nées. La conservation des droits, en effet, comme leur exercice, peuvent être soumis par le législateur à certaines conditions qu'il peut regarder comme simples et faciles, et qui sont infiniment moins onéreuses à celui à qui elles sont imposées que leur omission ne serait nuisible au bien public. Dans notre espèce, il serait bien facile à la femme de prendre une inscription, et à, son défaut, l'inscription pourrait être prise par le mari, le ministère public ou les parents et amis de la femme. Mais il faudrait que la loi nouvelle, sous peine de dépouiller la femme immédiatement (ce qui serait une flagrante iniquité), lui donnât un délai à partir de sa promulgation, pour prendre inscription à raison des créances antérieures; les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII contenaient des dispositions de cette nature et soumettaient à l'inscription dans les trois mois de leur promulgation les hypothèques jusque-là non inscrites.

Nous verrons bientôt que la loi du 23 mars 1855 a également donné un délai d'un an pour l'inscription de l'hypothèque de la femme, dans les cas où elle est rendue exigible par cette nouvelle loi.

En suivant les mêmes principes, nous déciderons encore que l'art. 2111 du Code Napoléon qui, pour la conservation du droit de séparation

des patrimoines, soumet les créanciers et les légataires à prendre inscription hypothécaire dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, s'est appliqué aux créanciers et légataires des successions ouvertes avant la publication du Code Napoléon. Mais comme l'art. 2111 ne contient aucune disposition transitoire, et qu'il est impossible d'admettre que la loi ait voulu réduire les créanciers à un délai moindre de six mois pour les successions déjà ouvertes, ou même les frapper d'une déchéance immédiate, si la succession était ouverte depuis plus de six mois, nous pensons que le délai de six mois n'a pu courir qu'à partir de la promulgation même du Code, et non de l'ouverture des successions.

2<sup>e</sup> cas. — Une loi nouvelle vient au contraire supprimer la nécessité de l'inscription; ici une distinction est à faire: ou la créance désormais affranchie d'inscription était déjà primée par d'autres créances régulièrement acquises et conservées suivant la loi antérieure, ou, au contraire, elle est suivie de créances postérieures à la loi nouvelle et non dispensées elles-mêmes d'inscription, la loi nouvelle recevra son application immédiatement; sans rétroactivité, il est vrai, contre les premières créances, mais au préjudice des dernières: en effet, les nouveaux créanciers ne peuvent pas plus se plaindre que des créances

antérieures à la nouvelle et restées occultes leur soient opposées, qu'ils ne se plaindraient de créances postérieures à cette loi et occultes également, du moment que la date du titre est antérieure à leur inscription. Un exemple fera mieux comprendre cette délicate solution. Supposons qu'une loi nouvelle vienne, à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1865, dispenser d'inscription les créances des fils mineurs sur les biens de leur père non tuteur, et que la situation hypothécaire des biens du père soit celle-ci : Primus, créancier inscrit à la date du 1<sup>er</sup> novembre 1864; Secundus, fils de famille, créancier non encore inscrit, en vertu de deux contrats, l'un du 1<sup>er</sup> décembre 1864 (avant la loi nouvelle), l'autre du 1<sup>er</sup> février 1865 (après la loi nouvelle); Tertius, créancier inscrit le 1<sup>er</sup> mars 1865. L'ordre sera celui-ci : Primus occupera le premier rang, parce que la nouvelle loi n'a pu le lui enlever pour le donner au fils; le fils aura le deuxième rang en vertu de la loi nouvelle, et pour ses deux créances, et Tertius sera au dernier rang sans pouvoir alléguer qu'il n'a pas compté être primé par la première créance du fils (laquelle aurait été soumise à l'inscription avant la loi nouvelle), car il n'éprouve aucun dommage de la circonstance que cette créance était restée occulte, puisque, contractée un mois plus tard, et toujours avant la sienne, elle eût pu avoir

ce même caractère sans qu'il eût à s'en plaindre.

B. *Transcription* (loi du 23 mars 1855). — La législation française a beaucoup varié sur cette matière : la loi du 11 brumaire an VII, le Code Napoléon, le Code de procédure (art. 834), et la loi du 23 mars 1855 ont successivement restreint, étendu et, de nouveau, restreint l'effet des conventions à l'égard de la translation de propriété.

Les questions de rétroactivité ont à chacune de ces modifications législatives repris de l'importance, et bien qu'aujourd'hui il se soit déjà écoulé un temps assez long pour que les questions transitoires puissent sembler épuisées, il n'est pas sans intérêt d'en examiner les principales, en nous bornant à la loi de 1855 : elles nous révéleront la nature même de la transcription.

La loi de 1855 contient plusieurs chefs très-différents, quoique se rattachant à un principe commun, la nécessité de rendre publics les droits réels opposables aux tiers.

La disposition principale est de soumettre à la transcription les actes translatifs de propriété immobilière entre-vifs, et les jugements portant résolution ou rescision d'actes translatifs de propriété, avec cette sanction naturelle et forcée que, jusqu'à la transcription, les tiers peuvent acquérir du chef de l'ancien propriétaire des droits réels sur le même immeuble.

La seconde disposition concerne l'impossibilité pour les créanciers de prendre inscription de privilège ou d'hypothèque après l'aliénation transcrite du bien sur lequel ils ont un droit (sauf une double exception en faveur du vendeur et du copartageant). Cette loi contient encore une disposition importante qui lie désormais au privilège le sort de l'action résolutoire du vendeur.

Enfin, elle introduit à l'égard de l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits une innovation remarquable, à savoir : la nécessité de l'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, la majorité ou la levée de l'interdiction.

La loi est terminée par une longue disposition transitoire que nous allons examiner au point de vue des principes.

1° La loi du 23 mars 1855 n'a été exécutoire qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1856, c'est-à-dire neuf mois après sa promulgation; elle aurait pu s'appliquer immédiatement aux actes postérieurs au 23 mars; mais, dans un intérêt d'utilité, et en prévision des difficultés que cette nouvelle législation devait vraisemblablement susciter à raison de sa combinaison avec le Code Napoléon, le législateur paraît avoir voulu en laisser la méditation aux magistrats et aux praticiens; quoi qu'il en soit, ce qui est surtout intéressant à signaler, c'est qu'il n'est

pas un instant venu à l'esprit du législateur de soumettre à la transcription aucun des actes translatifs de propriété antérieurs à la loi, même en accordant un assez long délai transitoire.

M. Troplong (1) ne croit pas qu'il y eût eu dans ce cas rétroactivité, mais il dit : « Qu'il y aurait eu, « sinon de l'injustice, du moins une sévérité fâ- « cheuse à imposer des formalités de consolidation « pour des propriétés incommutablement acqui- « ses; enfin, qu'il eût été plus pénible, de payer « pour conserver, qu'il ne sera pénible dans l'a- « venir, de payer pour acquérir. » Il ajoute enfin, qu'à supposer qu'on ne fit la transcription que pour les actes remontant à trente ans, il n'y aurait pas eu moins de 34,000,000 d'actes à transcrire dans l'espace d'un ou deux ans, c'eût été un revenu considérable pour le trésor, mais une charge incroyable pour la propriété foncière, et une difficulté insurmontable dans l'exécution.

2° La deuxième disposition transitoire soumet à la transcription les jugements portant résolution ou rescision rendus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1856, mais s'appliquant à des actes antérieurs, non transcrits. La circonstance qu'ils n'étaient pas transcrits empêchait qu'on procédât par mention en marge de la transcription, conformément à

(1) *Transcrip. hyp.*, n° 346.

l'art. 4 ; il faudra naturellement une transcription sommaire sans doute, mais au moins spéciale ;

3° Un délai de six mois est accordé aux anciens vendeurs pour inscrire l'action résolutoire lorsque leur privilège est perdu. Ici il semble qu'on puisse critiquer la loi et pour le fond même de la disposition et pour l'inconséquence au moins apparente qu'il y a à soumettre la conservation de l'action résolutoire du vendeur à une formalité nouvelle, quand on n'y a pas soumis son privilège, ni le droit de propriété même de l'acheteur ; mais les deux dispositions se justifient : d'abord le droit de propriété de l'acheteur, étant un droit normal une fois acquis régulièrement, ne pouvait être soumis à une formalité qui eût pu entraîner déchéance ; quant au privilège du vendeur, l'art. 6 le soumet indirectement à la nécessité de la publicité même pour les actes antérieurs, puisque l'aliénation transcrite du bien grevé entraînerait déchéance du privilège non inscrit ; mais l'action résolutoire antérieure à 1856 pouvait persister indéfiniment comme une menace permanente pour les acquéreurs : la loi nouvelle a sagement fait d'en exiger l'inscription ; et elle eût pu sans inconséquence l'exiger aussi pour le privilège des anciens vendeurs, indépendamment de toute aliénation ultérieure du bien grevé, car le privilège, comme l'hypothèque, est un droit anormal, exceptionnel,

dont la conservation peut être toujours entourée de formalités nouvelles.

4° Enfin, en ce qui concerne l'hypothèque légale, la loi veut que les créances des femmes dont le mariage est dissous, des mineurs devenus majeurs, des interdits dont l'interdiction est levée, soient inscrites dans l'année de la publication de la loi. Cette disposition est encore conforme au principe qui soumet la conservation des hypothèques aux conditions des lois nouvelles. Laisser aux hypothèques légales anciennes leur caractère occulte pendant un temps indéfini, c'eût été rendre inutile l'innovation de cette loi.

## CHAPITRE ONZIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE PAR RAPPORT A LA PRESCRIPTION.

La matière de la prescription est encore une de celles qui présentent le plus de difficultés pour l'application de la non-rétroactivité. Cela tient à ce que la nature même de la prescription n'est pas plus à l'abri de la controverse que celle de la contrainte par corps qui nous occupait tout à l'heure; de là la difficulté de savoir où finit la simple espérance ou expectative, et où commence l'attente

légitime ou le droit acquis. Il nous semble donc nécessaire, avant de proposer les diverses hypothèses qui peuvent se présenter en face d'une loi nouvelle, de rechercher quelle est la nature de la prescription, soit acquisitive, soit libératoire.

**§ 1<sup>er</sup>. Nature de la prescription.**

La question qui va nous occuper se réduit à ceci : la prescription est-elle un mode direct d'acquisition ou de libération ? N'est-elle au contraire qu'une présomption légale d'acquisition ou de libération, c'est-à-dire une preuve ?

On comprend que, suivant que l'on adoptera l'une ou l'autre opinion, les solutions devront différer, car nous avons déjà vu que les modes d'extinction des obligations ne sont pas aussi incommutables que le sont les preuves en face d'une loi nouvelle.

Dans la première opinion on invoque trois textes du Code Napoléon, les art. 712, 1234 et 2219 ; le premier, comptant la prescription au nombre des modes d'acquisition, le second l'énumérant parmi les modes d'extinction, le troisième lui reconnaissant les deux caractères suivant les cas.

Dans la seconde opinion on invoque aussi plusieurs textes et, de plus, de puissantes considérations de raison et d'équité ; et, tout d'abord, on

réfute l'argument tiré des trois articles précités, en faisant observer que les rédacteurs du Code, préoccupés avant tout de l'intérêt pratique, ont sans doute voulu mettre en relief le résultat utile de la prescription plutôt que sa nature intime; or, on ne peut nier que la prescription, par cela même qu'elle serait une présomption absolue, c'est-à-dire n'admettant pas la preuve contraire, dispense aussi de toute preuve complémentaire celui qui l'invoque: il s'ensuit qu'extérieurement elle a le même effet qu'un mode d'acquérir et de se libérer.

Comme texte, on invoque l'article 1350 qui, énumérant les présomptions, y fait figurer: « les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. » Il est difficile de voir là autre chose que la prescription, et les efforts que l'on a faits pour appliquer cet article aux servitudes de mitoyenneté (art. 653-654), et à la remise de la dette (art. 1282-1283), nous paraissent bien superflus; comment supposer, en effet, que la loi ait placé au milieu de présomptions absolues et invincibles (*juris et de jure*) des présomptions simples pour la plupart, des présomptions *juris tantum*?

D'autres textes nous paraissent trancher la difficulté; il s'y agit de petites prescriptions, il est vrai, mais elles ne sont pas, au fond, de nature différente des grandes prescriptions; enfin, il s'a-

git de prescription libératoire, mais le débat portant sur les deux prescriptions à la fois, tout argument applicable à l'une s'applique à l'autre.

Or, si nous disons que la prescription d'une dette est fondée sur la probabilité d'acquittement, sur la présomption de paiement, nous avons deux textes : la loi dit dans l'art. 2275 que « ceux auxquels les prescriptions de six mois, un an ou deux ans, seront opposées, peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent sur le point de savoir si la chose a été réellement payée ; » l'art. 189 du Code de commerce permet également la délation de serment sur la réalité du paiement ; l'art. 21 de l'ordonnance du commerce, de 1673, portait déjà que les lettres de change *étaient réputées acquittées* après cinq ans de l'échéance ; or, si la prescription était un mode de libération, le serment lui serait-il opposable ? serait-il même concevable ? Le serment ne doit-il pas être toujours considéré comme une preuve, et ici opposée à une autre ?

Si maintenant nous passons aux considérations d'équité et de raison, nous ne craignons pas d'affirmer que la prescription envisagée comme mode direct de libération ou d'acquisition répugnera à tout honnête homme, car le temps et l'oubli d'un créancier ou d'un propriétaire ne doivent pas suffire à libérer un débiteur ou à faire acquérir à un possesseur le bien d'autrui ; au contraire, si l'on suppose,

ce qui est infiniment plus rationnel, qu'il y a dix, vingt ou trente ans le créancier a reçu le montant de sa créance, ou que le propriétaire a aliéné son bien, mais que le débiteur, dans le premier cas, et l'acquéreur, dans le second, ont perdu leur titre de libération ou d'acquisition, alors la solution satisfait à la fois l'équité et la raison.

Une seule objection reste contre ce système, c'est que si la prescription acquisitive est une présomption d'acquisition, on ne peut comprendre comment la présomption serait plus ou moins forte, suivant que le possesseur a, ou non, un *juste titre*; comment dire qu'on présume que le possesseur de bonne foi a acquis légitimement et perdu son titre, lorsqu'il a besoin, au contraire, d'invoquer un titre, vicieux à la vérité, mais au moins de nature à justifier son erreur et sa bonne foi?

L'objection est très-grave, et nous n'avons pas la satisfaction d'en proposer une réfutation; nous en sommes réduits à craindre que le législateur n'ait pas eu sur ce point un système bien arrêté; il a suivi les errements de l'ancienne jurisprudence sans un examen critique: on a dit au conseil d'Etat que « le possesseur qui a juste titre s'était livré avec confiance à tous les frais d'amélioration. » Le législateur a voulu protéger certains possesseurs, ne s'apercevant peut-être pas que son système pouvait en être altéré.

Nous n'en persistons pas moins dans le dernier système qui a pour lui les meilleurs auteurs et les travaux préparatoires eux-mêmes. M. Bigot-Prémeneu disait, en effet, dans son discours au Corps législatif : « Comment la justice pourra-t-elle lever  
« ce doute? Le fait de la possession n'est pas  
« moins positif que le titre; le titre sans la pos-  
« session ne présente plus le même degré de cer-  
« titude; la possession démentie par le titre perd  
« une partie de sa force; ces deux genres de *preu-  
« ves* rentrent dans la classe des *présomptions*.  
« Mais la présomption favorable au possesseur  
« s'accroît par le temps, en raison de ce que *la*  
« *présomption* qui naît du titre diminue. Cette  
« considération fournit le seul moyen de décider  
« que la raison et l'équité peuvent avouer : ce  
« moyen consiste à n'admettre *la présomption* qui  
« résulte de la possession que quand elle a reçu  
« du temps une force suffisante pour que la pré-  
« somption qui naît du titre ne puisse plus la ba-  
« lancer.

Et plus loin il ajoute : « Alors, la loi elle-même  
« peut *présumer* que celui qui a le titre a voulu  
« perdre, remettre ou aliéner ce qu'il a laissé  
« prescrire. Mais ce sacrifice, exigé pour le bien  
« public, ne rend que plus coupable dans le for  
« intérieur celui qui, ayant usurpé, ou celui qui  
« étant certain que son engagement n'a pas été  
« rempli, abuse de la *présomption légale*. »

Nous trouvons dans un autre discours prononcé par le tribun Goupil-Préfeln, dans la même assemblée, le passage suivant : « La prescription est la « conséquence *de la présomption du titre* de pro-  
« priété ou de libération; elle ne peut exister sans  
« être précédée d'une possession telle que la loi  
« l'exige. »

Ce système a encore l'avantage de se concilier parfaitement avec les causes d'interruption et de suspension admises par la loi; ainsi la suspension résultant du terme cadre très-bien avec l'idée de présomption; car il n'est pas dans les habitudes d'un débiteur de payer avant le terme; ainsi encore le commandement, n'empêchant pas le temps de courir, ne devrait pas interrompre la prescription si elle était un mode de libération résultant du seul laps de temps; au contraire, elle détruit tout à la fois la présomption de paiement comme celle de remise de dette; mais nous ne pouvons entrer dans de plus longs développements.

Voyons maintenant quel va être le caractère de la prescription au point de vue de nos questions. Quand sera-t-elle un droit acquis, quand une attente légitime, et quand une simple expectative? Il serait difficile que tout le monde ne fût pas d'accord sur ce que la prescription *acquise* (c'est-à-dire dont tout le temps est écoulé et dont toutes les conditions sont remplies) con-

stitue un droit acquis, à l'aide de la loi nouvelle, avant même qu'elle soit invoquée soit en justice, soit extrajudiciairement.

Réciproquement, il n'y a point de doute possible à l'application entière de la loi nouvelle quand les éléments de la prescription n'ont pas d'existence avant cette loi.

Le doute ne se présente que lorsque le temps de la prescription est simplement commencé au moment de l'apparition de la loi nouvelle; c'est alors qu'on se demande si le débiteur ou le possesseur a déjà, sinon un droit acquis (ce qui serait insoutenable), au moins une attente légitime qui ne pourrait pas lui être enlevée sans injustice. Les partisans du système qui fait de la prescription un moyen d'acquisition ou de libération ne verront dans la prescription commencée qu'une simple expectative, incessamment sujette aux variations de la loi. Ceux qui adoptent le second système soutiennent qu'une preuve même encore incomplète est déjà une attente légitime, et c'est cet avis que nous allons soutenir.

La théorie générale de la preuve appliquée à la prescription doit tenir compte aussi de l'intérêt du créancier ou du propriétaire contre lequel court la prescription; il ne faudrait pas que la loi nouvelle aggravât non plus sa position en améliorant celle du prescrivait; il ne faudrait pas que celui qui

s'est vu devant lui un certain temps pour agir, fût surpris inopinément par une déchéance qu'il n'avait pu prévoir. Ces considérations vont, ce nous semble, faciliter grandement la solution des questions annoncées.

Négligeant désormais les deux premières hypothèses qui n'ont rien d'embarrassant, nous en examinerons deux autres, susceptibles chacune d'une portée plus ou moins étendue. Dans l'une, la loi nouvelle prolonge le délai de la prescription commencée, ou même la supprime; dans l'autre, elle établit la prescription ou en abrège le délai.

Il nous restera ensuite à examiner le cas où la loi nouvelle supprime des causes de suspension ou des modes d'interruption, et le cas où elle en établit de nouveaux.

**§ 2. Des modifications dans la durée ou dans l'existence de la prescription.**

I. Supposons d'abord une loi défavorable au possesseur ou au débiteur et, par suite, venant augmenter le délai de la prescription ou la supprimer entièrement.

A. *Augmentation de délai.* — Le plus grand nombre des auteurs est d'avis que le nouveau délai doit s'appliquer immédiatement et profiter au propriétaire ou au créancier contre lequel la prescrip-

tion est commencée. D'abord ceux qui regardent la prescription comme un mode d'acquisition ne pourraient donner une autre solution, parce que l'acquisition pour eux n'est et ne peut être un droit que par l'expiration du temps fixé. Mais, même ceux qui la considèrent comme une présomption ou une preuve, et qui donnent la même décision, y sont, sans doute, amenés par ce motif qu'une preuve, n'étant pas susceptible d'occuper un trait de temps, ne peut également constituer un droit qu'au jour où on peut l'invoquer, et que, jusque-là, elle serait soumise à la volonté du législateur.

Nous nions cette conclusion : d'abord, si la prescription est la seule preuve qui occupe un trait de temps, c'est une raison pour ne pas la soumettre absolument au droit commun des preuves. D'ailleurs, si cette preuve met un certain temps à s'accomplir, pourquoi donnerait-on moins d'importance aux premières phases de son existence qu'à la dernière ? et s'il nous est permis de prendre une comparaison dans une matière de droit bien éloignée : l'enfant conçu n'a-t-il pas déjà des droits acquis, bien qu'éloignés de ceux de l'enfant déjà né ? Mais nous allons plus loin, et nous disons que la prescription n'est pas la seule preuve qui trouve son complément dans le temps : ainsi, le titre ré-cognitif ne peut remplacer le titre primordial que s'il en reproduit la teneur. Mais s'il y a plusieurs

reconnaisances conformes soutenues de la possession, dont l'une avait trente ans de date, le titre primordial pourra n'être plus représenté (art. 1337); de même les copies des titres, quand elles n'ont pas été tirées du consentement des parties intéressées, ou par l'autorité du magistrat, ne remplacent pas le titre lui-même, à moins qu'elles n'aient trente ans de date; ainsi, voilà deux autres cas dans lesquels le temps complète la force probante d'un acte, faudrait-il dire qu'en pareil cas la loi nouvelle pourrait prolonger le délai exigé par la loi, et que celui qui était sur le point d'avoir une preuve valable et parfaite de sa prétention, est exposé à la voir retardée indéfiniment ou peut-être supprimée? Cela nous semble impossible.

On a fait une dernière objection : le possesseur ou le débiteur ne pouvait avoir une attente légitime, puisqu'il était exposé à chaque instant à ce que le propriétaire ou le créancier le privât du bénéfice de la prescription par une revendication ou une action en paiement; il n'avait qu'une fugitive espérance, une faible expectative; donc, la loi nouvelle pourrait aussi l'atteindre à chaque instant. Nous répondons que ce n'est pas parce que le possesseur court un premier danger qu'il faut l'exposer à un second. Ainsi, soutiendra-t-on que, dans le cas d'une créance conditionnelle, la loi nouvelle pourrait, *pendente conditione*, modifier

le droit du créancier, sous le prétexte que la condition pourrait faire défaut? Non évidemment : le créancier conditionnel est dans une attente légitime ; son droit est éventuel, mais sa fragilité ne peut être aggravée par la loi : il en est de même de celui qui prescrit.

Il est temps maintenant d'indiquer la solution du Code français ; l'art. 2281 est formel dans notre sens, au moins dans son premier alinéa, contenant le principe. « Les prescriptions commencées, dit-il, à l'époque de la publication du présent titre, seront réglées conformément aux lois anciennes. » Cette disposition, à laquelle les partisans de l'opinion contraire sont bien forcés de se soumettre, est regardée par eux comme contraire à la raison ; mais, pour nous, elle est la seule juste et juridique, et nous citons avec plaisir à ce sujet les paroles de M. Bigot-Préameneu, qui éloignait d'avance de la loi tout reproche de rétroactivité, en ces termes : « Il est nécessaire, disait-il, de prévoir qu'au moment où ce titre du Code aura force de loi, des prescriptions de tout genre seront commencées. C'est surtout en matière de propriété que l'on doit éviter tout effet rétroactif ; le droit éventuel, résultant d'une prescription commencée, ne peut pas dépendre à la fois de deux lois, de la loi ancienne et du nouveau Code. Or, il suffit qu'un droit éventuel soit attaché à la prescription,

« pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne  
« loi et pour que le nouveau Code ne puisse pas  
« régler ce qui lui est antérieur. »

Mais, pour être logique, M. Bigot-Préameneu ne devait pas laisser insérer, dans l'art. 2281, le deuxième alinéa, ainsi conçu : « Néanmoins, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans, à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans. » C'est la seule disposition que nos adversaires trouvent conforme aux principes et à laquelle nous-même reprochons le défaut contraire, en même temps que celui d'être en désaccord avec les prémisses posées. Mais nous ne regrettons pas sérieusement que le Code ait réduit à trente ans les prescriptions plus longues, parce que véritablement ce délai suffisait au créancier ou au propriétaire même les plus négligents *ad exquirendas res suas*.

B. *Suppression de la prescription.* — Supposons maintenant que la loi nouvelle déclare imprescriptibles certains droits ou certains biens qui jusque-là étaient soumis à la prescription : par exemple, les biens des absents ou les propres de la femme commune en biens. Le possesseur de ces biens, dont la possession aura commencé avant la loi nouvelle, sera-t-il privé de la prescription ? Pour nous, la négative est commandée par les raisons

qui précèdent et par le texte de l'art. 2281.

Le possesseur d'un bien appartenant à l'absent ou à la femme, et acquis de bonne foi *a non domino*, a pu découvrir le vice de son titre dans le cours de sa possession ; il avait cependant payé son prix ; il lui était difficile, peut-être impossible, de le recouvrer par voie d'action en garantie ; la loi moderne reproduisant l'ancienne maxime romaine : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem*, lui conservait le bénéfice de l'usucapion par dix ou vingt ans (art. 2269). Mais, sans aller chercher dans l'avenir un exemple de prohibition d'une prescription jusque-là permise, nous n'avons qu'à prendre l'art. 691 qui prohibe la prescription des servitudes discontinues. Au moment où le Code a été rédigé, les servitudes discontinues pouvaient s'établir de deux manières : par possession immémoriale, sans titre, dans quelques coutumes, et par la possession de dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi, dans le plus grand nombre. Le Code supprime ces deux prescriptions ; il déclare même spécialement que la possession *immémoriale* ne suffit plus pour l'avenir, mais il respecte les servitudes *déjà acquises* par la possession ; a-t-il entendu, dans ce cas, ne respecter aussi les prescriptions de dix ou vingt ans que si elles *sont acquises*, ou bien cette rigueur ne concerne-t-elle que la possession immémoriale ? C'est

à ce dernier avis que nous nous rattachons. Le possesseur sans titre qui avait besoin d'une possession immémoriale, souvent plus que centenaire, ne pouvait, sous le Code, alléguer une attente légitime; l'origine de la possession échappait le plus souvent au témoignage de l'homme à raison même de sa durée; une telle prescription était donc sujette à trop d'incertitude pour que le possesseur pût prétendre conserver le bénéfice de l'ancienne loi. Au contraire, le possesseur auquel il ne fallait qu'un temps assez court (dix ou vingt ans) avait cette attente légitime, il touchait au droit acquis, et une loi nouvelle, qui viendrait le dépouiller indéfiniment de la possibilité de prescrire, serait évidemment rétroactive. Cette solution extrême, qui suffirait à ruiner le système que nous combattons, constituerait d'ailleurs l'art. 691 en contradiction flagrante avec l'art. 2281.

II. — Voyons maintenant le cas où la loi abrègerait le délai de la prescription ou établirait une prescriptibilité nouvelle.

A. *Abréviation de délai.* — La difficulté s'était déjà présentée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion des deux ordonnances de 1510 et 1673; la première fixait à cinq années la prescription des arrérages de rentes constituées qui se prescrivait autrefois par 30 ans; et la deuxième décidait que les lettres ou billets de change qui

étaient exigibles pendant trente ans seraient réputés acquittés après cinq ans de cessation de demande et poursuite ; à cette occasion, il s'éleva de nombreuses contestations. On voulait savoir si ces ordonnances s'appliquaient également aux arrérages échus et aux lettres de change et billets créés avant les deux ordonnances, ou si ces derniers ne restaient pas soumis aux anciennes prescriptions. Il fut décidé que les nouvelles prescriptions recevraient à tous égards leur application, et qu'il y aurait prescription pour les arrérages précédents, si le crédi-rentier avait laissé passer cinq ans depuis la publication de l'ordonnance de 1510, sans réclamer les arrérages échus (1). Il fut décidé de même que les billets et lettres cesseraient d'être exigibles après cinq ans (2).

Malgré l'autorité de cette jurisprudence, nous ne pouvons admettre la même décision sous le Code Napoléon ; non-seulement l'art. 2281 s'y oppose, mais encore l'équité. Ici, en effet, c'est l'intérêt du propriétaire ou du créancier qui doit nous préoccuper. Il ne faut pas perdre de vue que si la loi abrège le délai de la prescription, elle domine par là même les avantages du créancier. Il est possible que le créancier, se voyant devant lui un

(1) Théveneau, *Commentaires sur les ordonnances*, Liv. 2, lit. 14.

(2) Savary, *Parère*, 78.

long délai pour agir, ait remis à des temps plus opportuns l'exercice de son action; il peut avoir voulu attendre la présence de témoins éloignés; avoir redouté de mécontenter un parent, soit du débiteur, soit de lui-même; enfin il peut s'être éloigné, comptant n'exercer son action qu'à son retour, et la loi nouvelle viendrait lui enlever le bénéfice du temps et frapper son droit de déchéance à son insu peut-être! Cette solution nous semble inadmissible. M. de Savigny, qui est d'un avis contraire au nôtre sur toute la théorie que nous exposons sur cette hypothèse, fait une distinction qui nous permettrait de nous rapprocher de son opinion, en raison et en législation, mais que l'art. 2281 ne nous semble pas permettre, comme loi positive.

Suivant lui, quand le délai fixé par la loi nouvelle est plus long que celui qui restait à courir, c'est bien l'ancien délai qui sera observé, parce que le prescrivante ne peut trouver un préjudice dans une loi nouvelle établie en sa faveur; mais quand le nouveau délai est plus court que ce qui restait de l'ancien, le prescrivante invoquera la loi nouvelle en se fondant sur cette raison qu'il ne doit pas être moins bien traité que celui qui contracterait désormais une nouvelle dette (1). Certes,

(1) M. de Savigny, *Op. cit.*, t. 8, p. 423.

cette considération vous touche; elle a été admise par les législations prussienne et autrichienne; nous l'aurions même vue sans regret dans la loi française comme tempérament pratique du principe de l'art. 2281, mais seulement lorsque le temps de la nouvelle prescription, même réduite, est encore assez considérable pour ne pas exposer le propriétaire ou le créancier à une surprise. Au surplus, cette exception à la règle absolue du premier alinéa de l'art. 2281 existe : c'est celle portée dans le second alinéa du même article, qui ne permet pas qu'une prescription soumise à l'ancienne loi dure désormais plus de trente ans. Si c'est une inconséquence elle est expliquée, sinon justifiée, par l'intérêt public et le peu de préjudice qu'éprouveraient le créancier et le propriétaire qui conservent encore un si long délai pour agir.

Les auteurs qui blâment et regrettent, comme contraire aux vrais principes, la disposition de l'art. 2281, premier alinéa, examinent si sa disposition s'applique aux prescriptions établies par le Code de commerce, et ils sont forcément amenés à décider qu'elle doit être limitée aux matières réglées par le Code Napoléon. Pour nous, la solution est tout naturellement contraire.

B. *Établissement d'une prescriptibilité nouvelle.*  
— L'article 690 a établi une prescription nouvelle que n'admettait pas l'ancien droit : c'est celle

des servitudes continues et apparentes au profit du possesseur qui n'a ni titre, ni bonne foi. Cette prescription a dû s'appliquer au profit des possesseurs antérieurs au Code Napoléon, par analogie des motifs que nous venons de donner pour la réduction à trente ans des anciens délais qui pouvaient être supérieurs à ce délai. Le propriétaire ne souffrira pas plus de ce danger de prescription que si la possession avait commencé depuis le Code.

Nous terminerons cette difficile matière par l'examen d'une question qui peut se présenter bientôt, si le législateur français défère aux vœux de la pratique.

On sait que les titres aux porteurs, à cause de la généralité des termes des art. 2279 et 2280, se trouvent soumis pendant trois ans à la revendication contre le possesseur de bonne foi, en cas de perte ou de vol. Cette disposition de la loi, que la jurisprudence ne pourrait parvenir à atténuer, peut amener des désastres pour des acheteurs exempts de toute faute, même d'imprudence. Supposons qu'une loi nouvelle déclare que la revendication ne s'appliquera plus aux titres au porteur, lorsqu'ils seront dans les mains d'un possesseur de bonne foi, spécialement s'il n'existe aucune opposition entre les mains de l'Etat ou de la compagnie, suivant les cas; nos articles continueront-ils pourtant à régir les titres perdus ou

volés antérieurement à la promulgation de la nouvelle loi ? Une distinction nous paraît nécessaire. Si le porteur de bonne foi les a acquis antérieurement à la loi nouvelle, il reste exposé à la revendication conformément à l'ancienne loi ; mais si son acquisition est postérieure, il est désormais en sécurité, car il est légalement excusable de son erreur.

Examinons, en effet, le motif qui a fait admettre, et le principe de l'art. 2279, et l'exception qu'il reçoit au cas de vol ou perte.

La règle : « *en fait de meubles la possession vaut titre,* » est fondée sur cette idée que celui-là est en faute qui néglige assez la possession d'un objet à lui appartenant pour laisser occasion à un autre de l'acquérir, et d'en recevoir la tradition des mains d'une personne qui généralement lui paraîtra le propriétaire légitime. Cette présomption de faute est, au contraire, renversée quand il s'agit d'un objet perdu ou volé ; car, d'une part, le propriétaire peut avoir été victime d'un événement de force majeure et, d'autre part, l'acheteur est bien plus imprudent d'avoir traité avec l'inventeur ou le voleur, car ceux-ci devaient avoir une possession plus clandestine et ne devaient pas paraître à ses yeux de légitimes propriétaires. On comprend, du reste, combien souvent ces présomptions sont exposées à être mal fondées, et surtout,

dans le dernier cas, combien l'acheteur peut être excusable; aussi la loi actuelle décide-t-elle déjà que, s'il a acheté d'un marchand vendant des choses pareilles ou en foire, il n'est exposé à la revendication que si le vrai propriétaire lui rembourse le prix d'acquisition. Eh bien, c'est justement là notre raison de décider en sa faveur quand il traitera après une loi nouvelle sur des titres perdus ou volés; d'une part, il se sera cru protégé par la loi dont il aura sans doute observé les dispositions particulières; d'autre part, le vrai propriétaire ne peut pas alléguer qu'il ait compté revendiquer dans les trois ans, car il ne pouvait avoir qu'une faible espérance de découvrir le possesseur de ses titres, et en cela sa position diffère de celle du propriétaire d'un immeuble, ou d'un créancier exposé à la prescription, lesquels sont toujours assurés de pouvoir, dans un temps donné, actionner le possesseur ou le débiteur.

**§ 3. Des modifications aux causes d'interruption ou de suspension.**

Les questions qui se rattachent à ce second paragraphe nous paraissent devoir se résoudre au moyen des principes qui précèdent; cependant nous examinerons séparément l'interruption et la suspension.

1. *Interruption.* — Les modifications de l'interruption de prescription peuvent être de deux natures : 1<sup>o</sup> suppression d'un ancien mode d'interruption, 2<sup>o</sup> création d'un nouveau mode.

A. Supposons qu'une loi nouvelle enlève l'effet interruptif à un acte judiciaire ou extrajudiciaire qui autrefois avait cet effet ; pour connaître l'étendue de son application, il ne faut pas s'attacher à l'époque à laquelle a commencé la prescription qu'il s'agit d'interrompre, mais à l'époque à laquelle ont été faits les actes prétendus interruptifs. La loi nouvelle restera sans effet à l'égard des actes accomplis, mais elle s'appliquera, au contraire, aux actes postérieurs. En effet, le créancier ou le propriétaire qui n'avait pas fait encore les actes dont il s'agit pouvait prétendre se les réserver comme un droit acquis ou même comme une attente légitime, et les scrupules fondés sur des raisons de convenance ou d'opportunité, que nous prenions en considération dans une des questions précédentes pour expliquer l'inaction du créancier, ne seraient ici d'aucune valeur, car un simple acte conservatoire ne présentait aucune difficulté. Enfin, suivant la théorie que nous avons exposée au début et souvent appliquée, les modes d'interruption antérieurs à la loi nouvelle étaient des facultés offertes par la loi qui, n'ayant pas été exercées en temps utile, ont pu être retirées.

Un seul cas peut faire difficulté, c'est celui où le mode d'interruption implique le trait de temps; par exemple, la citation en conciliation qui doit être suivie dans le mois d'une demande en justice. Dans ce cas faut-il que l'interruption soit parfaite avant la loi nouvelle, ou suffit-il qu'elle soit commencée? Nous pensons qu'il suffit qu'elle soit commencée, parce que, en général, tout acte régulièrement commencé peut être valablement achevé; les exemples en sont nombreux dans la loi; il nous suffit de citer l'adoption (art. 360), la séparation de biens (art. 1444), l'exécution des jugements par défaut contre partie (art. 156 du Code de procédure).

Une autre, mais plus difficile application de la règle qui précède serait dans l'interruption naturelle. Aux termes de l'art. 2243 l'interruption naturelle résulte de la dépossession du possesseur pendant un an continu. Supposons que, pendant que le propriétaire a repris possession de son fonds depuis six mois, une loi nouvelle décide qu'à l'avenir l'interruption naturelle exigera deux ans continus; cette loi s'appliquerait-elle à notre hypothèse? Nous ne le pensons pas. Nous croyons que c'est ici le cas d'appliquer une de nos règles relatives à la durée de la prescription même. Le possesseur devait d'après la loi ancienne intenter dans l'année son action en réintégrande; la loi

nouvelle, en reculant à deux ans l'interruption naturelle, donnerait aussi deux ans à l'action en réintégrande; or, le propriétaire et le possesseur ont pu et dû prévoir, chacun dans son intérêt, que l'action à diriger contre la possession interruptive commencée ne durerait qu'un an.

B. Supposons maintenant, et en sens inverse, la création d'un nouveau mode d'interruption. Ici point de difficulté, le possesseur ou le débiteur y sera exposé même pour une possession ou une dette antérieure à la loi nouvelle. Il ne peut alléguer qu'il a compté sur les limites de la loi antérieure en cette matière. Mais si la loi abrège la durée nécessaire de la possession constitutive de l'interruption naturelle, à six mois par exemple, le possesseur, ayant l'action possessoire pendant un an, d'après l'ancienne loi, la conservera pendant ce délai d'après les principes qui précèdent.

II. *Suspension*. — Nous examinerons encore séparément : 1° la suppression d'une cause ancienne de suspension; 2° l'introduction d'une nouvelle.

A. Soit une loi qui prive les mineurs émancipés du bénéfice de la suspension, ou qui en prive les époux séparés de corps et de biens, ou de biens seulement, s'appliquera-t-elle aux mineurs déjà émancipés, ou aux époux déjà séparés? Nous

croions que la solution n'est pas la même pour ces deux personnes, car le mineur pourrait soutenir qu'il avait le droit de n'intenter son action que dans un délai déterminé que lui réservait l'ancienne loi, à savoir, le reste du temps qui manquait pour la prescription, ajouté à celui qui lui manquait pour être majeur. Ainsi, supposons qu'une créance appartenant au père du mineur fût sur le point d'être prescrite, qu'il ne fallût plus qu'un an, par exemple, au moment où elle a été transmise au mineur; le mineur, émancipé à dix-huit ans, a pu compter qu'il lui restait encore quatre ans pour agir; supposons qu'il se trouve engagé, comme soldat ou à un autre titre, dans une expédition quelconque, si on lui appliquait la nouvelle loi, il se trouverait à son tour dépouillé de son droit d'une manière imprévue.

Le danger ne serait pas le même si l'on déclarait que la prescription courra désormais entre époux; en effet, celui des époux que la prescription pourrait dépouiller ne sera pas admis à alléguer qu'il s'était cru un certain temps pour agir; car, le mariage pouvant se dissoudre d'un moment à l'autre par le décès de l'un ou de l'autre, il y a une possibilité continuelle de prescription entre époux.

B. Supposons maintenant une suspension nouvelle établie au profit des absents ou des aliénés;

la loi s'appliquera-t-elle aux possessions commencées antérieurement, ou aux créances déjà exigibles, c'est-à-dire en cours de prescription? La question nous semble la même que celle relative à la prolongation par la loi du temps requis pour prescrire, et le résultat doit être le même. Si l'on appliquait la loi nouvelle aux possessions commencées, le possesseur se verrait ajourné pendant un temps peut-être considérable, et son attente légitime, ses prévisions les plus fondées, seraient trompées.

## CHAPITRE DOUZIÈME.

### DE L'EFFET D'UNE LOI NOUVELLE SUR LES ACTES DE PROCÉDURE CIVILE.

La procédure civile n'est qu'une série d'actes dont le but est d'arriver par les meilleurs moyens possibles à constater l'existence d'un droit et à donner au juge la certitude d'un fait juridique.

La société étant intéressée à ce que le droit de chacun soit reconnu, le législateur doit s'occuper continuellement de trouver le moyen le plus court et le plus sûr pour atteindre ce but.

Nous examinerons les effets de la loi nouvelle par rapport, 1° à la forme des actes de procédure;

2° à la compétence ; 3° à l'autorité des jugements et à leur réformation.

§ 1. De la forme des actes de procédure.

La première question qui se présente en cette matière est celle de savoir si la loi nouvelle qui apporte des modifications à la loi précédente sur la forme des actes de procédure, est applicable, ou non, aux intérêts engagés, aux droits acquis antérieurement ; en d'autres termes, si la procédure est indépendante de la législation en vigueur au moment où le droit litigieux a pris naissance. Sur ce premier point, personne n'hésite à adopter l'affirmative, même lorsque la forme de procéder se lie au mode de preuve, comme lorsqu'il s'agit de la procédure d'enquête, du serment ou de l'interrogatoire sur faits et articles qui mène à l'aveu de la partie ; car si l'admission même de la preuve ne peut être contestée, la forme peut toujours être changée.

Mais la difficulté est plus sérieuse à l'égard des procédures commencées antérieurement à la promulgation de la loi nouvelle. Les procédures se composant, comme nous l'avons dit, de plusieurs actes, il est évident qu'il faut respecter ceux qui sont consommés sous la loi précédente. Mais, quant aux actes qui ne sont point encore accomplis, c'est

la loi désormais en vigueur qu'il faut appliquer, ce sont les formes nouvelles qu'il faut suivre. Et la raison en est que la nouvelle loi n'apporte aucun changement aux droits antérieurs des parties, qu'elle ne fait que tracer une voie réputée meilleure, qui doit mener les parties plus sûrement à la justification de leurs conclusions, et le juge à la certitude.

Si donc nous supposons un acte complet, consommé, comme une assignation valablement donnée, une opposition dûment formée, un appel régulièrement interjeté, etc., ces actes sont à l'abri de toute loi postérieure; la loi nouvelle ne peut, sans rétroactivité, régir les actes passés, et tout acte régulier de procédure constitue un droit acquis; en effet, la nécessité de faire un nouvel acte entraînerait de nouveaux frais et des lenteurs souvent préjudiciables.

Le principe se trouve consacré par un arrêté consulaire du 5 fructidor an ix. « Tout ce qui touche, dit cet arrêté, à l'instruction des affaires, tant qu'elles ne sont pas terminées, se règle d'après les formes nouvelles, sans blesser le principe de non-rétroactivité que l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit. »

Au reste, en cette matière, il faut avoir bien soin de distinguer entre le droit et la forme des actions. Il ne faut pas confondre l'*ordinaria litis* et

la *decisoria litis* : la première a pour objet de régler les formes judiciaires, tandis que la seconde touche au fond même de la cause, et est toujours soumise à la loi sous laquelle le droit a pris naissance. Ainsi, s'agit-il d'une preuve par témoins ? l'admissibilité de cette preuve dépendra uniquement de la loi existante à l'époque où les faits se sont accomplis ; mais le mode, selon lequel on procédera, sera déterminé par la loi en vigueur à l'époque où la preuve aura lieu (1).

Toutes les fois donc que la loi nouvelle ne dérogera pas par une disposition spéciale, c'est elle qui s'appliquera toujours aux actes non consommés. Ainsi l'a décidé la Cour d'appel de Paris dans son jugement du 13 frimaire an xiii. Il s'agissait de savoir si un rapport d'expert, qui devait avoir lieu pour constater s'il y avait ou non lésion suffisante, dans une vente antérieure à la loi du 15 ventôse an xii (devenue le titre de *la Vente* du Code Napoléon), si ce rapport, dis-je, devait se faire dans les formes prescrites par la loi nouvelle. La Cour décida qu'il fallait suivre les formes prescrites par la loi du 15 ventôse (art. 1678-1680 du Code Napoléon), bien qu'elles fussent différentes des formes antérieures.

Les principes qui précèdent, toutefois, ne sont

(1) M. Bonnier, *Traité des preuves*, p. 814 et s.

pas acceptés par M. Meyer ; il n'admet pas la distinction entre les actes consommés et les actes simplement commencés. « La procédure, dit-il, ne peut être un assemblage incohérent d'actes entre lesquels il n'y aurait aucune connexité ; elle doit, au contraire, et sa nature même l'exige, faire dériver les actes subséquents de ceux qui les précèdent et dont ils ne sont que le développement (1). » Il serait donc, selon lui, déraisonnable et dangereux d'introduire une forme nouvelle dans des causes déjà pendantes, et de déduire des premiers actes de la cause des conséquences qui ne pouvaient y être contenues et que même on ne pouvait y prévoir.

Ce raisonnement nous paraît juste en soi, mais il n'est pas applicable à la difficulté, car l'introduction de nouvelles formes ne fera pas produire aux actes déjà accomplis des effets imprévus.

M. Meyer invoque, il est vrai, à l'appui de son opinion, quatre lois : la nouvelle 115 de Justinien, la loi du 18 janvier 1792, qui porte que toutes les plaintes ou accusations, suivies d'informations antérieures à l'époque de l'installation des tribunaux créés par la loi du 29 septembre 1791, doivent être jugées non par des jurés, mais par les tribunaux qui s'en trouvaient précédemment saisis, et

(1) *Principes sur les questions transitoires*, p. 29, 30 et 43.

dans les anciennes formes ; la loi du 26 germinal an xi, qui a décidé que les demandes en divorce antérieures au Code civil seront jugées d'après les règles existantes à l'époque où les demandes ont été faites ; enfin, l'art. 1041 du Code de procédure civile qui décide que tout procès commencé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1807 sera continué conformément aux dispositions alors en vigueur.

Mais ces textes ne prouvent qu'une chose, c'est qu'il y a des cas où il paraît utile que le législateur déroge même à la règle posée dans l'art. 1<sup>er</sup> du Code Napoléon, à savoir, que les lois sont exécutoires du moment de leur promulgation ; cela prouve surtout que le principe général est opposé et que, sans une dérogation formelle dont nous n'avons pas à rechercher l'utilité, le nouveau Code de procédure se fût appliqué immédiatement.

Au reste le conseil d'Etat a bien compris qu'une pareille concession faite aux procès déjà commencés pouvait mener trop loin, car, par un avis en date du 16 février 1807, il a décidé que les appels, les pourvois et les procédures d'exécution, même relatifs à des causes antérieures à 1807, seraient régis par le nouveau Code.

## § 2. De la compétence.

Le principe de la non-rétroactivité présente

aussi des difficultés dans son application en matière de compétence. A cet égard une distinction est nécessaire entre les affaires dont un tribunal est déjà saisi et celles qui n'ont encore été l'objet d'aucun commencement d'instance. Ainsi, lorsqu'une loi introduit de nouvelles règles de compétence, le tribunal légalement saisi de la connaissance d'un procès ne peut en être dessaisi sous prétexte d'incompétence ; cela tient au principe de la séparation des pouvoirs : la justice, une fois saisie, ne peut être dessaisi par aucune autorité, législative ou exécutive. Tout procès doit donc être terminé là où il a été commencé, *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* (1).

Dans le second cas, la compétence nouvelle s'appliquera aux affaires nées antérieurement : ce principe a beaucoup plus d'importance, et la controverse est plus vive dans les matières criminelles, où il est facile de soutenir que la compétence est une des garanties des accusés, c'est là que nous traiterons la question.

### § 3. Des jugements.

Un jugement régulièrement rendu est à l'abri de l'influence d'une loi nouvelle, non-seulement si

(1) Loi 30, D, *De judiciis*, D., 5, 1.

cette loi changeait la forme ou la compétence, mais même si elle ajoutait ou rétractait un mode de réformation.

On a souvent comparé les jugements aux contrats, et l'expression de quasi-contrat judiciaire n'est pas complètement abandonnée; ce n'est cependant pas dans cette idée ou dans cette image, un peu forcée peut-être, que nous cherchons l'irrévocabilité des jugements par rapport à une loi nouvelle; il nous semble que si une décision judiciaire est à l'abri de l'effet d'un changement de législation, cela tient à la règle plus générale que le jugement une fois passé en force de chose jugée ne peut plus être remis en question par les parties elles-mêmes. Il constitue pour chacune d'elles respectivement une preuve, une présomption légale absolue, *juris et de jure*, des faits et des droits qui y sont reconnus. Il s'ensuit nécessairement que les jugements sont irrévocablement régis, quant à leurs formes, à leur validité, à leurs effets, par les lois alors en vigueur à l'époque où ils ont été rendus.

De même, les moyens de réformation que la loi donne aux parties au moment où a été rendu le jugement subsistent toujours; ici on peut dire qu'elles ont été prévues par les parties; ce sont pour elles des effets nécessaires du jugement, et elles constituent ainsi des droits acquis à l'abri de

toute loi postérieure. Ainsi, la loi du 11 avril 1838, qui a supprimé la faculté d'appeler pour les causes n'excédant pas 1,500 francs, n'a pas pu s'appliquer aux jugements déjà rendus avant sa promulgation, et, pour lever tout doute à cet égard elle statue formellement en ce sens dans son article 12.

Réciproquement, si une loi introduit de nouveaux moyens de réformation, ces nouveaux moyens ne peuvent jamais être appliqués aux jugements. C'est ce qu'ont décidé les arrêts de la Cour de cassation, des 21 fructidor an ix et 2 juin 1808, pour les jugements rendus dans l'État de Genève et dans le Piémont, avant que la voie de recours en cassation eût été introduite par la publication des lois françaises. C'est avec raison aussi que deux cours impériales ont décidé que l'art. 156 du Code de procédure civile sur la péremption des jugements par défaut ne s'appliquait pas aux jugements rendus par les tribunaux de commerce dans l'intervalle de la publication du Code de procédure au Code de commerce, quoique ce dernier Code eût déclaré l'art. 156 du Code de procédure applicable aux juridictions commerciales (art. 643).

Il arrive pourtant quelquefois que des lois rendent sans effet des jugements antérieurs; mais c'est un abus de la part du législateur et que ne

justifie pas l'intérêt public. C'est ainsi que la loi du 28 août 1792 a rendu sans effet tous les jugements qui, sous le régime féodal, avaient dépouillé les communes, au profit des seigneurs, des biens qu'elles possédaient *animo domini*. C'est ainsi encore qu'un décret du 30 mars 1806 a suspendu l'exécution des jugements rendus au profit des juifs d'Alsace ; nous avons déjà eu l'occasion de critiquer ce décret.

## CHAPITRE TREIZIÈME.

### DE L'EFFET DE LA LOI NOUVELLE EN MATIÈRE PÉNALE.

La loi nouvelle doit être examinée ici par rapport : 1° aux peines ; 2° à la compétence ; 3° à la prescription.

#### § 1. Des peines.

Un principe reconnu par tous les peuples policés, c'est que nul ne peut être puni pour un acte que vient défendre une loi postérieure, mais que permettait la loi en vigueur au moment où il a été accompli : c'est que nul ne doit subir un châtiement qu'il ne pouvait prévoir, ne peut devenir criminel quand il pouvait se croire innocent.

« En droit pénal, dit M. Ortolan (1), celui qui a fait un acte, même mauvais en soi, sous l'empire d'une législation par laquelle cet acte n'était point puni, ou n'était puni que de telle peine déterminée, celui-là, par des raisons de sécurité générale, a relativement à la société un droit acquis à ce que sa condition, sous le rapport de la responsabilité pénale, ne puisse être empirée. »

Ce principe, nous le trouvons proclamé dans les trois premiers articles du Code pénal du 3 brumaire an iv.

Art. 1. Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre et la tranquillité publique, est un délit.

Art. 2. Aucun acte, aucune omission ne peut être réputé délit, s'il n'y a contravention à une loi promulguée antérieurement.

Art. 3. Nul délit ne peut être puni de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fût commis »

On peut reprocher à la première de ces dispositions un caractère dogmatique qui n'est pas dans le rôle du législateur ; le principe général de cet article ne peut recevoir par lui-même aucune application utile, car la loi ne peut punir le

(1) *Eléments de droit pénal*, t. 1, p. 242.

délit en général: il faut qu'elle arrive à le préciser avec un nom et un caractère propres, et qu'elle y applique une peine également déterminée; or les art. 2 et 3, sous ce rapport, complètent et corrigent le premier, et, jusqu'à un certain point, s'y substituent; aussi les lois postérieures ont-elles abandonné la définition abstraite du délit.

On trouve une disposition aussi critiquable dans un arrêté du 22 février 1848, portant que  
« quiconque sera surpris affichant ou distribuant  
« des écrits sans nom d'imprimeur, sera passible  
« des peines les plus sévères. »

L'art. 4 du Code pénal actuel dit seulement :  
« Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. »

« Cet article, dit M. Treilhard, retrace une maxime que l'on peut regarder comme la plus forte garantie des citoyens. Un citoyen ne peut être puni que d'une peine légale. Il ne doit pas être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable; il ne peut être poursuivi pour un acte qu'il a pu, de bonne foi, supposer au moins indifférent, puisque la loi n'y attachait aucune peine. »

Pourtant il ne faut point oublier que le but des peines portées par la loi est de corriger le coupable et non de le dégrader, et que si d'un autre côté

le châtement doit être exemplaire, il est dans l'intérêt même de la société que ce châtement soit toujours mesuré au crime. Si donc une loi nouvelle vient adoucir la peine infligée par la loi existante à l'époque où le crime a été commis, c'est cette loi nouvelle qu'il faut appliquer. Le principe de non-rétroactivité ne peut même être considéré ici comme recevant une exception, car nous n'appelons pas rétroactive toute loi qui revient seulement sur le passé, mais celle qui en même temps enlève un droit ou une garantie ; or, ici ce serait donc la société qui perdrait un droit, et nous n'hésitons pas à dire qu'elle n'avait pas le droit d'infliger une peine qu'elle a reconnue elle-même exagérée et par conséquent injuste. Mais écoutons deux savants jurisconsultes. « Lorsque le pouvoir social, dit M. Faustin-Hélie (1), juge que les peines, dont la loi est armée, sont trop sévères, lorsqu'il pense que la conservation de l'ordre social n'est pas intéressée à les maintenir, lorsqu'il désarme en un mot, il ne pourrait, sans une étrange inconséquence, continuer à appliquer même à des faits antérieurs à ses nouvelles prescriptions, mais non encore jugées, des peines qu'il proclamait inutiles et trop rigoureuses; ce n'est donc pas une sorte de faveur

(1) *Théorie du Code pénal*, t. 1, p. 39.

« mais un strict principe de justice qui motive  
« cette solution ; car il serait d'une souveraine  
« iniquité d'appliquer des peines qu'on déclare  
« surabondantes ou d'une sévérité excessive.

« Si la loi nouvelle, dit de son côté M. Blon-  
« deau (1), est plus douce que l'ancienne, le lé-  
« gislateur ayant jugé qu'une peine plus faible  
« était suffisante pour prévenir les contraventions,  
« le surcroît de peine, ordonné par l'ancienne loi,  
« serait un mal qu'aucun avantage ne justifie-  
« rait. « Réciproquement si la peine prononcée par  
l'ancienne loi est plus douce que celle que porte  
la loi nouvelle, il faut appliquer l'ancienne loi :  
car la loi nouvelle ne prononce des peines plus  
graves que pour prévenir plus sûrement les cri-  
mes. Elle ne peut ni ne doit influer sur les infrac-  
tions précédemment commises pour qu'elle pro-  
duise son effet : il suffit qu'elle atteigne dans la  
suite tous ceux qui auront méprisé ses mesures.

Les principes que nous venons d'exposer ne  
divisent aujourd'hui personne, tous les auteurs  
qui ont écrit sur le droit pénal les ont admis (2) ;  
le législateur lui-même les a reconnus dans le  
dernier article du Code pénal de 1791 ; un avis du  
conseil d'Etat du 29 prairial an VIII a décidé dans

(1) *Thémis*, t. 7, p. 39.

(2) V. M. Ortolan, *Op. cit.*, t. 1<sup>er</sup>, p. 245.

le même sens. Plus tard, un décret du 23 juillet 1810, qui ordonnait la mise en activité du Code pénal, les a adoptés en ces termes : « Si la nature  
« de la peine prononcée par notre nouveau Code  
« pénal était moins forte que celle prononcée par  
« le Code actuel, les cours et tribunaux applique-  
« ront les peines du nouveau Code. » Ce décret a été reproduit par le Code de *justice militaire* du 9 juin 1857, art. 276 : « Lorsque les peines déterminées par le présent Code sont moins rigoureuses que celles portées par les lois antérieures, elles sont appliquées aux crimes et délits encore non jugés au moment de sa promulgation. » L'art. 376 du Code de *justice militaire pour l'armée de mer*, des 4-15 juin 1858, contient encore une disposition identique.

Le Code pénal de l'ex-royaume des Deux-Siciles avait une disposition analogue dans son art. 60 : « Aucun crime ne peut être puni de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fût commis. Néanmoins, si la peine établie au temps du jugement et celle établie au temps du crime sont différentes, on appliquera toujours la peine la plus douce. » Plusieurs arrêts ont confirmé ce principe bienfaiteur (1).

(1) Cass., 28 fructidor an XI ; — 7 janvier 1813 ; 27 février, 20 mars, 16 juillet 1812 ; — 19 février 1813, — 1<sup>er</sup> février 1833.

Mais, comment reconnaître quelle est la peine la plus douce ? Si les deux peines sont de même nature, la chose n'est pas difficile : ce sera la durée, en général, qui décidera du choix. Dans le cas contraire, il faut considérer, avant tout, la nature de la peine. C'est dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée. L'outrage fait à un fonctionnaire public, dans l'exercice de ses fonctions, était puni, par le Code pénal de 1791, de la peine infamante de deux ans de détention (1) ; le Code pénal actuel ne le frappe que d'un emprisonnement de deux à cinq ans. La Cour de cassation a décidé, et avec raison, selon nous, que la peine d'emprisonnement, quoique d'une durée plus longue, doit seule être appliquée (2).

Mais, *quid* du cas où, dans l'intervalle du crime au jugement, il a été rendu d'abord une loi moins rigoureuse pour l'accusé, puis une nouvelle loi plus rigoureuse que la loi intermédiaire, ou rétablissant l'ancienne ? Faut-il appliquer la loi intermédiaire ?

La Cour de cassation, par un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1813, a décidé l'affirmative.

Voici le fait : un vol avec violence avait eu lieu sous l'empire des lois anciennes des Etats romains,

(1) 2<sup>e</sup> partie, t. 1, sect. IV, art 7.

(2) Cass., 26 juillet 1811.

qui punissaient ce crime de la peine de mort ; il fut jugé sous le Code pénal de 1810, qui punissait ce vol des travaux forcés à perpétuité seulement ; mais le Code pénal de 1791, qui avait paru dans l'intervalle du crime au jugement, ne le punissait que des travaux forcés à temps, au maximum de vingt-quatre ans. La Cour criminelle de Rome, saisie de cette affaire, appliqua la peine que portait le Code pénal de 1810 et condamna aux travaux forcés à perpétuité ; la Cour suprême cassa (1) ; elle dit dans ses considérants que les anciennes lois du pays ont été irrévocablement anéanties par la publication du Code de 1791, qu'il y avait un droit acquis pour le coupable à être jugé sous l'empire de la peine plus douce qui avait remplacé la peine de mort de la première loi, que par conséquent la Cour de Rome n'avait pu remonter jusqu'aux anciennes lois du pays ; mais que, d'autre part, elle ne pouvait pas non plus faire l'application de la peine prononcée par le Code pénal de 1810, parce que ce serait lui imprimer un effet rétroactif.

Ces considérants et le principe qu'ils proclament ont reçu l'approbation de tous les auteurs (2).

(1) 23 juillet 1810.

(2) V. MM. Ortolan, *Op. cit.*, t. 1, p. 243, — Faustin-Hélie, t. 1, p. 42 ; Boitard, p. 66 ; — Berthauld, p. 153 ; — Trébutien, t. 1, p. 83

Depuis la révision du Code pénal qui a eu lieu en 1832, les questions de cette nature sont devenues plus rares, les peines du nouveau Code étant moins graves que celles de l'ancien. Cependant, une question sur ce point s'est encore présentée.

On s'est demandé ce qu'il faut décider, si la loi nouvelle abaisse le maximum, mais élève le minimum d'une peine; voici l'espèce : l'art. 40 de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791 punissait d'une amende qui ne pouvait être moindre de trois livres, ni excéder vingt-quatre livres, l'usurpation sur la largeur des chemins; mais le Code pénal actuel punit cette usurpation d'une amende de onze à quinze francs (art. 479, n° 41). On a prétendu combiner les dispositions de ces deux lois de telle sorte que le prévenu pût profiter et du minimum de la loi abrogée et de l'abaissement du maximum par la loi nouvelle. Un pareil système n'est pas admissible, il est trop arbitraire. Nous comprenons très-bien que le prévenu puisse invoquer les dispositions plus douces de la loi nouvelle, ou, si elle est plus rigoureuse, demander qu'on lui fasse application de la loi ancienne, puisque c'est la seule qu'il est censé avoir connue; mais il faut appliquer l'une ou l'autre, on ne peut pas rendre la condition du prévenu plus favorable que ne l'a faite chacune des deux lois séparément. « Aller au-delà et dépouiller, dit M. Faus-

« tin-Hélie (1), les deux législations de leurs dis-  
« positions les plus sévères pour en composer  
« une loi mixte pour lui seul, ce serait absurde,  
« puisqu'il n'a aucun droit quelconque à un tel  
« privilège. » Le prévenu, dans l'espèce, n'avait  
droit qu'à une option, il ne pouvait que réclamer  
le choix entre les deux lois.

Ce système mixte réfuté, nous partageons l'opi-  
nion de M. Faustin-Hélie, qui dit que ce n'est pas  
par le maximum ni par le minimum que la com-  
paraison entre les deux peines doit être faite, pour  
savoir laquelle est la plus douce, puisque les  
peines ont un maximum purement nominal au-  
dessus duquel le juge peut facilement descendre.  
C'est surtout la nature du délit qu'il faut exami-  
ner, comme nous l'avons dit plus haut ; or, le fait  
d'usurpation était considéré comme délit correc-  
tionnel, et le Code pénal le considère comme sim-  
ple contravention ; donc c'est la législation nou-  
velle qui est seule applicable au prévenu.

Si la loi nouvelle diminue la peine corporelle  
et augmente la peine pécuniaire, quelle loi faut-il  
appliquer ? Pour notre compte, nous croyons que  
la liberté est plus précieuse que les biens ; nous  
décidons donc que la loi nouvelle doit être appli-  
quée.

(1) Ouvrage cité, p. 45.

Il peut se présenter encore, relativement à l'application de l'art. 56 du Code pénal, une question tout aussi importante. Cet article, qui prononce une aggravation de peine en cas de récidive, s'applique-t-il aux délits commis antérieurement au Code pénal et qui, sous la loi pénale de 1791, n'entraînaient comme aggravation qu'une transportation après la peine subie dans le lieu assigné pour la surveillance des malfaiteurs?

La cour d'assises de l'Hérault s'est prononcée pour la négative, en se fondant sur ce que les délits commis par les prévenus étaient antérieurs à la promulgation du nouveau Code pénal, et sur ce que ces condamnés ayant subi les peines prononcées à raison de ces délits, ils devaient être considérés dès lors comme acquittés et entièrement libérés de ce chef. Mais la Cour de cassation cassa et avec raison. En effet, l'art. 56 du Code pénal ne peut être accusé d'aucune espèce de rétroactivité, dans le cas où la première condamnation est antérieure au Code pénal, puisque cette aggravation de peine ne porte ni sur la première condamnation ni sur le premier crime, puisqu'elle ne frappe que sur le second crime commis sous l'empire du Code et qu'elle est prononcée seulement à cause de la perversité plus grande et des habitudes criminelles que fait supposer la récidive; en effet, ce serait se méprendre étrangement que de considérer l'ag-

gravation de la peine du second crime comme rétroagissant sur le premier ; la loi qui punit le second crime d'une peine plus grave à cause d'une condamnation antérieure ne rétroagit pas plus que celle qui édicterait une peine plus sévère pour les crimes commis par des fonctionnaires ou autres personnes ayant autorité ; or, quand bien même les fonctions ou qualités des coupables seraient antérieures à la loi nouvelle, elles n'en seraient pas moins un chef légitime d'aggravation, car si le devoir est antérieur à la loi, l'immoralité du fait est actuelle.

Sous ce même art. 56, une autre difficulté s'est élevée : que faut-il décider si le fait qui avait donné lieu à la première condamnation et qui avait été qualifié crime lorsqu'il avait été commis, a perdu ce caractère avant que le condamné ait subi une deuxième poursuite ?

La question n'était résolue ni par le Code pénal de 1791, ni par le Code *des délits et des peines* de l'an iv ; mais une loi du 23 floréal an x, sur les délits emportant flétrissure, ne plaçait en état de récidive « que les accusés qui avaient été repris de justice pour un fait qualifié crime par les lois *actuellement* subsistantes ; » par conséquent, si le fait autrefois qualifié crime avait perdu ce caractère au moment de la nouvelle infraction, il n'y avait pas lieu à l'aggravation de peine. Ce système

a dû être continué sous le Code pénal de 1810; l'art. 56 de l'ancien texte, en effet, ne parle point d'actes qui avaient le caractère de crime, au moment où ils ont été commis, mais de *condamnés pour crime*. Quand la loi édicte une aggravation pour la rechute dans le crime, elle doit considérer si, au moment même de cette rechute, il y a bien *récidive de crime à crime*; or, le changement de législation ayant ôté le caractère de crime à la première infraction, la récidive n'est plus possible à raison de ce fait, elle n'est plus que *de délit à crime*; ainsi, supposons qu'un individu ait été condamné à la détention pour avoir pris part à un complot républicain sous la Restauration, et que depuis, sous la République, il se soit rendu coupable du crime inverse; aurait-on osé lui appliquer la peine de la récidive? Non, assurément.

La décision précitée doit être maintenue, même après la nouvelle rédaction de l'art. 56; car, bien qu'on ait substitué aux mots *condamné pour crime* les mots *condamné à une peine afflictive ou infamante*, cette modification n'a été apportée que pour empêcher d'appliquer l'aggravation de la récidive aux condamnés pour crime à une peine correctionnelle, comme cela peut arriver d'après l'art. 463: l'art. 56 ne sera donc applicable qu'aux criminels encore punissables d'une peine afflictive et infamante pour leur premier crime.

La Cour de cassation a pourtant décidé le contraire : selon elle, la criminalité du fait doit être appréciée d'après les lois en vigueur à l'époque où le crime a été commis, et non d'après les lois postérieures ; car il s'agit d'un fait irrévocablement consommé, auquel les qualifications ultérieures doivent rester étrangères (1).

A la décision de la haute Cour vient se joindre l'autorité de M. Dalloz (2) : « Si la loi abrogée, dit ce jurisconsulte, était sévère, l'audace de celui qui l'avait méprisée était plus grande. » Laissons M. Faustin-Hélie répondre à cette objection (3) : « La culpabilité, dit-il, se mesure sur la gravité intrinsèque du fait. La loi est impuissante pour modifier la valeur morale des actions ; la criminalité de l'auteur d'un délit de chasse sera toujours la même, que la peine soit correctionnelle ou infamante ; si le premier fait a été injustement qualifié crime, la loi devrait peut-être un dédommagement au condamné, loin d'en faire un élément d'une peine nouvelle. »

S'il nous est permis d'ajouter une considération à celles du savant auteur, nous dirons que la doctrine de la Cour de cassation, poussée jusqu'au

(1) Cass., 19 août 1830.

(2) *Jurispr. génér.*, 1<sup>er</sup> édit., t. XI, p. 514.

(3) *Op. cit.*, t. I, p. 306.

bout, amènerait ce résultat inadmissible : qu'un fait, qualifié crime au moment de sa perpétration, et qui aurait ensuite été considéré comme entièrement licite, pourrait continuer à être un chef d'aggravation en cas de nouvelle infraction, or rien au monde ne serait plus choquant que d'entendre incriminer un fait que la loi actuelle déclare licite.

Examinons maintenant quel est l'effet d'une loi qui vient substituer des peines plus douces, par rapport aux jugements antérieurs et passés en force de chose jugée ? Réduit-elle de plein droit, et sans aucune disposition expresse, les condamnations prononcées par ces jugements ?

Dans une première opinion, on dit qu'on ne peut croire que le législateur ait voulu modifier les jugements antérieurs, parce que les faits déjà jugés n'appartiennent plus au régime de la loi ; on ajoute que ce serait un funeste exemple de la part du législateur, que d'apprendre à méconnaître l'autorité de la chose jugée, et qu'il n'y a qu'un acte exprès du souverain qui pourrait faire cesser des condamnations devenues définitives. On invoque dans ce sens des précédents législatifs : le dernier article du Code pénal de 1791 voulait que les coupables de crimes antérieurs, non encore jugés définitivement, ne fussent punis que des peines portées par ce Code, quoique moins

sévères que celles des temps où ces crimes avaient été commis. Il en résultait donc que les coupables de crimes jugés définitivement restaient soumis aux anciennes peines.

Le même Code avait fixé le maximum des peines à vingt ans, et l'avait substitué aux galères et à la détention perpétuelle; mais cette modification ne devait recevoir son application que pour l'avenir. Et ce qui prouve cette assertion, c'est que ce fut la loi de 1792 qui, dans son art. 5, décida expressément que la perpétuité des galères et des prisons cesserait pour tous ceux qui auraient pu y être condamnés avant le Code pénal. Les peines temporaires n'avaient donc point été encore substituées aux condamnations antérieures à cette époque. Cela suffit, dit-on, pour prouver qu'il est nécessaire que le législateur intervienne expressément, du moment qu'il veut étendre rétroactivement le bienfait de la loi, et réduire les peines antérieurement prononcées.

Nous croyons pourtant que cette doctrine est profondément injuste. Le législateur ne peut que gagner en autorité morale lorsqu'il revient sur une sévérité reconnue trop grande; il ne faut pas argumenter de l'irrévocabilité des jugements, laquelle ne peut se justifier que par le respect des droits acquis, car il serait impossible de soutenir que la société, par cela seul qu'elle a prononcé

une peine, a un droit acquis à l'infliger lorsqu'elle vient elle-même en proclamer l'exagération. Observons seulement que la mesure qui fera cesser la peine ou la fera adoucir conformément à la loi nouvelle sera tout administrative et non judiciaire. La justice qui a statué sur un fait ne peut plus être saisie de la connaissance du même fait, soit pour aggraver la peine, soit pour l'adoucir. Aucune forme de procéder n'est organisée dans ce but. Tout ce qui concerne l'exécution de la peine est administratif; cela est tellement vrai, que si un condamné était relaxé par l'administration, sans l'intervention du chef de l'Etat dans le droit de grâce, la justice ne pourrait aucunement atteindre le coupable pour faire exécuter sa décision. Nous ne croyons même pas que le condamné, au cas où l'administration ne le relaxerait pas, pût introduire une plainte contre elle pour détention illégale et arbitraire, car les agents administratifs seraient couverts par l'autorité du jugement.

Quant aux actions civiles résultant des crimes, délits et quasi-délits, c'est la loi du temps où elles ont pris naissance qui doit être appliquée; parce qu'il ne s'agit plus d'un intérêt de la société, mais de celui d'un particulier qui a été lésé; il n'y a donc aucun motif pour faire exception dans ce cas au principe de la non-rétroactivité des lois.

## § 2. Compétence.

Nous avons posé sur les matières civiles le principe que la loi nouvelle, au sujet de la compétence, ne s'applique pas aux affaires déjà pendantes devant une juridiction, et nous avons réservé la question pour les affaires non encore portées devant les tribunaux. La question se présenta pour la première fois devant la Cour de cassation, dans l'affaire de Georges Cadoudal. La loi du 8 ventôse an xi attribuait à la Cour de justice criminelle et spéciale du département de la Seine la connaissance de tous les crimes attentatoires à la sûreté générale de l'Etat. En conséquence Georges Cadoudal et consorts furent envoyés devant ladite Cour comme prévenus de conspiration contre le premier consul. Déjà les accusés étaient arrêtés, lorsque le sénatus-consulte du 28 floréal an xii organisa une haute Cour de justice et lui attribua les crimes de conspiration et de haute trahison.

Les accusés demandèrent donc, dès le commencement du procès, leur renvoi devant la haute Cour. Mais la Cour criminelle, par un arrêt du 9 prairial an xii, rejeta leur déclinatoire et ordonna qu'il serait passé outre aux débats. Sur le pourvoi contre cet arrêt, M. Merlin, comme procureur général,

soutint la compétence de la Cour criminelle ordinaire, et la Cour de cassation rejeta le pourvoi, par le motif que la Cour de justice criminelle de la Seine avait été, dans le principe, légalement investie de la connaissance du procès dont il s'agissait et que l'organisation de la haute Cour était d'ailleurs incomplète.

Plus tard, un autre arrêt décida la question dans le sens opposé : un délit de presse avait été commis sous la loi du 26 mai 1819 qui en attribuait la connaissance aux Cours d'assises, et il avait été poursuivi par le ministère public ; mais, pendant l'instruction était survenue la loi du 25 mars 1822 qui attribuait aux tribunaux correctionnels la juridiction sur les délits de cette nature. Le prévenu demandait à être jugé suivant la loi en vigueur au temps du délit : la Cour de cassation rejeta le pourvoi, en se fondant sur ce que le prévenu, n'étant pas encore, au moment de la loi nouvelle, renvoyé devant la Cour d'assises par arrêt de la Chambre d'accusation, n'avait pas droit d'être jugé par cette juridiction.

C'était, du reste, admettre en principe que si le renvoi avait précédé, que si la Cour d'assises avait été saisie, la compétence ancienne aurait subsisté ; or, ce point n'est pas celui que nous discutons. Depuis, la jurisprudence a constamment tendu à établir le principe que les lois de compétence et

de juridiction sont applicables immédiatement aux faits antérieurs à leur promulgation.

En outre, plusieurs monuments législatifs ont statué en ce sens. Ainsi, lorsque la constitution de 1848 organisa une haute Cour de justice, pour juger certains crimes contre la sûreté de l'Etat, la question fut soulevée de savoir si cette nouvelle juridiction connaîtrait des crimes antérieurs à sa promulgation ; on songeait en cela à l'attentat du 15 mai et aux journées de juin 1848. Un amendement fut proposé dans le sens de la limitation aux faits postérieurs à la promulgation de la constitution ; on se fonda sur le principe de la non-rétroactivité ; mais l'amendement fut combattu énergiquement par M. Dupin qui démontra que les lois de compétence et de juridiction peuvent s'appliquer immédiatement, sans violation de droits acquis, parce que nul ne peut se dire un droit acquis à être jugé en telle ou telle forme, par tel ou tel tribunal ; il donna, entre autres arguments, celui-ci : un accusé justiciable de la Cour des Pairs pouvait-il prétendre être jugé encore par cette Cour désormais abolie ? les anciens justiciables des Parlements avaient-ils pu prétendre être jugés par ces corps également disparus ? Il fallait bien reconnaître qu'une juridiction abolie, en principe, ne peut être conservée ou rétablie pour des cas particuliers. D'ailleurs (et cet argument nous

paraît péremptoire), les formes de procéder et la compétence ne doivent être envisagées que comme des moyens de connaître la vérité; or, quand un changement survient en cette matière, c'est que la loi pense que la vérité sera mieux connue avec le nouveau mode adopté; et si l'on objecte le principe souvent répété dans les constitutions françaises que : « nul ne peut être distrait de ses juges naturels, » il faut répondre que les juges naturels sont ceux établis par la loi pour tous les citoyens, et que ce qui est défendu, c'est toute dérogation particulière à la compétence générale ou de droit commun.

Les principes qui précèdent ont été consacrés récemment encore par le décret législatif du 25 février 1852, lequel enlève au jury la connaissance des délits de presse, pour les soumettre aux tribunaux correctionnels : il y est dit formellement que la loi nouvelle s'appliquera aux délits commis antérieurement.

### § 3. Prescription.

Voyons maintenant comment sera réglée la prescription en matière de délits et de peines, s'il y a passage d'une législation à une autre. La question peut se présenter soit pour la prescrip-

tion de l'action publique, soit pour celle de la peine prononcée.

Le système qui a été adopté d'abord par la Cour de cassation est celui-ci : dès qu'une loi cesse d'être en vigueur, il appartient à la loi nouvelle de régir tous les faits qui se sont passés sous l'empire de la première, la haute Cour décidait donc, en conséquence, que la prescription des crimes et délits, qui avait commencé sous l'empire du Code pénal de 1791 et s'était accomplie sous le Code de brumaire an iv, devait être réglée proportionnellement par l'un et l'autre Code; de telle sorte que, si la prescription ancienne était de vingt ans, et qu'il se fût écoulé dix années, c'est-à-dire la moitié du temps de la prescription avant la promulgation de la loi nouvelle qui porte à six années le délai pour prescrire, il fallait encore trois ans pour que la prescription fût totalement accomplie; en d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'un délit commis sous une loi qui le déclarait prescriptible par un temps plus long que celui fixé par la nouvelle loi, le temps écoulé sous la loi ancienne doit être compté proportionnellement à celui que la loi nouvelle exige pour la prescription (1). Mais ce système fut abandonné plus tard, on fit pour la prescription de l'action publique ce que l'art. 6

(1) Cass., 26 floréal an XIII; — 29 avril, 7 mai, 18 août 1808.

du décret précité du 3 juillet 1810 avait fait pour les peines. Cet article, il est vrai, ne parle que des peines proprement dites, mais l'esprit de la loi nous autorise à penser qu'il peut également s'appliquer aux prescriptions de l'action publique ou de la peine, et, de même qu'il exige l'application des peines les plus douces, ainsi on peut l'invoquer pour appliquer la plus courte des deux prescriptions fixées par la loi ancienne et la loi nouvelle.

Cependant ce système est repoussé par M. Merlin dans son Répertoire (1) : « La prescription en matière pénale, dit l'illustre procureur-général, atteint l'action privée aussi bien que l'action publique. Cela posé : qu'un habitant de Hambourg, dépouillé de toute sa fortune, avant la réunion de cette ville à l'empire, par un vol simple qui ne se prescrivait alors que par vingt ans révolus, ait laissé s'écouler, avant la réunion, trois années sans agir contre le voleur, et que, rassuré par la loi de son pays, il ait employé tout ce temps à recueillir ses preuves, a-t-il fallu le déclarer déchu de son action, parce qu'une loi nouvelle était tout à coup venue, en l'associant à nos droits politiques et civils, à fixer à trois ans la prescription des poursuites

(1) *V<sup>o</sup> Prescription*, sect. 1, § 3, n<sup>o</sup> 9,

« pour délits passibles de peines correctionnelles?  
« Non, cette loi n'a pu vouloir rétroagir avec une  
« aussi choquante iniquité; et, la preuve qu'elle  
« ne l'a pas voulu, c'est, encore une fois, qu'elle  
« s'est exprimée au futur. »

Nous croyons qu'on peut reprocher à Merlin de s'être trop exclusivement occupé dans son exemple de l'action civile résultant du délit, et pas assez de l'action publique; c'est pourtant sur cette dernière que porte tout l'intérêt, car l'action civile est limitée à la durée de l'action publique; or, si nous recherchons les causes qui ont fait admettre la prescription de l'action publique après un certain délai, généralement plus court que celui des actions qui naissent d'un contrat, c'est d'abord la difficulté de trouver, après un certain temps, des preuves suffisamment certaines de la culpabilité, c'est encore (et ce second motif est bien important, quand des procès-verbaux authentiques ne permettent pas d'invoquer le premier), que la société n'a pas voulu qu'un fait répréhensible, dont le temps a effacé le souvenir, lui fût rappelé, au préjudice de la tranquillité des esprits. Par ces motifs, il paraît bien difficile d'admettre que la prescription nouvelle ne soit pas immédiatement applicable, quand elle est plus courte que l'ancienne. Et ici nous ne croyons pas être en contradiction avec ce que nous

avons décidé pour la prescription en droit civil, parce que les motifs des deux prescriptions n'ont rien de commun.

Dans le cas inverse, nous déciderons en faveur de l'accusé ou du prévenu, car s'il a compté que la société pouvait oublier son crime ou son délit au bout d'un certain temps, il est possible que, dans cette confiance, après un éloignement égal au temps de la prescription, il se représente avec confiance; or, il ne doit pas être trompé par l'apparition d'une loi qu'il a d'autant plus facilement ignorée qu'il était plus retiré de la société aux droits de laquelle il avait attenté.

La prescription des peines prononcées nous paraît devoir être réglée de la même manière; en effet, elle est fondée aussi sur le motif de l'oubli par la société; elle doit donc suivre la loi nouvelle quand celle-ci est plus douce, et la loi ancienne, dans le cas contraire.

---

# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN.

I. A Rome, le droit de vie et de mort du père sur ses enfants n'était pas soumis au contrôle obligatoire d'un conseil de parents.

II. Les effets à intervenir des actes accomplis (*pendentia negotia*) dont parle la loi 7, au Code, *De legibus*, sont régis par la loi ancienne, excepté dans le cas où la loi nouvelle déclare expressément le contraire.

III. Les fils de famille pouvaient voter dans les comices.

IV. La disposition rigoureuse de la loi des XII Tables contre le débiteur insolvable (*partes secanto*) ne s'applique pas aux biens du débiteur, mais à sa personne.

V. Les sénatus-consultes ne devinrent une source de droit privé que depuis Tibère.

VI. Le *jussus* des actions arbitraires ne pouvait, en principe, au temps d'Ulpien, s'exécuter *manu militari*.

VII. La cession de biens n'était accordée à Rome qu'au débiteur de bonne foi.

DROIT FRANÇAIS.

I. La loi de 1792, sur le divorce, a rétroagi en admettant, pour les mariages déjà célébrés, le divorce par la volonté d'un seul, et pour des causes n'impliquant aucune faute du défendeur.

De son côté la loi de 1816 a également rétroagi, en transformant de plein droit en instances en séparation de corps les instances en divorce encore pendantes.

II. Les jugements prononçant l'interdiction pour cause de prodigalité dans l'ancien droit n'ont pas été anéantis par le Code Napoléon, ni transformés de plein droit en nomination de conseil judiciaire; ils ont subsisté jusqu'à la mainlevée.

III. La nouvelle loi qui change les formes des testaments ne s'applique pas aux testaments déjà faits, quoique non ouverts.

IV. La loi nouvelle qui diminue la portion disponible ne s'applique pas aux donations antérieures; il en est autrement de celle qui l'augmente.

V. La loi nouvelle ne peut supprimer d'anciennes causes de résolution, ni en introduire de nouvelles; ainsi les rentes viagères constituées avant le Code demeurent sujettes à résolution faute de paiement des arrérages; et en sens inverse, l'art. 1912 ne s'applique pas aux rentes perpétuelles constituées antérieurement au Code.

VI. La loi qui établit un cas nouveau de contrainte par corps, ne s'applique pas aux dettes antérieurement contractées; il n'en est pas de même de celle qui la supprime.

VII. Les lois sur le mode de conservation des privilèges et hypothèques s'appliquent aux droits nés antérieurement à leur promulgation.

VIII. L'art. 2281, premier alinéa, est conforme au principe qui veut que la loi nouvelle respecte les attentes légitimes.

IX. La prescription est une présomption légale d'acquisition ou de libération.

X. Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont nulles.

#### DROIT CRIMINEL.

1. Le *dies a quo* ne compte pas dans la prescription de la peine ou de l'action.

II. L'individu acquitté devant la Cour d'assises du chef d'homicide volontaire ne peut être poursuivi correctionnellement pour homicide par imprudence.

III. L'aggravation résultant de la récidive de crime à crime n'a pas lieu, lorsque la première infraction a perdu le caractère de crime au moment où la seconde est commise.

#### HISTOIRE DU DROIT.

I. La personnalité des lois barbares doit s'entendre en ce sens que chacun était soumis à la loi de la nation à laquelle il appartenait, quel que fût le lieu de sa résidence.

II. La noblesse française est issue de la féodalité.

#### DROIT DES GENS.

I. L'étranger divorcé d'après les lois de son pays peut se marier en France, soit avec une étrangère, soit avec une Française.

II. Les traités intervenus entre plusieurs nations pour la garantie mutuelle de leurs limites,

n'empêchent pas chacune d'elles de faire isolément des échanges de territoire ; mais la garantie stipulée ne s'étendra pas aux nouvelles annexions.

*Vu par le président de la thèse,*  
*pour M. ORTOLAN,*

E. BONNIER.

*Vu par le doyen de la Faculté,*

C.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer :

*Le Vice-Recteur,*

A. MOURIER.



# TABLE

## PREMIERE PARTIE

### DROIT ROMAIN.

#### ESSAI SUR LES SOURCES DU DROIT ROMAIN.

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — Des lois.....	2
SECTION PREMIERE. — Des comices et de la confection des lois.....	3
§ I. Des comices.....	4
1. Des comices par curies.....	4
2. Des comices par centuries.....	8
§ II. De la confection des lois.....	9
1. De la proposition des lois.....	9
2. Du vote des lois.....	12
SECTION DEUXIEME. — Lois royales.....	20
SECTION TROISIEME. — De la loi des XII Tables.....	30
§ I. Origine de la loi des XII Tables.....	30
§ II. Rédaction définitive des XII Tables.....	41
§ III. Caractère de la loi des XII Tables.....	43
CHAPITRE DEUXIEME. — Des plébiscites.....	47
CHAPITRE TROISIEME. — Des sénatus-consultes.....	53
SECTION PREMIERE. — Attributions du Sénat.....	55

	Pages.
SECTION DEUXIÈME. — Convention du Sénat.....	64
SECTION TROISIÈME. — Délibération du Sénat.....	66
CHAPITRE QUATRIÈME. — Des constitutions impériales.	71
SECTION PREMIÈRE. — Des diverses espèces de constitu- tions impériales.....	72
§ I. Des édits.....	72
§ II. Des décrets.....	74
§ III. Des rescrits.....	74
§ IV. Des mandats.....	77
SECTION DEUXIÈME. — Recueils des constitutions faites avant Justinien.....	
§ I. Code Grégorien et Hermogénien.....	79
§ II. Code Théodosien.....	82
CHAPITRE CINQUIÈME. — Des édits des préteurs.....	83
§ I. Du droit prétorien avant les empereurs.....	84
§ II. Du droit prétorien après les empereurs.....	94
§ III. Des moyens employés par les préteurs pour modi- fier le droit civil.....	97
CHAPITRE SIXIÈME. — Des réponses des prudents.....	102
CHAPITRE SEPTIÈME. — Droit non écrit ou coutumier..	115
APPENDICE. — Travaux législatifs de Justinien.....	118
I. Code de Justinien.....	119
II. Cinquante décisions.....	121
III. Digeste ou Pandectes.....	121
IV. Des Instituts. . . . .	124
V. Nouvelle édition du Code.....	126

	Pages.
VI. Nouvelles (authentiques).....	127
Du droit romain qui fut observé en Orient après la mort de Justinien.....	131

---

## DEUXIÈME PARTIE

### DROIT FRANÇAIS.

#### DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS.

INTRODUCTION.....	135
CHAPITRE PREMIER. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport aux droits civils.....	168
§ I. De l'acquisition de la qualité de Français.....	169
§ II. De la perte de la qualité de Français.....	172
§ III. De la qualité d'étranger.....	175
CHAPITRE DEUXIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport au mariage, au divorce et à la séparation de corps.....	183
§ I. Du mariage et de la capacité de la femme.....	183
§ II. Du divorce.....	187
§ III. Séparation de corps.....	196
CHAPITRE TROISIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport à la filiation légitime, naturelle ou adoptive, et à la puissance paternelle.....	197
§ I. Filiation légitime et naturelle.....	197

	Pages.
§ II. Filiation adoptive.....	202
§ III. Puissance paternelle.....	203
CHAPITRE QUATRIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport à la majorité, à l'émancipation, à l'inter- diction et au conseil judiciaire.....	205
§ I. De la majorité et de l'émancipation.....	205
§ II. De l'interdiction et du conseil judiciaire.....	211
1. Interdiction.....	211
2. Conseil judiciaire.....	212
CHAPITRE CINQUIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport à la distinction des biens.....	215
CHAPITRE SIXIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport à la propriété et à ses démembrements.....	220
§ I. De la propriété.....	id.
§ II. De l'usufruit et des servitudes personnelles.....	227
§ III. Des servitudes réelles.....	229
CHAPITRE SEPTIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport aux successions <i>ab intestat</i> .....	230
§ I. De l'ouverture des successions et de la saisine héri- taire.....	230
§ II. Du partage.....	236
§ III. Du rapport.....	237
CHAPITRE HUITIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport aux donations et aux testaments.....	238
§ I. Donations.....	238
§ II. Testaments.....	245
1. Capacité du testateur.....	245
2. Capacité du légataire.....	248

	Pages.
3. Quotité disponible.....	250
4. Formes prescrites pour la confection des testaments.....	251
<b>CHAPITRE NEUVIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport aux contrats et aux obligations conventionnelles.</b>	
§ I. Des conditions d'existence et de validité.....	255
1. Existence .....	255
2. Validité .....	256
§ II. Des effets et des suites des contrats.....	260
§ III. De l'extinction des obligations.....	268
§ IV. De la preuve des contrats.....	271
<b>CHAPITRE DIXIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport aux sûretés tant personnelles que réelles.....</b>	
§ I. Des sûretés personnelles.....	276
1. De la solidarité et de l'indivisibilité .....	276
2. Cautionnement et aval.....	279
3. De la contrainte par corps.....	280
§ II. Des sûretés réelles.....	288
1. Du gage général.....	288
2. Du gage spécial et de l'antichrèse.....	290
3. Du droit de rétention.....	292
4. Des privilèges et hypothèques.....	293
<b>APPENDICE. — Inscription et transaction.....</b>	
A. Inscription .....	300
B. Transcription (loi du 23 mars 1855).....	304
<b>CHAPITRE ONZIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle par rapport à la prescription.....</b>	
§ I. Nature de la prescription.....	309
§ II. Des modifications dans la durée ou dans l'existence de la prescription.....	316

	Pages.
1. A. Augmentation de délai.....	316
B. Suppression de la prescription.....	320
2. A. Abréviation du délai.....	322
B. Établissement d'une prescriptibilité nouvelle....	325
§ III. Des modifications aux causes d'interruption ou de suspension.....	328
1. Interruption.....	329
2. Suspension.....	331
CHAPITRE DOUZIÈME. — De l'effet d'une loi nouvelle sur les actes de procédure civile.....	333
§ I. De la forme des actes de procédure.....	334
§ II. De la compétence.....	338
§ III. Des jugements.....	339
CHAPITRE TREIZIÈME. — De l'effet de la loi nouvelle en matière pénale.....	342
§ I. Des peines.....	342
§ II. Compétence.....	359
§ III. Prescriptions.....	362
POSITIONS.....	367

VERIFICAT  
2017



Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18.

VERIFICAT  
2007

VERIFICAT  
1997