



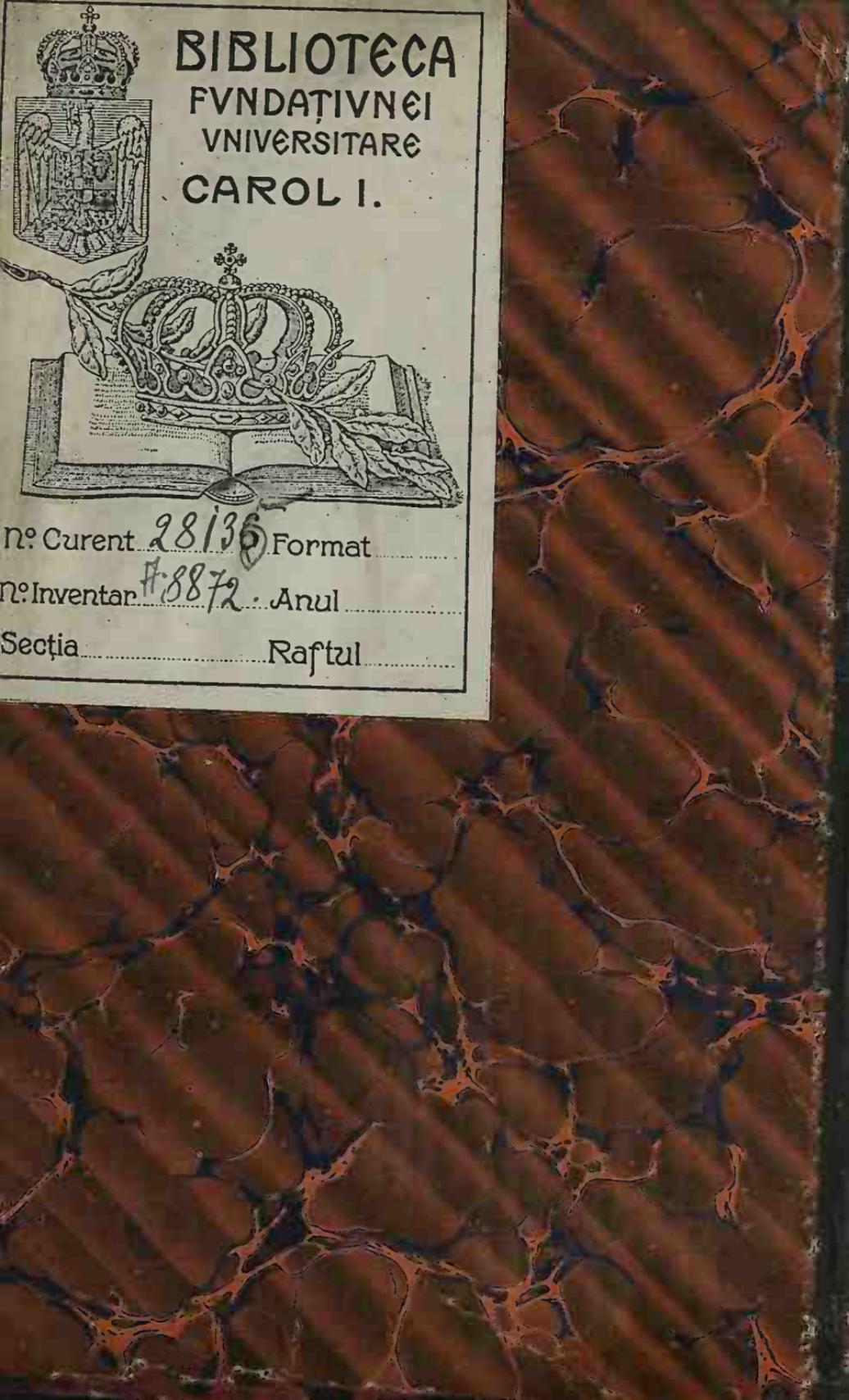
BIBLIOTECA
FVNDATIVNEI
VNIVERSITARE
CAROL I.



n° Curent 28136 Format

n° Inventar #8872 . Anul

Sectia Raftul



ENCYCLOPÉDIE

JURIDIQUE

—

TOME II

TOULOUSE. — IMP. A. CHAUVIN ET FILS, RUE DES SALENQUES, 23.

Ino. A. 8872

ENCYCLOPÉDIE

JURIDIQUE

OU EXPOSITION ORGANIQUE DE LA SCIENCE DU DROIT PRIVÉ

PUBLIC ET INTERNATIONAL

SUR LES BASES DE L'ÉTHIQUE

Par **Henri AHRENS**

PROFESSEUR DES SCIENCES POLITIQUES A LEIPZIG

2^{me} VOLUME

HISTOIRE GÉNÉRALE DU DROIT

TRADUIT DE L'ALLEMAND

Par **A. CHAUFFARD**

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE LAVOUR



PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

Libraire du Collège de France, de l'École normale supérieure,
des Écoles françaises d'Athènes et de Rome

7, RUE DE MÉDICIS, 7

—
1880

69512

1947

CONTROL 1953

1961

L

BIBLIOTECA CENTRALA UNIVERSITARA
COTA 28135

B.C.U. Bucuresti

C31569

Rc 363/06

EXPOSITION ORGANIQUE

DE LA

SCIENCE DU DROIT PRIVÉ ET PUBLIC

SUR LES

BASES DE L'ÉTHIQUE

QUATRIÈME LIVRE

HISTOIRE DU DROIT

PREMIÈRE SECTION.

PRINCIPES DE LA PHILOSOPHIE DE L'HISTOIRE ET PHASES DE
L'HISTOIRE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER.

DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DÉTERMINANT LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT ET
DE L'ÉTAT PARMİ LES PEUPLES.

1. Le développement de l'humanité à tous les degrés de la civilisation est soumis à des lois générales que démontre la philosophie de l'histoire (1) et qui maintiennent la liberté personnelle des individus et des peuples en harmonie avec l'ordre

(1) Voir le développement philosophique de ces lois et des âges de l'humanité dans la *Doctrīne de la vie et philosophie de l'histoire* de Krause, publié par Léonhardi. Gottingue, 1843.

1956
sûr certain et le plan divin de l'univers. L'humanité se présente comme un vaste organisme physique et spirituel. Les races, les peuples et les individus sont les organes agissants et les buts éthiques de la vie, la religion, la moralité, le droit, la science, l'art, l'industrie et le commerce, les fonctions vitales qui mettent ces organes en jeu avec leur caractère propre et leur destination particulière. Le développement de ces organes et de ces fonctions de l'humanité suit une triple loi : à l'origine les éléments de la vie corporelle et spirituelle sont tous confondus, formant une unité complexe renfermée en elle-même et non développée. Cet état se continue encore longtemps malgré un commencement de travail intérieur. A mesure que le développement se poursuit au sein de l'unité, se dégage l'opposition. Ce résultat est dû soit au mouvement des diverses races et peuplades, soit au caractère spécial en même temps qu'à la divergence des buts poursuivis. Ce ne sont pas seulement les peuples, eu égard à leur génie qui suivent des directions différentes, mais aussi les classes diverses, au sein d'un seul et même peuple, avec la division du travail devenue nécessaire. Tant que dure cette opposition, la lutte se continue sans répit et toujours aussi violente ; mais à mesure que progresse la connaissance des oppositions que présentent respectivement les peuples et les buts vers lesquels ils tendent, se fait sentir plus vivement le besoin d'une conciliation. De là un premier lien de cohésion, mais plutôt purement extérieur ; à cet état succède bientôt la tendance à l'unification intérieure ; finalement, à la lumière d'une science supérieure, les buts différents de la vie et les classes diverses destinées à les accomplir se montrent au sein des peuples comme les parties et membres d'un tout qui se complètent les uns les autres. On entrevoit aussi que les peuples sont appelés à s'entr'aider mutuellement par des unions toujours de plus en plus étroites, et en formant successivement des groupes d'un ordre supérieur, à composer un vaste organisme dans lequel chaque peuple poursuive la totalité des buts, en même temps qu'il en réalise un d'une manière prédominante. A cette époque finale il est réservé de réaliser l'harmonie organique et d'assurer, par une force vraiment régulatrice, la coordination de toutes les

sphères de la vie. Le temps est encore éloigné de l'accomplissement de cette mission ; mais la perspective de cette harmonie s'ouvre déjà dans les branches les plus importantes de la vie ; et ce qui en hâtera la réalisation complète, c'est l'heureuse tendance de notre ère à triompher des oppositions et des extrêmes par des principes vraiment conciliateurs.

2. Le droit est la plus importante des fonctions assignées à chaque peuple ; mais ce n'est qu'un aspect de la vie nationale, un membre se rattachant au vaste organisme moral qui la constitue. Aussi, envisagé dans son développement historique, le droit présente-t-il une double face : on doit d'abord le considérer comme faisant partie intégrante de l'unité de la vie nationale, apprécier et suivre son développement progressif qui obéit à des lois générales. On le voit ainsi subir tour à tour toutes les influences essentielles qui agissent sur cette vie dans un bon ou mauvais sens et refléter dans sa constitution toutes les forces premières, tous les instincts et besoins, toutes les facultés et dispositions prédominantes, en un mot le caractère et les mœurs d'un peuple pris dans son ensemble. Mais, d'un autre côté, le droit, comme fonction relativement indépendante de la vie nationale présente une formation propre et originale ; il aboutit à un organe spécial en même temps que central, l'Etat, qui devient l'instrument de son action visible. Il peut constituer la tendance prédominante d'un peuple, comme aussi il peut, par ses institutions, être en conflit avec le génie national, les mœurs, les besoins et les aspirations du siècle, soit en restant en arrière, soit en marchant en avant, et, dans les deux hypothèses, préparer des crises sociales : c'est donc une mission des plus importantes de fixer et de déterminer, d'une manière générale et pour chaque époque, la mesure exacte dans laquelle les mœurs nationales, prises dans leur ensemble, influent sur le droit et réciproquement.

3. Mis en parallèle avec le droit, on doit envisager l'Etat comme étant l'organisme par lequel se manifeste le droit social. Sans doute, sous plusieurs rapports, on identifie encore l'Etat sans tenir compte de son essence et de son histoire avec la société tout entière. Mais l'Etat est seulement chargé de ménager les conditions que comporte l'accomplissement de tous les

buts essentiels de la vie, et de rendre possible cet accomplissement, en assurant un libre cours à l'activité individuelle et à la formation ou à l'organisation des sociétés destinées à la seconder, c'est-à-dire des ordres sociaux de la religion, de la science, de l'art, de l'éducation, de l'industrie et du commerce. Mais jamais il ne doit prendre en main directement lui-même l'accomplissement de ces mêmes buts. Les influences réciproques qui s'échangent entre l'Etat et toutes les branches de l'activité sociale mettent le pouvoir politique à même d'imprimer à celles-ci une direction particulière, de déterminer leurs rapports respectifs, de leur assigner des limites et de les y contenir, tout en favorisant leur développement. Mais il est évident que le tout exerce sur la partie une action plus puissante que la partie sur le tout : l'influence prépondérante est donc, par la même raison, assurée à l'Etat, envisagé dans l'ensemble de son activité, qui se manifeste par tout ce qui constitue le génie d'un peuple, par le degré de ses puissances et énergies, par le plus ou moins d'étendue du but qu'il s'est donné pour tâche d'accomplir. Le droit et l'Etat sont toujours avant tout de pures formes qui se développent et se modifient selon le degré de culture morale de la nation. Ce degré est-il inférieur, et les buts supérieurs de la vie sont-ils délaissés par elle, l'histoire montre alors qu'une telle nation n'aura qu'une existence passagère. Des peuples purement industriels et commerçants, tels que les Phéniciens, les Carthaginois et autres, ne sont plus. Une existence encore plus courte a été celle des peuples nomades purement coaquérants, tandis que ceux de l'antiquité, tels que les Indiens, les Juifs, les Grecs auxquels fut dévolue une haute mission soit dans l'ordre humanitaire, religieux ou moral, soit dans la sphère de la science ou de l'art, quoique refoulés hors de leur patrie ou en dépit de l'introduction dans leur sein d'éléments étrangers, ne s'en sont pas moins maintenus et ont contribué d'une manière durable aux progrès de l'humanité. Il est digne de remarque que le peuple romain, qui réalisa, dans l'antiquité, le vrai type du droit et de l'Etat, dut aussi tomber, à raison même de la nature avant tout extérieure et contingente du but qu'il poursuivait. Toutefois il était destiné à fournir le cadre le plus vaste possible de forme politique qui permit au principe

supérieur de vie donné par le christianisme d'étendre rapidement son influence et de vivifier à nouveau les peuples confondus dans l'unité de l'empire romain. Le christianisme seul a pu communiquer aux peuples qui l'ont adopté un élément impérissable : aussi ne saurait-on plus appliquer aux nations chrétiennes l'analogie tirée de la chute de celles de l'antiquité. La constitution du droit et de l'Etat chez ces nations chrétiennes peut rejeter plus ou moins les influences vivifiantes du principe éthique et suivre, de préférence, un formalisme étroit et la tendance vers des buts extérieurs. A ce danger sont surtout exposées celles qui se sont donné, avant tout, pour tâche de perfectionner les formes de l'Etat et du droit. Ce mobile est devenu prédominant dans les temps modernes, chez presque tous les peuples européens, l'organisation politique étant restée, sous plusieurs rapports, en arrière du développement de l'ordre social. C'est ce qui fit que tout le mouvement des esprits s'est porté principalement vers un but de réglementation extérieure et formelle. On crut voir un remède à toutes les plaies sociales dans les nouvelles formes législatives et politiques, et l'on s'attendit à y trouver un nouvel élément de vie. Il importe, sans doute, qu'à chaque phase de formation par laquelle passe un peuple, on puisse découvrir et établir solidement la forme de constitution juridique et politique correspondante aux conditions du développement de l'ensemble de sa vie ; mais ce serait une erreur qui ferait manquer le but lui-même que d'accorder à la forme une prédominance essentielle et d'y voir le point d'appui et le soutien de l'ordre social. Les formes n'ont jamais présenté des garanties de durée tant qu'elles n'ont pas été adaptées à l'ensemble des conditions de la vie nationale envisagée du point de vue de l'éthique, c'est-à-dire dans l'universalité des lois et rapports de l'ordre spirituel moral et économique. C'est là l'écueil où viennent échouer tant d'efforts de réglementation des temps modernes. Que cet échec nous serve à bien comprendre cette haute vérité que toute organisation du droit et de l'Etat puise uniquement sa consistance, sa force et sa consécration définitive dans l'application des facultés nationales à la poursuite des biens éthiques de la vie, qu'elle doit, en conséquence, être adaptée à ces buts et y correspondre. Puisse-y aussi cet en-

seignement que l'influence du droit et de l'Etat doit ici se borner à bien régler, à déterminer plus exactement et à faire nettement comprendre les rapports éthiques naissant de l'emploi de l'activité nationale de manière à faciliter et à favoriser ainsi le développement tout entier de cette activité par l'adoption des formes en harmonie avec les conditions qui la régissent.

4. Le droit et l'Etat ne constituent pas seulement un ordre éthique mais encore un ordre de nationalité, c'est-à-dire qu'ils reflètent le caractère ou le génie d'un peuple dans les fonctions et organes qui lui sont propres. L'humanité se ramifie, à partir de l'individu, en différents organes, tous reliés les uns aux autres, parmi lesquels les nationalités, et, en remontant plus haut, les races, forment autant d'éléments essentiels devant concourir à la détermination du droit et de l'Etat. Les grandes nationalités auxquelles a donné naissance la première division des races sont caractérisées par un génie, inexplicable par de pures influences de climat, et qui constituerait une prédisposition native, une haute aptitude providentielle à la mission qu'un peuple est appelé à remplir dans l'histoire. Ce génie national se reflétera aussi dans les formes du droit privé et du droit public : mais, de même que le caractère de l'individu, il ne se détermine et ne se forme que sous l'action d'influences morales supérieures.

En ce qui touche les races elles-mêmes (1), leur cause, leur

(1) L'œuvre de Pritchard, *Researches, etc.* (recherches, etc.), qui traite des races humaines en général et sans tenir compte de l'élément juridique et politique, est celle où abondent le plus les données historiques. Mais elle pêche par le manque d'un principe fondamental servant de base à sa classification. Cet ouvrage a été traduit en allemand par R. Wagner sous le titre : *Histoire naturelle de l'espèce humaine* (Gœttingen, 1840-1842). D'après la conformation du crâne et du corps, Pritchard admet sept races : 1° la caucasique, 2° la mongole, 3° l'américaine, 4° la hottentote, 5° la nègre, 6° la papienne, 7° l'australienne, sans compter encore les peuples qui se rapprocheraient seulement de ces races. Blumenbach ne distingue, comme on le sait, que cinq races : la caucasique, la mongole, l'éthiopienne, l'américaine et la malaise. La caucasique serait la primitive dont les autres ne seraient que des dégénéralions. Nous rangeant à l'opinion de Cuvier, de Hensinger, etc., nous adoptons pour notre part une triple division en faisant observer que les trois races principales dont nous parlons dans notre texte se

origine et leur nombre, n'ont pas encore été jusqu'ici établis d'une manière certaine par la science, quelque importants qu'aient été les jalons posés à cet égard par les découvertes modernes dues à la physiologie comparée, et surtout à la linguistique comparée. Tout le monde est d'accord sur la grande différence que présentent les races, eu égard à leur puissance créatrice dans l'organisation du droit et de l'Etat, et même à leur aptitude à recevoir les formes de constitution politique supérieures ou plus perfectionnées. Il faut éviter ici toutefois deux écueils : l'un serait de supposer que toutes les races, prises à leur berceau, fussent également aptes à tous les buts humains, capables de se développer également dans l'ordre du droit et de la politique ; l'autre, d'envisager les différences de races comme des oppositions fixes inhérentes à leur nature physique et intellectuelle, les renfermant dans les limites infranchissables de tel ou tel degré de civilisation, et élevant ainsi des obstacles à leur libre développement moral (1).

rencontrent dans chacune des grandes parties du globe avec leur nature caractéristique et primitive. — Voyez Burmeister, *Histoire de la création*, 5^e édition, 1852.

(1) Sur le côté juridique et politique de la question des races et nationalités, voyez ma *Philosophie du droit*, p. 377, et plus de développements encore dans ma *Doctrine organique de l'Etat*, p. 200-230. L'œuvre la plus récente qui traite ce sujet est anonyme (serait-elle de Vollgraff?) ; elle porte ce titre : *Premier essai d'une exposition scientifique de l'ethnographie générale sur les bases de l'anthropologie et de la philosophie de l'Etat et du droit sur les bases de l'ethnographie*, en trois parties. Marburg, 1853-1854). Il n'a été jusqu'ici publié que deux volumes. Cette œuvre se recommande par l'abondance des recherches et documents historiques ; mais nous considérons comme pêchant par la base le système de l'auteur, qui prend pour point de départ le caractère opposé et immuable des races et tient pour funestes les entre-croisements entre les races primitives au nombre de quatre, nombre qu'il détermine d'un point de vue exclusif eu égard aux quatre tempéraments. L'auteur se met souvent en contradiction avec les données de l'histoire, et à la fin du 2^e vol., p. 964, il émet cette conclusion peu consolante, « que jusqu'ici le règne humain n'est encore qu'un immense champ de ruines. » Cette œuvre ne fait que prouver jusqu'à quel point dévie une science qui met en oubli ces mots de la sagesse antique : *mens agitat molem*, c'est-à-dire qui méconnaît l'influence renovatrice et vivifiante des forces spirituelles, religieuses et morales dans la vie des peuples. Et en vérité,

Les trois principales races qui se reconnaissent à des signes distinctifs les plus caractéristiques sont : 1^o la race à visage allongé (à mieux dire les nègres) ; 2^o celle à visage large (autrement dit les Mongols) ; 3^o celle à visage ovale (appelée caucasique). Envisagées spécialement sous le rapport de leurs facultés spirituelles, elles peuvent être considérées non pas comme formant des races primitives de même ordre, douées de prérogatives égales ou équivalentes, mais plutôt comme formant trois degrés de la vie dans le règne humain. Il est évident, en effet, que dans les souches dépendant de la race caucasique (les Indiens, les Perses, les Grecs, les Romains, les Germains, les Slaves, etc.), la supériorité des facultés intellectuelles a procuré, et peut encore procurer dans l'avenir, à l'humanité, les plus belles conquêtes, qu'on leur doit aussi jusqu'ici les institutions politiques relativement les plus parfaites. Dans la même période de temps, le type par excellence de la race mongole, les Chinois se sont signalés uniquement par leur aptitude organisatrice en matière de religion, de science, d'art et de politique, tout en étant incapables d'aspirations d'un ordre plus élevé. La race nègre paraît, dans ses souches les plus connues jusqu'ici, être tombée sous le joug d'un sensualisme prédominant, et devenue ainsi esclave des basses convoitises, des passions et des voluptés abjectes, être condamnée à la servitude, sans que ses souches les plus privilégiées aient jamais pu réussir à fonder, sur des bases solides, d'établissement politique. Mais ces races, qui s'échelonnent, ne constituent aucun type fixe et invariable dans l'histoire : On y voit, à travers le travail d'expansion de la civilisation, les races et les peuples se succéder tour à tour dans un mouvement de fluctuation perpétuel, et, de la combinaison de ces divers éléments, sortir des mélanges à degrés plus ou moins concentrés semblables à ceux qu'opère la chimie. Ces mélanges au sein des divers peuples successivement envahissants se sont effectués principalement,

l'hypothèse de l'accroissement successif et de la décadence de tous les peuples est déjà réfutée par ce fait qu'on n'a jamais vu jusqu'ici un peuple chrétien disparaître, ce qui fait forcément admettre qu'il y a dans le christianisme un principe qui domine de beaucoup les lois de l'ordre naturel.

autant que nous pouvons le savoir par l'histoire, entre les souches de la race caucasique, faisant disparaître les nombreux contrastes et multipliant les rapprochements entre les peuples appartenant à ces souches. Il en est résulté pour ceux-ci, non un affaiblissement, mais un accroissement de force, comme le témoigne l'exemple souvent cité du peuple mixte anglais. L'Orient reste visiblement en arrière du mouvement de la civilisation. Notamment, les pays habités par la race mongole obéissent à peine à ce mouvement. D'un autre côté, une partie du monde encore plus considérable, celle qui est habitée principalement par les souches de la race nègre, l'Afrique, est presque encore entièrement fermée à la civilisation européenne ; et cependant, les contrées montagneuses de cette partie du monde paraissent renfermer de grandes souches beaucoup plus susceptibles d'éducation. Si l'on tient compte de tous ces faits, on demeure convaincu qu'une fois les mélanges entre les souches des mêmes races accomplis heureusement, la tâche plus vaste et certainement plus difficile de fusionner les races elles-mêmes et d'opérer leur rapprochement physique et intellectuel demeure encore réservée à l'avenir, et qu'il ne sera possible d'en venir à bout qu'en y faisant servir la puissance irrésistible des lumières et de la moralité. Si l'homme, en principe, est appelé à maîtriser par son intelligence les forces de la nature, les éléments et les influences climatériques, il doit aussi surtout chercher à triompher de la même manière des obstacles que lui oppose son organisation physique propre. La fusion complète entre les races, par l'élévation progressive des inférieures aux supérieures, est commandée par l'unité suprême de la nature, qui n'admet qu'une seule espèce d'hommes et rend productifs les mélanges entre toutes les races. Elle est aussi conforme à la haute unité intellectuelle de tous les hommes, qui permet de régénérer moralement et d'élever à un ordre juridique et politique la race même la plus inférieure, grâce aux facultés et à la perfectibilité qu'elle possède comme les autres, fût-elle restée étrangère à tout mélange. Constatons ici ce fait consolant que les souches barbares appartenant aux races nègre et mongole sont peu considérables, ainsi que le prouve la comparaison des peuplades mongoles encore nomades avec les Chinois, les représentants les plus im-

portants de la race. Une constatation analogue résultera très vraisemblablement de la connaissance prochaine plus exacte de l'intérieur de l'Afrique et de la comparaison des peuplades sédentaires qui l'habitent aux nègres proprement dits. C'est ainsi que se trouve facilité entre les races elles-mêmes un premier mélange qui les ennoblit. Y a-t-il en fait des souches si dégradées qu'elles soient inaccessibles à toute amélioration, elles disparaîtront, obligées de reculer devant les progrès de la civilisation, comme les Indiens en Amérique (1) ont déjà disparu pour la plus grande partie. Quels que soient les mélanges entre les races et les peuples, il n'en restera pas moins toujours un type déterminé prédominant comme base du mélange. Les grandes nationalités, si mélangées qu'elles puissent être, ne se dissoudront jamais pour aller se perdre dans une sorte de fleuve commun, l'humanité, ce qui réduirait à néant pour elle toute organisation. Elles conserveront plutôt leur individualité avec l'originalité de leurs aptitudes intellectuelles, et, par suite, une influence d'autant plus féconde sur les principes de vie, la religion, la science, l'art et le droit, ainsi que sur le langage dans lequel viennent s'encadrer, pour ainsi dire, toutes les propriétés de leur organisme physique et spirituel, ce qui n'empêchera pas

(1) L'Etat nègre d'Haïti sur lequel on avait fondé d'abord tant de belles espérances, mais d'où résulte seulement aujourd'hui la preuve d'un retour rapide des nègres à leur ancienne barbarie et à leurs premières superstitions, ne saurait être invoqué en principe à l'appui d'une prétendue impossibilité physique et morale de civiliser le nègre. D'un côté, il ne faut pas perdre de vue, comme nous l'avons remarqué dans notre texte, que les souches nègres des côtes africaines appartiennent en général à la plus inférieure des races nègres; et d'un autre côté, on doit considérer que les nègres en question étaient auparavant de simples esclaves auxquels leurs maîtres chrétiens faisaient apprendre à peine quelques formules religieuses, ce qui faisait que le nègre ne devenait pas plus chrétien qu'il ne se civilisait, et qu'il devait être tout prêt à s'abandonner de nouveau à la pratique de ses anciennes superstitions et de la magie. La petite république de Libéria, sur les côtes africaines, fait naître jusqu'à présent des espérances plus fondées; mais tant que l'élève (nous nous servons à dessein de ce mot éminemment applicable au nègre) ne sera pas soumis à une éducation continue destinée à en faire un homme, on verra encore échouer beaucoup d'essais d'éducation morale et politique de ce genre.

le progrès croissant d'un nivellement entre elles sous tous les rapports essentiels.

En ce qui touche les influences de la nature extérieure, et notamment celles du climat, auxquelles on avait attaché dans le passé, à l'exemple de Montesquieu, une trop grande importance, il existe entre le caractère des peuples et la nature physique du pays qu'ils habitent une corrélation intime évidente, une sorte d'harmonie préétablie. Les peuples généralement, en effet, comme poussés par un instinct supérieur, ont choisi pour s'y établir les lieux qui répondaient le plus à l'ensemble de leur caractère (1). Il en résulte une sorte d'influence réciproque permanente, et l'homme, pour ainsi parler, fera toujours plutôt la terre à son image qu'il ne sera fait lui-même à l'image de la terre.

5. Dans le développement de la constitution politique et juridique des peuples, de même que, dans l'ensemble des progrès de l'humanité, se manifeste la loi de continuité. C'est ainsi qu'on voit apparaître successivement divers éléments nouveaux de civilisation devant s'ajouter aux premiers, et que des idées fécondes d'un ordre supérieur donnent naissance à une nouvelle ère. Par la même raison surgissent de nouveaux peuples représentant des idées plus avancées. Mais, dans tous les cas, si la première phase du développement s'accomplit d'une manière indépendante, toujours est-il que le nouvel anneau de la chaîne de la civilisation se renoue constamment à un ou plusieurs anciens anneaux. Il s'opère un travail de fusion entre l'ancien et le nouveau, et les progrès déjà accomplis dans le passé fraient la voie aux nouveaux. L'unité supérieure de l'humanité et des peuples se montre donc aussi en ce que la somme des conquêtes réelles faites par un peuple, son capital, n'est jamais perdu. Ce peuple lui-même a beau disparaître de la scène du monde; son héritage passe à d'autres peuples qui font progresser la civilisation. L'héritage recueilli ne reste pas, en effet, improductif entre leurs mains; mais ils le font servir d'instrument à des créations originales, de base à un nouvel édifice. A mesure que

(1) Voir à ce sujet plus de détails dans ma *Doctrine organique de l'Etat*, p. 204 et suiv.

nous avançons dans l'histoire, nous voyons ce travail d'assimilation devenir toujours plus fécond et s'effectuer sur une plus vaste échelle. Ajoutons que les nouveaux peuples inspirés par l'esprit supérieur du christianisme, qui embrasse toute l'humanité, ont ressenti toujours et partout de la sympathie et de l'entraînement pour tous les buts humanitaires. Aussi notre temps assiste-t-il à un réveil intellectuel de tous les peuples civilisés ; et de même qu'on s'était porté d'abord vers les Romains et les Grecs, le mouvement des esprits aujourd'hui nous entraîne de plus en plus vers l'étude de la civilisation orientale, qui exerce ainsi une influence considérable sur la nôtre. Ajoutez que les peuples les mieux doués ont toujours montré une aptitude plus grande à s'approprier l'élément étranger et ont été par là plus exposés au danger de laisser se perdre trop longtemps dans cette assimilation leur force originale de création.

Dans le mouvement d'assimilation des éléments de vie les plus importants auxquels le droit se rattache, on peut distinguer deux époques que doit suivre une troisième et dernière phase de progrès. A une première époque, l'élément civilisateur étranger est reçu plutôt à la surface de l'esprit suivant une méthode presque exclusivement reproductrice et servile, et il se trouve simplement juxtaposé à l'élément national, s'il en existe à une telle phase. Mais l'action qu'exercent les uns sur les autres les divers éléments de vie ne peut longtemps demeurer latente : l'élément étranger, d'abord accueilli comme un bienfait parce qu'il répondait à un besoin immédiat ou à de nouvelles exigences de l'esprit, ne tarde pas, à mesure qu'il se développe, à révéler ses différences et ses oppositions avec l'élément indigène. Il peut en résulter un conflit qui sépare en deux camps les partisans de l'élément étranger et ceux de l'élément national : mais finalement doit se former la conviction que l'élément étranger ne se fait pas accepter uniquement comme tel et dans sa réalité propre et extérieure, mais qu'il reçoit en outre de l'esprit national qui l'accueille une transformation insensible par sa combinaison avec les éléments indigènes ; c'est seulement sous cette nouvelle forme qu'il trouve sa véritable justification. D'un autre côté, il s'accomplit ainsi un nouveau progrès :

l'esprit national et la science, fortifiés par l'élaboration du double élément étranger et indigène, par l'investigation approfondie de leurs différences et de leurs caractères propres qui se complètent l'un l'autre, triomphent de leur opposition, les conciliant tous deux même extérieurement par une nouvelle création, et ouvrent ainsi une voie mieux aplanie au développement des peuples.

Ces trois époques peuvent se retrouver dans toutes les sphères essentielles de la vie, la philosophie, la science, l'art et la littérature, quand il s'y opère des combinaisons semblables à celles qui ont lieu entre les éléments de civilisation de divers peuples. Elles se représentent aussi plusieurs fois dans le développement du droit et de l'Etat, et se sont montrées, notamment de notre temps, dans le développement du droit romain et du droit germanique. Le premier, dont la renaissance, vers la fin du moyen âge, se lie étroitement avec les nouvelles tendances intellectuelles qui se manifestent dans la philosophie et ensuite dans le mouvement religieux, fit sentir son action dans le règlement des rapports juridiques, en faisant prévaloir la liberté et l'indépendance de la personne. Il se propagea rapidement en Allemagne; mais, pendant plusieurs siècles encore, il ne trouva accès auprès des esprits que par le côté plutôt extérieur et en appropriant ses formes aux mœurs nationales. La preuve en est dans l'*usus modernus Pandectarum* : c'est seulement à l'époque moderne qu'on est arrivé, par l'investigation historique, à approfondir le droit romain et le droit allemand dans leur essence et dans leurs institutions, et à reconnaître sous plusieurs rapports leur opposition de caractère, de telle sorte que l'école historique elle-même, attaquée de plusieurs côtés, s'est scindée en deux camps : le parti du droit romain et le parti du droit allemand. Cette opposition de caractère ne saurait s'effacer. On doit plutôt, par des investigations historiques dirigées vraiment par un esprit philosophique, remonter aux principes fondamentaux servant de base aux deux systèmes du droit, pour parvenir enfin à réaliser complètement, au moyen d'une nouvelle législation (codification), une conciliation suprême embrassant l'élément philosophique, l'élément historique et l'élément immédiatement pratique de la science du droit. Le génie national n'a pas ac-

compli vraiment jusqu'au bout sa mission supérieure d'assimilation des éléments de civilisation étrangers, lorsque ceux-ci ne rappellent plus en rien leur origine et ne présentent plus la moindre opposition avec les mœurs nationales : il faut encore que par l'énergie de l'esprit national uni à la science, énergie que concourt à augmenter l'influence étrangère, cette assimilation soit poussée jusqu'à la réalisation d'une unité vraiment supérieure se traduisant dans des formes précises et embrassant le droit et la législation tout entière. Ainsi se réalise, par la tradition, la réception et l'assimilation de l'élément étranger, la loi de continuité dans le développement des peuples : jamais, toutefois, il n'a été donné à une nation ou à un siècle d'étendre pour toujours sa domination sur les autres nations ou sur les autres siècles par le perfectionnement de l'un des éléments de la civilisation (1).

CHAPITRE II.

IDÉE DU DROIT ET DE L'ÉTAT CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME EU ÉGARD
À LA MANIÈRE DONT ELLE S'EST DÉVELOPPÉE SUCCESSIVEMENT DANS
LA CONSCIENCE DES PEUPLES.

§ 1. — *Observation préliminaire.*

Les premières théories du droit, avec leur caractère abstrait

(1) Savigny, *Système, etc.*, vol. VIII, p. 534, dit : « Il est impossible que nous accordions à une époque quelconque le pouvoir d'ériger en souveraine sa propre conscience du droit et de l'imposer à tous les temps à venir. » Il en est de même évidemment du droit perfectionné par le peuple romain : il ne saurait revendiquer l'empire sur les autres nations, ce que méconnaît trop souvent l'école historique. Du reste, Savigny, dans un autre passage, repousse le faux point de vue de cette école, lorsqu'il dit : « Ce serait méconnaître et dénaturer complètement la conception historique du droit, d'enseigner, comme on le fait souvent, que le droit qui s'est formé dans le passé doit être érigé en souverain auquel soit assuré un empire immuable sur le présent et sur l'avenir. La vraie méthode historique consiste plutôt à reconnaître également la valeur et l'indépendance de toute époque, et n'attache d'importance qu'à la connaissance des liens de vie qui rattachent le présent au passé, sans laquelle l'état actuel du droit nous apparaît seule-

et métaphysique, et la doctrine de l'école historique présentent, eu égard à la conception du droit, une opposition qui témoigne dans les deux camps d'une impuissance radicale à se faire une juste idée du droit. Les théories abstraites, à raison du principe de rationalisme formel qu'elles doivent appliquer forcément comme cadre universel à tous les peuples, à tous les temps indistinctement, ne sont guère propres à saisir dans son évolution naturelle et progressive la vie du droit et de l'Etat, et à reconnaître le droit propre, inhérent à chaque degré de civilisation. Mais si ces théories ne parviennent pas à saisir la vie réelle, l'histoire, et que par suite on ne soit que trop porté à les exclure de ce double domaine, l'école historique n'arrive pas non plus à comprendre le droit dans sa réalité. Elle explique, sans doute par les événements quelques phases historiques de la formation progressive du droit, mais laisse planer de l'obscurité sur l'énergie virtuelle et le principe de vie qu'il recèle, sur le sens et le but de cette formation. Elle fournit une nouvelle preuve, sur ce terrain même de l'histoire, que cette dernière ne saurait s'expliquer par elle-même et qu'on n'en obtient l'intelligence parfaite qu'avec la connaissance exacte des principes humanitaires qui régissent le mouvement social. Aussi, dans les temps modernes, avons-nous assisté à un rapprochement entre l'école historique et la philosophie, de même que dans l'école opposée s'est fait sentir le besoin de revenir à l'histoire. La science n'a pas encore, jusqu'ici, réalisé la conciliation suprême entre les deux écoles. La théorie de droit que nous proposons se montre, plus que toute autre, propre à donner satisfaction à la philosophie qui réclame un principe rationnel, aussi bien qu'aux exigences de l'histoire, puisqu'elle seule présente, comme faisant partie intégrante de la notion complète du droit, l'élément historique et pratique. Ainsi le droit étant un ordre

ment sous ses dehors extérieurs, sans pouvoir être réellement pénétré dans son essence intime. »

Cette opinion exprimée par Savigny sur la nécessité de rattacher historiquement le passé à l'avenir trouvera assurément un écho dans la vraie doctrine philosophique; mais celle-ci rappellera en même temps que l'essence intime du droit ne doit pas seulement être demandée à l'histoire, mais encore aux principes de la philosophie du droit.

à réaliser par la liberté, ou un règlement de toutes les branches et de tous les rapports de la vie humaine, eu égard à la manière dont ils se conditionnent les uns les autres, constitue un principe général dont la base est la vie elle-même. De même que la vie, quoique une dans son principe et sa cause, se perfectionne d'une manière continue et selon des lois immuables, de même aussi le principe du droit se développe toujours de plus en plus dans l'histoire, de telle sorte qu'à aucune époque et dans aucune société humaine il ne manque absolument ; mais il se diversifie et se déploie plus exubérant avec la multiplicité des rapports de la vie répondant au cadre tout entier de l'activité nationale. L'idée du droit, suivant la notion fournie par les vues humanitaires, est essentiellement un principe de vie et de développement. Il régit tous les rapports de la vie qui, à leur tour, réclament, pour progresser, le perfectionnement du droit.

§ 2. — *Origine du droit* (1).

La formation originelle du droit dans l'histoire doit s'expliquer par le principe de vie qu'il recèle en lui-même. L'école

(1) Il a été récemment publié par Lenz, sur l'*Origine du droit*, Leipzig, 1854, une œuvre contenant plusieurs observations remarquables, mais où se montre une suffisance excessive ; l'auteur, partant des vues fondamentales d'Hégel et engageant une véhémence polémique contre l'école historique à laquelle il fait profession toutefois d'appartenir (les adeptes se tournent souvent en adversaires impitoyables), s'efforce de soutenir une opinion dont cette école s'éloigne toujours avec raison de plus en plus. Lenz veut prouver que le droit étant quelque chose d'abstrait ne pouvait naître que chez un peuple lequel, comme le romain, n'en formait pas un à proprement parler, mais était plutôt un *confusius omnium gentium*. Il prétend que le droit romain constitue le droit absolu et fournit à notre siècle des matériaux suffisants, pour qu'en les faisant servir à une élaboration vraiment indépendante, on parvienne à instituer le formalisme d'un droit universel, et le droit romain, poursuit Lenz, est encore appelé à remplir cette mission, « *parce qu'il est le droit de la liberté, la liberté elle-même.* » « Les libéraux ne surent donc pas ce qu'ils voulaient quand ils s'écartèrent de ce droit. » Lenz n'a présenté comme absolu, à proprement parler, que le même principe qui déjà avait été démontré comme faisant le fond du droit romain par Ihering dans son *Esprit du droit romain*, 1852 ; je veux dire celui de la subjectivité, de la personnalité, de la liberté, comme aussi de l'égoïsme ; mais par là il n'a

historique laisse se perdre l'origine du droit dans une obscurité presque impénétrable (1) semblable à celle qui enveloppe le

fait que montrer qu'il n'a en rien compris l'essence toujours relative du droit et le lien intime par lequel il se rattache à la morale et à tous les rapports de la vie inhérents aux mœurs et susceptibles de se perfectionner avec elles, rapports auxquels il doit toujours s'approprier. En même temps, l'œuvre de Lenz nous montre d'une manière palpable jusqu'à quel point égare et égarera toujours de plus en plus l'étude du droit romain poussée à l'excès, si l'on néglige d'approfondir la philosophie du droit. Il ne serait pas surprenant de voir l'écrivain de Lenz, « dédié à la jeunesse allemande, » écrit que le parti du droit romain, au sein de l'école historique, peut bien taxer d'exagération, mais non réfuter en principe, trouver avec la décadence de toute étude et méthode philosophique un accueil des plus favorables et contribuer essentiellement à inspirer aux jeunes intelligences le dégoût de toute conception plus élevée du droit. Sur les mérites et les défauts du droit romain, voir plus loin notre appréciation à la fin de l'histoire de ce droit.

(2) L'obscurité qui règne au fond dans les idées que l'école historique se fait de l'essence du droit se retrouve dans sa conception de l'origine du droit. Avec les mots retentissants d'esprit du peuple, de conscience du peuple, de conviction du peuple et autres devenus à la mode, on n'arrive ni à pénétrer le fond du droit ni à éclaircir son origine. L'école historique n'a pas moins abusé de ces grands mots, et en y attachant une plus haute et plus profonde conception du droit soi-disant, elle ne s'est pas moins fait illusion que l'école d'Hégel avec sa théorie de l'idée et de la conscience. Mais tandis que cette dernière école s'efforçait de fournir à la conscience un principe réel de vie au moyen du développement de l'idée, l'autre s'est contentée d'admettre des formes vides et générales, telles que celles de conscience du peuple, incapables par elles-mêmes d'offrir un critérium propre à faire discerner le vrai, le bien et le juste. En faisant prévaloir cet élément purement subjectif du droit, la conscience, Puchta, qui sentait de plus en plus le besoin d'une conception philosophique plus profonde, a été précisément amené à rétrograder et à revenir presque entièrement au point de vue subjectif des théories de la volonté. Mais dans sa manière de concevoir et de traiter le sujet, il est resté bien en arrière de ses prédécesseurs Kant et Fichte et de leurs adeptes les plus distingués. Dans son *Cours des Institutes*, 1^{er} livre, se trouve un exposé encyclopédique qui contient en réalité une théorie de droit qui ne s'écarte pas de quelques généralités banales, et par suite laisse encore planer la plus grande obscurité sur l'idée, l'origine et le progrès du droit. Puchta a persisté ici dans ses préventions contre la raison ; sa théorie de la liberté et de la volonté répond d'autant moins aux formes logiques immuables de la raison et à la loi de ses opérations. Voici quelles sont les maximes de Puchta les plus remarquables : « Le principe fondamental du droit est la liberté ; il résulte de là qu'on ne saurait, pro

31569



berceau de la civilisation, notamment l'origine du langage avec lequel le droit présente dans sa marche une grande analogie. Au point de vue de cette école, on ne saurait assigner à la langue, aux mœurs et au droit d'autre source commune que le génie national qui pénètre dans chaque individu et agit en lui à son insu. Mais si important qu'il soit de reconnaître que le droit, comme élément et fonction de la vie du peuple, se trouve en harmonie avec toutes les autres manifestations et activités de cette vie, et prend sa source commune dans le génie, le caractère et l'ensemble des mœurs du peuple, on n'arrive ainsi qu'à

» prenant pour point de départ la raison, arriver au droit. En vertu de la
» liberté, l'homme est sujet du droit. Sa liberté est le fondement du droit ;
» tout rapport juridique dérive de celle-ci. Le droit est la reconnaissance
» de la liberté qui appartient également à tous les hommes envisagés comme
» représentant la puissance de la volonté. L'instinct de l'homme qui le pousse
» à rapporter à soi ce qui est en dehors de lui donne au droit son contenu
» et détermine sa sphère. La mission du droit est d'appliquer la règle de
» l'égalité aux rapports juridiques auxquels cet instinct donne naissance. »
Plus loin, à propos de la question d'origine du droit, chap. II, il s'ex-
prime en ces termes : « L'existence du droit qui détermine et règle les rap-
» ports de la vie humaine repose sur le sentiment inné que possède l'homme
» de la liberté juridique. L'homme tient cette conscience de Dieu. Le droit
» est un ordre divin qui est imposé à l'homme et accepté par sa conscience.
» Le droit arrive à la conscience par la voie surnaturelle de la révélation
» aussi bien que par la voie naturelle d'un sens ou d'un instinct inhérent à
» l'esprit humain. Pour nous, nous ne devons ici admettre que cette origine
» naturelle du droit dans laquelle le vrai créateur (?) se cache, permettant
» que le droit y apparaisse comme une création de notre esprit, bien plus,
» que dans son développement et son perfectionnement ultérieurs, il ne soit
» plus seulement en apparence, mais bien réellement l'œuvre de l'homme. »
Puchta est ainsi parti, pour expliquer l'idée et l'origine du droit, d'un dou-
ble point de vue ; mais ni l'un ni l'autre ne sont satisfaisants, pas plus la
liberté séparée de la raison que la conscience dérivant même de Dieu sans
une profonde investigation de l'essence des rapports de la vie qui se for-
ment sans doute par la liberté et sous l'impulsion de plusieurs mobiles ou
avec une conscience plus ou moins claire, mais en vue de buts raisonnables,
on ne saurait comprendre le droit ni dans son idée ni dans son développement.
L'école historique ne fait ainsi que montrer, par un de ses représentants
les plus distingués et qui se sont signalés dans le droit positif par leur
sagacité, que la recherche de l'essence du droit appartient à une philosophie
du droit plus profonde que celle qui se renferme dans le cercle de quelques
réflexions générales inhérentes au point de vue subjectif.

marquer l'origine subjective, et encore d'une manière générale et insuffisante. On néglige de rappeler ce qui est non moins important, l'instinct spécial, le sentiment ou le moteur spontané qui donne la première impulsion à l'établissement du droit, tel que d'autres théories l'ont trouvé dans l'instinct de sociabilité (Grotius) ou dans une passion tenant le milieu entre l'amour-propre et la bienveillance (Warnkönig). Mais l'ensemble de toutes ces explications de l'origine du droit qui se ramènent au point de vue subjectif ne satisfait pas cette origine : il faut aussi, du point de vue objectif, la tirer des rapports de la vie eux-mêmes, de la manière dont le droit s'y applique pour les régler. A raison de son caractère éminemment objectif, le droit ne saurait, à son berceau, s'envelopper dans d'aussi mystérieuses ténèbres que celles mises en avant par l'école historique. D'autres commencements de la civilisation qui se rattachent plus à la vie intime, tels que la religion, la science, les beaux-arts et le langage ne peuvent s'expliquer que par des mobiles tirés des profondeurs les plus intimes de l'être spirituel ; mais l'origine du droit, conformément à sa propre essence, se reconnaît plutôt à des signes extérieurs. Partout où des hommes se trouvent réunis, soit au sein de la famille, commencement et premier degré de la société humaine, soit au sein d'associations moins étroites mais plus vastes, telles que celles des peuplades de chasseurs nomades, le même besoin se fera instinctivement sentir. Ce besoin, inhérent à la nature raisonnable, sera d'établir des conditions destinées à régir la vie en commun, quel que soit le mode ou le plus ou moins de régularité de celle-ci, conditions qui varient suivant le but pour lequel elle s'est formée, et suivant le plus ou moins de moralité inhérent à la nature et à l'accomplissement du but. Toute vie en commun est donc soumise aux conditions absolument indispensables à remplir pour empêcher la rupture du lien d'union. C'est ainsi que dans les premières familles se sont formées les conditions de la vie en commun, lesquelles, eu égard au but moral assigné à cette vie, s'accomplissent par l'éducation physique et intellectuelle, l'assistance mutuelle, la soumission en commun à un seul pouvoir et à une même direction. Le devoir de chaque membre consistant à faire, à ne pas faire ou à

laisser faire, se manifeste comme condition qui se détermine d'une manière différente suivant le plus ou moins de moralité inhérent au but de cette communauté. Les peuplades nomades elles-mêmes de pasteurs et de chasseurs doivent encore déterminer les conditions de la vie ou de la dépaissance commune.

Les conditions se règlent donc sur les buts de vie et sur l'idée qu'on s'en fait, et elles forment partout le lien juridique entre les hommes, ainsi que la base de leur union fondée sur un but éthique. Par cela même que la famille, le premier lien naturel, réunit en elle-même tout d'abord l'ensemble des buts de la vie et qu'elle est ainsi la source de toutes les autres sociétés, le droit prend son origine historique dans la famille. Le premier droit est donc celui de la famille. A mesure que les familles, en s'étendant, forment des souches, des tribus, lesquelles vivent en commun dans un même lieu, qu'elles soient sédentaires ou nomades, le droit reçoit aussi une plus grande extension empruntant en même temps une couleur plus variée à tous les rapports diversifiés et à tous les disparates de la vie. L'origine du droit est donc objective, en l'envisageant dans son idée, simple et uniforme, quoique les motifs ou mobiles par lesquels se manifestent la liberté personnelle, le choix des buts et l'établissement des conditions de la vie puissent être très différentes, eu égard à la nature morale des individus. Les mobiles de sociabilité, d'amour, de bienveillance, d'assistance mutuelle, comme aussi ceux de l'égoïsme, de l'ambition, l'augmentation de puissance ou la supériorité intellectuelle de membres de la communauté qui en abusent pour spolier les autres autant que possible, telles peuvent être les premières causes occasionnelles subjectives de l'établissement du droit, propres à modifier même de plusieurs manières les rapports juridiques : mais le droit lui-même ne tire point d'elles son origine et ne saurait se renfermer dans des limites aussi étroites. Il ne faut pas non plus chercher dans le droit lui-même sa véritable mesure et sa direction, mais bien plutôt dans les buts éthiques fondés sur la nature de l'homme, à la fois intelligente et sensible. Le développement du droit et son progrès dans l'histoire, doivent donc suivre la même marche et passer par les mêmes phases et périodes que le développement éthique de l'homme et des peuples, embrassé par tous

les côtés de leur activité. La différence entre les institutions juridiques des races et des peuples est donc fondée sur la différence du degré de perfectionnement éthique auquel ils sont parvenus ainsi que sur la direction plus ou moins éthique que reçoit leur vie, et qui est fondée sur le caractère de la race ; de même que la volonté de l'homme est déterminée en général par l'éducation et son caractère, de même aussi l'activité volontaire des membres d'une communauté pour l'établissement des rapports juridiques par coutumes, contrats et lois, se mesure toujours au degré de perfectionnement de leur sens moral.

Supposez même un état de civilisation et un peuple pour lesquels, dans la sphère du droit privé, on laisse à la volonté personnelle des individus, pris séparément ou dans leur ensemble, le plus vaste champ possible de liberté d'action, comme cela arriva pour le peuple romain, on doit encore trouver dans cette liberté absolue une expression du développement moral. Mais s'il s'agit de régler par des lois les rapports généraux, le législateur, qu'il soit représenté par un individu ou une assemblée, ne doit pas tant avoir égard aux droits de la liberté qu'au degré de civilisation et à l'ensemble des mœurs du peuple et se diriger en même temps toujours par un but de perfectionnement ; sinon son œuvre doit venir se briser contre les mœurs ou hâter la décadence morale de la nation.

§ 3. — *Des trois phases principales du développement progressif du droit.*

L'origine du droit de même que son développement continu dans l'histoire doivent s'expliquer par l'essence même de celui-ci combiné avec les lois générales de la civilisation.

La formation du droit suit la même marche que tout développement, conformément aux grandes lois ci-dessus énoncées d'unité, d'opposition et de synthèse harmonique. Elle présente trois phases principales correspondantes à ces lois.

I. — PREMIÈRE PHASE PRINCIPALE DU DÉVELOPPEMENT DU DROIT.

A la première période de formation, le droit devait se présenter dans une union étroite avec tous les autres éléments

essentiels de la vie, autant qu'il est possible de les distinguer, et les deux modes qui le constituent, l'objectif et le subjectif, ne pouvaient encore se dégager nettement de la conscience et s'affirmer en s'opposant l'un à l'autre. L'unité suprême de la vie humaine est fournie par la religion, union personnelle avec Dieu et dont l'âme a le sentiment. Le commencement de la vie et de la formation de l'humanité ne peut se comprendre sans Dieu, sans la force divine inhérente à l'être humain et agissant en lui à son propre insu. Toute supposition contraire d'après laquelle les hommes et les peuples se seraient élevés insensiblement, en partant de l'état sauvage et demi-animal, rencontre des difficultés insolubles, soit dans la physiologie, soit dans l'histoire. C'est également sous l'action de ce premier moteur divin, qui a mis en jeu toutes les facultés de l'âme, l'intelligence, le sentiment, la volonté, et amené leur manifestation au dehors, que l'instinct et le sens du droit se sont produits. Ils se développent sous la double influence de l'ensemble des penchants et besoins inhérents à l'être moral ainsi que des rapports naturels extérieurs. Aussi les rapports de la vie qui s'établissent entre les membres des familles, entre les familles elles-mêmes réunies, entre les souches et tribus sont-ils le résultat du développement tout entier des facultés morales, et ils se règlent spécialement sur le mode suivant lequel la vie tout entière est rapportée à Dieu. L'impulsion, pour ainsi parler subjective à laquelle concourent toutes les puissances de l'âme, se montrera encore avec toute son énergie dans le sentiment de la communauté, dans l'amour et la bienveillance ; et les préceptes de droit eux-mêmes par lesquels se règlent les relations entre parents et enfants, entre époux, ainsi qu'entre collatéraux, de même que celles de tribu à tribu, sont rapportés objectivement à une révélation ou inspiration divine, alors que l'homme n'est point encore arrivé à avoir pleinement conscience de sa volonté. La vie propre des individus est ainsi enlacée par ce lien d'union avec la divinité, lequel les rattache les uns aux autres et sert en même temps de base aux devoirs respectifs de chacun. Mais à cette première phase des commencements primordiaux de toute vie et de toute formation, c'est dans la variété du caractère et des penchants des familles et tribus, qu'on puisse ou non faire dériver celles-ci

d'une seule et même souche, qu'il faut chercher les premiers germes de différences du règlement juridique des rapports de la vie entre les membres de la communauté. La diversité dans la manière de concevoir les droits et devoirs des époux, des enfants, des frères et sœurs, ne tarde pas en effet à amener une diversité dans le mode de les déterminer. Toute cette première période de la vie, réglée par le principe de l'unité prépondérante que représentait le régime des familles patriarcales, ne peut être toutefois envisagée que d'une manière générale dans quelques traits principaux, puisqu'elle ne rentre pas dans la sphère de la certitude historique et que l'on n'en retrouve des traces que dans les traditions des temps les plus reculés (1).

II. — SECONDE PHASE PRINCIPALE DU DÉVELOPPEMENT DU DROIT.

La seconde phase principale de la formation du droit et de l'Etat coincide avec la plus grande époque du développement de l'humanité. Sous l'influence de causes spirituelles ou physiques que nous ne pouvons plus démontrer historiquement, mais que la philosophie doit admettre, de concert avec les traditions religieuses, pour l'explication logique des faits historiques ultérieurs, il y eut alors rupture du lien de la communauté de vie entre Dieu, la nature et l'homme. Une fois que fut brisé ce lien qui pour l'humanité naissante était comme les premières lisières

(1) On trouve à ce sujet quelque développement dans notre histoire du droit oriental qui va suivre. Mais une erreur dans laquelle sont tombés presque tous les nouveaux systèmes de philosophie de l'histoire inspirés par l'école de Schelling et d'Hégel, c'est d'admettre en principe que toutes les branches de la vie étaient encore confondues au sein des peuples connus de l'Orient à l'époque où ceux-ci commencent à entrer dans la seconde période principale où ces branches se développent avec indépendance et en se posant d'une manière distincte les unes vis-à-vis des autres. Il est vrai toutefois que l'unité que formaient à la première période tous les ordres divers de la vie, scientifique, religieux, moral, juridique et politique, n'est pas encore détruite pendant la première partie de la seconde période, mais en ce sens seulement qu'elle résulterait d'un lien extérieur les rattachant tous forcément les uns aux autres. Ce cadre unique, dans lequel ils rentraient ainsi, fut précisément brisé en Grèce et à Rome pendant la seconde partie de cette seconde période.

destinées à soutenir et à protéger l'enfance, l'humanité prit éminemment appui sur elle-même : mais avec le sentiment de l'indépendance se manifesta en même temps un instinct pernicieux d'orgueil et d'égoïsme qui tendit à régler arbitrairement et en maître absolu tous les rapports. Cet égoïsme, de quelque manière qu'on en explique l'origine, est devenu le mobile prédominant dans la vie et l'histoire de l'humanité. Avant tout, il a eu pour résultat de détourner toujours de plus en plus l'âme humaine du divin, de l'infini, de l'éternel, et de l'abaisser vers le fini, le contingent et le sensible. L'unité souveraine du premier être a fini par se perdre dans la multiplicité des choses créées, le phénomène a remplacé la substance. En même temps, les forces spéciales qui régissent l'univers et ne sont que la manifestation de la toute puissance divine, tenues pour indépendantes de cette source supérieure, ont été substantialisées en elles-mêmes et finalement, à proprement parler, divinisées. L'unité de l'univers, qui ne saurait se comprendre que par Dieu, s'étant perdue peu à peu dans les esprits, et le polythéisme s'étant développé, le sentiment de l'unité et de la communauté de vie entre les hommes dut aussi toujours de plus en plus s'affaiblir et s'obscurcir. Ainsi, à proportion que les hommes méconnaissent l'unité souveraine au-dessus d'eux, se rompent également les liens qui les rattachent les uns aux autres.

La tendance à tout ramener à soi dans cette période se révèle à l'origine et dans la suite des temps par des faits importants que nous allons examiner.

Tout d'abord apparaît à nos yeux, d'une manière manifeste, la rupture et la séparation entre les races qui abandonnent le siège de leurs établissements communs. Elles emportent comme héritage des croyances religieuses communes, mais qui, arrachées à leur milieu de vie, ne pouvant plus trouver d'accès dans la conscience, se réfugient en dernier lieu dans la mémoire et se conservent comme souvenir dans la tradition. Si parfois ces croyances suscitent encore quelque élan dans les âmes plus contemplatives, elles s'immobilisent en général, toujours de plus en plus impuissantes, dans des formes extérieures et périssables. Ces races emportent aussi des mœurs et une langue communes, mais qui se transforment également, eu égard au caractère pro-

pre de chacune d'elles, sous l'action combinée des influences naturelles, laquelle s'augmente avec l'affaiblissement des forces spirituelles. Elles emportent enfin des institutions de droit communes; mais celles-ci, dans lesquelles la volonté est éminemment un élément essentiel de formation, subissent la transformation la plus rapide. L'égoïsme les modifie pour les faire servir à ses propres buts, tout en employant la forme religieuse et laissant subsister un lien extérieur entre le droit et la religion.

A partir de ce moment, les peuples issus de races diverses se séparent les uns des autres, tout en se rencontrant encore, dans la suite, bien des fois, le plus souvent en ennemis, et suivant chacun une vocation propre répondant à leurs inclinations prédominantes. Ils obéissent ainsi à une tendance exclusive et égoïste, et négligent les autres facultés et branches de l'activité humaine dont ils méconnaissent l'utile concours. Ainsi apparaissent, dans l'histoire, des peuples différents qui font avancer la civilisation. Il y en a qui, comme l'Indien, conservent intact le caractère primitif d'unité de toutes les branches de la vie humaine, subordonnées au pouvoir traditionnel de la religion, caractère se reflétant dans l'organisation de castes permanentes qui immobilisent ces branches par le joug extérieur de la contrainte. Il y en a, tels que les Chinois, qui étendent le type le plus ancien de la vie de famille à toutes les institutions de l'Etat par de savantes combinaisons. D'un autre côté, des peuples, tels que les Assyriens, les Mèdes, les Persans, poussés en avant par une impulsion intérieure irrésistible, après bien des combats sanglants, opèrent un rapprochement entre les peuples d'Asie, d'Afrique et d'Europe. D'autres peuples, comme les anciens Egyptiens, qui en Afrique forment le pendant du peuple indien, parviennent, malgré le réalisme prédominant de leur religion naturelle, à instituer un magnifique organisme social en harmonie avec la sagesse de leur gouvernement. On voit encore le Juif, peuple moins bien doué intellectuellement, mais appelé, soit à conserver fidèlement la croyance en un seul Dieu, rayon projeté d'en haut et dont la traînée lumineuse peut se suivre à travers l'histoire des religions, soit à maintenir la croyance au gouvernement immédiat de Dieu dans la vie. D'autres se renferment dans le domaine plus humble de l'activité matérielle,

facilitent l'échange des relations et, par le commerce, contribuent beaucoup à civiliser d'autres nations : ce sont les Phéniciens et les Carthaginois. Enfin, de nouveaux progrès sont dus aux nations qui, pénétrant d'Asie en Europe, emportent avec elles les qualités supérieures propres aux races aryennes (indo-européennes) ainsi que certaines croyances fondamentales. Elles se trouvent dans la suite en contact avec la civilisation égyptienne ; mais dans leurs nouveaux établissements elles secouent les nombreux liens d'autrefois qui enchaînaient en Orient la liberté humaine, transforment en pleine indépendance les traditions primitives dans toutes les sphères de la vie, et impriment un essor toujours plus libre à l'activité. C'est ainsi que le peuple grec s'efforce de s'approprier, en le modifiant par la liberté, tout ce qu'il y avait de bon, humainement parlant, dans l'œuvre d'organisation et de combinaison extérieures accomplie par les Indiens et les Egyptiens dans leur régime des castes et leur hiérarchie. En dernier lieu apparaît le peuple romain arrivant, par la conscience qu'il a de lui-même, de sa propre force et de son indépendance, à en développer pleinement l'exercice dans le droit et dans l'Etat. Il conçoit les institutions civiles et politiques comme ayant leurs bases dans la volonté populaire, creuse un abîme toujours plus grand entre elles et les principes moraux relevant d'un ordre supérieur, ce qui l'entraîne à une dissolution inévitable.

Cette époque historique devait se terminer au peuple romain. La volonté humaine, en effet, n'ayant plus aucun frein et étant arrivée à l'apogée de sa souveraineté par l'assujétissement presque de tous les autres peuples devait nécessairement crouler par sa propre base à laquelle manquait tout ciment de l'ordre moral. Seul, en ouvrant les sources de vie éminemment divine, le christianisme pouvait arrêter la dissolution, et par la proclamation d'un Dieu vivant, ainsi que des lois morales supérieures régissant l'ordre universel, préparer à l'humanité une ère nouvelle.

Dans les temps reculés qui ont précédé le christianisme le développement du droit et de l'Etat se fait dans des sens divers qui répondent au caractère des peuples, à la mission historique qui leur est échue et à la prédominance de certaines facultés,

de certaines passions et inclinations. Le droit reçoit en raison de la nature de chaque peuple un cachet de rigueur ou de douceur plus ou moins grand qui, toutefois, laisse toujours percer l'égoïsme sous une forme quelconque. Dans le régime des familles l'égoïsme prévaut tout d'abord : le sexe plus faible, de l'égalité morale de condition passe toujours de plus en plus à un état de subordination. C'est ainsi que se trouve fondée la polygamie et que le rapport des parents, ou plutôt du père aux enfants, ne se présente plus que sous l'aspect de rapport de puissance. Dans la suite, l'esprit d'égoïsme et de domination se manifeste, soit au sein des familles et des descendance d'une même souche par des tentatives faites pour attribuer à l'une d'elles une prééminence permanente à raison de quelques mérites de ses ancêtres ; soit même au sein de plus grandes agrégations, alors que des membres cherchent à prendre le dessus ou à s'assujettir les autres. L'esprit de domination règle donc au sein d'une souche ou d'une réunion de souches les conditions de la vie commune d'après les divers mobiles de l'égoïsme. En ce sens, toutes les formes de l'ordre civil et politique sont ici successivement parcourues. D'un autre côté, l'individualisme se montre aussi au fond du développement de tous les peuples, en ce que les branches de la vie, reliées tout d'abord à une unité supérieure, se séparent toujours plus les unes des autres et sont tenues pour indépendantes. Ainsi commence à se relâcher le lien qui unissait, dans le domaine spirituel, la religion, la science et l'Etat, à partir du moment où l'esprit d'investigation cherche à s'affranchir de la tradition. L'ordre civil et politique présente également une plus complète indépendance. Une classe de guerriers où se prend habituellement le chef de l'Etat se forme à côté de la classe des pontifes. Le droit lui-même est toujours de plus en plus affranchi des règles et formes religieuses, et finalement le droit et l'Etat détachés de tout principe divin de vie objectif sont tenus pour complètement dépendants de la volonté individuelle ou collective. Par là est marqué le terme de tout cet égoïsme qui atteint à Rome son plus haut degré, mais qui doit aussi y être arrêté forcément par une dissolution intérieure qui ruine à jamais ses bases. C'est ainsi que le monde païen présente le spectacle d'une marche continue vers

l'indépendance que suivent les hommes, les races, les peuples et toutes les sphères de la vie humaine, d'où résulte un affaiblissement de tous les liens qui les rattachaient à l'ordre divin supérieur, ainsi qu'un égoïsme croissant, sous l'empire duquel les hommes prennent de plus en plus leur point d'appui sur eux-mêmes et sont entraînés à l'abîme. Il est bien vrai que grâce surtout au droit romain, un principe de vie important a pénétré de plus en plus dans la conscience, celui de la détermination propre, de la liberté civile et de l'inviolabilité personnelle : mais à raison de son développement exclusif, à raison de l'oubli des lois morales de l'ordre universel supérieures à la volonté humaine et auxquelles la liberté doit se soumettre pour produire des effets salutaires, ce droit ne pouvait que hâter la décadence du monde romain.

III. — LA TROISIÈME PHASE PRINCIPALE DU DROIT.

Epoque chrétienne.

Il était nécessaire pour assurer le salut de l'humanité et lui procurer un nouvel essor, qu'elle fût secourue par une haute intervention divine. Le Christ apparut pour relever vers Dieu, source de vie par excellence, l'humanité tombée dans les fonds de l'égoïsme et poser l'ordre humain sur les nouvelles bases d'une moralité plus haute. Le christianisme ne fut pas un retour exclusif au principe d'unité et d'objectivité qui avait dominé dans la première période. Ce fut plutôt la première conciliation véritable entre l'ordre divin immuable et la libre volonté humaine, à l'instar de celle qui s'opérait entre Dieu et l'homme. Avec l'unité de Dieu, le christianisme conçoit l'unité de nature et de destinée de l'humanité, et peut ainsi comprendre dans l'histoire l'unité de la société humaine dont les peuples sont les membres divers, y reconnaître aussi la souveraine direction de la providence divine et rattacher les uns aux autres les siècles et les peuples. Le christianisme, né dans l'Orient, mais se répandant avant tout dans l'Occident, est en vérité dans l'histoire l'expression d'une union supérieure entre le génie de l'Orient, appliqué à la recherche de l'infini divin, et le génie de

l'Occident travaillant à développer l'indépendance et la liberté. Il réunit ensemble les éléments de la civilisation orientale et occidentale, et rend par là un rapprochement possible entre tous les peuples. Le christianisme, dans son développement historique, a parcouru plusieurs périodes dont le caractère se reflète dans le développement du droit et de l'état de l'ère chrétienne. Ces périodes, bien que régies généralement par le principe chrétien, peuvent se ramener à deux, qui présentent chacune successivement une direction opposée, analogue à celle marquée par l'unité et l'opposition des éléments, et à une troisième encore à venir, celle de l'harmonie et de la conciliation suprême.

La première phase du christianisme, comprenant notamment l'époque des Pères de l'Elise, est caractérisée par le principe d'une nouvelle union supérieure avec Dieu qui s'empare de toutes les facultés de l'âme. C'est le temps où toute la vie propre de l'homme est refoulée et où la nouvelle force de vie divine préside à toutes ses œuvres. L'unique condition fondamentale, la seule chose tenue avec raison pour nécessaire, c'est ce qu'on appelle la renaissance spirituelle, la conversion (μετανοήσις), la pénétration de l'âme par le divin et la régénération morale. L'homme tout entier doit se retourner vers Dieu et vers le divin. Par un acte d'amour enfin, l'humanité était préservée d'une ruine complète, et le nouveau lien de vie et d'amour renoué avec Dieu devait aussi embrasser tous les hommes comme frères, comme enfants d'un seul et même père. C'est grâce à cet esprit religieux et moral qu'à la première période furent posées, sur de nouvelles bases, la science et la vie.

En ce qui touche le droit et l'Etat, les idées de l'antiquité subirent avant tout une transformation complète. Le christianisme avait donné à l'existence un but supérieur : c'est en vue de ce but que durent être réglées à nouveau les conditions de la vie dans le droit privé, public et international. Le droit et la justice ne furent plus tenus pour un produit de l'arbitraire, mais plutôt pour un principe découlant de Dieu, régissant le monde humain et unissant celui-ci à l'autre à venir. Le droit dut même être pénétré par l'esprit chrétien d'amour, de miséricorde, de bienfaisance et d'assistance, et recevoir de ces vertus morales sa véritable empreinte. De là aussi, sous l'influence de l'esprit

chrétien, furent fondées des institutions sociales qui étaient inconnues à l'antiquité. Le christianisme appliqua son baume salutaire aux maux, aux plaies et infirmités de la vieille société. Le nouveau principe religieux de la providence divine devint dans la société une force de salut et de secours et une tutelle pour tous les pauvres et infirmes de corps et d'esprit. C'est le christianisme le premier qui organisa un service d'assistance et de bienfaisance que l'antiquité ne connaissait nullement, par cela même que son égoïsme la rendait étrangère à l'idée d'abnégation, du dévouement et du sacrifice à autrui. C'est la manière dont l'homme comprend son rapport avec Dieu qui lui servira de mesure pour régler ses relations avec ses semblables. L'amour doit s'élever vers Dieu pour descendre ensuite en bienfaits vers l'homme.

Le christianisme brisa l'égoïsme qui avait autrefois dominé tous les rapports du droit.

Pour les lois civiles, le droit romain demeura sans doute la source principale : mais les tendances humanitaires inaugurées par la philosophie de Platon et par le stoïcisme vers la fin de la République, tendances qui se continuent dans le cours des premiers siècles de l'Empire, furent bien autrement accélérées par l'esprit chrétien. Le droit des personnes, pour être plus d'accord avec les principes moraux de l'égalité et de la liberté de tous les hommes devant Dieu, fut modifié et mis mieux en harmonie avec les devoirs moraux de l'homme vis-à-vis de son semblable. Le mariage apparut comme une véritable *divini et humani juris communicatio* ; les époux furent considérés comme associés devant être traités sur le pied d'égalité ; les rapports entre parents et enfants réglés d'après les principes de la morale. Le droit de propriété reçut une destination morale, l'usage moral de la propriété et son emploi pour l'accomplissement de buts ou devoirs moraux furent recommandés. L'usure, qui depuis le commencement jusqu'à la fin, avait été la plaie du monde romain dut être complètement déracinée, lorsqu'il fut considéré, même en droit, comme illicite de prendre des intérêts.

Dans le droit pénal pénétra l'esprit d'humanité du christianisme. La peine fut considérée avant tout comme moyen d'expiation et d'amendement, plusieurs modes de répression barba-

res furent abolis, et, en général, dans les premiers siècles, les évêques inclinèrent partout vers la douceur.

Le droit public fut édifié sur une nouvelle base. L'Etat cesse d'être à lui-même son propre but au sein de la vie des citoyens se suffisant à elle-même, mais il dut être considéré comme moyen d'atteindre le but humain supérieur, comme une institution et un ordre providentiels qui permettent à l'homme de réaliser sa haute destinée dans le temps. Comme règle divine et qui gouverne l'ordre temporel, l'Etat n'est pas un produit de la volonté arbitraire de l'homme ou du contrat, mais bien un lien entrelaçant toutes les parties de cet ordre, les tenant liées ensemble et les coordonnant en vue du but de la vie supérieure. Il constitue en même temps un organisme dans lequel chaque membre a sa fonction, agit en raison de son état et de sa vocation, de manière à ce qu'il s'opère entre tous un concours qui profite à chacun et que tous, même le chef de l'Etat, ne relèvent que de Dieu et ne soient responsables que devant lui.

Il se forma enfin un nouveau droit des gens.

En effet, si tous les hommes sont frères, les peuples devaient aussi, liés entre eux par des liens d'amitié, être considérés comme formant une communauté chrétienne, une fédération. En fait l'idée d'un empire chrétien, laquelle germa insensiblement et trouva plus tard son expression politique dans l'Empire romain-allemand, ne tarda pas à amener plus de mansuétude dans les relations entre les peuples chrétiens, plus d'humanité dans la guerre, mit un terme aux guerres d'extermination et fit pénétrer ainsi l'esprit de fraternité dans les règlements les plus importants de la paix et de la guerre. En définitive, le christianisme a rendu possible une conception vraiment synthétique du développement historique. L'idée de l'unité et de la sagesse de la providence divine amena à concevoir aussi l'humanité comme unité vivante ayant un but commun. L'histoire même fut considérée comme la préparation graduelle de la cité de Dieu, laquelle, bien qu'en conflit permanent avec la cité terrestre née de l'égoïsme, devait un jour apparaître dans toute sa splendeur.

C'est ainsi que l'esprit supérieur du christianisme pénétra à la première époque tous les rapports de la vie. Ce fut un temps de préparation, de fécondation du terrain de la science et de la

morale, le temps du dévouement des hommes les uns pour les autres et du sacrifice absolu à la vérité divine. Le libre mouvement des esprits acheva de consolider dans le monde les bases de l'édifice de la nouvelle vérité. L'homme renouvelé se sentit ne faire qu'un avec Dieu, libre champion et instrument qu'il était de la vérité et de la charité divines.

Le christianisme dut aussi partager le sort de beaucoup d'autres vérités divines, dans le monde : cela était inhérent à sa manifestation dans l'ordre temporel et tenait aux obstacles qu'il rencontra dans les rapports de la vie ainsi qu'aux influences qu'il eut à subir. Il se trouva de la sorte resserré dans un cadre étroit et troublé par les passions. C'est ainsi, depuis surtout que Constantin en fit une religion d'Etat, qu'il fut mêlé au mouvement des ambitions humaines et politiques. L'état du monde à cette époque le poussa en outre à s'occuper des affaires temporelles. A travers la dissolution de l'empire d'Occident, amenée par l'invasion et le bouleversement qui en fut la suite, le besoin d'une forte organisation extérieure dut se faire sentir pour le christianisme. Ce besoin, que produisit le cours naturel des événements, l'amena, au milieu du désordre, à se constituer en organisation sociale-visible dans l'Eglise. De là naquirent plusieurs conflits de pouvoir et d'attribution dans l'Eglise elle-même, aussi bien que dans ses rapports avec l'Etat ; ces conflits durent préoccuper les esprits pendant une longue suite de siècles. A la solution de ces conflits, Rome apporta autrefois cet esprit pratique qui sut trouver exactement les règles que comportaient les circonstances et les idées du temps : mais elle aspira à retenir plus tard, comme le signe véritable de son pouvoir et à pousser jusqu'à ses dernières conséquences, la domination alors conquise et pleinement justifiée par les événements. Par suite de la dissolution à l'intérieur et à l'extérieur de l'empire romain et des ruines irréparables qu'elle entraînait, on avait perdu généralement toute foi en l'Etat, et les esprits s'étaient tournés vers le royaume céleste comme le seul véritable. Saint Augustin, considérant la physionomie du monde d'alors, avait exprimé la pensée que le pouvoir temporel prend sa racine seulement dans la nature corrompue de l'homme, et que nécessité par la déchéance, il doit être primé par le gouvernement divin.

A mesure que l'Etat perdit extérieurement de sa force, l'Eglise dut gagner en ascendant ainsi que le clergé. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'Eglise sentit sa supériorité et cherchât, en vue du bien, à se poser comme le pouvoir suprême d'où le gouvernement temporel doit tirer son autorité. Cependant il y avait là une grave erreur en théorie et en histoire : En histoire, puisqu'une constitution, engendrée et justifiée par la situation du monde d'alors, dut servir de modèle absolu pour toutes les éventualités de l'avenir; en théorie, puisque l'idéal par excellence se confondit ainsi avec la réalité toujours limitée. La religion est un idéal divin qui exprime la règle des rapports permanents entre Dieu et l'homme. Il en est de même du droit et de la justice, puisqu'ils ont leurs bases dans l'ordre divin universel et dans le concours et l'assistance mutuelle d'êtres libres se limitant les uns les autres. La religion a trouvé dans l'Eglise, grâce au christianisme, un organe pleinement indépendant, et même l'Etat a fini également, sous l'influence du christianisme, par se laisser envisager comme d'ordre divin, point de vue élevé qui fera ressortir davantage la vérité du droit. Tous les deux, toutefois, Eglise et Etat, n'ont qu'une existence temporelle et sont sujets à beaucoup de vicissitudes, à beaucoup de défauts et imperfections qu'entraînent l'immoralité des hommes et des peuples ainsi que la lutte des passions. L'Eglise ne peut pas non plus revendiquer pour elle seule une direction divine particulière. En effet, la Providence suprême embrasse la vie humaine tout entière et dirige la marche des Etats vers le droit, des Eglises vers l'amour de Dieu et de l'homme, qu'elles cherchent à répandre de plus en plus et les fait ainsi s'avancer toujours davantage dans la voie de la justice et de la charité. Tous les deux, Eglise et Etat, sont des institutions divines, mais ne s'appuyant que sur l'être fini de l'homme et pouvant dévier de leur juste destination, de manière à se laisser souvent entraîner au courant des erreurs et dans le tourbillon de la vie des hommes et des peuples. Aucune de ces institutions ne peut donc égaler son type pur et son idéal par sa réalité que traversent tant d'ombres; ni l'une ni l'autre ne saurait revendiquer la prééminence, mais toutes deux peuvent seulement concourir avec leur indépendance propre et en se maintenant dans une

union harmonique, à faciliter l'accomplissement des destinées communes de l'humanité. Ce fut donc une erreur, de la part du pouvoir ecclésiastique, de chercher à s'élever au-dessus du pouvoir de l'Etat. De là résulta au moyen âge la longue lutte séculaire qui entraîna l'Eglise et toutes ses corporations dans le champ des compétitions et ambitions séculières et dans le mouvement des intérêts temporels : telle fut la source principale de nombreuses fautes qui firent généralement ici sentir le besoin d'une réforme dans le chef et dans ses membres.

1 La seconde époque du christianisme, le moyen âge, fait prévaloir le principe de la hiérarchie, de la coordination et de l'organisation, et rejette à l'arrière-plan la liberté rendue si féconde dans la première période par l'unité de concours de toutes les facultés de l'âme que remplissaient la vérité et la charité divines. L'Eglise et l'Etat s'organisent parallèlement, l'une en hiérarchie, l'autre en féodalité ; tous les deux appuyés sur le respect de la foi jurée, et formant un ordre dont tous les membres étaient reliés entre eux par des droits et obligations réciproques. Toute grande phase du progrès social est régie par une unité prépondérante. Le moyen âge cherche, selon le caractère qui lui est propre, à réaliser cette unité extérieurement dans une forme sociale ; mais comme l'Eglise et l'Etat présentent tous deux ce mode de constitution extérieure, leurs formes d'organisation cherchent à se dominer l'une l'autre. Ce fut surtout l'Eglise qui revendiqua la primauté et chercha à appuyer ses prétentions sur de fausses analogies (âme et corps, soleil et lune). On vit aussi dès lors la forme prendre plus d'importance et dans la scolastique produire l'organisation systématique des sciences. Le droit, sur lequel le christianisme avait de bonne heure exercé une influence capitale, est alors avant tout droit ecclésiastique de constitution et d'administration, et le droit canon (dont la formation commence principalement à Denis le Petit, mort en 536, et se termine aux *Clémentines*, 1313 : *Corpus juris canonici clausum*), fixe essentiellement les conditions de la vie ainsi que du ministère ecclésiastiques. Il étend en outre, dans le droit privé, son empire au mariage et à la famille, bases de toute société humaine et civile, pour imposer ici plus qu'ailleurs des formes multipliées. L'esprit primitif du christianisme

alla toujours certainement en s'affaiblissant de plus en plus par suite de cette tendance à l'organisation extérieure et à la domination ; les formes et liens extérieurs arrêterent et comprimèrent la liberté d'essor dans les sphères de la science, de la religion et du gouvernement. La personne et la liberté de l'homme et du citoyen perdirent leurs droits dans cette organisation de l'Eglise et de l'Etat au moyen âge ; l'Eglise, en se sécularisant, ne put remplir sa mission de moraliser la vie de l'Etat. Il fallait donc qu'elle reprit une direction plus spirituelle pour rouvrir les sources de vie divine ; pour faire pénétrer de nouveau dans la religion l'esprit du christianisme, aussi bien que pour donner à l'Etat une plus juste idée de sa mission et un but moins terrestre. Ce rappel de l'Eglise à son vrai principe, qui se traduisait généralement par une demande de réformation dans son chef et dans ses membres, ne fut point entendu. Pour y répondre apparut la Réforme ; mais il faut aussi étendre davantage la signification de celle-ci. Elle inaugure un nouveau principe destiné à régir l'ensemble de la vie humaine dans toutes ses sphères et ouvre ainsi une troisième époque de l'ère chrétienne.

La troisième époque est déterminée par le nouveau principe qu'on désigne ordinairement sous le nom de subjectivisme et fait ressortir le double élément de la personnalité humaine, à la fois intelligente et morale, telle qu'elle est comprise dans le sens large du christianisme, et de la liberté civile et politique qui s'appuie sur cette personnalité. Le moyen âge, au contraire, s'était efforcé de représenter l'élément de l'ordre et de l'organisation systématique. Mais le nouveau principe est aussi conçu et appliqué dans un sens exclusif, de telle sorte que cette troisième phase et le moyen âge sont les deux représentations exclusives et toutefois par là plus complètes de deux principes maintenus dans l'unité à la première phase du christianisme. Ces principes, qui s'unissaient à l'origine, montrent la puissance créatrice ainsi que l'action féconde du christianisme et sont heureusement destinés, dans une nouvelle alliance plus pure et mieux entendue réservée à une quatrième phase, à répandre sur l'humanité les trésors de l'esprit vraiment chrétien.

Le principe de la nouvelle ère eut pour signe précurseur une plus grande indépendance du mouvement philosophique aux

douzième et treizième siècles. Il avait été favorisé en fait par la restauration et la propagation rapide à la même époque du droit romain qui consacre comme règle la liberté de la personne. Il s'étendit par une meilleure étude des sciences, de la philosophie et de la littérature grecques, devenue possible depuis la conquête de Constantinople et la fuite de plusieurs Grecs érudits sur le continent. Il avait aussi fini par se manifester, dans le domaine religieux et ecclésiastique, par une investigation plus profonde des sources. Un plus vaste champ fut ainsi ouvert à la liberté de pensée : le génie primitif du christianisme fut plus approfondi, et un esprit nouveau pénétra également les sphères de la vie civile et politique. Cet esprit, qui avait pris ses racines au plus intime de la nature propre de l'homme, de sa personnalité et de sa liberté, se répandant au-dehors, présida aux recherches les plus profondes dans toute science, dans toute institution pratique appartenant soit au domaine religieux et ecclésiastique, soit au domaine civil et politique.

Ce génie d'investigation qui remonte à la source et à l'origine, qui veut pénétrer la raison d'être et la substance, reçut dès le principe une direction exclusive, et fit méconnaître, dans toutes les institutions de la vie, l'importance de la forme de l'organisation et de la constitution extérieures. Dans la sphère religieuse, on fut ainsi amené sans doute à négliger beaucoup trop la forme et les dehors et à faire prédominer l'élément moral ainsi que ce qu'a de plus profond le sentiment religieux ; l'idée de toute organisation ecclésiastique se perdit ainsi insensiblement. Mais comme dans le monde rien ne peut subsister sans forme et sans organisation, et que les nouvelles confessions religieuses qui virent le jour ne purent se donner ces conditions d'existence, elles furent alors dans la nécessité de se rattacher à l'organisation plus puissante de l'Etat. Celui-ci, dans les pays qui acceptaient la nouvelle doctrine, se crut en droit non seulement de la protéger, mais même de prendre la haute direction des affaires religieuses et ecclésiastiques.

Aussi le développement religieux du dogme et du culte fut-il entremêlé, d'un côté, aux vues et aux intérêts mobiles des gouvernements, et, à raison des progrès de la liberté de pensée, bien plus exposé, de l'autre, à tous les ébranlements qu'elle pro-

duisait. Manquant ainsi à la fois, soit de solides bases extérieures que l'Etat ne pouvait lui fournir, soit d'une ferme consistance intérieure inhérente à des principes invariables, la religion fut livrée de plus en plus à la merci de divisions multipliées et finalement à tous les écarts de la liberté individuelle absolue.

Dans l'ordre du droit et de l'Etat se fit jour, un peu plus tard, le nouveau principe de la personnalité, laquelle s'efforçait de pénétrer jusqu'aux dernières raisons des choses dans sa propre nature et dans le monde extérieur, et ne s'appuyait que sur elle-même dans toutes les sphères expérimentales. Cela se réalisa lorsque les fondateurs de la nouvelle philosophie, Bacon et surtout Descartes, trouvèrent pour ce principe un point d'appui solide dans une nouvelle méthode philosophique. Ce ne fut pas seulement avant tout dans les pays protestants, mais, par suite du nouveau cours général des idées, dans les pays catholiques eux-mêmes, que l'ordre du droit et de l'Etat se constitua dans une plus grande indépendance vis-à-vis de l'Eglise et fit prévaloir en même temps dans sa constitution le caractère extérieur ou formel. La doctrine du droit naturel, en se modifiant, ne fit que raffermir, par la science, cette dernière tendance. Lorsque la philosophie du droit, à partir d'Hugo Grotius jusqu'à Thomasius (p. 79 et s. du 1^{er} vol.), se fut dégagée non seulement du joug de l'autorité ecclésiastique, mais eut rompu même avec la religion et finalement avec la morale, le droit et l'Etat durent toujours de plus en plus présenter dans leur organisation un caractère extérieur et purement formel. Ces tendances furent secondées en général par l'idée antique de l'Etat, idée reparaisant avec l'étude des littératures grecque et romaine, et d'après laquelle on envisageait l'Etat comme un tout parfait et se suffisant à lui-même. Elles furent aussi favorisées, dans l'Empire germanique, par le droit romain qui y fit partout autorité. Par là prévalait dans le droit privé le principe de la souveraineté de l'individu et de son pouvoir absolu de disposition, et dans le droit public le principe de la toute-puissance de l'Etat, l'un et l'autre s'étant faits indépendants des biens objectifs de la vie, en grande partie de la morale, et se suffisant à eux-mêmes. Ajoutez à cela l'influence qu'exerça un grand événement politique, la révolution anglaise, qui produisit des théories libérales

fort avancées déjà pour le temps, et qui amena les premières fondations de colonies dans l'Amérique du Nord. Il faut enfin tenir compte des nouvelles tendances intellectuelles de ce temps. Partout, soit dans la sphère de la théorie pure, soit en pratique dans les formes d'organisation et dans les institutions sociales, on s'efforçait d'atteindre à la substance, à la raison d'être, et en combattant les formes subsistantes qui ne répondaient pas à ces nécessités logiques, on finit par mépriser toutes les formes. Ce mépris amena généralement dans le droit, soit une extrême simplification, soit une absence complète de formes : mais dans le droit public, il tendit aussi plus tard à faire croire que les principes rationnels trouvaient en eux-mêmes un droit absolu à l'application, et que les formes subsistantes ne sauraient tirer d'elles-mêmes leur justification. Le renversement du principe objectif inhérent aux biens de la vie, principe qui fut livré à l'instabilité des opinions et des volontés, créait pour la pratique un danger. Ces biens ayant leur source dans la nature humaine, en tant qu'unie à Dieu, cessent-ils d'être poursuivis comme buts communs de l'existence et comme servant à réaliser l'unité de destinée, de telle sorte que tout soit abandonné au caprice des opinions individuelles, il n'y a désormais, pour les individus, de possible qu'un ordre extérieur : l'union entre eux devient alors purement formelle, destinée qu'elle est à assurer seulement leur coexistence. Tout particulier est dans ce cas considéré comme se mouvant en un cercle d'action et de droit infranchissable, de manière à ce que ce cercle et ceux des autres individus coexistants soient délimités respectivement et reliés entre eux d'une manière extérieure. On vit s'effacer nécessairement l'idée d'une communauté de vie ayant ses bases dans la nature de l'homme et non pas purement dépendante du libre arbitre. On ne comprit plus que cette communauté ne se réduit pas seulement à assurer la coexistence, mais encore implique l'assistance réciproque, des institutions charitables, et doit présenter une série d'associations coordonnées de manière à former un tout organique. A la place de ce corps vivant, on vit partout se construire un tout mécanique et formel. Dans le droit privé, le droit romain et le droit naturel ne tardèrent pas à s'allier ; reposant tous deux sur les mêmes principes fonda-

mentaux de la souveraineté individuelle et de la liberté purement extérieure, ils faisaient également prédominer la forme sur l'essence réelle des choses; aussi concoururent-ils à ruiner et à détruire insensiblement les corporations existantes dans le droit germanique, sous l'empire duquel, depuis les associations libres de personnes jusqu'au régime de la propriété, tout s'enchaînait et ne présentait extérieurement aucune séparation, et le tout était plutôt conçu comme formé de parties reliées entre elles, se conditionnant les unes les autres. Si l'on ajoute à tout cela le développement d'une économie nationale reposant sur ces mêmes bases de la souveraineté individuelle et de la liberté (p. 151, note 1 du 1^{er} vol.), l'on comprendra que ces nouveaux principes combinés indiquèrent à la Révolution française sa véritable mission, amenée par de grandes fautes commises à l'intérieur. En dépit de ses nombreuses déviations, cette révolution poursuivit jusqu'au bout son but et l'atteignit définitivement dans le code de lois de Napoléon et dans toutes les branches de l'ordre économique. A partir de ce moment, l'individu obtint, il est vrai, pour sa personne et son avoir, une plus grande liberté avantageuse à la circulation et à l'augmentation générale des biens, mais en même temps l'individu fut ainsi porté à secouer tous les liens qui le rattachaient à une communauté morale. L'égoïsme, le morcellement des forces et des biens en furent la suite. D'après ce nouveau principe, la société politique n'est plus qu'une masse d'individus pris isolément et reliés entre eux extérieurement dont chacun ne dépend que de sa volonté propre et n'a à répondre que de soi; tous les liens de l'association en vue d'un but commun éthique sont brisés. Les individus figurant en quelque sorte les atomes de la société doivent être enserrés dans un corps politique par des forces extérieures agissant à la façon d'un mécanisme. A cet effet, on a imaginé des formes mécaniques qui se diversifient, suivant que la décision souveraine appartient à la volonté d'un seul ou de la masse, ou à la volonté d'un corps intermédiaire constitué (représentation) seul ou combiné avec d'autres éléments. C'est ainsi que le formalisme et le mécanisme ont envahi dans toutes ses branches la vie de l'Etat, et qu'une fois écarté ce qui devait en être l'âme, les principes essentiels et dirigeants de l'ordre éthique,

il n'y a eu pour cette vie d'autre règle de détermination que celle fournie par la pure prépondérance du nombre et par le jeu des pouvoirs. En un mot, c'est le matérialisme qui, sauf plusieurs tempéraments, a été appliqué à la vie de l'Etat, surtout en France, et dont le socialisme d'Etat (1) français a marqué l'extrême limite et le dernier degré. C'est le matérialisme qui, inspirant le dégoût des discussions politiques oiseuses et de pure forme, prétendait s'attacher au fond réel des choses, en cherchant à faire de l'Etat une institution appelée à pourvoir directement au bien-être matériel. Dans les Etats allemands, l'esprit germanique répugnant à ce mécanisme et à cet atomisme appliqués à la vie et au droit, a sans doute, jusque dans les derniers temps, résisté à ce démembrement des rapports de la vie. Dans le droit privé surtout, il a opposé une énergique résistance avec le secours de l'école germanique, à l'introduction d'une méthode de logique abstraite dans l'étude d'institutions juridiques importantes. Mais partout manque encore cette conviction, qu'il faut faire équitablement une part à chacun des éléments opposés qui ont concouru jusqu'ici, dans l'histoire, au développement de la vie, et qu'on ne saurait triompher de l'opposition de ces éléments que par des principes moraux et juridiques empruntés à une philosophie supérieure et servant de base à un nouvel ordre de la vie et du droit. Il n'est personne, tant soit peu au courant de l'état intellectuel et moral de notre époque, qui puisse se dissimuler que les forces vives et les colonnes de l'ordre social ne soient actuellement ébranlées et en partie brisées, et que la plupart des liens essentiels d'union ne sauraient se maintenir que par une force énergique de contrainte matérielle. Un état semblable ne saurait durer. Il y a donc à accomplir une grande tâche : on n'en viendra pas à bout par de faibles moyens termes ou des combinaisons factices, mais en rouvrant et faisant de nouveau couler en abondance les sources de vie supérieure. On doit de plus en plus être convaincu qu'après les derniers bouleversements, c'en est fait des théories subjectives inaugurées depuis trois siècles et qui ont

(1) Sur le matérialisme comme cause de ce socialisme d'Etat, voir ma *Philosophie du droit*, 4^e édit., p. 142.

envahi toutes les branches de la vie. Il s'agit maintenant non pas d'admettre une simple antinomie nouvelle ou d'autres théories exclusives; mais bien d'arriver à une conciliation véritable des antinomies existantes par des principes supérieurs d'union organique et basés sur l'éthique. Rendons leur énergie à tous les éléments de vie intérieure qui conservent encore de l'efficacité, et à toutes les forces du passé et du présent. Etudions enfin profondément les lois qui régissent l'humanité et préparent une meilleure reconstitution de l'ordre social, laquelle ne sera que plus solide pour s'être opérée plus lentement. C'est là une mission dont l'accomplissement doit être réservé à une quatrième époque.

La quatrième époque, qui est encore à venir pour le développement des branches de l'ordre social et politique, devra se signaler par son caractère éthique et organique. L'histoire, dans tout le cours de son évolution, montre que toutes les doctrines du droit de l'Etat et de la société se sont toujours formées sous l'influence de l'ensemble des buts éthiques qu'on assigne à la vie et des tendances intellectuelles d'une époque. Le droit et l'Etat ne sont pas indépendants; ils ne sont pas à eux-mêmes leur propre but: ils ne font plutôt que régler les rapports de la vie qui se conditionnent les uns les autres, eu égard à la manière dont se comprend, à une époque, le but général de la vie. Le but, le sens et la signification de la vie humaine sont dans la corrélation la plus étroite avec l'idée qu'on se fait de la religion et de la morale, qui règlent également l'une et l'autre les forces et mobiles de l'activité humaine.

La première transformation essentielle du droit et de l'Etat, en théorie et en pratique, n'est donc possible qu'autant qu'ils se rattachent étroitement à l'esprit élevé de la religion et de la morale rendu plus pur et plus efficace. Le christianisme se montre ici comme la puissance de vie qui sauva autrefois l'humanité des abîmes de la perdition, la mit sur la voie du progrès, contribua à l'améliorer en ravivant ses facultés, et qui dans l'avenir pourra montrer encore à un haut degré, et peut-être plus que jamais, l'efficacité de la force divine qui lui est inhérente. L'esprit du christianisme, qui a constamment plané au-dessus des divisions de croyance, est destiné à épurer toujours

de plus en plus les dogmes des communions diverses, et à faire pénétrer de nouveau et plus pleinement l'activité de la foi et de la charité dans les branches de la vie correspondantes aux buts éthiques. Justement à notre époque, où l'égoïsme contribue chaque jour davantage à rompre les liens moraux et à désaffectionner les hommes les uns des autres, on sent le besoin d'une charité active à la fois religieuse et morale, telle qu'elle fut réalisée par le christianisme, en face de l'égoïsme païen. C'est elle qui fournira le remède pour chacune des plaies et misères sociales ou une institution propre à la guérir (1). Pour qu'elle soit plus largement pratiquée, il faut qu'on comprenne mieux que le droit et l'Etat ne se réduisent pas au rôle abstrait de renfermer les libertés dans leurs sphères, mais qu'ils sont bien plutôt des institutions éthiques rendant possible le perfectionnement de chacun, dans toutes les branches de la vie, et eu égard à tous les biens de celle-ci. Il faut que l'on soit bien pénétré de la nécessité de faire marcher parallèlement l'activité de l'Etat à celle des particuliers prêtant protection et souvent aide à cette dernière (p. 68 du 1^{er} vol.).

L'esprit de religion et de morale, pour atteindre un degré supérieur d'élevation, demande avant tout l'investigation scientifique et vraiment philosophique, parce que, pour l'âme humaine, connaître et se convaincre par elle-même sont une condition essentielle pour posséder sûrement la vérité et s'y conformer pleinement dans la pratique. La philosophie a sans doute, à l'époque moderne, dévié dans beaucoup de sens divers, mais les erreurs et les fautes de la philosophie ne sauraient, avant tout, être redressées et réparées que par elle-même. La vraie philosophie, celle qui justifie la sentence bien connue de Bacon, guidera toujours l'esprit humain vers Dieu, conçu non pas simplement comme âme du monde, mais comme

(1) Sur ce sujet, nous trouvons des indications précieuses dans l'écrit intitulé : *Pauvreté et christianisme; tableaux et traits du communisme et socialisme chrétien*, du diacre D.-H. Merz (librairie de Cotta, 1849). L'auteur n'a que le tort de rapporter au christianisme, non au fond, mais en la forme, en leur donnant seulement le nom de chrétiennes, deux mauvaises institutions ayant pris leur source à l'étranger et qui ne contiennent que des fragments défigurés de quelques vérités.

providence et intelligence première dirigeant les destinées de l'humanité. Elle assignera un but moral à la vie des hommes, dans tous les rapports de celle-ci, but qui trouve sa raison d'être dernière dans la religion, ce lien d'union des puissances de l'âme et de la vie personnelle avec Dieu.

La vraie philosophie ne peut donc se trouver en contradiction avec aucune croyance qui s'appuie, dans l'histoire, sur les révélations divines d'ordre supérieur. Philosophie et foi religieuse se complètent mutuellement, mais ne peuvent se remplacer l'une par l'autre. La vraie méthode philosophique est, pour notre temps, d'une suprême importance, le mouvement intellectuel ayant incontestablement, depuis trois siècles, la prépondérance avec le progrès des lumières et la force des convictions. on exige une connaissance raisonnée à proprement parler, et, à défaut d'une preuve directe de la croyance, tout au moins la certitude qu'elle n'est pas en contradiction avec le légitime exercice de la raison.

En harmonie avec cette haute tendance philosophique doit se former de plus en plus une philosophie du droit absolument indispensable pour montrer la corrélation intime du droit avec tous les rapports de la vie, du point de vue de l'éthique, et pour développer les principes d'une législation homogène toujours progressive.

La nouvelle méthode doit s'appliquer surtout à ramener l'harmonie et l'unité dans la législation, en matière de droit privé et de droit public, pour arrêter ce travail continu de décomposition des rapports de la vie. Dans ces deux branches, on doit faire prévaloir les préceptes supérieurs du droit. Il faut concilier d'un côté, le principe de la liberté personnelle, tel que nous le tenons du droit romain, avec l'enchaînement organique de tous les rapports de la vie, lequel forme la base du droit germanique, et de l'autre le principe de la subjectivité propre aux temps modernes, avec celui de l'objectivité inhérent à l'époque précédente. Dans toutes les branches et fonctions sociales qui ne rentrent pas immédiatement dans la sphère d'activité de l'Etat et sont soumises seulement à sa protection et à sa tutelle, notamment dans la sphère si importante de l'industrie et du commerce, ainsi que pour l'accomplissement des

buts moraux supérieurs d'humanité et de bienfaisance, doit se former une série d'associations reliées entre elles organiquement. Ces associations, fondées sur le modèle, et tenant en partie des anciennes corporations, qui présentaient le double élément moral et industriel harmonieusement combiné, sont destinées, en poursuivant un but commun, à réveiller l'instinct de communauté qui se perd toujours de plus en plus, le sentiment de la solidarité. Elles doivent faire pénétrer dans chacun cette conviction, que, membre d'une classe honorable, il est tenu par là, lui-même, de mener une vie irréprochable au point de vue du droit et de la morale.

L'Etat doit comprendre, avec la nature spéciale du but éthique qui lui est assigné de pourvoir au maintien du droit, toute l'étendue des obligations inhérentes à l'obtention de ce but. Il ne saurait s'identifier avec la société. Le christianisme, qui a commencé par mettre l'homme au-dessus du citoyen, a aussi donné à l'Etat, comme société civile, un rôle qui diffère de celui de la société humaine apte à poursuivre tous les buts de l'humanité. Ce rôle ne se borne pas à une protection extérieure. Il doit consister plutôt, avant tout, à régler et harmoniser tous les rapports de la vie qui se conditionnent les uns les autres, afin de seconder leur développement respectif en s'interposant, tant comme auxiliaire qu'à titre de juge impartial pour les renfermer dans leurs limites respectives et réprimer leurs écarts. En agissant ainsi, il doit avoir soin d'assurer, dans toutes les sphères sociales, l'exercice d'une liberté juste et morale qui respecte les conditions inhérentes à la vie en commun, liberté sans laquelle tout progrès scientifique et pratique et toute vraie moralité ne sauraient se concevoir. L'Etat cédera sans doute dans l'avenir à d'autres sociétés organisées, corporations ou organes sociaux, une grande partie de la tâche qu'il accomplit lui-même de notre temps, où il exerce une véritable tutelle sur les sphères de la vie et de l'activité sociale non encore parvenues à se suffire à elles-mêmes. Il développera ainsi l'activité propre et indépendante de tous les organes devant tourner au profit du tout, mais sans cesser de demeurer le pouvoir social, pourvoyant au droit, en protégeant, harmonisant et délimitant les sphères d'action, de manière à assurer ainsi le perfectionnement.

La société humaine doit se constituer chaque jour davantage en un vaste organisme vivifié par l'éthique et présentant pour les buts communs de la vie des institutions organiques ayant chacune une indépendance relative et s'enchaînant l'une à l'autre, de manière à ne former qu'un tout. Cette organisation sociale doit réaliser la conciliation de ces deux éléments autrefois opposés, de l'ordre objectif et de la liberté subjective. Dans les communautés de l'Etat et de l'Eglise, dans les associations auxquelles donnent lieu les diverses branches de l'activité, la science, l'art et l'industrie, le principe d'un ordre créé par Dieu, inhérent aux rapports eux-mêmes, doit se relier étroitement avec celui de la liberté, de la personnalité, qu'il faut garantir par des formes protectrices et qui ont en Dieu leur base commune. La vie sociale tout entière, progressera d'autant plus que les sources supérieures de vie, la religion, la morale, le droit, la science et l'art s'unissant dans une alliance intime, verseront avec plus d'abondance leurs effluves vivifiantes dans lesquelles viendront se retremper les individus et la nation elle-même, grâce à un redoublement d'énergie et au libre essor des facultés de l'âme.

SECONDE SECTION.

L'HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS DES PRINCIPAUX PEUPLES CIVILISÉS, EN PARTICULIER DES ROMAINS ET DES GERMAINS.

PRÉAMBULE.

L'histoire du droit ne saurait accomplir sa véritable mission qu'en s'étendant aux proportions d'une histoire universelle du droit. Le droit de certains peuples civilisés mérite, il est vrai, d'être étudié de préférence, soit en raison de sa valeur intrinsèque, soit en raison de son utilité pratique pour le présent. La logique n'exige pas moins que l'histoire remonte dans l'étude du droit aux principes de son développement; et, d'un autre côté, il est surtout nécessaire, en se plaçant au point de vue humani-

taire, qu'une idée qui pénètre aussi profondément que celle du droit et de l'Etat dans la vie des peuples soit envisagée et représentée comme principe essentiel de civilisation, en rapport constant avec le développement de la vie des nations pris en son entier (1).

Une semblable histoire du droit peut aussi comprendre les peuples orientaux. Le droit ne parvient, il est vrai, parmi ces peuples, à aucune existence indépendante au sein de la société : mais justement, par cela même qu'à notre époque le droit présente si souvent un aspect tout opposé, c'est-à-dire est considéré en lui-même et d'une manière tout à fait abstraite, il n'en est que plus opportun de se reporter à ces civilisations où le droit apparaît encore dans une alliance intime avec l'ordre moral tout entier de la vie des peuples. A cet effet, il importe, notamment, de montrer quel fut chez les peuples orientaux le rôle du droit eu égard à l'ensemble de leur culture morale, et d'établir qu'il est un résultat immédiat de celle-ci. Il serait aussi d'un grand intérêt d'approfondir leurs institutions et règles ju-

(1) Ce que dit Schiller dans le discours d'ouverture de son cours : *De l'objet et du but d'une étude de l'histoire universelle*, s'applique aussi essentiellement à l'étude de l'histoire universelle du droit. La première œuvre importante sur ce sujet, et qui se distingue par l'érudition et l'élévation de vues, est de Pastoret (*le premier qui, à ma connaissance, a occupé la chaire de l'histoire comparée des législations au Collège de France*, la seule qui existât en Europe). Cette œuvre, intitulée : *Histoire de la législation* (en onze volumes, 1817-1857) ne comprend toutefois que les législations des principaux peuples de l'Asie, de l'Afrique, de la Grèce, de la Sicile et celle des Etrusques. Au nombre des traités partiels sur le même sujet se distingue avant tout l'œuvre de Gans, *Le droit de succession dans son développement historique universel* (4 vol. Berlin, 1824-1835), premier essai de mérite, quoique défectueux encore sous quelques rapports, qui ait traité complètement, du point de vue philosophique, une matière pratique du droit. Nous signalerons ensuite l'écrit digne d'éloges couronné par l'Académie des inscriptions, de Laboulaye, *Histoire de la propriété en Occident* (1839) et *De la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours* (1843). Nous citerons Unger, *Le mariage dans son développement historique universel* (Vienne, 1850); Laurent, *Histoire du droit des gens*, Gand, 1850, 3 vol. (il n'y est traité que de l'antiquité); l'œuvre de Pouhaër, qui m'est restée inconnue jusqu'à ce jour, *Essai sur l'histoire générale du droit* (1849) et que Warnkönig signale comme peu satisfaisante.

ridiques particulières : mais pour cela il faudrait que, s'appuyant sur une connaissance plus complète que nous possédons aujourd'hui de la civilisation de ces peuples, on eût pu donner une histoire de leur droit, non plus envisagée isolément et détachée de l'ensemble du développement de leur vie nationale, mais plutôt s'y rattachant étroitement. Des œuvres de ce genre ne font encore jusqu'ici que trop défaut.

Dans cet exposé encyclopédique, il nous suffira donc d'expliquer les principes du droit chez les peuples orientaux comme n'étant qu'une dérivation des principes éthiques régissant leur vie tout entière, tandis que pour l'histoire du droit des Romains et des Allemands, nous donnerons un peu plus de développements. Nous expliquerons finalement et apprécierons, du point de vue de l'éthique, dans ses traits principaux, le caractère fondamental qui distingue le droit romain et le droit allemand.

PREMIÈRE PARTIE.

COUP D'OEIL RAPIDE SUR LES PRINCIPES DU DROIT CHEZ LES PEUPLES ORIENTAUX, CONSIDÉRÉS DANS LEUR CORRÉLATION AVEC LA CULTURE INTELLECTUELLE ET MORALE DE CES PEUPLES.

CHAPITRE PREMIER.

SUR LE DÉVELOPPEMENT DE LA CIVILISATION DES PEUPLES ORIENTAUX EN GÉNÉRAL (1).

Parmi les peuples de l'Orient marchant à la tête de la civilisation sont d'une part ceux qui appartiennent à la race indo-

(1) Parmi les œuvres dans lesquelles on traite spécialement de la culture orientale sont à remarquer : Waschmuth, *Histoire de la civilisation*, 1 vol. 1850 ; Löbell, *Esquisses d'histoire universelle*, 1846, malheureusement inachevées ; et en particulier Max Dunker, *Histoire de l'antiquité*, 2 vol. 1851-53, dans laquelle est représenté le mouvement de la civilisation pris dans son ensemble. Les œuvres sur les peuples spéciaux seront citées au fur et à mesure qu'il sera question de ceux-ci.

européenne (aryane) et dont la langue est on ne peut plus analogue à celle de cette race, tels que les Indiens, les Bactriens, les Mèdes, les Perses, les Germains, les Grecs, les Romains, les Slaves, et vraisemblablement aussi les Celtes (plus difficilement les anciens Ibères). Ce sont, d'autre part, les peuples se rattachant de la manière la plus immédiate à la race sémitique, tels que les Babyloniens, les Syriens, les Hébreux, les Phéniciens, les Carthaginois, les Arabes, les Lydiens, vraisemblablement aussi les anciens Assyriens et les anciens Egyptiens. Ces deux races s'étant répandues hors de leurs différents lieux d'origine se sont plusieurs fois entre-croisées et mêlées en Asie, en Afrique, ainsi qu'en Europe, et sont devenues les promoteurs de la civilisation. Les peuples mongols, au contraire, à l'exception des Chinois (qui sont au degré le plus élevé, s'ils appartiennent à cette race) ont fondé presque uniquement, comme hordes guerrières, des souverainetés plus ou moins éphémères; et les peuples nègres, qui sont sans doute très différents entre eux, depuis les souches les plus infimes jusqu'aux nègres *appelés blancs*, présentent aussi la plus grande dissemblance, eu égard à leur aptitude à la civilisation. Sur ce point, l'exploration successive de l'intérieur de l'Afrique pourra fournir encore de notables éclaircissements. Quoi qu'il en soit, ils n'ont exercé dans l'histoire connue aucune influence sur les progrès de l'humanité. Nous ne devons donc nous occuper que des peuples les plus importants de la race indo-européenne et de la race sémitique en même temps que des Chinois.

Les peuples indo-européens dont les langues présentent une si grande affinité qu'il y a lieu de les considérer comme dérivant d'une langue-mère commune qui n'existerait plus, doivent aussi à l'origine avoir vécu ensemble aux lieux de leur berceau commun (1). Les plus anciens écrits de l'Inde et de l'ancien peuple zend indiquent, comme étant ce berceau, les versants occiden-

(1) Voir à ce sujet la première œuvre importante de Bopp, *Grammaire comparée du sanscrit, du zend, du grec, etc.*, 1833-1852, 6 vol., et Pott, *Recherches étymologiques en ce qui touche les langues indo-germaniques*, 1833, 2 vol., ainsi qu'un article de Pott à ce sujet dans l'*Encyclopédie* d'Ersch et Grüber, 2, 17.

taux de l'Himalaya où ces peuples prirent le nom d'Aryas (1), commun à toute leur race. C'est de là que partit l'émigration amenée vraisemblablement par un excès de population, et sans doute aussi, comme on le dit expressément dans les livres sanscrits, par la rigueur du climat dans ces pays de montagnes, peut-être en outre par des dissensions intestines. Une des souches de la race aryane se dirigea du côté de l'est et occupa la vallée fertile de l'*Indus* (*Sindhou*, c'est-à-dire le « torrent ») et de ses cinq affluents (*Pendjab*). Elle se répandit plus au loin dans la suite en poussant plus avant du côté de l'est, le long de la partie supérieure jusque vers le milieu du Gange et finalement vers le sud (*Dekan*). Une autre race, l'ancien peuple parlant le zend, s'établit peu à peu en s'avancant du côté de l'ouest, dans la Bactriane, la Médie et la Perse. L'Europe fut envahie de plusieurs côtés par les Celtes (avec le culte druidique) sans y comprendre les Ibères. Les Celtes d'une part gagnèrent successivement la Bretagne, la Gaule et l'Espagne, se mêlant, dans cette dernière contrée, avec les Ibères qui l'occupaient déjà ; d'autre part, arrivèrent les anciens Italiens et les Grecs, et enfin les Germains et les Slaves.

Il est plus difficile de déterminer quel a été le lieu d'origine des peuples sémitiques. On ne sait s'il faut le chercher en Arménie, en Arabie ou en Egypte. Dans tous les cas, ce sont les pays où ont été formés les établissements principaux de ces races primitives.

Les plus anciens peuples de la famille aryane et sémitique présentent déjà, dans la plus haute antiquité, un degré de civilisation à quelques égards supérieur. Il n'est donc guère possible d'admettre que ces races se seraient insensiblement élevées d'un premier état sauvage ou même d'un état de barbarie à un degré éminent de civilisation. Une telle supposition, mise en avant fréquemment dans les temps passés et qui se montre encore de nos jours de temps à autre, quoique avec plus de ré-

(1) Sur ce nom, qui s'applique encore aujourd'hui aux peuples appelés Indo-Européens et Indo-Germaniques, voir l'article de Hang, *Sur le plus ancien nom des Indo-Germains et sur le plus ancien dieu de leur race*, dans la *Revue générale mensuelle*, etc., 1854, p. 785 et suiv. : *Aria* signifie « soigneur » et présente aussi le sens d'« honorable ».

serve, est en contradiction avec la nature de l'homme et avec l'histoire. Les peuplades sauvages, dont l'existence en général ne saurait s'expliquer que par les différences de races, par leur séparation d'avec la masse entière des peuples civilisés et leur isolement continu, ne se sont jamais relevées par elles-mêmes, mais durent seulement au contact avec des peuples déjà civilisés leurs premiers progrès (1). En revanche, on peut remarquer, dans l'histoire de ces peuples civilisés, en s'éloignant de leur berceau, qu'ils ont bien souvent rétrogradé sous le rapport des lumières et de la moralité.

C'est ainsi que chez les plus anciens peuples aryas et sémitiques on constate une civilisation plus avancée que celle qu'ils possèdent de nos jours. Il en est de même chez les Indiens, l'ancien peuple zend, de même chez les Egyptiens, les Babyloniens, les Assyriens, de même encore en Amérique pour les *Toltèques* (2), antérieurs aux Aztèques, dont les Indiens actuels trouvés dans le Mexique forment une souche bien dégénérée. Veut-on soutenir, en allant plus loin, que le monothéisme remontant d'après la Bible aux temps les plus reculés, est la plus ancienne des religions (Voyez cependant p. 57 note 1); on est arrêté par l'histoire, qui montre, chez les peuples de l'antiquité, à l'exception des juifs, un polythéisme toujours de plus en plus caractérisé. La polygamie fut, dans les temps les plus reculés, inconnue aux races aryanes, comme le prouvent aujourd'hui leurs livres sacrés les plus anciens. Il faut en dire autant d'autres déviations ultérieures. A l'origine de la plus ancienne civilisation, il faut nécessairement rattacher aussi l'origine de la langue correspondant à cette civilisation (3) et des autres lan-

(1) Une opinion semblable est exprimée et un peu plus longuement motivée par Löbell, p. 34 et suiv.

(2) Selon les nouvelles découvertes de Tiedemann, les *Toltèques* auraient été précédés d'une race encore plus civilisée, très ancienne, appelée *Maïas*, qui aurait fondé des cités dans l'*Huakan*.

(3) Guillaume de Humboldt, à propos de la langue des *Kawis*, dialecte de la langue sanscrite en usage dans l'île de Java, 1^{er} vol., introd., p. 21, s'exprime en ces termes : « La langue sort du fond le plus intime de la nature humaine et ne saurait nulle part être considérée comme une œuvre originale et une création des peuples. Elle possède une énergie qui se révèle à nous

gues de peuples civilisés. De même que la langue est un miroir fidèle où se reflète toute la vie intérieure de l'âme et que les langues des races diffèrent, selon le degré de la virtualité divine inhérente, à l'origine, à cette vie intérieure, de même aussi la civilisation primitive a dû sa naissance à la force divine que possède, à l'origine, l'esprit humain, et sûrement aussi à l'influence des facultés physiques et intellectuelles douées alors d'une efficacité supérieure.

Le caractère de l'Orient, tel qu'il nous est donné de le connaître par la littérature et par l'histoire, a été l'objet d'appréciations différentes. C'est une erreur de croire, comme nous l'avons fait remarquer (p. 22), qu'au moment où commence l'histoire connue de l'Orient, elle présente encore la période de l'unité primitive dans laquelle toutes les manifestations de la vie, à l'intérieur de l'âme ou à l'extérieur, la religion, le droit, la science et l'art se confondaient encore dans l'union la plus étroite. Une semblable période de développement unitaire à l'origine n'est guère plus aujourd'hui susceptible d'être prouvée historiquement. Seulement, on est amené à l'admettre par la tradition des Hébreux et des Indiens. Il faut, toutefois, reconnaître que dans le monde oriental domine encore le principe en vertu duquel toutes les branches de la vie sont reliées l'une à l'autre et tendent au même but commun, à celui-là même qui était tenu par un peuple pour le plus élevé. Ce principe, néanmoins n'est pas celui d'une unité interne et d'une fusion qui laisse encore aux individus, sans qu'ils en aient guère toutefois le sentiment, une certaine latitude d'action. Il se réduit plutôt à une unité extérieure, à une forme qui se transmet des temps primitifs à cette époque actuelle pour faire forcément rentrer dans un cadre extérieur la vie tout entière et remplacer les mobiles intérieurs qui ne subsistent plus par des règles et des institutions extérieures ayant le caractère coercitif. Le monde oriental présente, dans la suite de son histoire, d'un côté, une

d'une manière manifeste sans pouvoir l'expliquer, et, sous ce rapport, on ne saurait la concevoir comme due à l'activité libre des facultés, mais plutôt comme un produit nécessaire de celles-ci ; ce n'est pas une œuvre des nations, mais une aptitude qu'elles ont reçue, inhérente à leur nature propre. »

dégénération toujours plus grande, de l'autre une succession de réformateurs qui, en se rattachant aux doctrines et traditions primitives, s'efforcèrent d'améliorer les principes de l'ordre moral et social par une conception plus large et plus épurée de Dieu et de ses rapports avec l'humanité. C'est ainsi que Bouddha fut un réformateur du Brahmanisme; Zoroastre, de la religion zende dans la Perse; Confucius, en Chine; Moïse, parmi les Hébreux. La religion juive fut, à son tour, le point de départ de deux autres religions : du christianisme qui dut se propager dans tout l'univers, et de l'islamisme qui, rejetant également l'esprit exclusif de nationalité des Hébreux, exerça une action salubre sur plusieurs peuplades de race inférieure, notamment celles d'Afrique, incapables de s'élever tout d'un coup à la sublime hauteur du christianisme. La lumière religieuse est venue de l'Orient, et celui-ci a conservé également jusqu'à ce jour un caractère éminemment religieux qui domine toutes les autres sphères de la vie. C'est un monde engourdi dans le formalisme et auquel la vie ne peut être rendue que par le développement des facultés qui devaient prendre un plus libre essor dans l'Occident.

L'Occident reçut la mission de vivifier et de rétablir dans sa pleine spontanéité tout ce qu'il y a d'humain et de divin à la fois dans l'homme par la force propre et la liberté qui lui sont inhérentes. Une émigration a toujours pour effet de faire secouer les liens et les chaînes qui tenaient captif dans la mère-patrie et d'amener une conception plus large et plus indépendante de la vie. Il dut en être de même pour les *Aryas* qui émigrèrent de l'Orient, pour les Celtes, les anciens Italiens, les Grecs, les Germains et finalement les Slaves. Beaucoup de changements se réalisèrent déjà pendant le cours de l'émigration qui s'harmonisaient avec le caractère propre du peuple, au fur et à mesure qu'il s'accroissait, ainsi qu'avec les puissances et inclinations de l'être spirituel. Mais le progrès qui fut accompli en Occident dut réagir aussi sur l'Orient, et l'histoire montre que partout où la civilisation, sous un rapport quelconque, se montrait florissante, on s'attachait à avoir des communications avec l'Orient. C'est ainsi que le monde grec, ayant atteint son apogée de civilisation, Alexandre servit de trait d'union entre l'Orient et l'Occident, et amena

entre ces deux parties du monde un échange de lumières qui exerça la plus heureuse influence. Plus tard, le christianisme, né en Orient, mais se répandant avant tout dans l'Occident, a été, dans un sens supérieur, le trait d'union des deux civilisations ; et, dès lors, s'est réalisé un échange de relations toujours plus actif entre les peuples de l'Orient et ceux de l'Occident. Le mouvement chrétien qui se propage jusqu'en Perse (Manès), les croisades, plus tard l'activité croissante des relations commerciales, les conquêtes, notamment des Hollandais et des Anglais, et, à l'époque moderne, la connaissance de la vaste littérature de l'Inde, des plus anciens monuments de l'Égypte et de la Mésopotamie (Babylone, Ninive), tous ces faits démontrent le mouvement d'impulsion toujours plus prononcé qui entraîne la civilisation de l'Occident vers l'Orient, sur lequel elle réagit de plus en plus. Les plus anciennes civilisations n'offrent plus de mystères aujourd'hui : les peuples qui se retranchaient derrière les barrières infranchissables qu'ils avaient élevées depuis des milliers d'années doivent les voir tomber devant le génie supérieur de l'Occident. Il lui reste aussi à exercer une action pareille sur l'Afrique, qui recèle peut-être encore dans son sein d'anciennes civilisations. Une fois que toutes les races pourront communiquer entre elles, le mouvement intellectuel se produira dans toutes les directions, et l'ère du progrès vraiment humanitaire s'ouvrira. C'est ainsi que les peuples romains, germains et slaves ont à remplir la plus haute mission. Le mouvement intellectuel de ces peuples les entraîne aujourd'hui chaque jour de plus en plus vers l'Orient. Peu importe qu'ils agissent surtout par intérêt et se proposent comme but déterminant l'augmentation de puissance et de domination ; toujours est-il que ce mouvement tourne au profit du progrès. Pour rendre la vie à ces peuples orientaux, ce n'est pas trop d'employer tous les leviers de la civilisation, la religion, la philosophie, la science, l'art, l'industrie et le commerce. Ils doivent tous contribuer à arracher ces peuples à l'isolement et à remplacer les formes vieilles de leur culture par de nouvelles. L'Angleterre a, dans les temps modernes, entrepris la première une œuvre vraiment humanitaire en faisant l'éducation des peuples indiens et de race aryane richement doués, mais qui, profondément déçus,

étaient demeurés stationnaires, frappés en quelque sorte d'immobilité depuis des milliers d'années. C'est justement la renaissance de ce peuple qui doit être la première preuve convaincante de la possibilité de rouvrir les voies du progrès aux nations de l'Orient.

C'est par ce peuple primitif que nous commencerons l'histoire spéciale du droit.

§ 1. — *Les Indiens et le développement de leur civilisation en général.*

Les phases de la civilisation des Indiens (1), que les nouvelles recherches historiques mettent chaque jour davantage en lumière, présentent plus que l'histoire de tout autre peuple l'immense et exclusif avantage de pouvoir suivre pas à pas la marche du développement social, depuis l'état primitif jusqu'aux nouvelles doctrines et aux institutions dégénérées des derniers temps. Cette étude offre aujourd'hui les garanties d'une certitude suffisante. Leur chronologie est, sans doute, en général, plus incertaine que celle des autres peuples orientaux ; mais la succession des événements, dans leur enchaînement logique, qui marque en même temps les étapes parcourues, ressort ici avec plus de clarté qu'ailleurs. Le droit dans l'Orient est dans une corrélation intime avec l'ensemble des mœurs et coutumes de la nation. Nous sommes donc à même de suivre aussi, chez les Indiens, le développement du droit à partir de ses commentements, et amenés ici à expliquer un peu plus au long les phases de la civilisation de ce peuple. Nous le ferons sous forme d'aperçu seulement, nous renfermant avant tout dans les géné-

(1) L'œuvre principale la plus récente est Chr. Lassen, *Documents de l'antiquité indienne*; jusqu'ici deux volumes ont paru (1847). Lassen promet aussi d'expliquer l'esprit des institutions indiennes dans l'Etat et au sein de la famille. Avant, nous avons eu l'œuvre de Heeren, *Idées sur la politique, etc.*, 1 vol. Bohlen, *L'Inde ancienne comparée à l'Egypte*. Th. Benfey, dans l'*Encyclopédie d'Ersch et Grüber*, sect. 2, vol. XVII, 1849 (l'article, remarquable par sa profondeur, remplit presque la totalité du volume). Roth, *De la littérature et de l'histoire des Védas*, 1845. Weber, *Leçons sur l'histoire de la littérature indienne*, 1852.

ralités et aborderons ensuite la branche du droit qui, comme il a déjà été observé, fait partie intégrante de la culture envisagée comme un tout.

I. SUR LE DÉVELOPPEMENT DE LA CIVILISATION INDIENNE EN GÉNÉRAL.

Le développement de la civilisation des Indiens se lie et correspond essentiellement au changement et à l'extension de leurs établissements. Ils demeurèrent et vivaient en commun à l'origine avec les autres souches aryanes. On les voit, dans une seconde période, avec laquelle s'ouvre leur histoire proprement dite, occuper, à partir de l'ouest, toute la partie du territoire qu'embrasse le cours de l'Indus et de ses cinq affluents (*Pendjab*). La troisième période commence avec l'occupation de la vallée du Gange, du côté de l'est et du côté du sud, avec celle du territoire compris entre l'Indus et les versants occidentaux de *Vindhya*, où, vers le milieu du sixième siècle avant Jésus-Christ, florissait un vaste empire indien (1). Cette dernière période est marquée par la lutte avec les anciennes souches qui n'appartenaient pas à la race aryane, mais pour la plupart à la race noire : je veux parler des *Tchandalas* au bord du Gange, des noirs *Soudras* au bord de l'Indus, des *Gondhas* du mont *Vindhya* (où ils habitent encore aujourd'hui dans les grottes). Dans le cours de cette période prirent naissance, dans les pays du Gange, le système des castes et la littérature qui s'y rapporte ; et, vers la fin, s'opéra la réforme due au bouddhisme. A la quatrième période, les Indiens s'avancèrent plus loin vers le *Dekan* du côté du sud, où ils commencèrent par subjuguier les parias indigènes et s'établirent dans l'île de Ceylan vers l'an 543, laquelle devint, au milieu du troisième siècle avant Jésus-Christ, le siège principal du bouddhisme refoulé hors de l'Inde.

(1) Déjà vers l'an 1000 av. J.-C. avait été occupé par les Indiens de la race aryane le versant occidental du *Dekan*. L'antique Ophir, par où se faisait, au temps de Salomon, un commerce des plus actifs entre les Phéniciens et les Juifs, est situé sur l'une des côtes de l'Inde. C'est ce qu'ont établi, par des preuves péremptoires, Benfey et Lassen. Ce dernier signale Ophir comme étant la côte d'*Abhira*.

Nous n'avons encore que bien peu de données sur les temps primitifs, autrement dit la première période. Elles sont contenues dans les plus anciens écrits des *Védas* (mot qui vient de *Ved*, d'où en latin *videre*, en allemand *Wissen*, « savoir, » « contemplation »); mais il est à remarquer que les chants du *Rig-Véda*, le plus ancien des quatre recueils *Védas* (*Rig-Véda*, *Sama-Véda*, *Yadjour-Véda* et *Atharva-Véda*) contiennent des spéculations religieuses semblables à celles que l'on trouve chez l'ancien peuple zend, chez les Grecs, les Italiens et les Germains, et qui, par conséquent, devaient remonter à une époque bien antérieure à la séparation de ces peuples, au berceau commun de leur race. C'est ainsi que le ciel est figuré par le père (*Dyauspitar*), *Ζεύς*, *Diespiter*, d'où vient *Varouna*, *Ὀὐρανός*, mer céleste qui environne le monde; que la terre est assimilée à la mère, les rayons du soleil à des vaches qui paissent; que le Dieu puissant est celui qui dirige l'éclair et la foudre, que l'âme expirante se transforme en air qui, sur les ailes du vent, semblable à un chien fidèle qui marche devant, est conduit à son lieu de destination, comme le témoigne l'identité de *Sarameya* et de *Ἐρμειος* (1).

Dans ces temps primitifs, où les races aryanes possèdent en commun de semblables croyances, la divinité est sans doute reconnue comme agissant dans le monde et dans les phénomènes de la nature, mais elle n'est ni distincte de la nature, ni identifiée avec elle. L'expression qui rend le mieux cette manière de voir des temps les plus reculés paraît le vieux mot sacré de *om* ou *aum*, par lequel, dans la suite, dut se commencer toute prière, et qui présenta toujours la signification de premier être, de l'un, du suprême et du tout, comme aussi celle de ciel, d'atmosphère et de terre; plus tard, enfin, de l'unité dans la Trimourti (2).

A la seconde période, où le peuple indien s'est établi d'une manière permanente sur le territoire qu'embrasse le cours du fleuve aux cinq affluents, il faut rapporter les plus anciens hym-

(1) Voir Weber, p. 34.

(2) Voyez le *Code des lois* de Manou, II, 74, 77; Benfey, p. 149, développe les raisons pour lesquelles il faut admettre que dans ces premiers temps les Indiens eurent une idée de l'unité de Dieu et considérer le culte polythéiste de la nature comme étant bien postérieur.

nes ou chants du *Rig-Véda*, qui ont été composés alors sûrement, bien que la rédaction du recueil que nous en possédons appartienne à une époque ultérieure. Nous tirons de ce recueil des éclaircissements importants sur le régime de vie dans cette seconde période (1). Voici les points importants qui y sont traités : La divinité est spécialement honorée comme lumière substantielle, suivant les idées persanes, et on l'adore sous les trois manifestations lumineuses comme dieu du feu (Agni), du tonnerre et de l'éclair sous le nom de l'Indra, et comme dieu du soleil sous le nom de Sourya. Il n'existe pas encore de système de

(1) Weber s'exprime, p. 37, en ces termes : « Les plus anciens chants du *Rig-Véda* nous présentent le peuple indien établi le long des rives de l'Indus comme étant divisé en plusieurs petites souches, lesquelles se traitent mutuellement en ennemies. Soumises au régime patriarcal et menant la vie d'agriculteurs nomades, elles forment chacune une petite communauté, habitant un lieu différent. Elles sont représentées respectivement dans les combats par leurs rois et devant les dieux par le moyen de sacrifices communs. Chaque père de famille est prêtre dans sa maison, allume seul le feu sacré et accomplit les cérémonies domestiques, offrant aux dieux un culte de louange et de prières; seulement, des prêtres spéciaux sont institués pour les grands sacrifices communs, sorte d'anniversaire solennel, lesquels sont célébrés par le roi. Entre ces prêtres, qui se distinguent par une vaste connaissance des rites exigés et par leur sagesse, s'élève insensiblement une sorte de rivalité, selon le plus ou moins de prospérité que goûte la souche à laquelle ils appartiennent et qu'ils rapportent soi-disant aux sacrifices. L'influence de ces prêtres royaux ne s'étend pas encore toutefois, dans ces temps anciens, au delà des sacrifices. Il n'existe pas encore de castes; le peuple tout entier ne fait encore qu'un et ne porte encore qu'un même nom, celui de *viras* (colons), nom qui s'est encore conservé dans la Lithuanie. La situation indépendante des femmes à cette époque mérite d'être remarquée, et nous trouvons des chants du genre le plus beau qui sont attribués à des femmes poètes et à des reines. Dans l'amour, le sentiment tendre, idéal, est une corde qui résonne peu, et tout porte ici plutôt l'empreinte du pur sensualisme naturel. Toutefois, le mariage est sacré; l'homme et la femme sont tous deux maîtres de la maison (*dampati*) et offrent aux dieux la prière en commun. L'humble reconnaissance envers les dieux est encore complètement inconnue à l'Indien : « Donne-moi pour que je te donne, » dit-il, et il prétend par là avoir droit au secours divin : c'est un échange et non une grâce qu'il demande. Dans cette sève de liberté, cette conscience de sa force, l'Indien nous est mieux dépeint; il présente un aspect certainement plus noble et plus viril que celui qui s'offre à nous d'ordinaire à l'époque ultérieure.

castes ; le peuple est divisé en plusieurs petites tribus qui mènent à la fois la vie de pasteurs et d'agriculteurs, et se font souvent la guerre. Le besoin [de vaches paraît déjà, à cette époque reculée, une cause fréquente de conflits. Le mariage est monogame. La femme est honorée, et, selon qu'elle s'y sent appelée, prend part à la composition des hymnes religieux. Une classe spéciale de prêtres n'existe pas encore ; on voit seulement des familles de chantres dans lesquelles se continuent l'art de composition, ainsi que la connaissance des hymnes, et d'où sortent plus tard les familles de prêtres. A la tête de chaque petite communauté se trouve un roi qui sert en même temps de prêtre commun pour les sacrifices communs, semblable au père de famille qui est prêtre dans sa maison. Enfin on constate l'existence de la foi à l'immortalité, mais non à la métempsycose, invention ultérieure que l'on doit aux Brahmanes (1). Dans les pays où il s'établit, le peuple paraît, tout au moins à une époque ultérieure, très adonné à la boisson et au jeu. Les vices propres à tant de souches de la race aryane paraissent être principalement, comme chez les peuples d'origine sémitique, ceux de la débauche contre nature et de la cruauté, qui y est toujours inhérente. Par contre, on reconnaît d'autres vertus caractéristiques, notamment celles de la fidélité conjugale et du respect des femmes, que nous trouvons, dès la plus haute antiquité, chez les Grecs et les Romains, aussi bien que chez les Germains et les Slaves, et qui, chez ces peuples, sont devenus la base d'un ordre social plus avancé.

A la troisième période, nous trouvons le peuple répandu

(1) Dans les premières hymnes des Védas, le ciel le plus élevé est désigné comme lieu de séjour des âmes « où se trouve la lumière inaltérable, » est-il dit dans une invocation du *Rig-Véda* : « Porte-moi, soleil, du côté où habite la splendeur du soleil, dans la région de l'immortel et de l'immuable, là où le fils de Vivasvat (le frère de Manou, le premier homme) commande en roi, où se trouve le plus profond du ciel, où les grandes eaux demeurent, où séjournent le désir et l'aspiration ardente, où règnent la béatitude et le contentement, la joie et le plaisir, la volupté et l'extase, accorde-moi là un lieu d'immortel repos. » Voir Roth, dans le *Recueil périodique de la Société allemande orientale*, IV, 427, et Dünker, 2 vol., p. 26. La croyance primitive que les âmes des ancêtres sont, au sortir du corps, errantes dans l'air et auraient également besoin de nourriture paraît avoir essentiellement contribué à établir les sacrifices au profit des défunts.

dans la partie supérieure de l'Hindoustan et le long de la rive supérieure et moyenne du Gange. On ne sait si ce mouvement d'émigration fut déterminé par un surcroît de population ou par le désir de se rendre maître de ces riches territoires. Ces territoires ne furent toutefois conquis qu'à la suite de longues guerres avec les races sauvages indigènes. Ces guerres furent suivies d'autres qui se prolongent encore davantage entre les premiers émigrants et les autres flots de peuples envahisseurs. Une lutte intestine des plus acharnées, pour obtenir le pouvoir dans la nouvelle patrie, finit ainsi par éclater entre les prêtres et les chefs guerriers de l'émigration, constitués en une puissante classe, par suite de ces combats incessants. La victoire définitive fut remportée avec le secours du peuple, qui voyait dans les prêtres les dépositaires de ses plus chères traditions et l'instrument le plus puissant de médiation entre lui et les dieux qui dispensent à leur gré la victoire et la prospérité.

C'est alors que se développe une nouvelle organisation qui fut consolidée par une métaphysique religieuse jusque-là inconnue et une nouvelle classification sociale des prêtres, et que furent essentiellement modifiées les anciennes doctrines et institutions. Le mouvement intellectuel fut ralenti, presque arrêté. Les longues guerres qui engendrent et entretiennent presque toujours les pouvoirs absolus, avaient entièrement détruit les anciennes libertés inhérentes aux institutions communales des tribus, et mis le pouvoir proprement dit entre les mains de l'aristocratie guerrière et de la classe des prêtres. Le reste du peuple comprenait les cultivateurs, desquels se détachèrent plus tard les artisans et les commerçants. Cet état de choses fut, dans la suite, consacré par un système réglant la condition des indigènes soumis vis-à-vis de leurs nouveaux maîtres. Ce fut là le système des castes; mais il est certain qu'il ne fut érigé en théorie que d'une manière insensible, après avoir été immédiatement reçu en fait et constamment pratiqué. Ce système fut préparé par la collection des *Védas*, appartenant par leur fond à la période précédente, collection qui fut faite, revue et corrigée un grand nombre de fois par les prêtres.

Il règne, en effet, dans le *Rig-Véda*, le plus ancien recueil, un tout autre esprit que dans l'*Atharva-Véda*, qui appartient

spécialement à la dernière période. Dans le premier, se fait sentir une chaude tendresse pour la nature; dans le second règne seulement un sentiment de frayeur et d'épouvante devant les mauvais esprits de celle-ci et leurs puissances enchantées. L'ancienne religion subit les plus grandes transformations dans le culte de Brahma par la Trimourti de Brahma, Vischnou et Siva, les trois manifestations de l'Être suprême (Brahm, qualifié neutre). C'est alors qu'apparaît tout d'abord le dogme de la métempsycose, qui provint des idées combinées d'une échelle graduée des êtres, d'une élévation morale progressive des âmes et d'une évolution de l'existence se manifestant par les phénomènes de la nature et transportée à la vie de l'âme. En même temps, on vit établir en principe la différence des destinées dans l'autre monde : je veux parler de la reconnaissance d'un ciel et d'un enfer. Ce dernier est peint, avec des couleurs effrayantes, et ses châtimens sont spécialement attachés aux renaissances terrestres. Enfin, le système des castes est principalement basé sur les principes de métaphysique religieuse. Il y a quatre castes qui représentent les degrés de la création émanée de Brahma : de la bouche de Brahma sortirent les brahmanes (prêtres, savants, magistrats); de son bras, les guerriers (kchatrya) auxquels le roi appartient par naissance; de sa cuisse, les vaïsyas, caste, qui se livre à l'agriculture, à l'industrie et au commerce; de ses talons, les soudras (serviteurs, esclaves). Les trois premières castes se recrutèrent au sein de la race aryane et s'appelèrent les dvidjas (ce qui signifie, au sens religieux, deux fois nés). Dans la quatrième caste furent compris très vraisemblablement les indigènes soumis qui avaient accepté la religion des vainqueurs. Au-dessous de ces quatre castes se trouvaient les Tchandalas, qui comprirent les premiers habitants non convertis, et auxquels vinrent s'adjoindre tous ceux qui naquirent d'une alliance défendue entre les autres castes. Ce nouveau système social des castes avec la doctrine morale religieuse et les lois civiles qui s'y rapportent, fut établi sur de fortes bases par le recueil de *Manou*, qui a subi lui-même plusieurs rédactions.

A cette époque de calme, qui se prolongea plusieurs siècles, furent composés également les grands poèmes épiques, le *Maha-*

Bharata, visiblement inspiré par la lutte que soutinrent les peuples aryas contre les indigènes de l'Hindoustan, et qui contient ce qu'on appelle la fameuse épopée de *Bhagavad-Gita* (1), sorte de recueil encyclopédique et philosophique, et le *Ramayana*, auquel sert de base le fait historique d'expansion de la civilisation aryane du côté du sud dans le Dekan et notamment dans l'île de Ceylan. En ce temps, se développa aussi la spéculation philosophique qui envahit toutes les sphères de la science, de telle sorte que la philosophie indienne a déjà alors traversé toutes les phases de développement qu'il est donné à l'esprit humain de parcourir. Parmi ces grands systèmes (2), les uns sont désignés sous le nom d'orthodoxes, les autres sous celui d'hétérodoxes. L'un de ces derniers systèmes (*Sankhya*, « pondération ») de Kapila, qui soutient les doctrines d'un pur idéalisme, fut le point de départ d'une réforme religieuse, du bouddhisme, par lequel s'ouvre une quatrième période.

La quatrième période commence avec la réforme religieuse et politique du brahmanisme et du système des castes par le bouddhisme. Bouddha, « l'illumine » sur la naissance duquel les traditions de la secte elle-même varient entre 2422 et 543 avant Jésus-Christ, dernier point de départ (admis aujourd'hui par plusieurs, bien qu'on le trouve trop rapproché), qui fixe pour les bouddhistes du Sud le commencement de leur ère, — Bouddha fut le fondateur d'un panthéisme spiritualiste, en se rattachant à la doctrine déjà citée du *Sankhya*. Dans ce panthéisme, le premier être était tellement distingué en principe de tout attribut, qu'on a été entraîné par erreur à y voir

(1) Guillaume de Humboldt nous a donné, dans un mémoire historique et philosophique présenté à l'Académie de Berlin, 1825, un exposé clair et méthodique du *Bhagavad-Gita*. Humboldt faisait remonter la composition de ce recueil à l'an 1000 av. J.-C. ; mais, d'après les nouvelles recherches, elle doit être rapportée à une époque ultérieure, du moins en ce qui touche la dernière rédaction.

(2) Sur les systèmes philosophiques, nous avons l'ouvrage capital de Colebrooke. Etude de Colebrooke sur les *Asiatic researches*, traduite en français par G. Pauthier, sous le titre : *Essai sur la philosophie des Indiens*. Citons encore l'exposé de Benfey qui, pour le fond, suit Colebrooke, p. 258 et suiv. ; Windischmann, *La philosophie envisagée dans les phases successives de l'histoire universelle*.

un nihilisme équivalent à une sorte d'athéisme. Bouddha se propose seulement d'arracher l'âme à la succession perpétuelle de la naissance et de la destruction par son union à ce premier être dans l'état de béatitude (*nirwana*). Cet état est réalisé par les six vertus de la charité, de la moralité, de la science, de l'activité, de la patience et de l'amour du prochain. Tous les sacrifices sanglants furent abolis, le polythéisme brahmanique et le système des castes détruit. Le bouddhisme trouva peu d'accueil dans l'Hindoustan même, vraisemblablement à raison de la morale, qui ne convenait guère à un peuple déjà énervé, et dont les brahmanes favorisèrent et développèrent encore plus le sensualisme par un nouveau et splendide culte de Krischna et des divinités féminines. Le bouddhisme ne fut toutefois refoulé qu'après une lutte longue et sanglante contre les brahmanes. Mais il se répandit, soit dans le siège primitif de leur établissement, dans le Pendjab, où le système des castes n'a jamais été néanmoins comprimé et existe encore aujourd'hui, soit dans le Thibet, environ 200 ans avant Jésus-Christ en Chine, et 240 ans avant Jésus-Christ dans l'île de Ceylan (1). Par la suite, le bouddhisme a dégénéré dans le Thibet en un vaste système hiérarchique avec le Dalai-Lama à la tête, et c'est là que se trouve encore le centre de son action.

Plus tard, une autre réforme, presque uniquement restreinte aux régions du Pendjab, survint au quinzième siècle de l'ère chrétienne, par suite d'un essai de conciliation entre l'ancienne religion et l'islamisme, qui s'était montré l'ardent persécuteur du brahmanisme sans le détruire toutefois. Elle s'effectua par la doctrine de Manaka, fondateur de la secte des Seikhs, qui recommandait le culte d'un seul Dieu, avec une douce morale, sans représentations et cérémonies extérieures, mais qui ne tarda pas non plus à dégénérer.

Une dernière tentative de refaire de fond en comble le sys-

(1) Le bouddhisme est devenu, après le christianisme, la religion la plus répandue sur le globe, puisque, suivant le calcul le plus modéré, elle compte 192, et selon d'autres jusqu'à 295 millions d'adhérents. D'après le calcul le plus autorisé, on compte 260 millions de chrétiens, 240 millions de bouddhistes, 138 millions de musulmans, 117 millions de brahmanistes, 3 millions de juifs.

tème religieux et politique du brahmanisme, en ramenant la science aux anciennes doctrines des *Védas*, et en indiquant la cause des dégénéralions ultérieures, s'est opérée, il ne faut pas en douter, sous l'influence des principes religieux et moraux du christianisme (malgré l'opposition de la part des missionnaires anglais). Ce résultat est dû à l'initiative de Rammohun-Roy (1), brahmane des plus savants, lequel a semé des germes qui promettent déjà à cette heure une belle moisson. On peut aussi apercevoir à plusieurs indices significatifs que la grande souche indo-aryane, sans doute très dégénérée, mais qui est toujours encore puissamment douée sous le rapport intellectuel et physique, est destinée, par un souverain décret de la Providence, à

(1) Sur Rammohun-Roy, qui mourut à Londres, en 1833, pendant le cours d'un voyage scientifique en Europe, voyez un article de G. Pauthier, dans la *Revue encyclopédique de Paris* (décembre 1832, p. 694-706) et un nouvel article dans le *Magasin de littérature étrangère* de 1852, p. 218, où il est dit : « Au milieu de ces diverses dissidences, le nombre de ses partisans ne fit que s'accroître. Ils formèrent une société brahmanique et se réunirent à jour fixe pour entendre alternativement la lecture des *Védas* et des prédications dans la langue du Bengale. Les cérémonies de ce culte monothéiste se terminaient ordinairement par des cantiques composés par Rammohun-Roy lui-même. La réunion de ces nouveaux prosélytes eut une imprimerie leur appartenant en propre et chercha à propager ses croyances par le moyen des journaux écrits dans la langue du Bengale ou par la publication d'œuvres sur la *Védanta* (système philosophique qui se fonde sur les *Védas*). En face de cette société brahmanique et dans un sens opposé, s'éleva bientôt la Société de *Dharma* ou de la loi. Une impulsion salutaire a été ainsi donnée à une petite portion de ces populations indiennes si dégénérées, impulsion qui, après un temps convenable, pourrait se propager dans tout l'Indoustan et relever ce malheureux peuple en lui rendant une existence meilleure et plus morale. D'après les communications les plus récentes de la Société asiatique, les savants indiens s'intéressent aujourd'hui de la manière la plus sensible aux recherches des antiquités de l'Inde. L'esprit d'investigation européen réagira sur eux dans un sens de plus en plus marqué et ne cessera de faire sentir son influence. Un Allemand ne saurait s'empêcher, en pensant à l'Inde, de se rappeler ces paroles de Justus Möser : « Qu'un capitaine allemand commanderait dans les régions du Gange, si l'Empire allemand se fût trouvé en temps propice suffisamment préparé et disposé à soutenir les droits de l'antique Hanse. » Puisse du moins la science allemande prendre la meilleure part des conquêtes de la civilisation en les faisant tourner au profit du peuple indien lui-même ?

renaître à une nouvelle vie. Ce sera grâce à l'aide efficace qu'elle reçoit des peuples européens ayant la même origine qu'elle, et notamment des Anglais, dont le gouvernement s'efforce chaque jour davantage de la rendre accessible au progrès des lumières.

§ 2. — *Le droit indien envisagé dans ses sources et dans son caractère.*

Envisagé dans sa corrélation intime avec les phases successives par lesquelles passe la civilisation et avec les changements qui y correspondent, le droit des Indiens peut, plus que celui de tout autre peuple de l'Orient, être étudié, en remontant à ses sources, dans son développement progressif (1).

Les plus anciens ouvrages sur le droit et les coutumes font partie de la littérature des *Védas*, c'est-à-dire qu'ils appartiennent pour le fond à la seconde période de développement déjà citée et prennent le nom de *Smarta-Soutra*, autrement dit fondés sur les *Smiriti*. *Smiriti* veut dire « mémoire » et ce qui est l'objet de la mémoire. La plus ancienne source du droit fut donc ce qui survivait dans la mémoire et se continuait par la tradition (2) à l'instar des adages du droit allemand. Ce droit commença, dans la troisième période, à être conservé par l'écriture alors seulement que se fit sentir le danger de perdre de plus en plus les traditions et legs précieux du passé. L'influence des brahmanes sur la rédaction est incontestable. Aussi peut-on puiser dans ce droit, comme à une source abondante, la connaissance des doctrines de la plus haute antiquité, et y trouver notamment une

(1) Sur le droit indien, voyez avant tout la citation des ouvrages qui s'y rapportent, par Spangenberg, dans la *Revue de législation et de jurisprudence étrangère*, vol. IV, p. 64; Gildemeister, *Bibliotheca sanscrita*, 1847; Weber, *Cours sur la littérature indienne*, 1852. Sur quelques branches particulières du droit, voyez Colebrooke. Deux traités sur la loi indienne de succession, Calcutta, 1810. Gans, dans son *Droit de succession, etc.*, vol. I^{er}. Steuzler, *Specimen juris criminalis Indorum*, 1842. Kalthof, *Jus matrimonii veterum Indorum, etc.*, 1829. Klemm, *Histoire de la civilisation*, vol. VII, p. 374-407.

(2) Voyez Weber, p. 16. Il est surprenant que Warnkönig ne mentionne pas cette source importante.

explication beaucoup plus complète du régime de la famille et du mariage que dans le recueil de lois de Manou, qui fut écrit postérieurement.

Le second ouvrage capital est le recueil de lois de Manou (1) le plus connu (*Manava Dharma Sastra*), c'est-à-dire compilation de Manou. Il parut après la victoire remportée par le brahmanisme, fut soumis successivement à plusieurs rédactions, et vraisemblablement ne fut terminé que 600 ans avant Jésus-Christ. Ce recueil contient le règlement, dans leur enchaînement harmonique, de toutes les branches de la vie, de l'éthique, de la religion, de la morale et du droit. Toute infraction aux prescriptions qu'il renferme est ainsi punie différemment, et suivant les cas, tantôt d'une peine ayant purement un caractère religieux et moral, tantôt d'une peine extérieure du droit po-

(1) Manou n'est pas un personnage historique, mais le premier homme issu de Brahma, et c'est celui qui reconnaît et règle par la raison (*Manas, mens*, en allemand *Mensch*, « Homme ») les rapports de la vie avec le divin. Les Indiens attribuent le nom de Manou à quatorze personnes dont chacune est à la tête d'une phase du développement; jusqu'ici ont paru déjà sept Manous, et c'est au premier d'entre eux qu'on rapporte le code des lois. Bhrigou, qui n'est lui aussi qu'un personnage mythique, recueillit ou coordonna ces lois. Chézy en fait remonter l'origine à 1300 ans av. J.-C., parce que le code qui a paru vers l'an 1000 av. J.-C. reste encore étranger aux doctrines du bouddhisme. Benfey alla bien au fond des choses, lorsque, p. 229, il ne voulut pas assigner à la fin de l'œuvre une époque antérieure au troisième siècle av. J.-C. Dunker, 2 vol., p. 95, donne les motifs qui militent en faveur de l'époque indiquée dans notre texte. Le code de Manou fut traduit en anglais par Jones, Calcutta, 1796, et par Colebrooke, Londres, 1801; en français, par Loiseleur des Longchamps, Paris, 1833. Cette traduction française fut réimprimée dans les *Livres sacrés de l'Orient*, par G. Pauthier, 1849. L'œuvre se divise en douze livres, chaque livre en *slokas* ou stances de deux vers. Ces douze livres ont pour objet : 1° la création; 2° le sacerdoce et l'épreuve de la vocation religieuse; 3° le mariage, les devoirs du chef de famille; 4° les moyens d'acquisition; 5° les règles d'abstinence; 6° la purification des femmes; 7° la conduite des rois et des guerriers; 8° les devoirs des juges, les lois civiles et criminelles; 9° la continuation des lois civiles et criminelles et les devoirs des agriculteurs, des industriels ainsi que de la classe des domestiques, spécialement les devoirs des époux et le droit de succession; 10° le mélange des classes et les temps de l'affliction; 11° la pénitence et l'expiation, 12° la transmigration des âmes et la béatitude finale.

sitif. Ces lois, qui descendent jusqu'aux plus petits détails de la vie matérielle et morale, ont contribué à comprimer chez le peuple indien tout libre essor de l'activité. Le recueil en lui-même a sans doute subi, dans la suite des temps, quelques modifications et quelques tempéraments : cela eut lieu à raison de coutumes que les besoins nouveaux firent naître successivement ; il y eut néanmoins parfois aggravation, comme on le voit par l'usage qui s'établit ultérieurement de brûler les veuves. Il faut reconnaître toutefois que l'esprit primitif du recueil s'est toujours conservé dans toute son énergie et avec son joug oppresseur.

Depuis le recueil des lois de Manou, la législation indienne a subi successivement des modifications essentielles, comme Jones le remarque dans la note qui termine la traduction anglaise. Les savants dans l'Inde sont d'avis que ce recueil n'a fait autorité que dans les trois premiers âges du monde, et que dans l'âge actuel (*Kali-Youga*) où s'est opéré un amoindrissement des facultés physiques et morales de l'homme, il aurait dû s'opérer aussi un changement de législation, sous plusieurs rapports, notamment dans le système des castes, dans la famille, dans le règlement des successions, etc. Cela veut dire, en nous plaçant à notre point de vue, qu'on sent le besoin, d'un côté, d'un adoucissement dans la rigueur des peines, et, d'un autre côté, de lois plus équitables qui doivent être le résultat de l'influence de l'islamisme, et, dans les temps modernes, du christianisme.

Le recueil des lois de Manou est devenu la base et le point de départ d'un grand nombre d'ouvrages de droit écrits soit en sanscrit, soit dans la langue indienne moderne. Parmi ceux-ci se distingue l'œuvre de Yajna-Valkya (1), écrite du second au cinquième siècle de l'ère chrétienne, et qui occupe le rang immédiat après Manou (œuvre contenant d'anciens documents, conservés sur des plaques métalliques, relativement au partage des terres et à l'établissement des couvents, sujets qui ne se trouvent point traités dans Manou). L'ouvrage se compose de

(1) Cette œuvre fut publiée en sanscrit ; la traduction allemande est de Steuzler, 1849 ; dans la préface est marqué le rapport de cette œuvre avec le code de Manou. Voyez aussi Weber, *Leçons, etc.*, p. 245 et suiv.

trois livres qui présentent à peu près la même étendue, et l'on y remarque une amélioration sensible sous le rapport de la logique et de la précision.

Plus tard s'est formée aussi une jurisprudence moderne, et voilà pourquoi ont été composés, pour répondre aux nécessités de la pratique, de grands recueils encyclopédiques, surtout dans le Dekan, principalement sous l'autorité et avec l'approbation de différents rois et princes. Lorsque les Anglais, en 1765, eurent acquis la première principauté du Bengale par le traité d'Allah-Abad, et qu'ils eurent pris la résolution de gouverner les Indiens suivant les lois propres de ces derniers, Warren Hastings, alors général gouverneur, fit faire par onze brahmanes un extrait des recueils de lois les plus importants, lequel, traduit en anglais par le moyen de la langue persane, parut à Londres, en 1776, sous le titre de *Code of gentoo Law* (1). C'est de cette époque aussi que date le commencement des études du sanscrit.

Les différentes phases de la vie juridique et morale des Indiens auxquelles se rapportent les sources diverses de droit que nous venons d'indiquer, doivent donc être traitées séparément, si l'on veut s'en faire une idée exacte (2).

Ce n'est que dans le recueil de Manou que nous trouverons les traits principaux du régime de vie des Indiens, envisagé du point de vue de l'éthique. Ces traits sont les suivants :

1^o Le système des castes, quoique érigé par les brahmanes sur les bases d'un système de métaphysique religieuse et dans l'intérêt de leur domination, révèle de leur part une modération

(1) L'œuvre fut traduite en allemand par Raspe sous le titre : *Code ou recueil des lois des Pundit, c'est-à-dire des jurisconsultes indiens*. Hambourg, 1778.

(2) Comme le règlement éthique de la vie indienne ne peut avoir pour nous qu'un intérêt historique, nous devons autant que possible mettre en lumière les différences essentielles qui se rencontrent dans les rapports juridiques de la vie aux principales époques, ce qui n'a pas été fait jusqu'ici ; mais les rapports juridiques ne sauraient être compris à fond sans y joindre l'étude des mobiles internes de l'ordre éthique, laquelle doit passer avant tout. Sans seul nous a ouvert ici la voie par son œuvre sur le *Droit de succession*.

prudente, en ce sens qu'ils n'allèrent pas jusqu'à vouloir concentrer immédiatement dans leurs mains le pouvoir souverain. Ce système reconnaît expressément le roi, qui n'appartient toutefois qu'à la deuxième caste, comme étant le chef proprement dit de l'Etat auquel les brahmanes sont aussi soumis en tout ce qui est réglé par le droit public et privé. La supériorité de caste des brahmanes n'a qu'un caractère religieux et moral, et n'est reconnue que par les lois religieuses, dont la sanction se trouve notamment dans les châtimens de l'enfer et la terreur des renaissances. Cet Etat indien n'a donc rien de l'Etat théocratique. L'espèce de partage de pouvoir et le contrepoids que la caste des brahmanes opposait à la force matérielle du chef de l'Etat a contribué sans nul doute à la longue durée de ce système.

Comme principe régulateur de l'Etat et comme premier devoir du roi apparaît la justice. Celle-ci a perdu l'élément essentiel de l'unité et de l'égalité, et elle est sans force de cohésion au sein des diversités du droit afférent aux castes. La division en castes influe plus ou moins sur la capacité juridique des personnes, sur le mariage, le droit de succession, le régime de la propriété et spécialement le droit pénal. Dans les castes notamment, une opposition radicale se manifeste entre les deux fois nés (*dvidjas*) c'est-à-dire les trois premières castes d'une part, et les soudras de l'autre.

Le point fondamental de toute la législation de Manou consiste en ce que l'existence de l'Indien tout entière, dans ses rapports essentiels, est rattachée à un ordre supérieur, à une autre vie, qu'ainsi elle ne se suffit point à elle-même et ne trouve point en elle son but. De même que la philosophie indienne aspire avant tout à rattacher l'âme de l'individu à l'âme divine universelle, de même la loi positive cherche à régler les conditions de la vie d'ici-bas sur les buts de l'autre vie à atteindre. Toutefois le point de vue divin sous lequel l'Indien, dans un ordre d'idées panthéistique, envisage l'univers, n'a point pour résultat d'attribuer un caractère divin et de sainteté à la vie actuelle et à ses institutions fondamentales; par exemple au mariage; il en résulte seulement l'aspiration à une vie plus intime avec le premier être. Cet ordre d'idées, étranger aux premiers commencemens de la vie du peuple indien, n'a été amené et

maintenu que par le système religieux des Brahmanes. Il faut bien reconnaître cependant que ces idées, quelque élévation de tendances qu'elles supposent chez le peuple indien, ont exercé une influence funeste sur la vie de ce peuple, ayant pour effet d'entraver tout essor de libre développement.

Le mariage présente alors le régime de la polygamie ; mais il est facile de reconnaître, à plusieurs passages du recueil, que le mariage, à l'origine, était la monogamie (comp. p. 58) et qu'elle en est considérée comme la forme la plus parfaite : « l'homme seul est parfait, » y est-il dit, « qui se compose de trois personnes : de sa femme, de lui-même et de son fils. » Les brahmanes ont aussi adopté la proposition suivante (1). « L'homme ne fait qu'une personne avec sa femme. » La polygamie est toutefois autorisée sous la condition que l'homme prenne sa première femme dans sa caste, tandis qu'il peut ensuite en prendre d'autres successivement dans les castes inférieures. Le soudra qui n'appartient qu'à une caste ne peut donc prendre qu'une femme (2). L'homme d'une caste inférieure ne doit jamais jeter les yeux sur la femme d'une caste supérieure. De rudes châtimens sont la sanction de cette règle, et les produits des unions prohibées sont impitoyablement rejetés de l'ordre des castes et confondus avec les Tchandalas ou les parias.

Le mariage n'a point son but en lui-même. Il faut plutôt le chercher d'un côté dans la conservation de l'espèce, de l'autre, et avant tout, dans la procréation d'un fils parce que ce dernier seul peut offrir les sacrifices pour les morts en vertu desquels le défunt se trouve élevé à un plus haut degré de béatitude céleste ou délivré de l'enfer. Ce système du sacrifice pour les morts fut poussé si loin, que l'on avait établi cette règle, plus

(1) Manou, 9, 45.

(1) Manou, 3, 13 : Qu'un semblable régime ne fût pas autorisé autrefois, c'est ce qui me paraît résulter des versets 9, 67, où il est dit du roi Vena, qui réunit une fois sous sa domination le monde entier, qu'ayant laissé subjugué son âme par les passions sensuelles, il a autorisé le mélange des castes. Depuis lors, selon les versets 9, 68, cessa le mariage des *sapinda* (voir le texte plus bas) qui, avec la polygamie, n'avait plus de raison d'être et dont l'antique existence implique nécessairement celle de la monogamie.

tard abrogée (1), qu'un mari qui n'avait point d'enfants de sa femme pouvait, dans le but d'avoir un fils, permettre que celle-ci eût des relations avec son frère ou un autre parent (*sapinda*).

Il y a huit espèces de mariages (2) : c'est la différence de castes qui a amené en partie cette diversité ; mais chacun d'eux une fois contracté est validé légalement, quoique plusieurs ne soient point approuvés sous le rapport religieux et moral.

Le mari doit entourer sa femme de respect. Le recueil des lois de Manou, à la différence de ceux des époques précédentes où les femmes sont représentées comme des poètes auxquels on doit une sorte de culte, tient sans doute la femme en une moindre estime (3) ; cependant on y lit encore ces sentences (4) : « Là où les femmes sont honorées, les dieux trouvent leur complaisance. Là où l'homme ne les honore pas, toutes les œuvres de piété demeurent inefficaces. Dans toute famille où le

(1) Manou, 9, 59. Rapprochez aussi la note qui se trouve à la fin du recueil de lois de W. Jones, 6, *Smriti* I.

(2) Ces huit espèces sont : 1° le mariage de Brahma, dans lequel le père revêt sa fille d'un seul vêtement et la donne au savant dans les saintes écritures (*Véda*), c'est-à-dire au brahmane qu'il a invité et reçu chez lui ; 2° le mariage des dieux, lorsque le père, après avoir paré sa fille, la confie au prêtre qui accomplit le sacrifice ; 3° le mariage des saints, lorsque le père a destiné pour la cérémonie religieuse ou pour sa fille elle-même deux vaches ; 4° le mariage des créatures, dans lequel le père marie sa fille en disant aux époux, avec les témoignages d'honneur voulus : « Exercez tous les deux les devoirs prescrits ; » 5° le mariage des esprits mauvais, qui se réalise quand l'époux présente aux parents de la fiancée ainsi qu'à cette dernière des dons proportionnés à ses facultés (espèce d'achat réprouvé par Manou) ; 6° le mariage des musiciens célestes, s'il a lieu par promesse réciproque (mariage qui, pour naître de la sympathie et tourner aux joies de l'amour, n'en est pas moins blâmé) ; 7° le mariage des géants, qui a lieu lorsque l'épouse a été violemment ravie ; 8° le mariage des vampires, toujours maudit, lorsqu'un amant se rend maître d'une femme pendant le sommeil, l'ivresse ou la perte des sens de celle-ci. Voyez Manou, 3-27, 27. Selon Manou, 3-25, les mariages des mauvais esprits et des vampires ne doivent jamais être contractés, tandis que, d'après une autre opinion, 3-24, le mariage des esprits mauvais était autorisé pour les deux dernières castes.

(3) Manou, 9-17.

(4) Manou, 3-56.

mari se complaît en sa femme et celle-ci en son mari le bonheur est pour toujours assuré (1).

On doit aussi remarquer que la polygamie, qui a encore dépassé plus tard les limites qui lui sont tracées dans le recueil de lois, n'a jamais dégénéré dans l'Inde, avec ses rois devenus plus puissants, dans la même mesure que chez les autres peuples asiatiques où dominaient les éléments de la race sémitique. Les femmes ont conservé aussi, dans leur vie au dehors, une plus grande liberté d'allure.

Les femmes ne sont jamais complètement indépendantes. D'après Manou, elles sont, y est-il dit (2), sous la protection de leur père pendant l'enfance, sous celle de leur mari pendant la jeunesse, ou bien une fois devenues veuves, sous la protection de leurs enfants, c'est-à-dire de l'aîné ou de celui qui tient la place du chef de famille. Ce que les femmes, les enfants, les esclaves acquièrent rentre dans la propriété du père de famille; toutefois il est permis aux femmes et aux enfants d'avoir un pécule à part (3).

Les séparations de corps sont autorisées par les deux conjoints à raison de causes diverses (4), mais certaines séparations entraînent des privations d'avantages pécuniaires.

Le droit de succession est essentiellement lié aux sacrifices pour les défunts, de la même manière que le mariage, qui y trouve aussi sa principale base (5). L'un des buts du mariage

(1) Manou, 3-60.

(2) Manou, 9, 3.

(3) Manou, 9-194, 9-203.

(4) Manou, 9-72 et suivants.

(5) Gans, *Droit de succession*, t. I^{er}, p. 25 et suiv., a justement fait ressortir ce caractère; aussi nomme-t-il le droit de succession des Indiens un droit héréditaire des sacrifices pour les défunts. Dans les deux droits de succession, dit Gans, p. 252, celui des sacrifices principaux et celui des sacrifices accessoires pour les défunts, apparaît visiblement le même ordre, lequel se lie à l'ordre nécessairement suivi pour le culte des défunts. Avant tout succèdent les adorateurs et ceux qui célèbrent les principaux sacrifices pour les défunts, c'est-à-dire les descendants jusqu'à l'arrière-petit-fils. Ici s'applique le principe de la représentation, puisque parmi les adorateurs il ne s'en trouve aucun plus proche qui exclue le plus éloigné. Immédiatement après viennent à la succession ceux par le moyen desquels de tels adora-

étant la propagation de l'espèce (famille), les lois de succession ont pour but, par cela même, de conserver en son entier le patrimoine à la famille. Le droit de succession est, par son essence, le droit d'hériter *ab intestat*; mais il est permis au père, dans certains cas, de disposer de ses biens, notamment de ceux qu'il a acquis par lui-même, mais en faveur seulement de ses successibles. Si le père, en mourant, n'a fait aucun partage, les enfants, du vivant de la mère, ne sont point autorisés à partager les biens laissés par le père; le fils aîné prend la place du père et la mère se trouve sous sa protection. Au décès de la mère, le frère peut prendre possession de tout le bien de la famille, lorsqu'il est très vertueux, et les autres frères doivent vivre sous sa protection comme sous celle de leur père (1). Toutefois les frères peuvent aussi demander le partage, s'ils veulent accomplir, chacun de leur côté séparément, leurs devoirs pieux (2). Quant au partage, il y a deux règles différentes suivant que les enfants appartiennent à la même mère ou qu'ils sont issus de femmes appartenant à des castes différentes (3). Sont incapables d'hériter les ennuques, les parias, les aveugles et les sourds de

teurs peuvent être engendrés et donnés au défunt, c'est-à-dire la femme et les filles. Elles n'héritent pas en vertu d'une vocation qui leur soit propre, comme membres de la famille et comme proches parents, mais uniquement parce qu'elles sont l'instrument passif ayant servi à procurer au défunt des adorateurs. En dernier lieu sont appelés à la succession les héritiers du troisième degré, c'est-à-dire ceux qui, de son vivant, étaient associés avec le défunt à un culte d'adoration commune. Dès l'instant qu'il n'y a plus lieu aux sacrifices pour le défunt cesse par cela même tout droit d'hérédité, et dans ce cas succèdent ceux qui offrent les sacrifices d'eau ou les brahmanes lecteurs des *Védas*, finalement le roi (Manou, 9-189).

(1) Manou, 9-105.

(2) Manou, 9-111.

(3) Manou, 9, 112. S'il n'y a que des fils de la même femme, l'aîné doit prélever $\frac{1}{20}$, le second $\frac{1}{40}$, le plus jeune $\frac{1}{80}$ et le reste doit se partager entre eux également. S'il y a des enfants issus de femmes de castes différentes, l'enfant doit recevoir des parts différentes, suivant que sa mère appartient à la première, à la seconde, à la troisième, à la quatrième caste; dans le premier cas, il a droit à $\frac{4}{10}$; dans le second, à $\frac{3}{10}$; dans le troisième, à $\frac{2}{10}$, et dans le quatrième, à $\frac{1}{10}$ (Manou, 9, 151. Warnkönig, *Encyclopædie*, p. 139, se trompe sur ce dernier point quand il parle de $\frac{6}{15}$, $\frac{4}{15}$, $\frac{3}{15}$, $\frac{1}{15}$).

naissance, les fous et autres; seulement ils ont droit d'être entretenus et habillés jusqu'à la mort; mais leurs enfants non atteints de semblables infirmités sont habiles à succéder (1).

En ce qui touche le droit de propriété, il était permis à toutes les castes d'acquérir même la propriété immobilière, puisqu'il n'y a aucune exception faite dans le recueil de Manou. Il est dit, à la vérité, des brahmanes qu'ils sont maîtres de tout ce qui est ici-bas, de la même manière que pour le roi, on dit qu'il est le maître du sol (2); mais ces propositions ne sont énoncées qu'en passant, à l'occasion de la découverte d'un trésor. Les modes d'acquérir la propriété sont ou généraux, comme le droit de succession, la chasse, le partage et l'appropriation de choses sans maître, ou spéciaux aux diverses castes, tels que le produit des dons ou des aumônes pour le brahmane, le butin et la conquête pour les guerriers, les gains que donnent l'agriculture, le commerce et l'industrie pour le *vaisya* et le *soudra*.

La propriété peut se perdre par la prescription; si un propriétaire laisse sciemment, pendant dix ans, un autre posséder son bien, ce bien cesse de lui appartenir (3).

En matière d'obligations (4) le droit est sans doute peu avancé. Toutefois on y trouve les règles les plus essentielles relatives à la formation des contrats, tels que le prêt, le gage, le cautionnement, le dépôt, la vente, les baux à ferme et à loyer, la société, et aux réparations de préjudice.

Sont nulles les obligations contractées par un homme ivre, un faible d'esprit, un muet, ou par un homme tout à fait dans la dépendance d'un autre, ou parvenu à la vieillesse la plus extrême, ou par quelqu'un enfin qui n'était point autorisé à agir au nom d'autrui. Le dol et la violence rendent également nulle la convention. Sont aussi invalides les contrats qui auraient un objet contraire aux lois et aux coutumes immémoriales (5).

Le prêteur est autorisé, s'il ne reçoit pas de gage, à toucher

(1) Manou, 9, 201, 203.

(2) Manou, 37, 38.

(3) Manou, 8, 147.

(4) Voir à cet égard, en particulier, le livre V de Manou.

(5) Manou, 8, 163, 164.

un intérêt dont le taux est de 2, 3, 4 et 5 % par mois, suivant la différence des castes. Ce taux est de 2 % pour un brahmane, de 5 % pour un soudra. Prendre l'intérêt de l'intérêt est défendu. Les intérêts ne devaient jamais dépasser le montant du capital. Le créancier qui reçoit un gage avec le droit d'en user ne peut prendre aucun intérêt (1).

Celui qui vend ou achète un objet non fongible (immeuble, métal) peut, dans les dix jours, rompre le contrat. Qui tenterait de le faire après ce délai encourt une peine pécuniaire (2). Celui qui vend le bien d'autrui se rend coupable de vol. Quiconque achète une chose sur un marché public, en présence de plusieurs personnes, et en paie le prix, en devient légitime propriétaire s'il peut désigner le vendeur ; dans le cas contraire, il est tenu de restituer la chose, moyennant le remboursement de la moitié du prix d'achat (3).

Le jeu et le pari sont défendus ; ils sont tenus pour vols (4). Le code de Manou est ici toutefois peu explicite.

On peut s'engager par caution à faire représenter le débiteur ou à le faire payer. Dans les deux cas, le garant est tenu sur ses biens. Si le garant reçoit de l'argent pour s'engager, et qu'il laisse en mourant des biens suffisants pour répondre, les héritiers sont aussi obligés (5).

Le recueil de Manou contient des dispositions très minutieuses à raison des atteintes portées à la personne dans son honneur, dans sa propriété, dans son corps, et à raison des attentats à la vie. Il y a des peines frappant le coupable dans sa fortune, dans sa vie, dans son honneur, dans son corps et dans sa liberté ; mais ces peines varient suivant la différence des castes. Le principe d'une pénalité absolue, invariable, reste inconnu. Dans plusieurs peines se fait remarquer la loi du talion ; dans d'autres, la réparation du préjudice. Avant tout domine le principe de la répression pour assurer la protection de tous par l'application

(1) Manou, 8, 140-145.

(2) Manou, 8, 222.

(3) Manou, 8, 201, 202.

(4) Manou, 9, 221.

(5) Manou, 8, 158, 162.

des peines qui soient toujours en proportion avec le crime (1). Un brahmane ne peut jamais être frappé de la peine capitale ou subir un châtement corporel. La peine la plus élevée à son égard consiste dans le bannissement (2). Il est dans plusieurs cas permis de pourvoir à sa défense personnellement, même en tuant son adversaire, et, s'il n'y a pas d'autre moyen de salut, on peut même tuer un brahmane (3).

Dans l'organisation judiciaire, il n'existait aucune séparation entre les causes civiles et criminelles. La procédure était presque la même dans les deux cas. La preuve par témoins, rarement sous la foi du serment, était également admise, et si la vérité ne pouvait être manifestée autrement, on pouvait recourir aux *ordalies* (jugements de Dieu) (4).

Dans les lois de Manou il est aussi question de l'esclavage (régime assez adouci dans l'Inde) : on l'y fait dériver principalement de la capture des prisonniers de guerre, du sacrifice de la liberté par la vente de soi-même et de l'impuissance à payer une amende pécuniaire. Le soudra n'est point de sa nature esclave, mais il peut seulement être assujéti à des travaux d'esclave (5).

Le système des lois de Manou a reçu, dans la suite, comme on l'a déjà remarqué plus tard, des modifications et des perfectionnements sous plusieurs rapports. Sous la souveraineté mahométane, bien que la législation indienne demeura intacte, la procédure judiciaire ne fut guère observée. Dans les cours pro-

(1) Manou, 9, 253, 263. Warnkönig fait ressortir avec raison (*Encyclop.*, p. 142) que le droit pénal indien n'a rien de commun avec celui des anciens Germains, qu'il n'admet aucune vengeance de la famille (*vendetta*) et aucune composition proprement dite, malgré les nombreuses dispositions qu'il contient sur les amendes à payer à titre de peine.

(2) Manou, 9, 241.

(3) Manou, 349-351.

(4) Le code de Manou n'en énumère que trois : 1° toucher le feu avec la main, 2° être plongé dans l'eau, 3° et toucher la tête de ses enfants et de sa femme (Manou, 8, 114, 115). Plus tard furent introduits d'autres sortes de jugements de Dieu : la balance, le poison, l'eau bénite, l'huile bouillante, le fer rouge incandescent et les effigies. A cet égard, voyez Benfey, p. 230.

(5) Manou, 8, 415.

vinciales fondées et dirigées par les conquérants, on ne jugeait plus selon le droit, mais la décision prise n'était plutôt que le résultat de la corruption des consciences. Les Anglais, au contraire, ont rendu le service éminent de restaurer le droit, tant par la refonte des lois en vigueur que par un bon règlement de la procédure judiciaire. Le système des castes a reçu aussi insensiblement beaucoup de modifications, qui remontent déjà très loin, puisqu'elles sont antérieures en partie à l'ère chrétienne. La caste des guerriers a presque complètement disparu. La troisième caste s'est mélangée avec les *soudras* ; la caste des brahmanes seule s'est maintenue jusqu'à notre époque. Le reste du peuple s'est organisé en un système de corporations très vaste, mais comportant en même temps des subdivisions nombreuses eu égard à la diversité des travaux.

§ 3. — *L'ancien peuple zend, ou les Bactriens, les Mèdes et les Persans.*

Les anciens Aryas ou Iraniens (1), parlant principalement le zend, après leur séparation d'avec la souche indo-aryane, abandonnèrent leur patrie natale en raison de la rigueur du climat, l'*Airyanem-Vaëgo* (patrie des Aryas, comme le rapportent les livres zends) et, sous la conduite de Djemschid, roi mythique, s'avancèrent vers l'ouest et le midi, occupant successivement la Bactriane, la Sogdiane, la Médie et enfin la Perse. De

(1) Les œuvres principales qui traitent des peuples de cette race sont, outre la première traduction française du *Zend-Avesta*, laissant beaucoup à désirer, qui a été faite par Anquetil-Duperron, 1771, et la traduction allemande de Kleuker, 2 vol., 1781-1786, l'ouvrage déjà ancien de J.-C. Rhode : *La tradition sacrée et le système religieux dans son ensemble des anciens Bactriens, des Mèdes, des Persans ou du peuple zend*, 1820 (la langue zende est toutefois encore distincte de l'ancienne langue persane, d'après le résultat des nouvelles investigations, quoique toutes deux ne forment qu'une seule et même branche). Voyez encore Lassen, dans l'*Encyclopédie d'Ersch et de Grüber*, p. 3, vol. IX ; surtout Burnouf (mort trop tôt pour la science) dans différents écrits, notamment dans son *Commentaire sur le Yagna* (la première partie principale du *Zend-Avesta* contenant les louanges de l'Être suprême) ; Löbell, p. 132 ; Dunker, qui donne également à ce sujet des développements, 2 vol. ; Klemm, vol. VII.

très bonne heure, à ce qu'il paraît, ils s'étaient unis et avaient formé un très ancien empire iranien ou bactrien. Leur religion était semblable à l'ancienne religion indienne (voir p. 56), comme on peut s'en convaincre encore en partie par la lecture des écrits du *Zend-Avesta*, qui sont arrivés jusqu'à nous. Le droit, au contraire, n'a pas reçu, chez ces peuples, le même développement que chez les Indiens, vraisemblablement par la raison qu'ils furent de très bonne heure subjugués, et nous n'en avons que de faibles notions.

La plus ancienne religion de ce peuple est encore plus simple que celle enseignée par les *Védas* de l'Inde, qui sont postérieurs au *Zend-Avesta*. Ce qui le caractérise, c'est qu'il met à l'arrière-plan la science, l'observation, la vie contemplative, et fait prédominer la volonté, l'activité, l'action. Le dieu de la lumière (*Ormuzd*, dans le zend; *Ahouramazda*, dans l'ancienne langue persane; *Auramazda*, c'est-à-dire la grande sagesse vivante) se révèle, dès le principe, par *Hom*, source de tout bien, le maître du ciel et de la terre. Mais de même que les plus anciens livres des *Védas* nous représentent un conflit entre la lumière et les ténèbres, de même il y a encore ici lutte, mais elle est transportée sur la terre et au sein de l'humanité. La nuit forme un être à part: c'est *Ahriman*, le principe du mal, qui ne subsiste point toutefois de toute éternité, et qui, grâce au concours des efforts continus des hommes de bien, doit être vaincu à son tour. Cette sorte de dualisme religieux et l'admission d'une lutte entre deux principes paraissent, comme on l'a déjà remarqué, s'expliquer par ce fait historique, qu'au moment de leur dispersion, les Iraniens (comme aussi les Indiens), se sont rencontrés ensemble (dans le *Touran*), avec une race humaine vraisemblablement mongole, restée au dernier échelon de la barbarie, race qui souvent a été désignée sous le nom de peuples impurs d'*Ahriman*. Cette religion dégénéra de bonne heure, et *Zoroastre* (*Zarathustra*), apparut non comme fondateur, mais comme réformateur 1000 ans au moins avant l'ère chrétienne (1). Sa doctrine nous est parvenue dans le *Zend-*

(1) On admettait encore par erreur jusqu'à ces derniers temps (Wachsmuth, p. 87) que *Vistaspa*, indiqué dans les livres zend et auquel *Zoroastre*

Avesta, qui a toutefois été soumis à des rédactions diverses.

La religion zende a partagé le sort des peuples qui la professèrent. Lorsque les Mèdes, race conquérante, qui succéda aux Bactriens furent, au treizième siècle avant Jésus-Christ, assujettis aux Assyriens, et eurent passé cinq cents ans sous la domination de ceux-ci, leur religion se mêla beaucoup aux croyances propres à ce peuple conquérant de la race sémitique. Une fois que les Mèdes eurent secoué le joug, et qu'un royaume persan fut fondé, cent cinquante ans après, par suite de la destruction de leur nouveau royaume par Cyrus, 588 ans avant Jésus-Christ, l'antique religion fut alors relevée et reprit son éclat. Mais l'ensemble des mœurs du peuple s'était déjà imprégné des idées religieuses et des tendances propres à la famille sémitique à laquelle appartenait la nation conquérante. La religion zende, à son tour, avait aussi exercé une grande influence sur les vainqueurs et amené des modifications dans leurs croyances religieuses. La constitution sociale et politique était plus simple, d'après les livres zends, que celle des Indiens. Elle est surtout mise en lumière dans le *Vendidad*. On ne doit point le tenir pour œuvre de Zoroastre, mais bien plutôt pour un recueil des traditions. Il ne fut rédigé que beaucoup plus tard, et sous les Sassanides, 250 ans après Jésus-Christ; dans la forme actuelle, comme le *Zend-Avesta* tout entier. On doit toutefois, pour se faire une juste idée des mœurs et de l'ensemble du régime de vie, se reporter avant tout aux fragments du *Zend-Avesta* qui nous sont parvenus (1).

révéla la loi est identiquement le même que Darius Hystaspe. Cette opinion doit être abandonnée par des raisons de fond et de forme. Voyez, au surplus, Dunker qui place Zoroastre entre l'an 1300 et l'an 1250 av. J.-C., 2^e vol., p. 314. La rédaction et la compilation des fragments des livres saints du *Zend-Avesta* arrivés jusqu'à nous ont été faites au commencement de la royauté des Sassanides qui cherchaient à fonder leur domination sur la restauration de l'ancienne religion.

(1) Le *Zend-Avesta* se composait à l'origine de vingt et un livres; mais, selon une version peu croyable, il fut détruit et brûlé par Alexandre et la dynastie grecque. Lors de la restauration en Perse d'une dynastie indigène (les Sassanides, de 229 à 631 ap. J.-C.) fut convoqué un grand concile de prêtres attachés aux doctrines de Zoroastre qui déclarèrent authentiques cinq livres conservés et ayant trait principalement à la liturgie. L'ancien

Les livres zends ne font nullement mention du système des castes. On compte seulement trois ou (d'après Firdousi) quatre classes; les prêtres, parmi lesquels on range le roi et les juges, les guerriers, les agriculteurs, et les industriels, y compris les commerçants. L'hérédité présentait ici un aspect saillant; elle s'attache à la nature des professions qui se transmettent dans les familles de père en fils, ce qu'implique l'état encore simple des rapports de la vie. Le régime de la monogamie est, avant tout, celui du mariage, et le *Zend-Avesta* défend, d'une manière absolue, plus que toute autre loi de l'Orient, l'union des sexes en dehors de l'union conjugale (1). Seulement, lorsque la femme, au bout de neuf années de mariage, n'a point enfanté de fils qui, après la mort du père, puisse procurer à celui-ci l'accès du ciel, le Persan peut épouser une autre femme en outre de la première. Le mariage, d'après le *Zend-Avesta*, ne trouve pas son but en lui-même sans être toutefois rapporté, d'une manière radicale, aux destinées de l'autre vie. Il a également un but humain et se référant à la vie terrestre, celui notamment d'encourager le travail, de s'améliorer et se purifier par la vie commune, et d'élever les enfants. Toutefois, il y a encore ici une déviation de principe. Par cela même qu'on doit ne tenir au fond aucun compte de l'élément naturel et de l'attrait des sens, le mariage est non seulement autorisé entre proches parents (*Kethuda*) (2) mais même recommandé comme spécialement louable. La condition de la femme apparaît comme étant plus indépendante et plus honorable que dans l'Inde. La puissance paternelle est modérée. Le droit d'hérédité paraît avoir été restreint à la succession *ab intestat*. Il nous reste peu

de dialecte persan dans lequel ils étaient écrits ne se comprenant plus, on les traduisit ou on les paraphrasa dans le pehlvi, langue savante de cette époque. Lorsque les savants de Perse voulurent échapper au joug de l'islamisme et qu'ils se réfugièrent dans l'Inde, ils emportèrent les cinq livres qu'ils traduisirent en sanscrit. L'ancienne traduction originale pehlwi a été dernièrement reprise et étudiée par plusieurs savants, Olshausen, Burnouf, Brokhaus et Spiegel. Il en a été ainsi spécialement du *Vendidad-Sadé*. Voyez l'œuvre principale de Burnouf, citée p. 300, note I.

(1) Gans, *Droit de succession*, I, 261.

(2) Gans, I, 262.

de documents sur les autres branches du droit sur ce qui touche à la propriété et aux transactions. Partout domine le point de vue moral sous lequel on envisage la vie et les rapports de celle-ci. Le but moral ne se rattachant pas à l'autre vie seulement, mais encore à celle-ci, il faut constater ici un progrès sur les doctrines de l'Inde. La réalisation de ce but ne fut rendue ainsi que plus difficile. Autant il est important que le but moral, dans toute sa pureté et son élévation, préside à l'activité humaine, autant et plus encore y a-t-il de danger à confondre les moyens et agents moraux destinés à atteindre ce but, avec ceux que peuvent fournir le droit et ses institutions. La plus grande latitude fut ouverte par là au despotisme. Ajoutez à cela que la législation éthique de Zoroastre est, sous bien des rapports, très inférieure à celle de Manou. De même que dans la doctrine religieuse, l'enthousiasme s'éteint de plus en plus et est remplacé par la froide discipline; de même aussi dans la législation, qui est loin encore d'offrir un tout complet, se manifeste de plus en plus le penchant à demander l'accomplissement des prescriptions morales aux mesures coercitives. Les peuples zends se sont du reste montrés dans l'histoire comme étant, avant tout, propres à l'action et au combat, se sont mêlés par là plus complètement avec d'autres nations et ont exercé une influence prépondérante sur la marche de la civilisation.

§ 4. — *La Chine.*

La Chine (1), pays qui s'est renfermé en lui-même sans prendre aucune part au mouvement de civilisation des autres peuples, doit avoir été, à l'origine, habitée par des peuplades barbares qui furent subjuguées par une race envahissante venue des

(1) Sur la Chine et sa civilisation, voyez l'abbé Grosier, *Description générale de la Chine*, 3^e édition, 1818, 7 vol. La 1^{re} édition fut traduite en allemand, Leipzig, 1789. J.-H. Plath, *Histoire de l'Asie centrale*, 1831. J.-F. Davis, ancien surintendant des factoreries anglaises, *La Chine*; traduit de l'anglais par Pichard et Bazin, Paris, 1841. Gutzlaff, *Histoire de l'Empire chinois*, publiée par R.-Fr. Neumann, 1847 (se bornant presque uniquement à l'histoire des événements). Pauthier, *Livres sacrés de l'Orient*, contenant aussi une introduction étendue à la littérature chinoise. Klemm, 6 vol.

montagnes du nord-ouest, de telle sorte qu'une fusion ne tarda pas à s'opérer entre le vainqueur et le vaincu. A quelle race primitive appartenait la souche conquérante? C'est là une question restée incertaine : quelques-uns veulent y voir une souche aryane et, par l'alliance de celle-ci avec l'élément mongol, cherchent à expliquer la grande différence que présente l'Etat chinois comparé à celui des autres peuples mongols et le rôle dominant que les premiers assignent à l'agriculture (1). Le recueil des lois de Manou regarde les *Tschinas* comme étant des Aryas émigrés. La plus ancienne doctrine religieuse sur Dieu assimilé au ciel, laquelle forme encore le fond des croyances ultérieures, présente aussi de l'affinité avec les plus vieux dogmes contenus dans les *Védas* (v. p. 36). Toutefois, on sent ici le manque d'autres points d'appui essentiels pour arriver à une complète certitude en cette matière.

Ce que les Chinois racontent des dynasties primitives, notamment d'un empereur Hoang-Ti, 2698 avant Jésus-Christ, etc., n'est affirmé pour la première fois que dans les livres de Confucius (551 ans avant Jésus-Christ). L'histoire de la dynastie impériale d'Hia (2207) est appuyée sur des données plus certaines. Mais la première dynastie dont l'histoire soit bien avérée est celle de Tcheou, 1122-248 avant Jésus-Christ.

Voici quels sont, dans la Chine, les systèmes de religion eu égard à l'époque de leur propagation :

1^o La plus ancienne doctrine sur le ciel, Varouna Οὐρανός, chez les Aryas, probablement importée du Thibet, coïncide avec l'invasion de la race civilisée. Cette doctrine, sur la première et souveraine raison, attribuée au fondateur de l'ordre politique en Chine, au mythique *Fo-Hi*, est contenue dans les livres éminemment sacrés des cinq rois dont la forme et la composition actuelle sont surtout l'œuvre de Confucius.

(1) Telle est l'opinion de l'auteur de l'*Éthnographie* (voyez p. 7, note 1), section 2, p. 889, dont le système sur les Chinois contient la plus saillante contradiction. Ceux-ci, en effet, seraient d'un côté d'origine mongole, sans présenter toutefois les caractères constitutifs de la race mongole; et si vous admettez d'un autre côté qu'une souche aryane a introduit la civilisation parmi eux, il en résulte ce fait anormal que le mélange de deux races essentiellement différentes entre elles peut produire une civilisation durable.

2° La doctrine de Lao-Tse, vraisemblablement antérieur de quarante à cinquante ans à Confucius, imprima à l'ancienne un caractère plus prononcé de métaphysique panthéiste, et subit peut-être l'influence des idées indiennes. Elle est contenue dans *Tao-Te-King*.

3° La doctrine de Confucius ou Khoung-Tseu (551 ans avant Jésus-Christ), lequel entreprit d'épurer et de simplifier les anciennes croyances et d'édifier une théorie rationnelle des mœurs et devoirs, s'appliqua au but du perfectionnement réglé sur le principe de la conviction propre.

4° Le bouddhisme, qui doit avoir pénétré en Chine 200 avant Jésus-Christ, s'y est répandu sous le titre de la doctrine de *Fo*. Il domine encore actuellement dans le Thibet sous la forme du dalaï-lamanisme, qui est la religion du peuple. En Chine, au contraire, la doctrine de Confucius a continué d'être préférée par les hauts fonctionnaires de l'Etat, lors même que le bouddhisme y fut traité avec beaucoup de faveur à l'avènement de la dynastie mongole.

Les Mongols se rendirent définitivement maîtres de l'empire vers 1260 après Jésus-Christ, et ils fondèrent, en 1280, une nouvelle dynastie à laquelle succéda plus tard une dynastie indigène, celle des *Mings*. Les Tartares Mandchoux renversèrent, en 1644, cette dernière et en fondèrent une nouvelle, celle qui règne aujourd'hui, mais qui est gravement menacée de plusieurs côtés. La constitution sociale et politique en Chine (1) est basée sur le type de la famille, forme primitive de la communauté morale. L'élément spirituel qui est arrivé à dominer en Chine n'est autre que la faculté intellectuelle procédant rigoureusement et par voie d'analyse, décomposant et recomposant tout extérieurement, comme s'il s'agissait des pièces d'une machine. Cette faculté est bien éclairée par quelques principes supérieurs de la raison; mais, avant tout, elle s'applique aux détails des rapports spéciaux de la vie, les règle avec prudence, tout en

(1) Le code civil des Chinois comprendrait 260 volumes. Parmi les auteurs qui traitent de cette constitution civile et politique, il y a lieu de citer en particulier Grosier (traduction allemande, 2 vol.), Davis, Gans, Unger, et Warnkönig qui entre dans beaucoup de développements à ce sujet (*Encyclopædie*, p. 119).

faisant prévaloir partout l'égoïsme, mobile interne qui apparaît sous toutes les formes, à découvert ou dissimulé. En Chine, on a tenté de conduire le peuple par une simple morale d'intérêt, bien entendu sans avoir recours aux principes supérieurs de la religion. L'intelligence pratique a suffi pour y fonder plusieurs bonnes institutions sociales, de même qu'elle a mis à profit les conditions favorables du sol pour satisfaire à tous les besoins par le moyen de l'agriculture et de l'industrie. Si l'on fait consister dans un ordre extérieur et dans une civilisation matérielle de ce genre le bien et le salut de l'humanité, on peut partager l'admiration prodiguée tant de fois dans le passé à cette constitution politique et à cette philosophie morale. Mais celui qui place plus haut le but de la destinée humaine, ne pourra s'empêcher de reconnaître dans ce manque d'élan et de toute direction supérieure chez le peuple chinois les plus grands obstacles à la régénération dont il sent le besoin.

Le régime de la famille, dont les règles sont appliquées, jusque dans les plus petits détails, à la constitution politique en Chine, amène à un despotisme revêtant l'apparence de l'autorité patriarcale. Ce despotisme est sans doute tenu, en principe, de procurer toujours le bien du peuple, mais n'en est pas moins en pratique un pouvoir absolu, lequel, en passant par tous les degrés de la hiérarchie, descend du chef suprême de l'Etat, le fils du Ciel et le père du peuple, jusqu'au chef de famille qui, de son côté, se comporte en despote vis-à-vis de sa femme et de ses enfants. On a remarqué avec justesse qu'en Chine seulement et à tous les degrés de l'échelle sociale les devoirs sont réglés en ce sens que l'inférieur soit obligé vis-à-vis du supérieur, sans que jamais le supérieur le soit vis-à-vis de l'inférieur. Un tel despotisme a sans doute le mérite d'avoir maintenu l'ordre extérieur dans un grand empire qui compte plus de 300 millions de sujets. A cette œuvre a puissamment concouru le génie du peuple chinois, éminemment intelligent, appliqué partout à la poursuite de ses intérêts matériels. Mais, il faut le dire aussi, la vie intelligente et morale en a été profondément ébranlée, de telle sorte qu'actuellement en Chine, plus peut-être que dans aucun pays, le monsonge et la fraude sont devenus les principaux moyens d'action qu'emploie un égoïsme raffiné.

L'ordre social tout entier se distingue en Chine d'avec celui de l'Inde et de la Perse, en ce qu'il est avant tout réglé sur les besoins de la vie présente. On a beau, dans la religion et dans les lois, parler beaucoup du ciel : on n'en est pas moins plus qu'ailleurs préoccupé des intérêts terrestres. Tous les rapports présentent un caractère plus extérieur, des formes plus acerbes, plus dures même. Cela se voit dans le mariage, qui est contracté presque généralement sous la forme d'un achat que réprouvent les lois indiennes. La monogamie est admise, il est vrai, en principe, et, par cela même qu'elle est conforme aux lois naturelles qui régissent les rapports des sexes, adoptée par la très grande majorité des habitants ; c'est ce qui fait que, dans les relations de voyage, on n'a mis souvent en relief que le régime de la monogamie ; et cependant le Chinois est autorisé par la loi à prendre trois autres femmes dont les enfants sont traités à l'égal de ceux de la première femme légitime. Des rapports entre époux tout procédé tendre est banni. Les femmes sont presque toujours recluses. La puissance du père de famille est excessive ; les enfants peuvent même être vendus par lui, et les petites filles sont l'objet d'un commerce considérable, notamment dans certaines cités, où elles sont principalement formées pour le concubinage. Le père peut faire périr son fils sous les coups, sans avoir besoin de se justifier. Le but principal du mariage, la procréation des enfants, qui sont l'objet de fréquentes adoptions, se rattache aussi par un côté, en Chine, aux ancêtres décédés. Mais, à la différence des sacrifices pour les morts chez les Indiens, il y a ici quelque chose de plus matériel et plus adapté à l'existence terrestre : je veux parler de ce qui se rapporte au deuil et aux cérémonies funèbres, qui sont réglées, jusque dans les plus petits détails, par un grand nombre de dispositions légales. Le droit de succession est éminemment basé sur le maintien de l'unité des familles. C'est par essence le droit de succéder *ab intestat*. L'opinion souvent exprimée dans le passé, et d'après laquelle le père de famille, en Chine, aurait un droit de tester presque illimité, est provenue de la fausse interprétation à laquelle a donné lieu la faculté que celui-ci a en Chine, tout aussi bien que dans l'Inde, de procéder à un partage de ses biens sans pouvoir toutefois

porter par là aucune atteinte à l'ordre légal de succession (1).

La propriété privée est protégée par plusieurs dispositions de lois. Les règles qui régissent la propriété immobilière ont été différentes suivant les époques (2.) Avant le milieu du troisième siècle av. J.-C., l'empereur était le maître unique du sol, et la propriété immobilière était répartie par lui entre les particuliers, mais de telle sorte que sur une étendue de terrain déterminée les neuf dixièmes étaient cultivés pour leur compte et à leur profit exclusif, et l'autre dixième pour l'empereur. Plus tard, les provinces furent données à ses lieutenants suivant le mode féodal, et finalement la plus grande partie du sol fut cédée par l'empereur aux particuliers, à titre de propriété privée aliénable et héréditaire, moyennant l'obligation de payer les dîmes et de satisfaire aux services féodaux.

Comme en Chine, on ne fait aucune distinction dans les lois entre la peine et la réparation du préjudice. La faculté qui est accordée suivant les circonstances de s'acquitter en argent paraît constituer plutôt une faveur, et le principe dominant toute la législation, c'est la discipline et la punition (à tel point qu'après le châtement on est encore tenu de remercier). On peut

(1) Voyez à ce sujet Gans, *Droit de succession*, I, p. 112.

(2) Je prends ici pour guide Warnkönig, *Encyclop.*, p. 121, n'ayant pu par moi-même consulter les écrits qui traitent de cette matière. Sur les modes du partage du sol, sur la question de savoir s'il s'est produit en une ou plusieurs fois, on pourrait désirer plus d'éclaircissements. Klemm, *Histoire de la civilisation*, 6 vol., p. 436, cet auteur qui s'appuie sur l'*Encyclopédie* de Ma-Touan-Lin, auteur chinois (13^e année av. J.-C.), et se réfère à la notice de Klapproth dans le *Journal asiatique*, 2^e série, t. X, dit d'une manière un peu confuse : « Les anciens empereurs et rois ne se sont jamais arrogé la propriété du territoire de l'empire, mais ils l'ont partagée en différentes principautés et seigneuries. L'empereur se réserva seulement un domaine de mille mètres carrés. Les ministres et conseillers ainsi que les fonctionnaires reçurent chacun, à titre héréditaire, pour leurs familles, une part de terrain qui s'y conserva et se transmet de génération en génération. L'Etat était (?) ainsi le propriétaire de toutes les parcelles; le peuple les recevait de lui, les cultivait et payait les redevances sur les produits. Telles furent les bases du système d'administration des trois premières familles régnantes de la Chine. Le premier empereur des Thsin (255 ans av. J.-C.) détruisit cet ordre de choses et se mit en possession de tous les domaines féodaux de l'empire.

donc dire de cette législation qu'elle est avant tout pénale (1). Cette législation se distingue de celle de l'Inde par un autre côté essentiel : dans cette dernière, les lois se réfèrent à une autre vie pour le châtement de beaucoup de crimes et se bornent notamment à présenter, dans les renaissances, des tableaux effrayants des châtements, en les proportionnant assez bien à la gravité de chaque crime en particulier. En Chine, au contraire, la législation pénale fait entièrement abstraction d'une vie future : elle fait suivre immédiatement la faute du châtement, comme cela ne pouvait manquer d'arriver chez un peuple doué de l'intelligence pratique, ayant toujours en vue les intérêts du présent immédiat. A l'instar de ce qui a lieu en général chez les anciens peuples orientaux, on a ici peu d'égard dans l'application de la peine au degré de perversité de l'agent ; mais on se préoccupe avant tout des circonstances matérielles et du degré du crime en lui-même. La torture (aujourd'hui rarement appliquée) était un moyen essentiel d'instruction.

Du reste, la législation chinoise, par l'esprit pratique qui la dirige et qui se tient en garde contre toute exagération, de manière à éviter toute visée trop haute et à distinguer en même temps d'une manière assez exacte le religieux et le civil, est, sous beaucoup de rapports, plus en harmonie avec notre époque, sans mériter toutefois, eu égard à ses principes ou à ses résultats, les grandes louanges qui lui ont été prodiguées.

§ 5. — *L'Egypte.*

L'Egypte s'offre encore à nous comme une énigme impénétrable. Sa civilisation, dont la haute antiquité est attestée par les documents de l'histoire et par des monuments qui nous remplissent aujourd'hui d'admiration, est inconnue dans sa

(1) Voici ce que dit Gans à ce sujet, *Droit de succession*, I, p. 67 : « Le code tout entier, en y comprenant aussi les lois civiles, est éminemment un code criminel. Le petit et le grand bambou jouent un rôle incessant (*perpetuum mobile*) dans toutes les dispositions des lois. Le débiteur qui ne paie pas au temps voulu, le fils cadet qui s'arroge le droit de prendre le titre de son père et autres, encourent une peine bien plus sévère et reçoivent plus de coups de bambou que le voleur et le faux monnayeur. »

source. On ignore à quelle souche appartenaient les anciens Egyptiens et quelle était leur langue primitive. On a supposé que ce peuple avait été formé par un double élément, qu'à l'origine il n'était autre qu'une branche de la race nègre, de bonne heure assujettie par une race supérieure, à laquelle sont dus les premiers développements de la civilisation (1). Y a-t-il eu dès le principe une corrélation entre la civilisation de l'ancienne Babylone (chaldaique) et l'Egypte, et cette dernière a-t-elle reçu, par le canal de Babylone, ses institutions principales? ou, comme les anciens prêtres égyptiens l'ont prétendu, Babylone serait-elle une colonie égyptienne? Suivant une autre opinion, faut-il admettre que le mouvement de civilisation, qui aurait suivi le cours du Nil, serait parti de l'Ethiopie (Egypte supérieure) pour passer ensuite en Egypte, ou *vice versa* (à raison de ce que ce dernier pays aurait toujours réagi sur l'autre

(1) Outre les œuvres générales sur l'Orient et les anciens historiens, tels qu'Hérodote, 2 vol., et Diodore de Sicile, 1 vol., voyez, sur l'Egypte, en particulier : Bunsen, *Rôle de l'Egypte dans l'histoire universelle*, 3 vol. 1846; Klemm, *Histoire de la civilisation*, 5 vol.; Ritter, *Géographie*, 1^{re} partie; Bökh, *Recherches météorologiques*; de Prokesch-Osten, *Mémoire sur l'Egypte*, 3 vol. Les œuvres de Champollion, Salvolini, Rosellini, Wilkinson, Belzoni, Lepsius (*Chronologie*), Letronne, etc. Notons également l'œuvre de Røth, qui contient sans doute des thèses trop hardies dans sa *Théorie sur les croyances religieuses de l'Egypte et de Zoroastre, envisagées comme sources les plus anciennes de nos idées spéculatives*, 1846, et exagère singulièrement l'influence égyptienne, mais nous fournit toutefois des données importantes pour nous faire une idée exacte du développement des doctrines et de la marche des événements. C'est à Bunsen, qui fait dater des dynasties manéthoniennes la certitude historique et qui considère la liste royale d'Eratosthène comme devant servir à la connaissance exacte de cette période, que nous empruntons les précisions chronologiques ci-après, lesquelles réduisent de beaucoup le chiffre auquel ont été reportés les temps les plus reculés, chiffre tiré des calculs d'Africanus. Première année de Ménès, 3643 (Bökh, 5702); commencement de la quatrième dynastie (des Pyramides), 3229 (Bökh, 4933); fin de l'antique empire (commencement des Hycsos), 2568 (Bökh, 2607); fin des dynasties des Hycsos, commencement du dix-huitième empire et du nouveau, 1639 (Bökh, 1655); commencement de la dynastie dix-neuvième, 1409 (Bökh, 1326); fin de la même, 1298 (Bökh, 1183); terme de la dynastie vingt et unième, 983 (Bökh, 934); cessation de la dynastie vingt-cinquième, 658 (Bökh, 679).

dans le passé)? Enfin l'Ethiopie aurait-elle reçu sa civilisation des Indiens, soit que ce peuple eût franchi la mer, soit qu'il eût communiqué par l'Arabie (cette supposition n'est toutefois appuyée que sur quelques analogies apparentes); ou cette civilisation serait-elle, à l'origine, due à la constitution intellectuelle et physique du peuple éthiopien (supposition qui me paraît la plus vraisemblable)? Toutes ces questions ne sauraient être résolues d'une manière complètement satisfaisante en l'état des ressources qu'offre la science aujourd'hui. Si l'on cherche à déterminer le véritable caractère de la civilisation égyptienne, il sera difficile de ne pas reconnaître qu'elle est primitivement due, au plus haut degré, à l'influence d'une souche de la race sémitique ou de toute autre très rapprochée de celle-ci.

Les idées de l'Egyptien sur Dieu, l'univers et la destinée humaine se séparent, par un côté fondamental, de celles que les peuples asiatiques de la race aryane nous ont paru posséder (1). Chez ces derniers prédomine la tendance spiritualiste; le souffle de l'idéal vivifie toutes les branches de la vie; la nature enfin est subordonnée à l'esprit. En Egypte, au contraire, la vie tout entière est ramenée à la nature, la spéculation philosophique aussi bien que l'activité au-dehors; le réalisme domine, et voilà pourquoi toutes les sciences et tous les arts qui se rapportent à l'ordre naturel ont été poussés à un haut degré de perfectionnement. Le génie égyptien d'un côté, et celui des peuples asiatiques de la race aryane de l'autre, forment ainsi deux éléments opposés qui auraient pu s'unir heureusement sous beaucoup de rapports, mais qui ne se sont le plus souvent combinés qu'en s'altérant réciproquement.

Sur l'antique royaume éthiopien de Méroé on a peu de ren-

(1) Sur la religion et la théogonie des Egyptiens, consultez Røth, p. 133 et suiv. Une divinité primitive, *Amoun* (caché), dominait toutes les autres. C'est d'elle qu'était émané le monde, qui se composait, en principe, de quatre éléments : de l'esprit (*Kneph*), de la matière (*Neith*), du temps (*Serek*) et de l'espace (*Pascht*). Dans une seconde phase de la création apparurent le soleil (*Re*), la lune (*Ioh*), l'espace universel lumineux (*Sate*) et l'obscurité universelle (*Hathor*). Ces huit divinités supérieures s'incarnèrent sur la terre sous la forme de douze dieux terrestres ayant de grandes analogies avec plusieurs des dieux de la Grèce.

seignements. Il paraît avoir présenté l'organisation d'une théocratie véritable et dont le caractère fut on ne peut plus tranché. Les prêtres choisissaient le roi parmi eux. S'il ne gouvernait dans leur sens, d'après les sentences de l'oracle, il devait se suicider. Entre le royaume de Méroé et l'Égypte, — que l'un ou l'autre aient été les premiers à se civiliser, — ne tardèrent pas à s'établir de nombreuses relations (1).

L'ancien royaume égyptien, dont la capitale, à l'apogée de sa puissance et de sa splendeur, fut Thèbes, ville qui est aujourd'hui encore dans ses ruines le plus grand sujet d'étonnement (2), fut un État théocratique uni au régime des castes. Il présente avec l'État indien cela de commun que les prêtres et les guerriers formaient les deux premières castes, sans avoir toutefois un cadre d'organisation aussi rigoureusement étroit, et il s'appuie d'ailleurs par la base sur d'autres principes religieux. Quant aux autres castes, les écrivains ne sont pas d'accord sur leur nombre. Tandis que Strabon ne forme qu'une classe de tout le reste du peuple, Hérodote le partage en cinq, Diodore en trois (pasteurs, agriculteurs et artisans). Il est aussi très vraisemblable (3) que là aussi la race inférieure des nègres formait une dernière classe à part. La caste des prêtres était à son tour divisée en plusieurs classes. Il y avait un ordre supérieur et un ordre inférieur, eu égard à la différence des divinités et des emplois, de telle sorte qu'elle comprenait aussi, à raison de la nature de leurs occupations, les hauts fonctionnaires de l'État, les juges, les savants, les médecins, les architectes, en un mot, toute la partie intelligente du peuple. La polygamie était interdite à cette caste.

La royauté était héréditaire. A l'extinction de la dynastie régnante, le nouveau roi était choisi au sein de la classe des prêtres ou de celle des guerriers. Dans ce dernier cas, il était

(1) Voyez Waschmuth, *Histoire de la civilisation*, 1 vol., p. 122.

(2) Voyez Prokesch, 1 vol., p. 310.

(3) J'admets avec Waschmuth, p. 127, que le culte des animaux proprement dit né en Égypte s'est maintenu dans la suite et a pris toujours plus d'extension au sein de cette race inférieure. Voyez à ce sujet diverses conjectures de Löbell, p. 316-319.

admis à faire partie de la classe des prêtres moyennant le sacre (1).

En ce qui touche ses autres institutions, l'Égypte, comme on l'a justement remarqué (2), présente le véritable type de l'État policé, puisque tout y était réglé et soumis à des formalités jusque dans les plus petits détails. Le travail était distribué par caste. A chacun de faire connaître ses moyens d'existence ; au sein de chaque caste, les arts et métiers, eu égard à leurs branches variées, étaient confiés à certaines familles qui en avaient une longue pratique, et ils se transmettaient parmi elles de père en fils, plutôt par suite d'une nécessité naturelle qu'en vertu d'une loi positive. Cette division du travail jusque dans les beaux-arts (suivant Hérodote, en effet, chaque médecin était chargé exclusivement de la cure d'une partie spéciale du corps) a été une entrave à leur perfectionnement, tandis que pour les métiers inférieurs elle paraît avoir été aussi en Égypte la cause de grands progrès.

Les plus grands soins étaient donnés à la culture des terres. Le territoire lui-même était la propriété des prêtres (c'est-à-dire des temples) et des guerriers. Les cultivateurs étaient de simples fermiers ; les habitants des villes paraissent toutefois avoir eu un droit véritable de propriété du sol, mais restreint à leur demeure (3).

Les lois qui se rapportent au commerce paraissent avoir contenu des dispositions répondant assez bien à tous les besoins. La justice était strictement rendue : entre autres dispositions remarquables était celle d'après laquelle ce n'était point la personne du débiteur, mais seulement ses biens qui devaient répondre du paiement des dettes (4). Les intérêts moratoires ne devaient jamais dépasser la somme du capital. On tolérait, à proprement parler, le métier du vol, ce qui amena la formation

(1) L'auteur passe ici sous silence un usage bien connu : celui de mettre les morts en jugement. Cette coutume s'appliquait même aux rois, dont quelques-uns furent privés de sépulture, et se répandit à cet égard parmi le peuple israélite (Voy. *Hist. univers. de Bossuet*) (*Note du traducteur*).

(2) Waschmuth, p. 305.

(3) Löbell, p. 125.

(4) Waschmuth, p. 125.

d'une corporation spéciale à laquelle les victimes du vol devaient s'adresser pour obtenir la restitution de l'objet volé, moyennant la remise du quart de sa valeur (1).

Le régime de la polygamie était en vigueur, sauf parmi les prêtres, qui ne pouvaient avoir qu'une femme, et il était permis d'avoir, en outre de l'épouse principale, d'autres femmes. Le mariage était autorisé entre frères et sœurs. Le mariage dit du *lévirat* (voir p. 95) paraît avoir passé des Egyptiens aux Juifs. La célébration du mariage présentait les caractères d'un acte religieux et non point d'un achat. Le père devait constituer une dot à l'épouse. La dépravation de l'instinct sexuel en rapport avec le culte dont on honorait la puissance de fécondité de la nature, fut aussi poussée chez les Egyptiens à un très haut degré (2).

L'influence de la civilisation égyptienne sur celle de l'Europe, notamment sur la Grèce, est incontestable au point de vue général, bien qu'il soit difficile de la suivre dans le détail.

§ 6. — *Les peuples sémitiques en général (3) et en particulier les Hébreux.*

Les peuples sémitiques, notamment les Babyloniens et vraisemblablement les Assyriens, tels que les Syriens, les Chanéens, les Hébreux, les Arméniens, les Phéniciens, les Arabes, les Lydiens, les Carthaginois, probablement aussi les Egyptiens et autres, ont accompli la mission principale qui leur avait été dévolue dans l'histoire : celle de mettre en rapport les peuples et leurs civilisations et d'opérer entre eux la fusion. Les principaux établissements formés par ces peuples entre l'Euphrate et le Tigre, ou sur les bords de ces fleuves et sur les littoraux de l'Asie Mineure et de l'Afrique, leur facilitaient naturellement l'accomplissement de cette mission. Abstraction faite de l'Egypte, la chronologie a éprouvé les plus grandes

(1) Löbell, p. 308.

(2) Waschmuth, p. 127.

(3) Voyez en partie Hérodote, 1^{er} vol., et Diodore, vol. 2 : Movers, *Les Phéniciens* ; Dunker, 1^{er} vol., ouvrage déjà cité.

difficultés à déterminer quels furent les plus anciens royaumes fondés par ces peuples : L'ancien empire babylonien, l'empire babylonien assyrien, d'abord séparé et ensuite réuni, ou le nouvel empire babylonien ; en Arabie, l'ancien royaume des *Himyarites* avec la capitale Saba, ou les Etats des Juifs, des Phéniciens et des Carthaginois (1).

A l'exception des Hébreux, il est difficile de découvrir, en remontant à la plus haute antiquité, le fond commun des dogmes religieux de ces peuples. D'après les traditions historiques, on voit, chez la plupart d'entre eux, en matière de religion, appliquer à la divinisation de la nature la loi d'opposition entre les sexes, de telle sorte qu'il y avait une divinité naturelle mâle, Baal, le Dieu du soleil, Osiris, et une déesse aussi naturelle ayant un rôle passif, *Baalit*, *Myllitta*, *Isis*. C'est à l'influence de ces divinités impures que furent dues principalement les grandes dépravations de mœurs de ces peuples. Ces croyances, toutefois, doivent plutôt être considérées comme le fruit d'aberrations intellectuelles survenues par la suite. Du reste, chez les Hébreux, qui font partie de la même souche, nous trouvons un vaste système moral et religieux radicalement différent qui mérite d'être étudié de plus près.

Les Hébreux et leur législation (2).

Parmi les peuples de la race sémitique, les Hébreux se distinguent par la haute mission qui leur fut assignée dans l'histoire par la providence divine. C'est au sein de ce peuple que

(1) Un nouvel essai chronologique, qui s'écarte en partie des vues antérieures, a été donné par J. de Gumpach dans *l'Esquisse de l'histoire babylonienne-assyrienne*, en se rattachant aux principales données de *l'Histoire d'Assyrie*, par Rawlinson, et aux inscriptions découvertes par Layard à Ninive. Manheim, 1854. D'après l'auteur, l'ancien empire babylonien dura de 2500 à 1274 (l'émigration d'Abraham fut le point de départ de la séparation entre l'histoire juive et celle des Babyloniens). L'empire babylonien-assyrien, fondé par Nemrod, de 1274 à 748 ; le même, mais divisé, de 747 à 680 ; depuis le rétablissement de l'union, de 680 à 607 ; le nouvel empire babylonien, de 607 à 536. A cette dernière date, l'Etat babylonien vient se fondre dans le royaume de Perse.

(2) Voyez Léo, *Histoire de l'Etat juif* ; Jost, *Histoire générale du peuple*

s'est maintenue, dans sa plus pure intégrité, la première tradition religieuse de la race sémitique. Abraham et Moïse ne sont nullement en effet des fondateurs de religion, mais ils placent seulement leur peuple, représenté comme élu entre tous, sous la direction spéciale du Dieu tout puissant.

Dans toutes les autres religions de l'Orient avait absolument manqué l'idée et la notion d'un Dieu vivant, qui régit comme providence les destinées de l'humanité tout en se réservant le gouvernement direct du peuple choisi. Les idées de la providence, d'un gouvernement de l'univers par Dieu, d'un lien personnel supposant une alliance entre Dieu et le peuple choisi, de telles idées ne sont point empruntées à d'autres nations, tout en admettant que, par suite de la captivité de Babylone, certaines croyances et coutumes venues d'abord de l'Égypte aient pu ultérieurement s'implanter parmi les Juifs. On ne saurait s'expliquer ces idées sans remonter à une tradition primitive que Moïse ne fit que raviver et fortifier. Aucun peuple ne fut plus propre à conserver et à propager une tradition religieuse. Ferme-ment attaché à son passé, doué d'une ténacité, d'une opiniâ-treté inébranlable, moins dominé que les autres peuples orien-taux par les caprices de l'imagination, plus simple et plus intelligent, il réunissait les meilleures conditions pour recevoir le dépôt de la vraie doctrine sur Dieu et pour le conserver. Sans doute, les chefs spirituels du peuple avaient à combattre éner-giquement le goût pour l'idolâtrie qu'il avait contracté en Égypte; toutefois il n'y eut jamais de chute complète.

En jetant un rapide coup d'œil sur l'histoire de ce peuple, nous sommes surtout frappés de la vie des patriarches, tableau aussi vrai qu'aimable de la simplicité des mœurs, qu'on ne re-trouve en partie, en remontant au temps primitif de la race aryane, que dans Abraham, chef de tribus nomades pacifiques,

d'Israël et appréciation de ses phases dans une vue d'ensemble, 1832; Ewald, *Histoire du peuple d'Israël*, 2^e éd., 1851; *Antiquités du peuple d'Israël*, par le même; Lepsius, *Chronologie*; Dunker, Löbell et Waschmuth, ouvrages déjà cités, et, spécialement sur le droit; l'œuvre principale de Michaëlis, *Droit mosaïque*, 6 parties, 2^e éd., 1793; Salvador, *Histoire des institutions de Moïse*, 1829; Saalschütz, *Le droit de Moïse*, 2^e éd., 1839; Fassel, *Le droit civil mosaïque interprété par les rabbins*. Vienne, 1852.

qui a émigré de Mésopotamie en Palestine vers l'an 2136 avant Jésus-Christ. Son fils Jacob, passe en Egypte en 1921, et c'est là que demeura le peuple jusqu'à 1491 avant Jésus-Christ. Moïse, initié par la tradition à tous les secrets de la science égyptienne, n'en est pas toutefois le représentant. Son rôle unique est d'épurer et d'établir, sur des fondements inébranlables, la doctrine primitive de son peuple.

Moïse fut, il est vrai, législateur de la nation, mais dans un sens plus élevé que Manou et Zoroastre, avec une intelligence bien autrement profonde de la vie et des rapports de celle-ci.

Le fondement de cette législation est le monothéisme restreint il est vrai au peuple d'Israël, mais ayant pour but d'amener ainsi une distinction tranchée entre lui et les autres peuples attachés au polythéisme. Dans la législation se réalise l'alliance intime entre l'élément religieux et l'élément civil et politique. La base du gouvernement de l'Etat fut la théocratie, et non point la souveraineté des prêtres, telle qu'elle s'exerçait dans les autres pays, et avec laquelle la première a été souvent confondue par erreur. C'est en effet Dieu lui-même, Jéhovah, qui doit être la puissance directrice invisible. Parmi les douze tribus d'Israël, celle de Lévi fut sans doute placée en tête comme tribu sacerdotale héréditaire. Toutefois, cette tribu, à laquelle toute doctrine occulte resta étrangère, n'exerçait qu'un pouvoir limité dans l'administration de l'Etat. La croyance au gouvernement suprême exercé par Dieu même se manifeste surtout dans cette conviction que Dieu, dans tous les cas de nécessité, saura susciter un prophète et un chef spécial. L'ordre des prophètes pour lequel Samuël, plus tard, fonda des écoles, resta comme base du gouvernement dans le système de la théocratie hébraïque. Le peuple jusque-là adonné principalement à la vie nomade, dut devenir un peuple d'agriculteurs; et ici encore se manifeste le lien religieux entre lui et Jéhovah. Dieu même, en effet, était considéré comme le maître du pays conquis. C'est d'après ses ordres que le partage avait lieu entre les familles des tribus (à l'exception de la tribu de Lévi, à laquelle étaient réservées les dîmes). Cette attribution de parts, comme témoignage de la volonté éternelle, était respectée dans les familles, de telle sorte qu'il ne pouvait y avoir qu'une aliénation ou un engagement

temporaire de la propriété. Après cinquante ans révolus, ou dans l'année jubilaire, la propriété immobilière de chaque famille devait retourner aux membres de celle-ci qui y étaient appelés par droit de succession. D'après le même principe, tous les sept ans, il devait être fait remise des dettes, et l'Israélite qui était devenu esclave devait recouvrer la liberté. Cette institution de l'année jubilaire, par laquelle Moïse voulait rassermir les conditions de l'Etat social et donner à la propriété un élément puissant de stabilité, a-t-elle été complètement mise en vigueur ? Il y a doute à cet égard. Quoi qu'il en soit, elle n'aurait pas eu une longue durée d'application, subissant ainsi le sort de bien d'autres institutions.

La législation morale de Moïse est connue. Si dans la plupart de ses prescriptions le peuple est rappelé à ses hautes destinées, d'autres témoignent de ses penchants grossiers dont le législateur dut tenir compte, notamment dans le mariage et la législation pénale.

Quant au mariage, la polygamie est permise, et les esclaves ou servantes des épouses pouvaient encore être prises comme concubines. Toutefois, les enfants sont tous légitimes et appelés à succéder. Le grand-prêtre cependant n'était autorisé à prendre qu'une femme (1), de même que plus tard il fut défendu dans l'avenir au roi d'Israël de multiplier outre mesure le nombre de ses femmes (2). C'était sous la forme d'achat que se contractait le mariage ; c'est la volonté des parents qui décide de l'alliance et non celle des futurs. Il y a une sorte de mariage dont on fait une loi, le mariage dit du *lévirat*, qui se réalise dans le cas suivant : Celui dont le frère est décédé sans laisser de postérité mâle doit épouser la veuve, et le fils aîné issu de cette seconde union doit prendre le nom du frère décédé et recueille la succession de celui-ci. Il en est autrement du mariage entre alliés en ligne directe, de même qu'entre parents : ce mariage est

(1) On peut le déduire avec Gans, *Droit de succession*, I, p. 130, de l'argument à *contrario* auquel donne lieu l'interprétation du verset 13, chap. 21, du Lévitique.

(2) Une semblable disposition se trouve pour la première fois seulement dans le Deutéronome, chap. 17, qui, d'après les nouvelles opinions, contiendrait les lois établies ultérieurement à l'époque du roi Josias (625).

prohibé. La faculté du divorce n'existe que pour le mari. Il n'y a d'infidélité conjugale que celle que commet la femme convaincue d'adultère ; elle est punie de mort comme son complice et subit un affreux supplice (la lapidation). La puissance paternelle était si étendue que le père pouvait chasser son fils de la maison et vendre même ses filles comme esclaves. Le droit d'hérédité est la succession *ab intestat*. Sans doute ici, comme chez les autres peuples orientaux, il peut intervenir un partage opéré par le père, mais seulement entre membres de la famille, et par suite on ne saurait l'identifier avec le droit de testament (1). Le fils aîné obtient une part double ; les filles excluent les parents plus éloignés, même ceux de la descendance mâle. Pour les contrats, aucune forme spéciale n'est prescrite. Entre Israélites exiger l'intérêt de l'argent prêté était défendu, et vis-à-vis des étrangers, au contraire, ordonné. Dans l'ancienne loi pénale des Hébreux dominait le principe du talion qui fut appliqué avec la plus grande dureté. Ce principe fut toutefois adouci par Moïse, qui combattit les représailles sanglantes. On doit spécialement relever comme un noble trait du caractère de ce peuple, s'accordant parfaitement avec l'idée de Dieu, source d'amour et de miséricorde, la bienfaisance, l'assistance dans le malheur, vertus par lesquelles les Hébreux et les Indiens s'élèvent au-dessus des autres peuples, et en particulier des Grecs et des Romains. C'est ce qui fit adoucir beaucoup l'esclavage chez les Juifs.

Après le retour de la captivité de Babylone, la vie, à quelques égards, présenta une plus rigoureuse conformité à la loi morale. C'est ainsi, par exemple, que la monogamie prend le dessus ; l'achat de la femme finit par disparaître complètement. Il en est de même des mariages de *lévirat*.

A l'avènement du christianisme, la mission historique du peuple juif était arrivée à son terme.

Après la destruction de Jérusalem par les Romains, les Juifs restés en Palestine virent leur nationalité respectée jusqu'à la suppression de leur patriarcat, survenue vers l'an 429 de l'ère

(1) Voyez à cet égard le *Droit de succession* de Gans, I, p. 149, où il combat l'opinion de Michaëlis, qui admet un droit de tester.

chrétienne. Ils furent autorisés par les Romains à former une communauté religieuse et civile séparée, pouvant vivre suivant ses lois propres. Il se forma alors un droit fondé en partie sur les principes de la loi romaine, qui se sépare du droit mosaïque et fut perfectionné par les rabbins dont l'enseignement comprenait la religion et le droit. Des écoles de rabbins furent créées en Palestine et sur les bords de l'Euphrate. Leur objet principal était de réunir les traditions orales attribuées à Moïse et à ses successeurs. Cette compilation fut appelée la *Mischna* ou la seconde loi. Un recueil de ce genre fut fait vers l'an 220 par les soins de Jehuda Hakadosch (professeur renommé de l'école de *Tibériade*). L'autorité de ce recueil fut si grande qu'il fut de préférence appelé *Mischna* et obtint force de loi dans la pratique. La *Mischna* de Jehuda fut l'objet d'une série d'interprétations et de compléments successifs qui, soit à Jérusalem (350), soit à Sura, près Babylone (521), furent recueillis sous le nom de *Gémara* (c'est-à-dire Doctrine). La *Gémara* unie à la *Mischna* forme ensuite le *Talmud* (le Livre de la Doctrine), dont il y a deux rédactions distinctes : le *Talmud* de Jérusalem et celui de Babylone. Le *Talmud* est resté jusqu'à présent le livre de la religion et du droit des Juifs. Une nouvelle compilation, qui se rapporte principalement au droit, a été faite par un juif d'Espagne, Moïse Maimonides (mort en 1205), philosophe distingué et qui rencontra beaucoup d'oppositions à raison de ses idées philosophiques. Un livre d'enseignement assez commode sous le titre de *Schulchan-Aruch* (la Table couverte), rédigé au seizième siècle, obtint une grande autorité. Moïse Mendelssohn en donne un extrait vers l'an 1778. Les récentes expositions doctrinales de la législation de Moïse et des rabbins sont dues à Saalschütz et Fassel (1).

§ 7. — *L'islamisme et le droit musulman* (2).

La religion juive a été le point de départ de deux mouve-

(1) Sur l'application du droit hébraïque dans les Etats modernes, voyez Mittermaier, *Droit privé allemand*, § 118, et Philipps, *Droit privé allemand*, 1, 316.

(2) Sur l'Islam en général, voyez Herbelot, *Biblioth. orientale*, 1777, 3.

ments religieux : ils se résument et ont leur plus haute expression dans le christianisme et dans une sorte de produit tardif, le mahométisme, qui, eu égard à son caractère intrinsèque, appartient à l'Orient.

Mahomet (né en 571) commença, en l'année 609, par prêcher l'islamisme, la doctrine du salut, qu'il rattacha principalement au mosaïsme, tout en tirant du christianisme quelques bonnes prescriptions morales. Il donna à sa doctrine pour base le pur monothéisme formulé de la manière la plus rigoureuse et qui, affranchi des limites étroites dans lesquelles se renfermait la nationalité juive, devait être répandu et propagé par la force matérielle parmi tous les peuples. Cette doctrine, peu propre à favoriser l'esprit d'investigation dans le domaine de la philosophie religieuse (1), n'a trouvé aucune faveur auprès des nations civilisées. Même chez les peuples enfoncés dans le polythéisme, mais heureusement doués sous le rapport intellectuel, tels que les Indiens et les Persans, de même que chez quelques peuplades slaves au sein desquelles le christianisme n'avait pas encore pénétré assez profondément, l'islamisme n'a fait accepter son autorité que par la force. Il a été une sorte de joug extérieur sous lequel ils ont fléchi, mais n'a pu jeter de profondes racines dans l'âme humaine. Il ne s'est propagé rapidement que parmi les Mongols et quelques souches de la race sémitique et de la

et 4; Klaproth, *Tableaux historiques de l'Asie. Observations historiques et critiques sur le mahométisme*, traduites de l'anglais de G. Sale, servant d'introduction à la traduction française du Coran, par Kasimirski, dans les *Livres sacrés de l'Orient* (1840); Weil, *Mahomet*, 1843; J. de Hammer, *Etude encyclopédique sur les sciences de l'Orient*, 1809; son *Histoire des Assassins* (sectaires ismaéliens) 1818; les œuvres les plus récentes sur l'islamisme, qui viennent de paraître, sont énumérées dans les *Annales Viennoises*, 1834, vol. 68; sur le droit en particulier, consultez : *Le Coran*, traduit par Wahl, 1828, et par Ullmann, 1840; les ouvrages qui en traitent sont : Zeker, *Bibliotheca orientalis*, Leipzig; de Hammer, *Constitution et administration de l'Etat musulman*, Vienne, 1812; Gans, *Droit de succession*, vol. 1; Worms, *Recherches sur la constitution de la propriété territoriale des musulmans*, 1846.

(1) Sur les deux systèmes philosophiques de Motakhalim et Muatazille, dont le premier, système orthodoxe, fait dériver le despotisme de la volonté divine tenue pour l'unique principe, voyez Ritter, *Histoire de la philosophie*, vol. 7.

race noire, dont les passions naturelles, le goût pour la guerre et la sensualité s'abritaient en quelque sorte derrière le dogme religieux; et toutefois il a contribué, quoique dans une faible mesure, à leur faire faire quelque progrès. Cette religion, plus que toute autre, dut s'adapter au caractère des peuples qui l'adoptèrent, et la civilisation assez avancée qu'on a constatée chez plusieurs, tels que les Perses, les Arabes, les Maures, est moins due à l'islamisme qu'aux qualités intellectuelles de la race à laquelle ils appartiennent. Quel que puisse être dans l'avenir le sort de l'islamisme, qui est actuellement en décadence en tant que religion, il sera forcément amené, pour se maintenir, à se mettre plus en harmonie avec l'ensemble des progrès de la moralité et des institutions civiles. Il ne pourra atteindre ce but qu'à condition de séparer l'ordre religieux de l'ordre civil et politique, et, avant tout, de transformer les lois sur le mariage, qui ne sont propres qu'à servir les passions des grands et à alimenter le despotisme.

Les sources du droit musulman doivent être distinguées selon qu'elles émanent du Coran, code primitif de la religion et du droit, de la tradition, de l'élaboration scientifique, du droit coutumier, de la pratique et en particulier de la législation (1).

Le Coran, qui contient tout ce que Mahomet a dicté lui-même en divers temps, mais qui a été coordonné seulement par ses successeurs, est à la fois le fondement de la croyance et de la doctrine du droit. L'observation des préceptes du droit dans leur ensemble y est imposée comme devoir religieux.

A côté du Coran se forma bientôt une dérivation de celui-ci, une tradition qui se rapporte à Mahomet et qui a été recueillie par ses successeurs, les chefs de la croyance, les imans, au deuxième siècle de l'Hégire. Ce recueil reçut le nom de *Sunna* (tradition) ou *Hadis*. Les maximes isolées, tirées soit du Coran, soit de la *Sunna*, s'appellent *ahkams*.

Mais, à l'occasion de cette tradition, se déclara le schisme bien connu des schiites, partisans d'Ali et des sunnites. Le droit musulman des schiites est spécialement adopté en Perse; celui

(1) Voyez à ce sujet, sur le droit musulman, Warnkönig, qui en traite au long dans l'*Encyclopédie*, p. 162 et suiv.

des sunnites, dans l'ensemble des provinces de la Turquie et des pays voisins qui en dépendent, dans la Tartarie, l'Hindoustan, etc.

La *Sunna* a produit la plus riche moisson juridique et donné naissance aux quatre écoles des quatre imans. Hanifa (669-769), Schaféi (767-819), Malek (701-795), Hanbal (mort en 855). La *Sunna* d'Hanifa et celle de Malek sont les plus répandues : la première, dans la Turquie, la Tartarie et les Indes ; la seconde, dans toute l'Afrique du Nord (1).

La science du droit n'est qu'une branche de la théologie pratique. Ceux qui y sont versés s'appellent *ulémas*, et c'est parmi eux qu'on choisit les *mustis* (ordre supérieur de jurisconsultes appelés à donner leur avis), les *mollahs* (les juges des provinces et des grandes cités) et les *kadis*. Cette science a donné naissance à beaucoup de manuels ou livres d'enseignement, parmi lesquels les plus répandus sont : la *Multeka* d'Ibrahim Halébi (mort en 1549) et le *Mukhtacar* de Khalil (mort en 1422), qui se conforme au rite malékite.

Les sources législatives qui sont encore aujourd'hui les plus importantes sont les lois et ordonnances du chef de l'Etat rendues sous la forme de firmans ou hattis-schérifs, le droit de coutume (*âadet*) et la pratique qui s'appuie surtout sur les sentences (*fetwas*) des muphtis, lesquels forment, par leur union, un collège dont le président s'appelle *Scheik-ul-Islam*, l'interprète suprême de la loi.

La loi musulmane établit d'abord, en matière de droit privé et de droit public, une différence entre les musulmans et les non-musulmans sous le rapport de la capacité juridique. Ces derniers doivent payer l'impôt par tête en signe de leur assujettissement. Ils n'ont aucune propriété réelle du sol, laquelle appartient au souverain. On leur en concède seulement la jouissance moyennant le paiement de l'impôt, tout en leur laissant la libre faculté de l'aliéner et de la transmettre à titre de suc-

(1) Les œuvres de Malek et de ses commentateurs, en particulier de Khalil (mort en 1422), furent traduites et commentées sur l'ordre du ministre de la guerre de France pour servir de code aux autorités françaises en Algérie, par les soins de Perron, *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite malékite*, Paris, 1849.

cession. Dans la législation pénale, ils sont aussi inégalement traités dans l'application de la peine, de même que dans la procédure, eu égard à la preuve testimoniale. Sur ces points, il est vrai, on promet comme très prochaine une modification décrétée en principe; mais l'exécution s'en fait toujours attendre (1).

Dans le mariage (2), le Coran autorisait la polygamie, toutefois dans certaines limites. Sans compter les concubines, le nombre des femmes légitimes peut être porté jusqu'à quatre, qui étaient admises à partager certains droits et honneurs. Celles-ci, à raison de la position faite au mari au sein de la famille, sont au fond livrées entièrement à sa merci. Seulement, pour les cas du divorce, lequel peut être demandé par la femme elle-même, dans certaines hypothèses, mais obtenu difficilement, la loi et la jurisprudence assurent à celle-ci l'exercice de certains droits et reprises.

Le droit de succession musulman, l'une des parties les plus compliquées et les plus épineuses de la législation, et que les juristes arabes tiennent pour la moitié de toute la science du droit (3), se fait remarquer surtout par cette singulière disposition, que les plus proches parents n'excluent pas toujours les plus éloignés; on a voulu y voir un trait de la bienfaisance qui signale le Coran, tandis qu'il y aurait bien plutôt là un manque réel des affections de famille.

La théorie des obligations n'est point développée d'une manière explicite dans le Coran. Ce sont les juristes auxquels cette tâche est plutôt dévolue. Le Coran se borne à recommander en général que les contrats soient rédigés par écrit ou conclus en présence de deux témoins, de manière, toutefois, à ce que deux femmes n'équivalent qu'à un témoin mâle (4).

Il est rigoureusement défendu dans le Coran de percevoir des

(1) Les différences signalées ont disparu, en partie, dans ces dernières années. Le traité de Paris du 30 mars 1856, art. 9, renferme notamment des stipulations en faveur des chrétiens en Turquie (note du traducteur).

(2) Unger traite au long ce sujet, p. 44 et suiv.

(3) Gans, *Droit de succession*, I, p. 205.

(4) Coran, ch. 2, 282.

intérêts (1). On y recommande la pitié envers les créanciers insolubles.

Le droit pénal tolérant les représailles sanglantes dont l'usage est répandu parmi les peuplades arabes se réduit principalement à un système de réparations ou amendes pécuniaires. La quotité de l'amende est différente selon la condition des personnes, le genre et la gravité des attentats, de telle sorte que l'amende encourue par exemple pour le meurtre d'une femme n'équivaut qu'à la moitié de l'amende pour le meurtre d'un homme de la condition de celle-ci.

L'islamisme introduit en outre, en Europe, le despotisme oriental, qui concentre en lui le pouvoir religieux et civil et fait peser un joug oppresseur sur toutes les branches de l'Etat social. Le renversement de ce despotisme fut de bonne heure dû aux Grecs et aux Romains, qui vont actuellement faire l'objet de notre étude.

SECONDE PARTIE.

LE DROIT DES GRECS, ET SPÉCIALEMENT DES ROMAINS.

PRÉAMBULE.

DE LA DISTINCTION ENTRE L'IDÉE GRECQUE ET L'IDÉE ROMAINE, EN CE QUI TOUCHE LA VIE ET LE DROIT (2).

Les Grecs et les Romains, souches de la race aryane (indo-européenne), dont la venue en Europe remonte à une époque

(1) Coran, ch. 2, 276 et suiv. Une semblable défense, que le musulman croyant n'a pas osé transgresser d'une manière directe, est éludée par lui toutefois en beaucoup de pays, dans ses relations avec les chrétiens et les juifs, au moyen de ventes fictives, de rachats et rétrocessions, etc., et n'a fait qu'amener un rehaussement du taux de l'intérêt qui atteint souvent 30 fr. et 40 pour cent. Voyez sur ce point l'article de la *Revue des deux mondes*, mars 1855, intitulé : *La Syrie*, etc.

(2) Comparez à ce sujet : Hegel, *Philosophie de l'Histoire*; Gans, *Droit de succession*; Stahl, *Philosophie du droit*, 1^{er} vol., p. 33, et 2^e vol., p. 393; Unger, p. 92 et suiv.

antéhistorique, montrent, sous beaucoup de rapports, une affinité si étroite, que de nos jours encore des savants célèbres ont voulu les rattacher à un tronc commun, aux anciens Pélasges, qui se seraient divisés par la suite. Il n'est pas nécessaire d'admettre une telle hypothèse (1). Toutefois, il faut reconnaître qu'à ces deux souches a été dévolue, dans l'histoire, une mission commune, celle d'ouvrir la voie à un libre développement des facultés de l'esprit humain, une fois que celui-ci a secoué les liens qui le retenaient captif en Orient. L'émigration amène, en général, pour les races, l'abandon de beaucoup d'idées et institutions qu'elles avaient dans la patrie originaire; c'est ce qui arriva pour les deux souches en question, au sein desquelles, pendant le cours de leur émigration assurément prolongée et favorable à la liberté, durent se produire des transformations et modifications nombreuses. Les Grecs et les Romains apparaissent dans l'histoire, aussi loin qu'on peut en suivre la trace, comme les promoteurs d'un autre ordre d'idées et de civilisation. Leurs tendances présentent un contraste absolu avec celles de l'Orient. Dans ce dernier pays, la vie présente est envisagée dans son élément final et eu égard seulement au divin et à une autre vie. Chez les Grecs et les Romains, au contraire, la vie d'ici-bas l'emporte sur l'autre, se présente la première comme indépendante, se suffisant à elle-même, apparaît belle, claire et sereine, tandis que l'autre reste dans le lointain indéci du rêve, enveloppée d'ombres et de mystères. Les facultés de l'âme réservent toute leur sève, toute leur énergie et leur puissance d'efforts pour les buts de la vie présente. Eu égard à ces buts, le principe de la liberté et de l'inviolabilité personnelle est toujours mieux compris et reçoit une plus large application. La religion conserve, il est vrai, certains dogmes fondamentaux communs aux races aryanes: mais la séparation de ces races, qui se produisit vraisemblablement pendant le cours de l'émigration, amène le polythéisme qui devient prépondérant et se rattache par les liens les plus étroits à l'ordre politique. L'un et l'éternel, supérieur à toute multiplicité qui en dépend, est

(1) Ce sujet est traité plus loin à propos de l'histoire du droit romain, chap. 1^{er}, § 1.

alors envisagé uniquement comme l'équivalent du destin, du *fatum*, dont les dieux particuliers reconnaissent eux-mêmes la puissance.

Le point de vue sous lequel la vie et le droit sont envisagés n'est pas le même chez les Grecs et chez les Romains, en raison de la différence que présentent le génie et le caractère de ces deux peuples. Ils ne paraissent pas non plus doués du même genre de facultés : L'esprit grec ramène tous les êtres à l'unité appuyée sur la raison qui fait prévaloir ce principe et sur la puissance créatrice de l'imagination, en saisissant le lien intime entre le tout et les parties qui s'y subordonnent, sans perdre leur indépendance et leur raison d'être relatives. Ce qu'il admire dans l'univers est moins pour lui un symbole de l'être suprême que la réalisation de la beauté absolue elle-même, qu'il doit, à son tour, comme être moral ayant le plein sentiment de sa liberté, se proposer pour modèle. C'est ce qu'il appelle le *κόσμος* (1), érigé en principe régulateur de toute l'activité intellectuelle et morale. De là le sens exquis du beau, de l'art chez les Grecs, et notamment leur attrait pour la forme. C'est ce qui explique aussi chez eux la grande mobilité d'humeur et la vivacité de caractère qui sont ordinairement le partage des natures d'artistes. On comprend en même temps qu'Aristote ait été amené à définir la poésie en général comme étant la libre imitation de la nature. Ce cachet intellectuel fait aussi comprendre pourquoi, dans la Grèce, l'Etat et l'ordre politique durent recevoir les principaux perfectionnements, tandis qu'à Rome, ce fut le droit privé. L'esprit grec reconnaît sans doute la personnalité et les droits du citoyen pris individuellement, mais il les subordonne au tout auquel se rattache essentiellement l'existence du particulier et de son droit. Ce tout est l'Etat, ordre qui doit refléter la beauté de la nature, et dans lequel les par-

(1) Sur le *κόσμος* des Etats doriens, voyez Müller, *Les Doriens*, 2, 5 et 6. Unger, p. 55, cite le passage de Thucydide (2, 11) où le roi Archidamas s'écrie : « Ce qu'il y a de plus beau et de plus sûr, c'est d'amener la multitude à former un *κόσμος* » et il fait cette remarque : « La raison pour laquelle les Spartiates vénéraient Lycurgue, c'est qu'il a atteint le but de réaliser le vrai *κόσμος* (Hérod., 1, 65), et c'est ce qui les fit aussi décerner au fils de Lycurgue le nom glorieux d'*Εὐκόσμος*. » Pausanias (3, 16).

ties, c'est-à-dire les individus, sont intimement unis et le réalisent ainsi par leur union, de telle sorte que l'Etat présente l'aspect d'une communauté libre, véritable chef-d'œuvre constituant un tout parfait et se suffisant à lui-même (1). Aussi, le droit civil ne fut-il point susceptible, en Grèce, de recevoir d'aussi grands développements que le droit public, par cela même qu'il ne traite pas de l'action réciproque du tout et des parties, mais se borne plutôt à déterminer les droits propres afférents à chaque individu envisagé à part et séparé du tout (2).

Bien autre fut le génie romain, qui donne la prépondérance à l'intelligence et à la volonté. Tout lien n'est pas brisé entre le tout et les parties; mais, grâce à sa puissance propre d'analyse, l'intelligence établit une distinction mieux tranchée entre le tout et les individus.

Le tout n'est rien de plus que le lien de communauté qui tient les individus unis entre eux et augmente leur force. Tandis que suivant le point de vue grec, qui se traduit dans la théorie de Platon et d'Aristote, l'Etat se constitue organiquement par la famille et la réunion des familles, il affecte au contraire, à Rome, dès son origine, un caractère extérieur, et présente en quelque sorte un composé factice et arbitraire même, dû en partie à la force. La volonté exerce le pouvoir prépondérant; dans l'Etat romain, dont le sort, par suite, a toujours été réglé d'une manière correspondante aux déplacements successifs du pouvoir que se disputent les partis principaux. Le génie romain ne considère pas non plus l'Etat en soi comme œuvre se faisant valoir par elle-même, mais plutôt eu égard au principe rationnel de l'utilité (*utilitas*), qui fait prévaloir l'intérêt particulier, tout en tenant compte aussi de l'intérêt général. Pour bien apprécier la lutte entre les patriciens et les plébéiens à Rome, il

(1) Voyez Aristote, Pol., III, 4, 7 : ἡ δὲ πόλις κοινωνία τῶν ἐλεύθερων et VII, 4, 7, ἡ δὲ πόλις αὐτάρχη.

(2) Waschmuth, *Antiquités grecques*, vol. 2, p. 201, cherche à expliquer, par différentes raisons, pourquoi les Grecs sont restés en arrière des Romains dans le perfectionnement du droit; mais la raison principale qui, comme le reconnaît Waschmuth, se puise dans la différence du génie des deux peuples n'a pas été mise dans tout son jour.

faut partir de ce point de vue, que les premiers cherchent avant tout, dans leur intérêt, à maintenir dans leur état primitif l'ordre et les institutions politiques, tandis que les seconds s'efforcent toujours de plus en plus de transformer l'Etat en un instrument propre à servir à leur profit. En Grèce et à Rome, on se dispute la souveraineté, les pouvoirs publics; mais dans la première, la souveraineté est en jeu pour elle-même, tandis que dans la seconde elle doit servir à la satisfaction d'autres intérêts (affranchissement des dettes, partages des terres, etc.). Ici la démagogie désorganise et détruit la vie de l'Etat; là, la victoire complète de l'un des partis, de l'élément plébéien, amène la décadence de l'Etat, qui ne présente plus qu'un ordre extérieur, maintenu seulement au moyen du despotisme de l'Empire, rendu nécessaire par cette victoire. Dans la Grèce, le droit et la loi ne se sont jamais détachés entièrement de l'éthique. De même que la vie, en général, ne se perfectionne pas seulement par l'observation des formes juridiques, mais obtient par la philosophie et l'art sa plus complète expansion, de même aussi l'Etat ne saurait, pour sa part, rester indifférent en matière de religion, comme le prouve l'un des griefs principaux du procès injuste fait à Socrate. Ajoutons que dans la théorie et dans la pratique le droit et la politique sont considérés, notamment par Platon et Aristote, comme constituant simplement une branche de l'ordre et des sciences éthiques.

Les anciens législateurs commencèrent de bonne heure à appuyer leurs lois sur des considérations tirées de l'éthique. Le génie romain voit, au contraire, dans l'Etat une pure forme générale ou absolue, un cadre vide qu'il suffit de conserver sans se préoccuper du contenu et qui peut recevoir n'importe lequel, se prêtant par suite à cet égard à la libre action des citoyens, à leur volonté et à leur bon plaisir. De même que le Romain ne se fait aucun scrupule d'introduire dans le sein de l'Etat des dieux étrangers, de faire par là de celui-ci une sorte de *pandémonium*, de même aussi il ne repousse pas le droit étranger, s'appliquant plutôt à le faire servir à l'amélioration du sien propre, et à le faire entrer dans le cadre du *jus gentium*, de telle sorte que l'Etat lui-même devient une sorte d'Etat cosmopolite.

Cette manière d'envisager la vie et l'Etat dut, à Rome, avoir pour résultat de donner la prépondérance au développement du droit privé. Les particuliers qui, en face de l'intérêt général représenté par l'Etat, avaient le sentiment de l'indépendance propre et des droits inhérents à la personnalité, devaient réclamer la formation d'institutions juridiques répondant à ce sentiment et qui fussent l'expression et la garantie du respect dû à cette personnalité. Ces institutions se réduisirent à de pures formes susceptibles de se prêter à la manière dont la volonté arbitraire de l'individu réglait les rapports suivant ses caprices et suivant le mobile de l'intérêt. Ainsi domine, dans le droit romain, l'élément de la pure revendication du droit inhérent à la personnalité, sans égard ni aux intérêts généraux, ni même à la loi de réciprocité (1). Ces formes juridiques étaient envisagées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, sans qu'il fût presque le moins du monde question du but éthique à l'accomplissement duquel elles pouvaient servir. Le droit, qui par sa nature est éminemment relatif, fut pris en soi pour quelque chose d'absolu et de substantiel, le principe éthique, au point de vue romain, n'étant pas le véritable absolu. Par suite, à raison de l'extension des relations commerciales, soit sous l'impulsion de l'égoïsme qui ne fit que s'accroître sous le régime impérial, le droit fut développé avec une logique rigoureuse dans le sens de la satisfaction des intérêts personnels. La prépondérance donnée à l'élément extérieur et formel du droit, qui tendit de plus en plus à un pur formalisme fit que le monde romain manqua de tout ciment moral, à tel point que sa dissolution fut beaucoup plus complète que celle de la Grèce et que le travail de décomposition atteignit absolument tout.

La Grèce et Rome ont fait ressortir l'importance de l'Etat et du droit, en montrant la vie humaine dans ses vraies conditions d'indépendance. L'histoire de toutes deux fournit toutefois la preuve que l'humanité ne doit pas uniquement prendre en elle-même et dans sa volonté propre ses règles de détermination, si elle ne veut se laisser emprisonner et périr dans les bornes

(1) Ce point de vue romain est mis en pleine lumière par Stahl, vol. 2, p. 393.

du fini. Elle a besoin plutôt de se retremper à la source d'un principe transcendant, infini, divin, tel que celui qu'a apporté le christianisme pour s'assurer la vraie liberté, s'affermir sur ses bases et marcher toujours en avant dans la voie du progrès.

PREMIÈRE SUBDIVISION.

DES GRECS ET DE LEUR MANIÈRE D'ENVISAGER L'ÉTAT ET LE DROIT (1).

La population de la Grèce, abstraction faite de la tradition populaire sur les Autochtones, s'est recrutée vraisemblablement, pour la majeure partie, dans les peuplades venues du Nord par voie de terre, et pour le restant dans celles venues par mer de l'Orient (2). Elle paraît, en outre, originairement divisée en plusieurs races dont le groupement par familles (*phratric* et *phyle*) permet de remonter à la formation progressive d'une communauté (3).

Pour les temps anciens, tout au moins jusqu'à la guerre de Troie, il n'existe aucune certitude chronologique. Il est hors de

(1) Outre les œuvres exclusivement historiques, voyez Van Limbourg Brouwer, *Histoire de la civilisation morale et religieuse des Grecs*, Groningue, 1833. Waschmuth, *Histoire de la civilisation*, 1^{er} vol. Pour l'histoire de l'Etat et du droit en particulier, Maier et Schömann, *La procédure attique*, travail de mérite, 1824. Gans, *Droit de succession*, 1824. Platner, *Droit attique*, 1820. Böckh, *Economie nationale des Athéniens*, 2^e édit., 1851. Waschmuth, *Etude sur l'ancienne Grèce et ses institutions*, 1829, 2^e édit., 1846. Hermann, *Manuel du droit politique de la Grèce antique*, 3^e édit., 1841. Laurent, *Histoire du droit des gens*, Gand, 1850, 3 vol. Lermnier, *Histoire de la législation de la Grèce antique*, Paris, 1853.

(2) En ce qui touche les communications de la Grèce avec l'Orient, comme l'observe justement Hermann, deux questions distinctes se présentent qu'il faut envisager séparément. Il s'agit d'établir en premier lieu que l'origine des populations qui envahirent les premières la Grèce est orientale, ce qui est mis hors de doute par la linguistique comparée, et, en second lieu, de montrer l'influence des invasions ultérieures. Sur ce dernier point s'élèvent des questions non encore résolues d'une manière uniforme, telles que celles de savoir si Danaüs est venu d'Égypte en 1600, Cécrops de Saïs en 1582, Kadmus de Phénicie en 1500, Pélops de Phrygie en 1300.

(3) Herman entre, sur ce point, dans des développements convenables, vol. 1, p. 14.

doute toutefois que l'invasion, du côté du Nord, se prolongea par suite du mouvement continu d'envahissement et de refoulement des races, et des combats partiels qu'elles se livraient mutuellement. L'invasion la plus importante fut celle des Doriens réunis, vers l'an 1100, avec les Etoliens, lesquels fondèrent notamment les Etats d'Argos, de Sparte et de la Messénie. Les Achéens, repoussés de la Laconie, occupèrent, au contraire, les plages septentrionales du Péloponèse, par où passèrent les Ioniens pour pénétrer dans l'Attique. Alors commence la fondation de colonies dans les îles ou le long des rivages des Barbares de la mer Noire (Sinope, Trapèze, Byzance) jusqu'à la Gaule du Sud (Massalia) et jusqu'aux plages occidentales de l'Espagne. Cette entreprise de colonisation se continue pendant six siècles, de 111 à 500, et fut menée avec une grande activité et beaucoup de succès.

Avant que la Grèce eût un commencement de civilisation, une époque de barbarie paraît avoir précédé, laquelle entraîna après soi des perturbations sans nombre, des brigandages et des maux de toutes sortes. Au sombre tableau de cette époque, on oppose celui de libérateurs, tels que Minos, Hercule et Thésée.

Les principales fêtes religieuses de quelques cités furent la première source de relations amicales avec les cités voisines, par cela même qu'elles comportaient avec les jeux solennels la sûreté personnelle et la sécurité des transactions (1). Parmi ces fêtes, quelques-unes devinrent de grandes fêtes nationales pour toute la Grèce : je veux parler notamment des jeux Olympiques, Pythiques, Néméens et Isthmiques. C'est de là que tirent aussi leur origine les collèges d'amphictyons. On ne doit pas, en effet, considérer ceux-ci comme des associations formées pour une alliance offensive et défensive, mais uniquement comme constituant l'union de populations voisines d'un sanctuaire (2). Parmi ces collèges d'amphictyons prédominait celui de l'Apollon Pythique dont l'origine se perd dans la nuit des temps et à la formation duquel contribuèrent pour une part égale douze peu-

(1) Voyez Hermann, p. 31.

(2) Id., p. 37.

plades, plus tard très inégales en puissance. L'autorité de ce corps d'amphictyons grandit singulièrement après le mouvement d'émigration des Doriens, à mesure que croissait celle de l'oracle de Delphes, lequel exerça plus tard une grande influence dans plusieurs circonstances; mais le conseil des amphictyons ne peut toutefois être considéré comme constituant une magistrature politique supérieure commune à toute la Grèce (1).

La Grèce n'est point arrivée à une unité politique quelconque par suite de la tendance de ses populations à former des Etats séparés, de telle sorte qu'une histoire d'ensemble civile et politique n'est pas possible (2).

Sans doute, l'unité de race amène à reconnaître certains traits principaux; toutefois ils sont encore variables, suivant les divisions qui se produisent dans le sein de cette unité. Aussi le caractère des races spéciales, telles que les Doriens, les Ioniens, les Eoliens et autres, ne se montre-t-il pas aisément dans les Etats qu'elles ont formés. L'opiniâtreté des Doriens, leur attachement aux traditions, l'austérité, la sagesse et la sévérité qui les distinguent ne sont pas le propre des Etats doriens, tels que Corinthe, Corcyre, Tarente et Syracuse. La mobilité d'esprit des Ioniens, leur amour pour les plaisirs, leur goût des innovations, leur impressionnabilité, leur légèreté de mœurs ne sont pas non plus le propre de l'ancienne Athènes et de *Masalia*.

Si nous envisageons maintenant les institutions publiques de la Grèce, elles nous apparaîtront, dans leur marche progressive et leur transformation, comme ayant autant d'influence et d'importance que le développement du droit civil à Rome. Ces institutions, abstraction faite de Sparte sous plusieurs rapports, parcoururent, à l'exemple de la philosophie grecque qui présente toutes les formes principales de la spéculation, le cercle

(1) Voyez, dans un sens en partie opposé, les opinions exprimées par Hermann, p. 38.

(2) La dénomination collective d'Hellènes a apparu aussi plus tard, provenant vraisemblablement de l'existence d'une race conservant un caractère distinct au sein de la masse des populations, race qui serait connue dans l'antiquité la plus reculée sous le nom de Pélasges, d'après l'opinion reçue, mais non encore étayée sur des preuves suffisantes.

de toutes les formes fondamentales de constitution et de gouvernement, à l'exception du système représentatif, inconnu généralement à l'antiquité. La monarchie, l'aristocratie, la démocratie se produisent sous leurs divers modes, bons et mauvais indistinctement. Elles purent ainsi être de bonne heure, pour Aristote, l'objet de profondes spéculations, et n'en demeurent pas moins toujours riches en enseignements dans l'ordre moral et politique.

Nous allons envisager l'époque la plus ancienne, telle qu'on peut encore l'étudier dans quelques traits principaux tirés des monuments et des traditions poétiques.

Dans l'antiquité la plus reculée fut établie la monarchie appelée héroïque (1). Il y eut des chefs investis d'un pouvoir héréditaire, qui reçurent plus tard le nom de rois, concentrant souvent en eux la dignité sacerdotale, quoiqu'il existât aussi dans plusieurs sphères, des ordres de prêtres spéciaux qui toutefois n'avaient pas le caractère de castes. Le roi rendait la justice en temps de paix et commandait à la guerre. Mais à ses côtés se trouve un conseil de nobles (*βουλή*), et le roi n'est souvent que le premier entre ses pairs. En même temps, il existe aussi des assemblées publiques de la nation (*ἀγορά*), lesquelles ne sont souvent appelées qu'à entendre les discussions et non à décider (2). L'hérédité, qui pour le prince avait sa raison d'être dans la bravoure que l'on croyait transmise avec le sang du peuple au fils, dans la richesse et la propriété territoriale, s'applique aussi aux fonctions sacerdotales exercées par un corps distinct, de même qu'aux autres charges et professions (3). Mais ce n'est pas ici le cas, comme on y a été trop souvent porté, de supposer l'existence de castes. Cette transmission héréditaire n'était point érigée en principe, mais elle dépendait plutôt des mœurs et des institutions traditionnelles.

Après les invasions qui amenèrent un grand ébranlement de l'ancien système, la royauté se maintint encore, sans doute, presque partout, mais commença à décliner chaque jour davan-

(1) Voyez Waschmuth, *Histoire de la civilisation*, I, p. 178.

(2) Hermann, I, § 55.

(3) Id., § 6.

tage. Un autre ordre de choses se développa. L'esclavage qui, dès l'origine, s'était établi, mais dans de faibles proportions, prit un accroissement considérable, par suite de la soumission des anciens habitants d'un pays conquis par les armes. Les travaux ordinaires que réclament les besoins journaliers de la vie furent abandonnés aux esclaves, tandis que le citoyen remplissait seulement les fonctions publiques et s'adonnait aux occupations dignes d'un homme libre. Cet ordre de choses renfermait déjà un élément aristocratique. Mais, parmi ces citoyens libres qui, chez les Doriens, étaient répartis en trois, chez les Ioniens en quatre *phyles* ou groupes, formés suivant l'affinité de race, une noblesse de race (1) s'établit dès le principe, probablement dans toutes les *phyles* (*Eupatrides*, *Eugencis*).

Cette noblesse, fondée sur la bravoure et les grandes possessions, aspira à la domination dans les nouveaux pays où elle s'établit. Elle mit à profit les circonstances pour fonder bientôt une aristocratie. Ces circonstances furent le plus souvent les abus de pouvoir de la part des rois, qui cherchèrent à empiéter sur l'ordre établi, les grands crimes commis au sein de leurs familles, les compétitions pour la couronne, qui amenèrent l'intervention de la noblesse et forcèrent les prétendants à sacrifier une partie des droits de la royauté. Le principe de l'hérédité ne présenta plus de garanties pour l'avenir. Les rois devinrent responsables. La plupart durent se contenter de la position d'un chef supérieur de l'aristocratie, et le nom même de roi fut fréquemment échangé contre celui d'*archonte* ou de *prytanes* (2). Ainsi se développa l'ancienne aristocratie, ou pour mieux dire une oligarchie formée par certaines familles privilégiées de naissances. Celles-ci trouvaient un appui dans leur opulence considérable et dans la prépondérance politique qui leur avait été acquise par la haute position de leurs ancêtres. Les charges et les magistratures furent alors pourvues par l'aristocratie; les titulaires, qui y étaient appelés à tour de rôle ou par voie d'élection, furent fournis à sa surveillance et rendus responsables de leurs actes (ἐξούνη). Le rôle de l'assemblée du

(1) Hermann, I, § 98.

(2) Id., § 56.

peuple se réduisait le plus souvent à voter par oui et par non sur les projets de loi qui étaient présentés. La justice tout entière était entre les mains de l'aristocratie.

Cette aristocratie arriva peu à peu à une certaine stabilité. Mais là où le peuple ne fut pas opprimé par elle se manifesta bientôt un esprit turbulent et un entraînement vers les révolutions. Des raisons ou circonstances diverses amenèrent ainsi de bonne heure l'établissement de la démocratie. L'augmentation du sentiment de leurs droits chez les Grecs libres, en dépit de l'institution de l'esclavage, l'accroissement du bien-être, principalement dans les villes maritimes, les guerres qui décimaient la noblesse et la forcèrent souvent à acheter au prix de concessions les secours du peuple, des conflits inhérents à l'oligarchie, l'oppression de la classe la plus nombreuse, toutes ces circonstances amenèrent de bonne heure la démocratie. Ce régime, toutefois, n'était guère assis sur des bases fondamentales, se bornant le plus souvent à remédier aux abus les plus sensibles, à remettre les dettes, à partager les terres, à établir la communauté des femmes et l'égalité de droits en général. Il entraînait nécessairement, d'un autre côté, la création de chefs du peuple propres à suppléer à l'inexpérience de celui-ci en matière politique. Mais ceux-ci devinrent presque partout des tyrans, ce qui vérifie cette maxime proclamée par l'histoire tout entière de l'antiquité, que du chef du peuple au tyran il n'y a qu'un pas. Aussi la généralité et la simultanéité de cet événement ont fait nommer à bon droit les sixième et septième siècles la période des anciens tyrans. Ce régime, en commençant, ne déplut pas au peuple, parce que ces rigueurs se tournaient directement contre la noblesse et la richesse. Toutefois, il n'eut qu'une courte durée. L'oligarchie renversée chercha de son côté à gagner le peuple à sa cause; elle s'allia, en outre, avec les Etats voisins rivaux et avec les aristocraties étrangères. Le peuple lui-même avait gagné en civilisation, et ainsi fut amenée la chute des tyrans, le plus souvent avec le secours de l'aristocratie. Dans la suite, on voit paraître tour à tour successivement, selon les circonstances, suivant les influences du dehors ou du dedans, tantôt l'oligarchie, tantôt la démocratie, mais la dernière finit par avoir le dessus.

Le nouveau régime démocratique fut établi sur des bases plus solides. Les principes fondamentaux furent l'égalité du droit, pour tous les membres de l'Etat, de concourir par l'élection à toutes les fonctions essentielles du pouvoir que devait exercer la masse des citoyens par elle-même ou par ses délégués, la liberté de la parole, l'égalité de tous devant la loi, et l'inviolabilité de la personne essentiellement liée à l'ordre politique. Mais l'égalité pouvait, ainsi que cela est arrivé, être prise dans un double sens. Dans le premier, on tenait également compte de tous les droits et de tous les devoirs, mais en les appréciant chacun dans sa valeur propre, ce qui, n'excluant pas l'élément aristocratique (1), donne naissance à la première démocratie modérée. Dans le second, on abattait, sous le niveau d'une égalité matérielle et numérique en quelque sorte, toute supériorité de talent, de mérite et de richesse qui se trouvait même frappée d'ostracisme, en donnant la prépondérance à l'élément du nombre ou au calcul par têtes. Cette dernière démocratie n'inaugura pas l'égalité parfaite, mais plutôt le triomphe de la majorité sur la minorité. La partie la plus pauvre, supérieure en nombre, fit la loi aux plus riches.

Ce fut bientôt une occasion, pour toutes les basses passions, de prendre le dessus. La jalousie et l'envie envers tout ce qui s'élevait, le caprice et l'arbitraire, le débordement des convoitises devenant plus éhontées à mesure qu'elles trouvaient plus de facilité à se satisfaire, et avec tout cela l'impuissance réelle du peuple à se gouverner, toutes ces circonstances concoururent alors à surexciter et à renforcer le parti des démagogues et des sycophantes. L'aristocratie, également dégénérée, ne fit, de son côté, pour combattre ce parti, qu'organiser des clubs et des ligues. Elle manifesta, dans la poursuite égoïste de ses intérêts, la profonde haine qu'elle nourrissait contre le peuple (*δῆμος*) et donna autant que possible un libre cours à ses passions aveugles. Les commotions intérieures qui suivirent les révolutions, l'extinction de l'amour patriotique, du respect dû au droit et à la coutume, l'abandon du droit à la merci des convoitises et des passions à la satisfaction desquelles il devait servir d'instrument, toutes ces circonstances amenèrent une démoralition gé-

(1) *Isoc., Panath.*, § 153 : δημοκρατίαν ἀριστοκρατία μεμιγμένην.

nérale. Ici, comme partout, le frein moral manquant, il fallut le remplacer par la force matérielle et la répression pénale. De là aussi, à partir de l'an 400 avant Jésus-Christ, dans la plupart des Etats, le rétablissement de la tyrannie, jusqu'à ce que la Grèce perdit son indépendance aux temps de Philippe, roi de Macédoine. Elle ne la recouvra pas après la dissolution de la monarchie d'Alexandre le Grand, et finit par n'être plus qu'une province romaine sous le nom d'Achaïe (l'an 146 avant Jésus-Christ).

Si nous considérons actuellement les législations de la Grèce, nous devons faire ressortir celle de Lycurgue et de Solon (1), en passant sous silence les lois légendaires de Minos, destinées à l'Etat dorien de l'île de Crète (où furent peut-être introduits des éléments égyptiens), lois dont Sparte, toutefois, sentit l'influence. Nous devons aussi laisser de côté les lois anciennes, mais peu connues de Zaleucus et de Charondas (tous les deux vécurent vers le milieu du septième siècle avant Jésus-Christ). Le premier avait donné des lois à Locres, l'autre à Catane et autres cités de la Sicile et de la Grande-Grèce.

Lycurgue (2), qui vécut entre l'an 1000 et 850, tout en faisant quelques emprunts aux institutions originaires de la Crète, se proposa uniquement de rétablir les anciennes coutumes qui s'étaient perdues à travers les guerres intestines ou extérieures, et d'assurer leur empire. Dans ce but, il défendit expressément de rédiger par écrit les règles de droit. Le principe fondamental consista dans l'union la plus étroite du citoyen pris individuellement avec l'Etat. Celui-ci dut être le régulateur universel de tous les intérêts et pourvoir également aux besoins de chacun, qu'il faisait fléchir sous le même niveau, à la manière aveugle d'une force mécanique. Tout fut réglé sur cette base. L'ensemble de la propriété territoriale fut en conséquence partagé en un certain nombre de lots indivisibles et inaliénables. Après la conquête de la Messénie on en comptait 9000, tandis que les *périèques* (3) (domiciliés) en avaient 30,000 plus petits.

(1) Hermann, I, § 88.

(2) Id., §§ 23-30.

(3) Le mot français *périèques* (*περι οικειν*), d'une signification à peu près analogue, nous paraîtrait pouvoir être ici adopté (Note du traducteur).

La propriété mobilière elle-même fut soumise à une sorte de communauté, puisqu'il était licite à chacun de se servir, en cas de nécessité, des provisions, animaux domestiques et récoltes appartenant à autrui, comme des siens propres. L'éducation en commun fut donnée par l'Etat qui reçut l'enfant à partir de l'âge de sept ans dans ses établissements. Les repas se firent en commun. Généralement la vie du citoyen fut réglée à la façon militaire, ce qui offrait à l'Etat l'avantage d'être toujours prêt à la guerre, ayant en réserve une armée bien organisée. La suprématie du pouvoir fut conférée, à l'intérieur, au conseil des anciens (*γερουσία*), autorité indépendante et intermédiaire entre les rois qui le présidaient et la communauté. Il y eut aussi peu que possible de communications de l'Etat avec le dehors, résultat obtenu par une organisation qui permit à celui-ci de se suffire à lui-même et par la prohibition du commerce et de l'industrie. Tout le travail matériel retombait sur les malheureux Ilotes auxquels étaient exclusivement abandonnée la culture des terres des Spartiates. Dans l'ordre moral et intellectuel, toutes les nobles occupations, les sciences, les arts, ainsi que la véritable moralité, étaient ravalés et méconnus. L'édifice resta debout durant quatre siècles; mais, miné de bonne heure par les dissensions intestines, l'accroissement des forces de l'étranger, le progrès croissant de l'ambition et de la convoitise, il dut finir par crouler.

En 624, Dracon avait cherché à Athènes à consolider la souveraineté des Eupatrides par les rigueurs de sa législation; mais le peuple se trouva profondément opprimé par le dur exercice du droit des créanciers qui comportait l'esclavage pour dettes. Solon (1), en 594, se proposa de concilier et de mettre d'accord les intérêts de l'aristocratie et d'une démocratie tempérée. Le principe fondamental fut le droit du citoyen libre et l'honneur dont il était la source (*τιμή*). Comme condition nécessaire à l'établissement de ce principe fut rendue, d'une part, la loi importante qu'à l'avenir ce seraient les biens seulement et non la personne qui répondraient de la dette; d'autre part, eut lieu le dégrèvement des charges que rendait indispensable la situa-

(1) Hermann, I, §§ 106-112.

tion du peuple (*σεισάχθεια*), dégrèvement qui certainement n'allait pas jusqu'à anéantir l'obligation et consistait seulement dans une remise d'intérêt ou un abaissement du taux de l'argent. Il en résultait toutefois évidemment que les fonds engagés redevenaient libres entre les mains du propriétaire, et en outre que tous les individus tombés en esclavage recouvraient leur premier état. Aux artisans domiciliés ou *métœciens*, dans l'intérêt de l'industrie, fut accordée une protection salutaire contre l'excès du pouvoir et la violence. Il en fut de même pour les esclaves, par des raisons d'humanité. Pour assurer efficacement l'accomplissement des devoirs des citoyens, Solon disposa que la perte du droit civique (*atimie*) serait une conséquence de leur non-accomplissement. Quand il s'agit d'arrêter les formes de la constitution, il se posa en médiateur entre l'aristocratie et la démocratie; il maintint la division du peuple en quatre *phyles* et cent soixante et dix *dèmes*. Toutefois, dans sa nouvelle constitution politique et militaire, il organisa le peuple en quatre classes, en prenant pour base la fortune, de telle sorte que la première était composée de ceux qui récoltaient cinq cents *médimnes* (ou mesures attiques pour les céréales); la seconde, des chevaliers (*ἵππεις*), qui en recueillaient trois cents; la troisième, des *zeugytes*, qui en récoltaient deux cents; la quatrième comprenait tous les *thètes* (*θῆτες*), c'est-à-dire ceux dont les revenus étaient moindre, et tous ces derniers furent affranchis du service militaire. Dans la première classe seulement pouvaient être choisis les archontes, et ceux-ci, devenus vieux, étaient reçus dans l'aréopage. Les autres dignités de l'Etat étaient accessibles également aux deux classes subséquentes. La dernière n'avait que le droit de prendre part à l'assemblée du peuple. A celle-ci (*ἐκκλησία*) étaient attribués des droits importants, le choix des autorités, le vote des projets de loi, le pouvoir de traiter de la paix, des alliances et même des affaires religieuses. Dans le sein des trois premières classes et de chacune des quatre *phyles* étaient annuellement choisis quatre cents membres âgés de plus de trente ans, lesquels formaient le conseil des quatre cents, qui préparaient tous les rapports et tous les projets de lois à présenter à l'assemblée. Les archontes toutefois se maintinrent, et leur mission spéciale fut de préparer la solution des procès et

de présider le tribunal du peuple. La sphère des attributions de l'aréopage, dont l'existence remontait aux temps anciens, fut considérablement élargie. En outre de l'administration de la haute justice criminelle qu'il avait autrefois, ce corps reçut la mission de surveiller la gestion des affaires publiques, les actes des archontes, l'exécution des lois, la conduite et les mœurs de tous les citoyens, et, dans quelques cas, le droit de faire opposition aux décisions du peuple. Une nouvelle création importante fut l'établissement des tribunaux du peuple auxquels furent appelés des juges (*hélistes*) désignés par le sort et qui, tenus au serment, étaient pris parmi tous les citoyens irréprochables. Solon se proposait par là de faire revivre en tous le sentiment du droit et de la loi. Cette constitution ne put toutefois jeter de profondes racines, soit peut-être à raison de ses tendances conciliatrices, soit peut-être aussi à raison des dissensions qui continuèrent leur cours. Pisistrate s'était emparé de la souveraineté pour quelque temps avec le secours du peuple (en 560) ; mais après son renversement et la retraite de son fils, Clisthène, en 510, rétablit la démocratie, notamment en abolissant les quatre phyles et en fortifiant la bourgeoisie par le moyen des domiciliés (*métœciens*). Ce régime toutefois, après avoir brillé d'un vif éclat sous l'administration de Périclès, fut bientôt amené à sa décadence par la démagogie.

Si maintenant nous abordons le droit civil, d'un côté nous ne rencontrerons pas la même unité qu'à Rome, à raison de la variété des Etats ; d'un autre côté, les phases de développement ne se dégagent pas suffisamment, abstraction faite de la distinction entre l'époque héroïque et celle qui l'a suivie, distinction qui laisse encore à désirer. Cependant il existe certains traits communs qu'il faut faire ressortir, en laissant de côté Sparte, de manière à tenir compte toutefois de l'importance spéciale du droit attique et des différences remarquables que présente le droit d'autres Etats. Le droit, en Grèce, n'est point arrivé au degré de perfection qu'atteignit le droit romain, tant à raison du caractère et du génie particulier du peuple grec que nous venons d'expliquer, qu'à raison du peu d'extension soit des rapports d'affaires des citoyens entre eux, soit de leurs relations commerciales avec le dehors. Mais il a toutefois une haute va-

leur intrinsèque, et, outre son mérite incontestable d'appropriier le moyen au but, il est encore certainement supérieur au droit romain dans une foule de dispositions où il tient plus compte des principes de la morale.

Avant tout, il faut faire remarquer la position que le citoyen occupe généralement en Grèce dans l'Etat. Par là aussi se trouve déterminé le rapport du droit civil au droit public, rapport qui s'éloigne du point de vue humain. Le citoyen étant toujours envisagé comme un membre du corps de l'Etat, et sa liberté intéressant essentiellement ce corps, la loi doit avant tout assurer l'exercice de cette liberté en faisant respecter également celle d'autrui avec laquelle elle concourt. C'est ce qui fait que la loi civile tend à assurer l'accomplissement des devoirs du particulier vis-à-vis de tous, en résistant à chaque empiètement que celui-ci se permettrait au delà de sa sphère propre d'action et de nature à porter atteinte au droit d'autrui (*ὄφρα*). Elle réprime également l'écart de la force individuelle ou de l'égoïsme, ainsi que le fait la législation de Solon, lors même qu'il n'emporterait aucune violation du droit d'autrui, puisque un tel écart a en soi déjà un effet démoralisateur (1) et doit être puni. Dans les législations reconnues les meilleures, le membre ou citoyen est relié d'une manière plus étroite au tout qu'à Rome. En se plaçant au point de vue grec, l'Etat paraissait menacé dans son existence, toutes les fois que la conduite du particulier ne correspondait pas à l'intérêt collectif. On comprend par là comment Solon fut amené à punir le défaut d'exercice d'une branche du travail national et put faire à chaque citoyen un devoir de prendre couleur ou de se prononcer dans les discordes civiles. L'accomplissement des devoirs qui lient les citoyens les uns à l'égard des autres s'exprime par l'idée grecque de l'honneur (*τιμή*), lequel n'existe pas en soi, mais se conçoit plutôt comme une suite de la conformité de la conduite au droit; c'est ainsi que la peine de *l'atimie*, c'est-à-dire l'exclusion de la communauté du droit (2), est prononcée pour plusieurs manquements envers la chose publique. L'empiètement (*ὄφρα*) consistant à porter at-

(1) Hermann, III, §§ 58-60.

(2) Waschmuth, III, p. 183.

teinte au droit d'autrui, et qui comprend même dans son acception la plus étendue les offenses verbales, pouvait, d'après le droit attique, avoir pour conséquence extrême d'autoriser les tiers non lésés, au cas d'un préjudice réel résultant d'atteintes ou d'offenses, à poursuivre eux-mêmes le châtement public. Il était même défendu à d'autres qu'au maître de se permettre de semblables offenses verbales envers les esclaves, dans le but sans doute de prévenir, en principe, le citoyen contre la tendance aux excès de pouvoirs (1). Le suicide fut puni comme constituant un abus de pouvoir envers soi-même, et en outre comme une sorte d'atteinte portée à l'honneur de l'Etat. La peine ordinaire fut la privation des honneurs funèbres (2). Quelques Etats seulement firent exception à cette règle.

Si nous abordons les détails spéciaux, nous trouvons : la division des personnes en citoyens (*périœciens et métœciens*), en étrangers et esclaves.

I. Le citoyen seul avait la pleine capacité de droit, parce que celle-ci était subordonnée à l'incorporation à la communauté civile proprement dite. Toutefois, dans les temps anciens, se produisait sous le rapport politique et même au point de vue du droit privé une inégalité entre les citoyens, inhérente à la différence de classe ou à l'opposition entre la noblesse (eupatrides) et le peuple (dèmes). Cette inégalité, qui se rencontrait dans toutes les phyles, finit par s'évanouir dans la démocratie pure.

2^o Les périœciens et les métœciens, classes moyennes, ne comprenaient ni des citoyens ni à proprement parler des étrangers ou esclaves (3). Les premiers formaient cette portion de l'ancien peuple conquis qui conservait la liberté personnelle et le droit de propriété sur le sol, moyennant le paiement d'un tribut au vainqueur, ainsi qu'il arriva spécialement pour l'Etat de Sparte eu égard aux Ilotes qui l'habitaient. Les métœciens (4), au contraire, dont le nombre s'augmenta considérablement, spécialement à

(1) Hermann, III, § 60. Le chœur, dans le *Roi Œdipe* de Sophocle, ex-prime, 893, la vérité confirmée par l'histoire tout entière : « ἵερίσιν ἑταίροις τύραννον. »

(2) Hermann, III, § 61. Waschmuth, III, p. 181.

(3) Id., I, § 15.

(4) Id., 8, 115.

Athènes, à raison de la situation de cette cité, furent des colons établis à demeure ou pour un long temps dans le pays, et qui étaient considérés sous beaucoup de rapports comme des étrangers. Ils ne pouvaient en effet, par exemple, acquérir aucun immeuble et devaient se choisir un citoyen pour patron (προστάτης), tandis que l'Etat leur permettait l'exercice de toutes les professions civiles moyennant une redevance modérée.

3° Les étrangers étaient, il est vrai, sans droit; mais ils obtenaient protection, grâce aux droits sacrés de l'hospitalité (1). Plus tard, les intérêts politiques et commerciaux amenèrent aussi la création de lois et la conclusion de traités de nature à permettre aux sujets d'un Etat de faire valoir leurs droits devant les autorités d'un autre Etat.

4° Le régime de l'esclavage, qui s'étendit à la partie du peuple conquis la plus durement traitée et auquel concoururent ultérieurement d'autres causes, se distinguait du régime des autres pays en ce qu'il n'était pas permis aux maîtres de tuer leurs esclaves ou de les vendre à l'étranger. Les esclaves de l'Etat pouvaient seuls, à ce qu'il paraît, devenir propriétaires. L'esclave affranchi n'était point admis dans la classe des citoyens, mais dans celle des métécien.

II. A toutes les époques, le mariage conserva le caractère de monogamie (2); mais toutefois le concubinat était autorisé par la loi. Cet état de choses fut amené par l'éducation négligée des femmes et par la fréquentation des courtisanes (3), souvent d'une culture d'esprit supérieure, passée dans les mœurs grecques qui amnistiaient et légitimaient cette coutume. La manière de contracter le mariage était, à l'époque d'Homère, sous beaucoup de rapports, encore une sorte d'achat; plus tard, il présenta les caractères d'un contrat auquel vint s'ajouter une consécration religieuse.

A Lacédémone, où la femme était amenée chez l'époux, le mariage affectait les formes de l'enlèvement (4). Plus tard,

(1) Hermann, III, § 151.

(2) La supposition que Socrate et Euripide auraient eu deux femmes à la fois est controuvée. Voyez Waschmuth, III, p. 204.

(3) Hermann, III, § 29.

(4) Id., § 31.

comme indice d'un mariage légitime et comme moyen de rendre difficile la séparation, s'établit l'usage de constituer une dot (προίξ) dont le mari avait seulement l'usufruit et pour la garantie de laquelle il devait fournir hypothèque (1). Les enfants provenant des relations avec les étrangers furent, suivant les époques, traités d'une manière différente. Dans les derniers temps, à Athènes, pour que les enfants jouissent de tous les droits civils, il fallait que le père et la mère exerçassent le droit de citoyen. La loi prenait des précautions spéciales pour continuer la descendance du père en appelant les petits-fils, s'il y a lieu, à le représenter et pour conserver dans la famille la propriété patrimoniale. Quand la fille était appelée à succéder (ἐπίκληρος), le plus proche parent mâle était autorisé et même tenu de se marier avec elle. Si la fille était pauvre, elle pouvait l'actionner pour obtenir le mariage ou un établissement équivalent (2). La femme continua à être choisie de préférence, comme autrefois, parmi les parents. Dans les siècles héroïques, à part le degré d'ascendants et descendants, il n'y avait aucun obstacle ou empêchement au mariage entre parents à d'autres degrés (3). A Athènes, le mariage fut défendu par la suite entre enfants de la même mère. L'adoption était autorisée par le droit attique, lors même qu'il existât des filles de l'adoptant. Elle fut, au cas de manque d'enfants, un devoir pour ne pas laisser s'éteindre la race et se perdre avec elle les *sacra* qui y étaient attachés (4). Le divorce pouvait avoir lieu de la part du mari par une simple répudiation ou par le délaissement de la femme. Celle-ci, abandonnée sans motif, avait le droit d'intenter l'action en restitution de sa dot ou de s'en faire payer les intérêts à titre de pension alimentaire. La femme pouvait aussi porter sa plainte en divorce devant l'archonte; les adultères étaient punis (à Ténédos, frappés par la hache du bourreau); l'adultère pris sur le fait pouvait, d'après la loi attique, être tué par le mari (5).

(1) Waschmuth, III, p. 221.

(2) Hermann, § 121.

(3) Waschmuth, III, p. 157 et 170.

(4) Waschmuth, p. 170, et Hermann, I, § 120.

(5) Waschmuth, p. 180.

Les femmes étaient considérées pendant tout le temps de leur vie comme incapables. Elles avaient dans leurs pères ou époux un tuteur ou curateur (χέριος). La veuve pouvait, à ce qu'il paraît, rentrer dans la maison de son père ou continuer la vie commune avec ses enfants, lesquels devenaient tuteurs de leur mère et prenaient en même temps la gestion de sa fortune (1).

III. La puissance paternelle qui se constitue par le mariage, par l'adoption ainsi que par la légitimation, était plus douce qu'à Rome (2). L'exposition des enfants a lieu, il est vrai, sauf à Thèbes, n'étant défendue par aucune loi expresse; mais elle était réprouvée par l'opinion publique. Solon autorisait seulement la vente des filles convaincues de mauvaises mœurs (3).

La tutelle, devoir des parents les plus proches, se trouvait partout sous la surveillance des plus hauts magistrats (4).

IV. Il existait un droit de succéder *ab intestat* et par testament (5). La succession *ab intestat* pour laquelle nous ne considérons ici que le droit attique était dévolue à la parenté consanguine, laquelle comprenait la ligne des descendants (γένος) et et la ligne collatérale (συγγείνη). Parmi les descendants, les fils issus du mariage étaient les véritables héritiers et succédaient par égale part, tandis que les filles avaient droit seulement à réclamer leur dot et ce qui était nécessaire à leur subsistance. Il en était ainsi partout pour les femmes. Dans le cas même où la fille était appelée à succéder, à défaut d'héritier mâle du premier degré, elle ne conserve pas l'hérédité, qui arrive par son intermédiaire au parent du degré le plus proche; celui-ci était en droit et dans l'obligation de l'épouser, et par ce moyen la fortune se transmettait aux enfants (6). Dans la ligne directe, le droit de représentation s'exerçait d'une manière illimitée, et il n'était pas besoin que l'hérédité fût adjugée en justice. Parmi les parents collatéraux, ceux qui étaient les plus proches par

(1) Hermann, III, § 56.

(2) Id., I, § 122, et Gans, *Droit de succession*, I, p. 312 et suiv.

(3) Id., III, § 11.

(4) Waschmuth, III, § 173.

(5) Voyez à ce sujet, en particulier, Gans, *Droit de succession*, vol. 1, p. 281 et suiv., et Waschmuth, III, § 215.

(6) Hermann, III, § 63.

l'auteur commun étaient préférables aux plus éloignés ; mais, à égalité de degré, les mâles excluèrent les femmes. Il est difficile de déterminer quel était le droit de succession dans la ligne des ascendants. Le droit de tester avait été pour la première fois introduit à Athènes par Solon (1), et il ne peut s'y exercer qu'au cas de non-existence de fils. L'adoption était rattachée à l'institution d'héritier. Les legs qui ne portaient point sur les immeubles et ne compromettaient point le droit des héritiers nécessaires étaient autorisés (2).

La maxime romaine : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* est tout à fait étrangère à la législation grecque (3); pour assurer la gestion régulière du patrimoine, des précautions spéciales étaient prises à Athènes (4).

V. En ce qui touche le droit réel, la propriété immobilière était spécialement soumise à la surveillance de l'autorité publique. L'inaliénabilité de la propriété immobilière transmise par succession était une des bases fondamentales de la constitution de la communauté, soit que cette propriété provint, comme à Sparte, à l'origine d'un partage égal des terres, ou comme ailleurs d'un partage inégal ; ce n'était que dans le cas extrême qu'il était fait une exception à cette règle d'inaliénabilité. Dans d'autres Etats, il était défendu d'augmenter son avoir immobilier au delà d'une contenance déterminée. A mesure que la civilisation s'étendit, cette prescription comme la précédente tombèrent dans l'oubli (5). La possession d'une chose, en cas de bonne foi de la part du détenteur, était protégée par Zaleucus jusqu'à la décision judiciaire (6). La plantation des bornes ou *termes* était consacrée par la religion. Les mutations de propriété étaient constatées (en quelques lieux par les livres terriers) par la connaissance qu'en avaient les voisins ou par l'avis officiel donné à une autorité (7). Parmi les servitudes était d'une importance

(1) Hermann, § 64.

(2) Waschmuth, III, § 219.

(3) Hermann, III, § 64.

(4) Waschmuth, III, 220.

(5) Hermann, III, § 62.

(6) Id., III, § 71.

(7) Id., III, § 65.

spéciale la servitude légale consistant en ce que le citoyen qui avait cherché en vain à se procurer de l'eau sur son fonds, à la profondeur de dix brasses, était en droit d'aller deux fois par jour en puiser à la source du voisin une quantité déterminée (1). Le droit de revendication d'une chose perdue était reconnu par la législation attique, spécialement quand il s'agissait d'esclaves (2). La propriété pouvait aussi se perdre par la prescription, selon les règles que déterminait la loi, aussi bien que par la confiscation (3).

Le droit des obligations, spécialement celui qui se réfère aux contrats, n'était point, en Grèce, aussi avancé qu'à Rome, par suite de l'absence de l'esprit formaliste propre à son développement. Il y avait seulement des règles générales érigées en principes, et les formules ne jouaient pas un grand rôle dans la poursuite d'un droit. La législation grecque admet les règles générales en question dans tous les contrats usuels que comporte un état quelconque de civilisation, tels que le prêt, le commodat, le dépôt, le gage, l'hypothèque, la vente, le louage, le bail à ferme, le louage d'ouvrage ou d'industrie, la société et autres. Ces règles sont aussi admises dans les obligations de réparation de dommages.

Dans les contrats, en général, aucune forme spéciale n'était prescrite. La stipulation romaine était inconnue. Toute convention non contraire à l'ordre et à l'intérêt de la communauté et qui ne contenait rien d'immoral était reconnue pour valide. L'on peut supposer aussi que toutes les sociétés et communautés établies ou les nouvelles qui se constituaient étaient investies des droits d'une personne juridique (4). Le principal moyen de preuve reposait sur les titres (très en usage à Athènes) et sur les témoignages. Dans les contrats par écrits se présente souvent la clause pénale. La stipulation de garantie est également usitée, de telle sorte qu'on pouvait s'adresser aussi immédiatement aux garants.

(1) Hermann, III, § 62.

(2) Waschmuth, III, p. 238.

(3) Id., III, p. 238.

(4) Hermann, III, § 68.

Dans le prêt où un taux d'intérêt élevé était en usage la contrainte personnelle n'était admise à Athènes que comme moyen de garantir les créances privilégiées de l'Etat et des commerçants. Dans ce contrat de prêt, on rencontre la forme spéciale de l'*éranos* (1), moyen de bienfaisance pratiqué individuellement ou collectivement. Elle n'était autre qu'un mode de prêt gratuit et entraînait pour celui qui était ainsi avantagé l'obligation, dans certains cas, de faire tout ce qui dépendait de lui pour restituer la somme prêtée; elle assurait, le cas échéant, l'exercice d'une action judiciaire; toutefois, cette action, à ce qu'il paraît, ne se proposait d'autre but que celui de dénoncer l'ingrat à l'opinion publique. On rencontre dans le prêt la forme de l'achat (2), qui présente une grande analogie avec l'achat de rente admis par le droit allemand et avec l'aliénation perpétuelle d'un capital. La somme prêtée, en effet, était donnée en argent comptant à l'emprunteur, en échange d'un objet appartenant à ce dernier, lequel s'en réservait toutefois l'usufruit, moyennant le paiement des intérêts de la somme reçue, et conservait aussi le droit de le racheter en remboursant cette somme (3). Les contrats d'assurance maritime étaient, surtout à Athènes, très fréquents. La législation de l'île de Rhodes, d'où les Romains tirèrent leur *lex Rhodia de jactu*, a eu de l'importance pour l'ensemble du développement du droit maritime.

Le bail à ferme se divisant en bail à terme et bail perpétuel, et qui, sous cette dernière forme, passe de la Grèce aux Romains sous le titre d'emphytéose, fut réglé par plusieurs dispositions.

Pour l'achat, à l'occasion duquel était levé, à Athènes, un impôt d'un pour cent sur le prix, on se sert d'une monnaie courante (*ἀρραβών*), et l'on se conforme à cette règle qu'immé-

(1) Hermann, III, § 67.

(2) Hermann, III, 645. Waschmuth, p. 232.

(3) Hermann, III, § 66, ne fait sans doute aucune allusion à la forme du droit allemand, bien que la forme grecque se rapproche beaucoup de celle-ci, en principe, et peut-être aussi dans ses conséquences plus favorables à l'emprunteur (je veux parler, par exemple, de l'impossibilité de réclamer le remboursement de la part du prêteur). Voyez en particulier les passages cités par Hermann.

diatement après la conclusion du contrat l'acheteur est investi du droit de propriété, lorsqu'il a payé en réalité le prix convenu (1).

Les obligations dérivant des dommages causés à la personne et aux biens étaient duement réglées (2).

Dans le droit pénal se remarque spécialement la transformation progressive des anciennes vengeances privées qui aboutissent à la punition par l'Etat. Toute espèce de meurtre ou blessure mortelle, ainsi que des coups et blessures préméditées, furent considérés dans le droit attique et même en général dans l'opinion publique et religieuse comme une souillure pour le pays, et c'était un devoir sacré de l'en laver. Ainsi l'auteur d'un meurtre involontaire devait tout au moins s'exiler du pays pendant un certain temps, et même des choses brutes et inanimées qui causaient la mort d'un homme étaient rejetées hors du pays (3). Les formes de châtement étaient très diverses. Pour la peine de mort, les modes d'exécution les plus doux étaient le poison donné et la strangulation opérée au-dedans de la prison. Les plus rigoureux avaient lieu en public : c'était l'exécution par la hache et par l'épée. Les supplices des noyades, du feu et du pal étaient rares (4).

Le droit de procédure (5) était très perfectionné dans l'Attique.

(1) Charondas seul, dont Platon approuva les dispositions, avait fait résulter de la conclusion du contrat la translation de la propriété, et le vendeur était libre de faire crédit à l'acheteur, mais à ses risques et périls, du prix convenu. Voyez Hermann, III, § 65.

(2) Waschmuth, III, § 237. Hermann, § 69.

(3) Id., § 61.

(4) Id., § 72.

(5) Voyez à ce sujet l'œuvre capitale de Maier et Schömann, *La procédure attique* (1824).

SECONDE SUBDIVISION.

EXPOSITION SOMMAIRE DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN (1).

CHAPITRE PREMIER.

LES ROMAINS EN GÉNÉRAL.

§ 1^{er}.*Les éléments du peuple à Rome.*

Rome, dans l'antiquité, est une preuve qu'un Etat puissant peut être formé de mélange de peuples de races diverses.

Dans l'ancienne Italie, on doit distinguer trois races primitives. C'est d'abord, suivant l'examen des langues comparées, qui seul ici peut nous servir de guide, la race japygienne (appelée aussi messapienne), qui habitait l'ancienne Calabre,

(1) L'œuvre principale sur l'histoire romaine continue à être celle de Niebuhr, laquelle a fait époque, *Histoire romaine*, dernière édit., 1853. Dans les derniers temps, l'étude de cette histoire a donné lieu à des travaux remarquables. Tels sont ceux de Gerlach et Bachofen : *Histoire des Romains*, 1 vol., 1851, qui présente sur plusieurs points des vues opposées à celles de Niebuhr et qui attribue de nouveau une grande valeur à la tradition inhérente à l'antique histoire romaine, mais souvent fautive d'une critique exacte; Schwegler, 1 vol., 1853, consciencieux dans ses investigations, mais en général s'en tenant au point de vue de Niebuhr; Peter, *Histoire de Rome*, 1^{er} et 2^e vol., 1853-1854, exposition impartiale se rattachant aux vues de Niebuhr, mais tenant compte des nouvelles recherches; Théodore Mommsen, *Histoire romaine*, 1 vol., 1854, présentant un exposé à la fois synthétique et méthodique, et comprenant dans l'histoire de Rome, avec raison, l'histoire du peuple italien. Il développe plusieurs nouveaux points de vue, mais quelquefois aussi des hypothèses hasardées. Voyez en particulier sur l'histoire de l'Etat et du droit romain : Zimmern, *Histoire du droit romain jusqu'à Justinien*, 1 vol., 1826; Hugo, *Histoire du droit romain*, 1832; Walter, *Histoire du droit romain*, 2^e édit., 1845; Puchta, dans le premier livre du *Cours des Institutes*, 4^e édit., 1853; Erxleben, *Manuel du droit romain*, 1 vol. (contenant l'histoire), 1854; Jhering, *Esprit du droit romain*, 1 vol., 1852.

l'Apulie, la Lucanie, le Brutium et la Sicile, sur l'origine et la langue de laquelle règne un doute considérable, mais de peu d'importance pour l'histoire de la civilisation. Vient ensuite la race étrusque, dont la langue et l'état social avancé sont également une énigme encore inexplicquée (1). Cette civilisation supérieure qu'elle posséda et qui exerça une influence des plus heureuses sur celle de Rome implique une longue période de développements et commençait déjà à décliner lors de la fondation de Rome. Enfin nous rencontrons la race italique, douée de la plus grande expansion, comme nation et eu égard à sa langue, laquelle se composait des Ombrions, des Sabins, des Osques et des Latins. Cette race se rattachant incontestablement à la grande souche des peuples indo-européens a pénétré en Italie (2), et, à l'exception des Calabres et des colonies grecques, elle s'est étendue sur toute la moitié méridionale de la péninsule.

Cette race montre dans ses idées et ses institutions quelque affinité avec les autres peuples indo-européens. Aussi, pour expliquer cette ressemblance, a-t-on mis en avant l'hypothèse admise par Niebuhr (3) d'une race mère et primitive qui réunit les Hellènes et ces peuplades italiennes sous le nom de Pélasges. Cette supposition n'est point toutefois justifiée, et il n'est pas

(1) D'après Waschmuth, *Histoire universelle de la civilisation*, 1 vol., p. 290, cette race serait même déjà un mélange de deux autres, venues, selon toutes les probabilités, l'une, par les Alpes Rhétiques, dans la vallée du Pô et qui s'est répandue de là dans la Toscane actuelle, l'autre, dont l'émigration est postérieure, par l'Asie Mineure (Lydie). En se référant aux données ethnographiques dont il est fait par nous mention p. 7 et 8 et à l'auteur qui les a proposées, les Etrusques et les Ethiopiens seraient entre eux dans des rapports étroits d'affinité. Il est aussi très invraisemblable que la langue étrusque doive être rangée au nombre des langues indo-européennes. Voyez sur ce point Schwegler, 1^{er} vol., 171; rapprochez p. 256, note 1.

(2) L'ordre dans lequel se seraient succédé les peuples de cette race qui ont pénétré en Europe diffère un peu de celui que nous avons admis p. 49. En suivant l'ouvrage de Pott (*Origine des langues indo-germaniques*), les Ibères seraient les premiers (cela n'est-il pas encore douteux?), puis viendraient successivement les Illyriens et les Thraces, les Grecs et les Italiens, les Celtes, et enfin les Germains et les Slaves.

(3) Niebuhr, *Histoire romaine*, I; voyez surtout les p. 32 et 33.

nécessaire d'y avoir recours (1). Les langues des peuplades italiennes elles-mêmes ne sauraient être envisagées que comme les dialectes d'une seule et même langue principale, lesquels ne se distinguent pas d'une manière plus saillante les uns des autres que les dialectes de la langue germanique ou hellénique. Le latin, qui n'est en rien une langue mixte, mais qui a plutôt le caractère d'un idiome original, finit par régner seul au sein de la nationalité romaine mélangée, en refoulant successivement tous les autres dialectes.

Ces peuplades italiennes, de même que les Etrusques, longtemps avant la fondation de Rome, avaient déjà formé des confédérations particulières, au nombre desquelles celle des Etrusques était la plus étendue, la plus puissante et la plus florissante.

La nationalité romaine se forma de trois éléments, des Latins et des Sabins unis par l'affinité de race, et des Etrusques qui, à l'origine, n'en firent point partie (2), mais s'y joignirent plus

(1) L'histoire ne fournit pas de point d'appui solide à cette supposition que les Pélasges seraient la race commune dont les Hellènes et les Italiens formeraient dans la suite deux rameaux distincts. Niebuhr et Muller s'accordent à en convenir ; mais, d'ailleurs, il n'est plus nécessaire de recourir à cette supposition, après les nouvelles recherches de linguistique comparée se rapportant aux langues indo-européennes. Ces recherches établissent en effet que les langues italiennes, par suite aussi le latin, se rapprochent encore plus du grec que de la langue germanique ; par suite, il n'était guère besoin d'imaginer un lien d'union, tel que l'auraient été les Pélasges entre les Italiens et les Grecs, pas plus qu'entre les autres membres de la grande famille indo-européenne. Les anciens Pélasges formaient-ils réellement une race distincte ? C'est là une question qu'il est encore difficile de résoudre.

(2) La plupart des auteurs modernes admettent sans doute que l'adjonction des Etrusques ne s'est opérée que plus tard (rapportant à l'élément romain le gouvernement du premier Tarquin et aux Etrusques l'établissement des *Céliens*) de telle sorte que l'influence de la civilisation des Etrusques sur Rome est censée commencer du dehors et avant leur adjonction. Je respecte l'autorité acquise à cette opinion proposée par Niebuhr, I, p. 427, et quoique je sois bien éloigné d'en risquer une autre et de pouvoir me prononcer avec confiance au milieu de ces obscurités, je ne saurais toutefois m'empêcher d'admettre, en présence des données historiques et pour expliquer des faits importants, que l'élément étrusque s'est manifesté d'une

tard. Le noyau principal des habitants de l'ancienne Rome fut formé en partie par les Latins qui résidaient sur le mont Palatin, en partie, par les Sabins qui avaient occupé les collines du Capitole. La troisième colline, le mont Célius, fut, plus tard, le point où se concentrèrent les Etrusques. Les Latins et les Sabins s'étaient constitués, à ce que pensent quelques-uns, en Etat fédératif par un traité d'alliance, tandis que, suivant une autre opinion, les Latins furent assujettis par les Sabins ou les Sabins par les Latins. Quoi qu'il en soit, ils portèrent le nom commun de *populus romanus et quirites*, montrant dans leur caractère quelques qualités opposées qui venaient se fondre dans l'ensemble du caractère romain et formèrent, sous quelques rapports, une heureuse combinaison.

manière très marquée ou prépondérante parmi les patriciens avec lesquels s'ouvre l'ère de l'histoire romaine, soit dès l'origine même, soit tout au moins de très bonne heure (Niebuhr lui-même penche à croire, I, 441-443, que les patriciens, n'ayant pas tardé à perdre l'attachement exclusif aux traditions originales de leur race, ont vu leur nombre se compléter sous Tarquin Priscus, à partir duquel se fait sentir l'influence étrusque). Je ne puis, d'un autre côté, m'expliquer par l'influence des Sabins, si rapprochés des Latins par l'affinité de race, le caractère sévère, religieux et sacerdotal, dur et acerbe jusqu'à la cruauté, qui distingue ces premiers patriciens. Ce que je dis par suite des patriciens, dans le texte où je n'ai pas voulu m'écarter de l'opinion reçue, doit, à mon sens, être attribué également en partie à l'influence de l'élément étrusque. Cette dernière vue, exprimée déjà par Pastoret, *Histoire de la législation*, XI, p. 307, a été dernièrement accréditée par Moreau de Jonnés. La question qui s'agite ici est indépendante de celle touchant à l'origine des Etrusques, et il ne se trouvera certainement personne se sentant quelque attrait pour les recherches afférentes à ce dernier problème, qui acceptera cette sentence de Mommsen, I, 82, que de semblables recherches sont inspirées par un principe commun à celles de l'archéologie, « celui de chercher à découvrir ce qui n'est point susceptible ou ne mérite pas d'être connu. » Pourront-elles aboutir à une certitude ? c'est là ce qui est douteux ; mais est-il important de les faire ? il n'y a pas à cet égard le moindre doute. Voyez, au sujet de cette origine, les articles dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1855, 15 février, de J. Ampère, juge éminemment compétent pour apprécier par lui-même les monuments de l'art, et qui relève à son tour une foule de traits communs entre les Etrusques et les Egyptiens, ainsi que l'échange de relations commerciales, qui eut lieu de bonne heure entre ces deux peuples. Voyez encore ce que nous disons plus loin sur les Etrusques.

Les Sabins, peuple montagnard et doué des qualités que possède généralement ce genre de peuple, se distinguaient par la piété, la rigidité des mœurs, le respect du mariage et du serment, l'attachement aux anciennes coutumes. Ces qualités étaient alliées à une certaine rudesse et dureté qui se traduisait dans le régime domestique, spécialement dans la puissance du père de famille sur la femme et sur l'enfant. Ce caractère se reflétait dans la constitution de la famille, se rapprochant beaucoup du régime patriarcal. Il était conféré au père, à la fois prêtre, roi et juge dans sa maison, une grande puissance sur tous ceux faisant partie de la famille dans le sein de laquelle se maintenait un esprit de soumission à l'autorité, tandis que les rapports des familles entre elles étaient régis par le principe de l'égalité et que la masse du peuple avait un penchant prononcé pour le régime fédératif.

Les Latins, au contraire, qui demeuraient plutôt dans les vallées et sur les littoraux, montraient une humeur plus mobile et, en particulier, un sens éminemment pratique, une conception déliée, un esprit de combinaison toujours prêt à s'exercer et qui s'alliait avec la prudence et l'habileté; mais en même temps ils possédaient une grande insensibilité et un égoïsme sec et raisonné, ne voyant que l'intérêt matériel, et sourds à la voix de la conscience. Les peuples chez qui domine la mobilité d'humeur sentent le besoin, comme pour le contre-balancer, d'une concentration plus énergique du pouvoir. Il en était de même des Latins. A l'opposé des Sabins, partisans du régime fédératif, ils éprouvaient plutôt du penchant pour la royauté unitaire et la centralisation du pouvoir. Du caractère de ces deux races se forma celui du peuple romain, de telle sorte que ce qu'il tenait des Sabins était représenté par les patriciens, et ce qu'il tenait des Latins par la *plebs*. L'origine des patriciens et des plébéiens à Rome s'explique-t-elle par ce fait que la *plebs* fut composée des membres d'une race vaincue et qui s'est mêlée au conquérant? ou bien faut-il admettre que, dès les premiers temps, il existât au sein de chacune des races parmi les Sabins, les Latins (de même parmi les Etrusques), une différence analogue à celle qui subsistait entre les patriciens et les plébéiens, et que par suite d'une attraction naturelle, les patriciens sabins s'alliè-

rent aux patriciens latins (1) et la *plebs* sabine s'associa à la *plebs* latine, d'ailleurs beaucoup plus nombreuse ?

Ce sont là des questions qu'il est difficile de résoudre avec exactitude : toutefois, il est incontestable que la *plebs*, dans son ensemble, reçut un accroissement considérable par suite des affranchissements, de l'asile donné aux vaincus et même aux émigrants. La prédominance du caractère de la race sabine s'explique chez les patriciens parce qu'il était plus favorable aux idées et sentiments aristocratiques en général. Lorsque ces deux races des Sabins et des Latins se furent établies, s'y adjoignit celle des Etrusques, qui était à un degré de culture plus avancé et dont l'influence sur le caractère romain et sur les institutions du peuple, bien que difficile à déterminer, a été prépondérante dans plusieurs points importants. Elle se montrait notamment dans les aruspices, la liturgie des temples et particulièrement leur construction, la fondation des cités, le mesurage des terres, l'établissement des camps, la participation des Etrusques à toutes les entreprises de l'industrie, notamment de celle des bâtiments ainsi qu'aux œuvres d'art de l'ancienne Rome et vraisemblablement aussi dans le perfectionnement de la constitution de l'Etat et l'art de gouverner. Ces trois races une fois établies prirent le nom de trois tribus des *Ramnes*, des *Tities* et des *Lucériens*, c'est-à-dire des Latins, des Sabins et des Etrusques. Cette triple division perdit bientôt son importance à mesure que l'opposition des classes se fit sentir davantage.

A ces éléments de race s'associa une influence grecque dans plusieurs circonstances. Une tradition, qui ne paraît pas en soi dénuée de fondement, fait de Numa Sabin un disciple de Pythagore. Mais Niebuhr (2) y a reconnu, avec raison, la preuve des rapports amicaux qui existaient très anciennement entre les Sabelliens (Sabins ou Samnites) et les Grecs. Beaucoup de croyances et d'institutions ne s'expliquent guère toutefois par

(1) Waschmuth, *Histoire de la civilisation*, I, p. 308, dit d'une manière tout à fait tranchante : « Des ténèbres qui entourent l'histoire primitive de Rome, il ressort d'une manière invincible que l'esprit de caste subsista dès l'origine et amena à reconnaître dans chacune des trois races l'élément dominateur des patriciens. »

(2) Voyez, *Leçons sur l'histoire ancienne*. III, p. 221.

une influence grecque directe, mais elles rappellent plutôt seulement d'anciennes idées et des institutions qui furent communes aux peuples indo-européens. Plus tard, il est vrai, que l'influence grecque, sans pouvoir être pleinement démontrée, est ressortie dans la législation des Douze Tables. Enfin, le monde romain, lorsque déjà il tombait en dissolution, chercha une nouvelle force de cohésion dans la philosophie stoïcienne. Aussi n'est-il pas possible de méconnaître l'influence de cette philosophie sur les progrès du droit romain, influence qui est aujourd'hui trop peu appréciée si elle a été autrefois exagérée.

§ 2. — *Développement de la vie romaine et de l'Etat en général.*

Par l'ensemble du caractère du peuple romain s'explique sa mission historique dans le monde. Voyez ce peuple, dès le berceau, puiser dans la simplicité de ses mœurs domestiques et dans le respect du lien de famille une vitalité puissante, allier d'un autre côté, à une vivacité extrême de conception, un sentiment profond de l'ordre et de la règle; voyez-le d'un autre côté, faute d'attrait pour les biens supérieurs absolus de la vie, pour la religion, la science et l'art, appliquer toute sa puissance de volonté à la poursuite des buts matériels. Un tel peuple devait, dans la pleine conscience de ses énergies intimes, aspirer tout autant à réaliser dans son système politique une réglementation rationnelle des rapports extérieurs de la vie, qu'à exercer au dehors un empire absolu sous lequel toutes les nations devaient successivement courber la tête. Le trait caractéristique qui distingue le monde romain non seulement du monde oriental, mais encore du monde grec est, d'une part, la séparation progressive de la vie d'avec son but moral supérieur, et par suite la tendance au sensualisme et au matérialisme se manifestant en particulier dans le formalisme du droit privé et du droit public; c'est aussi, d'autre part, la prédominance du *moi*, de la conscience du moi, et de l'indépendance de la personne dans sa sphère extérieure d'action. Sous le premier rapport, la vie romaine constitue un pas de plus et même, dans les temps antérieurs au christianisme, le dernier qui ait pu être fait dans la voie de la séparation de la vie d'avec le but moral supérieur ob-

jectif et de la subordination de plus en plus grande du moi à l'ordre extérieur (subjectivisation extérieure). Sous l'autre rapport, il faut le reconnaître, l'élévation au plus haut degré de la puissance du moi subjectif dans la sphère extérieure, l'intelligence complète de la personnalité civile et de la liberté, constitue un progrès relatif et l'instrument décisif de la grandeur que le peuple romain s'est conquise dans l'histoire du monde aussi bien que de l'influence durable qu'il a exercée jusqu'à l'époque moderne. Mais ce qui avait servi à cette grandeur devait aussi, par cela même qu'il y avait séparation d'avec le but moral, devenir pour Rome elle-même une cause de dissolution et de décadence, une fois que sa mission contingente de réaliser une réglementation purement extérieure et d'étendre les limites de la souveraineté eut été accomplie.

CHAPITRE II.

EXPOSÉ DE L'HISTOIRE DE L'ÉTAT ROMAIN ET DU DROIT JURQU'A JUSTINIEN.

Les époques principales en général.

Nous allons déterminer ici, eu égard au droit privé, qui fait l'objet principal de notre attention, les époques de développement, lesquelles d'ailleurs ne sont pas complètement les mêmes pour celui-ci et pour le droit public. L'histoire du droit de l'Etat romain ne manque pas toutefois d'intérêt, puisque, sans présenter la même variété qu'en Grèce, cet Etat a successivement passé par toutes les formes essentielles de constitution : par la royauté, l'aristocratie et la république démocratique, pour arriver finalement au despotisme de l'empire. Ce fut là une conséquence naturelle de ce principe fondamental qu'en s'éloignant toujours de plus en plus des règles de la morale et de la justice, et en laissant prédominer la tendance au sensualisme et au matérialisme, l'Etat voit insensiblement ses bases ébranlées par la prépondérance des masses sous le régime démocratique. L'empire le raffermir encore pour quelque temps, mais il ne subsiste plus toutefois que pour servir de cadre extérieur au déve-

loppement du principe chrétien d'une vie supérieure destiné à renouveler le monde.

En ce qui touche principalement le droit privé, l'histoire du droit romain peut être divisée en quatre époques. Elles n'ont pas toutefois des limites bien tranchées, mais plutôt le principe dominant à chacune d'elles sert à les déterminer. La première s'étend de la fondation de Rome à la législation des Douze Tables. Elle a avant tout un caractère religieux (sans être théocratique ou sacerdotale), et fonde l'unité de l'existence tout entière et de toutes les institutions en les rattachant à la religion. La seconde époque commence à la législation des Douze Tables, qui, la première, inaugure la séparation du droit d'avec la religion et du droit privé d'avec le droit public. Elle finit à la chute de la République. C'est, comme on l'a déjà remarqué, l'époque des oppositions qui viennent se fondre finalement dans l'uniformité du régime démocratique et sa domination absolue. La troisième époque, qui s'étend depuis l'empereur Auguste jusqu'à Constantin (et, suivant Hugo et Gibbon, jusqu'à Alexandre Sévère, mort en 235), est marquée par la décadence de la vie publique en même temps que par l'application des facultés intellectuelles, encore dans toute leur force, au perfectionnement du droit privé, tendance qui s'accuse par les juriconsultes. La quatrième époque, à partir de Constantin, qui transféra le centre de l'empire à Constantinople, jusqu'à Justinien, présente le tableau des efforts faits au déclin de l'empire et sous la pression des races germaniques envahissantes pour raffermir et assurer définitivement les progrès déjà faits dans la voie du perfectionnement du droit par le moyen des compilations et de la codification.

L'histoire du droit ne saurait ici se traiter en se reportant purement aux sources, comme s'il s'agissait de faits, mais plutôt il faut pénétrer jusqu'à ses fondements, par lesquels elle se rattache aux doctrines en même temps qu'elle ne cesse pas d'être unie à l'ordre moral tout entier.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

DEPUIS LA FONDATION DE LA CITÉ JUSQU'À LA LÉGISLATION DES DOUZE TABLES.

Le commencement de l'histoire romaine se perd dans des ténèbres que les recherches historiques ne pourront jamais bien éclaircir. Au moment où elle débute, nous trouvons le peuple romain, le *populus romanus quiritium*, divisé entre trois races ou tribus : ce sont celles des *Ramnes*, des *Tities* et des *Lucères*, qui accusent une triple origine se reportant aux Sabins, aux Latins et aux Etrusques. Chacune d'elles était à son tour subdivisée en dix curies, et chaque curie en dix décuries, lesquelles, selon Niebuhr, ne sont autres que les *gentes*. Il y avait donc trente curies et trois cents décuries ou *gentes*. Chaque curie a son nom, son chef le curion, un lieu de réunion, la *curie*, et une voix dans l'assemblée du peuple qui, organisée par curies et décuries désignées sous le nom de *comitia curiata*, représente l'Etat tout entier. Les comices étaient composés des chefs de famille (*patres familiarum*); de la même manière le sénat formait une assemblée spéciale comprenant les *patres gentium*. Le sénat et les comices se choisissaient un chef suprême à vie; le sénat le présentait et les comices l'acceptaient.

Cette royauté élective avait dans ses attributions la haute direction des affaires publiques, le commandement des troupes et l'administration suprême de la justice. Ce pouvoir se trouvait toutefois essentiellement limité par une autorité placée à côté de lui par la constitution, le sénat, pouvoir évidemment prépondérant dans l'Etat. Le sénat était appelé, sur la convocation et sous la présidence du roi ou de ses représentants, à délibérer d'avance et à se prononcer sur tout ce qui devait être soumis aux suffrages du peuple. S'il s'agissait de promulguer de nouvelles lois, de nommer les autorités, de traiter de la paix et de la guerre, le roi était tenu de voter comme les autres dans l'assemblée du peuple qu'il avait convoquée.

A côté de ce très ancien *populus romanus* qui, dans le sens étroit du mot, ne comprenait que les patriciens, il existait une

plebs formée d'émigrants des pays limitrophes, auxquels on suppose qu'Ancus Martius le premier, ou Numa, aurait offert un asile. Cette *plebs* jouissait de tous les droits généraux de cité ayant notamment la *communio juris civilis* qui se manifestait dans l'aptitude au commerce, *jus commercii*, dans le *jus testamenti factionis*, dans l'aptitude à contracter un mariage valide et à poursuivre ses droits en justice, *jus agendi*, suivant les règles du droit civil romain. Mais il y avait une séparation bien tranchée entre les patriciens et les plébéiens, puisque, d'après l'ancienne tradition, le mariage entre eux n'était pas valide et que les patriciens étaient en possession de plusieurs privilèges. Ces derniers seuls étaient appelés aux charges publiques et aux dignités sacerdotales; seuls ils pouvaient être nommés sénateurs; jusqu'à l'avant-dernier roi, ils formaient la seule assemblée du peuple qui eût le droit de voter. Ils prétendaient aussi avoir exclusivement le droit de garder et faire paître leurs troupeaux sur l'*ager publicus*, droit qui, par abus, fut poussé quelquefois jusqu'à occuper le champ lui-même.

Les protégés, les clients (*clientes*, de *cluere*), ayant la même signification que ἀκούειν, « écouter » (1), différaient d'avec la *plebs*. Selon Niebuhr, primitivement et bien avant la *plebs*, ils se trouvaient vis-à-vis des patriciens dans une situation de dépendance dont l'origine est inexplicable. Il n'y avait ainsi, dans le principe, que des patriciens et des clients, et ces derniers, dans la suite, ont toujours été distingués d'avec la *plebs* libre.

La grande augmentation des plébéiens, spécialement depuis la conquête du pays latin limitrophe, fit sentir la nécessité de leur accorder le droit de cité, même sous le rapport politique.

(1) Les opinions sur cette situation et son origine sont encore différentes. Mais on doit faire avec Puchta un grand mérite à Niebuhr d'avoir solidement établi la distinction souvent méconnue entre les clients et la *plebs*, qui se montre ainsi dans son indépendance. Voyez Niebuhr, I, p. 359 et suiv., où les clients sont comparés avec les domiciliés grecs, les métœciens, comparaison qui n'est pas tout à fait juste; même en se reportant à l'origine des clients. Quant à la question de savoir si la fondation de Rome est antérieure ou postérieure à cette origine, elle ne saurait être résolue avec une entière certitude; cela n'infirme en rien l'importance de la distinction à établir entre la *plebs* et les clients.

A ce besoin répondit le plan d'organisation de Servius Tullius (1), analogue à la constitution de Solon (2), plan qui n'avait pas seulement pour objet de régler avec sagesse les impôts et le service militaire, mais encore le système politique. Ce plan brisa radicalement le cadre primitif de composition par familles et y substitua une répartition du peuple romain tout entier basée sur la fortune et sur l'étendue du territoire de l'Etat. La différence de condition entre les patriciens et les plébéiens ne fut pas supprimée. La classe de ces derniers seulement fut rattachée à l'Etat d'une manière plus étroite. Dans ce but, le peuple tout entier, à Rome et dans la campagne, fut d'abord partagé en plusieurs tribus, quatre à Rome et vingt-six pour la campagne, et en autant de circonscriptions communales présidées chacune par un tribun.

Cette bourgeoisie nouvelle fut divisée par Servius en cinq classes et cent quatre-vingt-treize centuries (3), sur la base d'un cens à renouveler tous les cinq ans, et eu égard à la noblesse d'origine, à la fortune, à l'âge et à l'obligation de satisfaire au paiement de l'impôt ou au service militaire en découlant. Parmi ces centuries, il y en avait une composée de prolétaires et de ceux qu'on appelait *capite censi*, et qui ne possédaient rien ou moins que la cinquième classe. C'est sur les bases d'une telle répartition que fut organisée une nouvelle assemblée du peuple sous le nom de *comitia centuriata*, constituée et votant par centuries. Ces comices reçurent les attributions qui appartenaient auparavant aux *comitia curiata*, auxquels fut uniquement réservée l'approbation des décisions prises

(1) Voyez, à cet égard, l'œuvre de Hushke, *La constitution de Servius Tullius*, etc., 1839.

(2) Mommsen, I, p. 73, en faisant ressortir cette analogie, où il trouve la preuve de l'influence grecque, fait remarquer que le terme le plus important afférent à cette réforme de la constitution; *classis*, est une racine grecque.

(3) Par cette constitution de Servius (la tradition l'attribuait à un émigré de l'Etrurie qui se nommait *Mastarna*), la première classe, qui formait quatre-vingt-dix-huit centuries, y compris les dix-huit centuries de chevaliers, obtenait par leur unanimité le dessus sur les autres réunissant ainsi la majorité des voix.

et des choix faits par les premiers. Les patriciens conservèrent exclusivement le droit d'être nommés aux emplois et aux charges sacerdotales.

Les patriciens, se sentant atteints dans leur influence, combattirent cette constitution, qui ne fut mise en vigueur que sous les rois. Faisant rejaillir leur haine de l'ordre nouveau sur la royauté elle-même, ils profitèrent, pour abolir celle-ci, de la tyrannie de Tarquin le Superbe, qui avait mécontenté toutes les classes.

Le pouvoir passe à deux consuls (appelés à l'origine *praetores*) qui durent être élus par les comices de centuries, l'un dans la classe des patriciens et l'autre dans celle des plébéiens (1). Ils exerçaient les attributions reconnues autrefois à la royauté, sous quelques restrictions cependant. Un grand nombre de plébéiens furent introduits dans le sénat (*patres et conscripti*), la servitude pour dettes abolie. Les patriciens se montrèrent d'abord favorables à l'ordre nouveau, et, pour se rendre populaires, s'appliquèrent à remettre en vigueur le système des classes de Servius Tullius. Mais bientôt la *plebs*, qui avait perdu dans la royauté son protecteur naturel, ne tarda pas à voir sa situation s'aggraver. Sur elle, d'un côté, pesèrent les impôts. Les patriciens, qui n'avaient aucune propriété sujette à l'impôt, s'étaient prévalus d'un droit de possession et de jouissance exclusive sur l'*ager publicus*; d'un autre côté, les plébéiens étant obligés au service militaire par suite de la multiplication des guerres, ne purent plus cultiver leurs champs, contractèrent d'énormes dettes et durent payer aux patriciens des intérêts excessifs. Cet état de choses produisit un soulèvement au sein du peuple et poussa celui-ci à se retirer sur le mont Sacré, *mons Sacer* (l'an 494 av. J.-C.). Les patriciens, effrayés, se déterminèrent à faire des concessions, dont la plus importante fut l'institution de deux tribuns du peuple, *tribuni plebis* (plus tard cinq, finalement dix), inviolables, et dont le choix appartenait aux plébéiens. Ces tribuns, de concert avec

(1) Niebuhr, I, 476. Le droit pour les plébéiens ne fut toutefois établi d'une manière permanente que plus tard, en 387, par la première loi Licinienne.

les *œdiles plebis*, qui étaient préposés à la police, devaient soutenir les intérêts et défendre les droits de la *plebs*, spécialement en s'interposant entre elle et les autorités.

Ces tribuns tirèrent bientôt parti de leur position pour étendre les droits de la *plebs*. Ils la convoquaient dans des comices spéciaux (*comitia tributa*), lui faisaient prendre des décisions indépendantes sur les affaires publiques (*plebiscita*), et élevaient leur droit d'interposition à la hauteur d'un *veto* absolu, à l'encontre de tout acte du pouvoir préjudiciable à la *plebs* ou qui la mécontentait. Depuis ce moment, les patriciens et les plébéiens furent en état de lutte continuelle. Les trois principales causes de conflit étaient la répartition d'une partie de l'*ager publicus* à opérer entre les plébéiens qui avaient contribué à l'agrandir par leurs conquêtes, l'élection des autorités plébéiennes dans les comices des tribus où le vote de la majorité faisait loi, sans avoir besoin de recourir aux auspices et à la sanction par les curies, et enfin l'établissement du droit par les lois écrites.

Les patriciens se raidirent de la manière la plus obstinée contre la première de ces prétentions, qui ne put, par suite, triompher. Les plébéiens furent plus heureux sur les deux autres, qu'ils firent accepter, la première sur la proposition du tribun Publilius Valérius, l'an 471 av. J.-C., et la seconde après une longue résistance des patriciens, parmi lesquels furent choisis dix hommes chargés d'établir les lois.

La mission confiée, l'an 451 av. J.-C., à ces *decemviri legibus scribendis*, parut devoir tellement mettre en question le maintien de la constitution, qu'il fut jugé nécessaire d'en suspendre pour quelque temps la mise en vigueur et de concentrer toute l'autorité entre les mains des décemvirs. Ceux-ci, par suite, furent également chargés de régir temporairement l'Etat et de rédiger les lois. A l'expiration de la première année de leur pouvoir, 450 ans av. J.-C., ils publièrent dix tables de lois qui, approuvées par le sénat, reçurent aussi au sein des curies la sanction du peuple. L'année suivante, les décemvirs nouvellement élus, au nombre desquels il paraît que se trouvaient cinq plébéiens, y ajoutèrent deux autres tables qui furent également acceptées par tous. La mission des décemvirs se terminait là ;

mais comme ils cherchaient à se maintenir au pouvoir, ils furent renversés par une émeute populaire, à l'occasion de la tyrannie du décemvir Appius Claudius, et l'ancienne constitution de l'Etat fut remise en vigueur avec les modifications introduites par les Douze Tables.

La plus grande obscurité plane encore sur l'histoire des Douze Tables, soit par rapport au mode de leur compilation, soit par rapport à leur contenu. Ce que l'on raconte qu'il y aurait eu un envoi préalable en Grèce de plusieurs personnes chargées d'étudier le droit grec, notamment la législation de Solon, est encore plein d'incertitude. On ne saurait contester, cependant, qu'une certaine influence des lois grecques ne se fasse sentir dans l'œuvre de compilation des Douze Tables qui aurait été menée à bout spécialement avec le secours d'un certain Grec, *Hermodore*, fugitif d'Ephèse. Il est également certain que l'ancien droit romain en formait la base, et que plusieurs principes de cet ancien droit ont été avec elles maintenus en vigueur, puisque les lois antérieures émanées de la royauté firent encore autorité dans la suite.

Envisagé en lui-même ou plutôt dans ses sources, le droit de cette époque nous apparaît toujours comme un droit de coutume, sauf qu'il présentait des variétés en rapport avec la différence des races. Ces dernières se perdirent dans la nationalité romaine; c'est ce qui fit que le droit devint bientôt romain et reçut un développement en harmonie avec le caractère de cette nationalité pris dans son ensemble. Néanmoins, les lois civiles conservèrent encore les traces de la différence de condition entre les patriciens et les plébéiens, et quoique les deux classes se fussent reliées entre elles par les liens de quelques lois communes, la division du droit en patricien et plébéien ne s'en maintint pas moins, chaque classe continuant à être régie par les lois qui lui étaient propres (1). Quoique le droit fût, pour

(1) Sur l'importance politique de la législation des Douze Tables, voyez Niebuhr, *Histoire romaine*, II, p. 312 et suiv. Puchta, *Inst.*, t. I, §§ 54-55. L'original se perdit, comme on le sait, dans l'incendie de Rome par les Gaulois (365 av. J.-C.). Il est vrai que leur texte fut alors rétabli; mais pour la plupart il le fut seulement de mémoire, et il faut également croire que les Romains en ont possédé toujours des copies; car autrement il eût

la plus grande partie, formé par la coutume, nous rencontrons déjà sous les rois de véritables lois (*leges*), lesquelles, sur la proposition du roi et avec l'approbation du sénat, étaient adoptées dans les comices de curies. On croit que, sous Tarquin le Superbe, le pontife Papirius aurait fait une collection de ces lois et les aurait publiées (*jus Papirianum*).

Pour approfondir maintenant le système juridique et politique de Rome, il faut avant tout l'envisager dans sa corrélation intime avec l'ensemble des buts inhérents à la vie romaine, et nous verrons ressortir, dans chacune des manifestations de cette vie, le caractère fondamental de la nation déjà signalé, c'est-à-dire un esprit de réflexion, et, en outre, une indépendance de volonté s'accusant énergiquement dans la sphère du droit et qui, dans toutes les autres sphères, tend aussi à prévaloir.

I. Le contraste entre le point de vue des Romains et le point de vue des Grecs ressort surtout dans la religion, eu égard au mode abstrait sous lequel les premiers se représentent les divinités (1). A Rome, non seulement tous les rapports essentiels de la vie, tels que l'Etat, la race, la famille, mais même toutes les branches de l'activité, spécialement celle de l'agriculture, sont conçus dans un sens abstrait en même temps que symbolisés par des divinités, lesquelles toutefois ne présentent pas, comme en Grèce, une histoire supposée et ne revêtent aucune forme de l'art. L'esprit romain répugnait ici à l'individualisation proprement dite, tendant, comme dans le droit, non à envisager le

été impossible aux jurisconsultes des temps ultérieurs d'écrire des commentaires sur les Douze Tables; mais il ne s'en est conservé aucune. Nous ne connaissons que quelques sentences détachées des Douze Tables, sentences publiées par divers écrivains, soit dans leur texte primitif, soit par le moyen de citations reproduisant leur contenu. On a fait beaucoup de tentatives pour rétablir leur texte en entier. L'essai de ce genre le plus important qui ait été fait anciennement est celui de Jacob *Gothofredus*. Il a paru d'abord en 1616, et a été ensuite reproduit dans les *Quatuor fontes juris civilis Generæ* du même auteur, 1653. Tous ces anciens travaux sont de beaucoup dépassés par l'œuvre de *Dirksen*, *Exposé sommaire des tentatives faites jusqu'ici pour interpréter et rétablir le texte des fragments des Douze Tables*. Leipzig, 1824.

(1) *Waschmuth*, I, 326; *Mommsen*, I, 121.

général dans l'individuel, mais plutôt dans l'idée abstraite. Les Romains n'eurent donc aucun penchant, à l'origine et avant d'avoir subi l'influence grecque, à fabriquer des images des dieux; ils ne construisirent même de temples que plus tard, et repoussèrent toujours le culte étrusque, qui, par son caractère sombre, exprimé dans des nombres mystiques, inspirait la terreur et l'épouvante. Le plus ancien culte religieux était nu et simple, accessible à tous et facile à observer, excluant la crainte et remplissant l'âme de confiance. Bien que de bonne heure il ait subi l'influence profonde du polythéisme, il n'en révèle pas moins encore le caractère principal des races indo-européennes. Il présente ce trait caractéristique qu'à l'origine le ministère sacerdotal est essentiellement rattaché aux fonctions de chef de famille, et, dans la suite, le cadre de la famille s'élargissant, à celles de chef de l'Etat. C'est ainsi que, dans l'enceinte du foyer domestique, le père de famille est à la fois le prêtre invoquant sans intermédiaire la divinité et veillant, avec les membres de la famille, à la conservation des *sacra privata*; c'est lui aussi qui allume sur les autels domestiques le feu de Vesta. Comme le curion, au sein de la curie, est pontife souverain, il en est de même aussi du roi, et le culte rendu en commun, au nom de l'Etat, à Vesta est tenu entre tous pour le plus sacré et se trouve le dernier à disparaître sous l'influence du christianisme. Pour quelques emplois honorifiques et pour le service de quelques divinités spéciales, il avait été créé une certaine classe de prêtres qui, tout en exerçant quelque influence sur des sphères importantes de la vie, n'ont jamais cependant occupé dans l'Etat une position culminante (1). A côté de ces sacerdoces, il existait encore certaines corporations religieuses formées dans le but de conserver la tradition, de pourvoir au service du culte divin, et qui, par suite, reçurent le dépôt des sciences ainsi que celui des arts et métiers. Parmi ces corporations, il faut ranger d'abord les trois remarquables collèges des *conservateurs* des oracles, des aruspices et des constructeurs de ponts. Ces derniers, en particulier (*pontifices*),

(1) Sur cette position, qui n'arrive jamais à exercer une influence indépendante sur le système politique, voyez Mommsen, I, 116.

qui étaient préposés à l'origine au service du pont sur le Tibre, se trouvant en possession du secret des mesures et des nombres, réglaient le calendrier de l'Etat, en ayant soin de veiller à ce que toutes les opérations dépendantes des services du culte et de la justice fussent faites en temps favorable. Ils furent ainsi amenés à exercer une haute surveillance sur tout le service du culte, auquel vinrent se rattacher toutes les affaires importantes. C'est du sein de ce collège qu'émanèrent les premiers principes de la chronologie en même temps que ceux du droit. Ce dernier cas se réalisa, parce qu'à la manière dont les tribunaux étaient organisés à Rome, il devenait impossible d'y conserver la tradition du droit et des formes de procédure. De là la nécessité d'en rendre ce collège dépositaire. Ainsi le droit était, à proprement parler, le droit pontifical; mais celui-ci étant principalement un recueil de formules doit encore se distinguer sous plusieurs rapports d'avec le droit sacramentel, qui avait vraisemblablement une origine plus ancienne.

2. A l'idée claire mais abstraite attachée au mot *droit* vient s'en joindre une autre : celle de la souveraineté de la volonté dans la sphère où elle s'exerce, souveraineté qui veut s'affirmer dans des formes rigoureusement précisées. La volonté, en tant que détermination libre de celui qui est maître de lui-même *sui juris*, est en soi illimitée. Cette maîtrise, sous les diverses formes de *potestas*, *manus*, *mancipium*, est aussi sans bornes, considérée en soi, de même que l'*imperium* accordé à toute autorité. Celui-ci est de telle nature, qu'au cas de concours de plusieurs autorités exerçant la même charge, s'il s'agit de consuls, par exemple, chacun a séparément la plénitude du pouvoir (1). Ce-

(1) Mommsen, I, 159, fait observer que cette forme rare d'institution, d'après laquelle au cas d'une fonction conférée à plusieurs la plénitude des pouvoirs y afférents n'appartient pas seulement, d'une manière collective, à ceux qui l'exercent, mais à chacun d'eux séparément, s'est maintenue en pratique dans toutes ses conséquences et a été plus tard étendue par les Romains presque sans exception à toutes les magistratures. Cette institution fut aussi un corollaire de l'unité et de l'indivisibilité de la volonté qui ne saurait se poser des limites par elle-même, mais n'en rencontre que dans les principes objectifs que le Romain ne connaissait pas en matière de droit.

pendant la maîtrise exercée par la volonté est en soi, comme cette dernière, une forme susceptible indifféremment de servir à un but moral ou immoral, selon le plus ou le moins de moralité de celui qui l'exerce, et de présenter le bon ou le mauvais. Cette forme, que le droit revêt chez les Romains, ne contient donc ni bien ni mal; il y a déjà quelque chose en elle de rigoureux, se prêtant facilement à une certaine dureté et raideur, et ne comportant aucune garantie contre les abus du pouvoir : l'immoralité et l'injustice. On ne saurait inférer de là toutefois que des rapports de la vie, relevant plutôt de l'ordre moral tels que ceux existant entre époux, entre le père et les enfants, soient empreints de dureté et accusent un manque de sensibilité bien qu'ils témoignent d'une certaine froideur. Le caractère originaire de cette nation, de même que plusieurs traits historiques (Coriolan) font saisir dans les temps anciens le double côté opposé qui la distingue; sous l'écorce rude, il est facile de découvrir en général un bon fond. Dans le règlement de ces intérêts, au contraire, en matière de contrats et obligations par exemple, dès le principe, se manifeste une extrême dureté et un égoïsme qui a pris seulement des formes diverses. Mais, par diverses causes, le principe supérieur de la vie morale s'affaiblissant toujours de plus en plus, le système formaliste du droit, exclusif, comme par le passé, et frappé de stérilité, fut impuissant à arrêter le travail de dissolution, qui continua son cours; il ne fit plutôt que l'accélérer, et l'idée de souveraineté individuelle, après avoir parcouru tous les degrés de l'égoïsme raisonné et de la cupidité, dut s'absorber finalement dans l'absolutisme impérial.

3. Si nous remontons au plus antique développement du droit, nous trouverons une corrélation intime, d'un côté, du droit privé avec le droit public, et, de l'autre, des deux réunis avec la religion et le culte. A cette très ancienne influence religieuse se rapporte l'expression *fas* (1) (sentence divine), qui est le contraire du mot *jus* (2), signifiant le lien imposé plutôt par la volonté humaine.

(1) Voyez Jhéring, p. 258.

(2) Sur l'étymologie exacte du mot *jus*, voyez p. 41, 1^{er} vol.

L'ancien droit présentait, dans le principe, des formes variées, eu égard à la différence de condition des plébéiens et des patriciens. Le droit des patriciens se manifeste spécialement dans la *gentilité*, dans le mariage solennel par la *confarreatio*, dans le divorce, dans l'ordre de succession et dans l'interdiction du mariage (*connubium*) avec les plébéiens. Le *commercium*, c'est-à-dire l'échange des transactions, avait lieu entre les deux classes. Les prisonniers de guerre faits esclaves et leurs descendants pouvaient acquérir un bien propre (*peculium*) et devenaient citoyens moyennant l'émancipation en faisant partie en même temps de la clientèle de leur maître. Le pouvoir sur les esclaves (*potestas*) était toujours illimité, et ils avaient à supporter un joug plus dur qu'en Grèce.

Le mariage, défendu entre proches consanguins, était soumis au régime de la monogamie. Il était contracté chez les patriciens par la *confarreatio* (farine de sel) et avec l'intervention des prêtres. A ce mariage religieux s'adjoignit, — seulement plus tard, suivant toute probabilité (1), — l'institution juridique proprement dite de la *manus* (droit de main) de l'homme sur la femme, en vertu duquel il entraît tout à fait dans la famille de son mari, étant considérée *quasi sua, filia loco*, et voyait tous ses biens ou droits transférés sans condition sur la tête de celui-ci. Une union contractée par la *confarreatio* se rompait, mais difficilement par *diffarreatio*, ce qui explique la tradition d'après laquelle le premier divorce n'aurait eu lieu que l'an 232 avant Jésus-Christ. L'antique loi de Romulus, *jus divortendi ne esto*, ne permettait le divorce qu'en cas d'adultère, d'avortement volontaire et de négligence des soins du ménage. Tout divorce pour autre cause était puni par la perte des biens de la femme pour le mari. Le mariage plus relâché des plébéiens forme un contraste absolu. La femme n'acquerrait dans la famille de son époux aucun droit de succession ou autre inhérent aux membres de celle-ci et conservait à part son patrimoine. Une union semblable était contractée sans formalité, plus tard seulement, à ce qu'il paraît, eut lieu le recours aux auspices. C'est à elle que

(1) Cette présomption de Lenz, I, p. 144, me paraît fondée sur la marche naturelle du développement de l'institution.

s'applique le principe *consensus facit nuptias* ; il est possible aussi de la dissoudre par le *dissensus*. Dans la suite, la loi des Douze Tables autorise les plébéiens à contracter une union créant, à l'instar de celle des patriciens, un lien plus fort par le moyen de l'*usus*, ce qui, comme on l'a remarqué avec raison (1), fait supposer qu'alors le mariage était déjà licite entre les deux classes. Ce mode de l'*usus* consiste en ce que la femme, faute d'avoir quitté le mari pendant un *trinoctium*, est tenue de demeurer chez lui une année entière. Plus tard encore fut employée une troisième forme, la *coemptio*, lors de l'adoption du *connubium* entre les patriciens et les plébéiens, et par là s'accomplit une fusion complète entre le mariage d'une classe et celui de l'autre (2).

La femme était estimée et honorée. Les inscriptions *univiræ et castissimæ* ; *domum servavit, lanam fecit*, montrent en quoi l'on faisait consister les vertus de l'épouse.

La *patria potestas* était rigoureuse et étendue. Une loi des Douze Tables autorisait encore le père à tuer un enfant difforme, et il pouvait être vendu pour servir comme domestique (mais non comme esclave).

Quant au droit réel, il faut remarquer avant tout que l'idée de chose comportait une application très étendue dans l'ancien droit romain, puisqu'on entendait par là, à proprement parler, tout ce qui, mis en regard des diverses sortes de maîtrises, *potestas, manus, mancipium*, était soumis à celles-ci. Ainsi se rencontre encore dans les Douze Tables cette disposition : *Uti legassit super pecuniâ tutela ve rei suæ ita jus esto* ; de telle sorte que même les enfants sont comptés au nombre des choses. L'idée de choses prise dans son vrai sens, par opposition à la personne, n'a pris naissance que plus tard. En ce qui concerne les choses proprement dites, il n'y avait dans l'ancien droit aucune différence essentielle entre les meubles et les immeubles, telle que celle qui prévalut de si bonne heure dans le droit germanique. La propriété, pour le sol ou fonds romain proprement dit, se transférait sous l'intervention de l'Etat par l'attribution (*assi-*

(1) Unger, p. 73.

(2) Id., p. 77.

gnatio) et par la vente (1) pour l'*ager publicus*. La propriété exclusive de cet *ager* appartenait au *populus*, qui ne comprenait à l'origine que les patriciens, et ceux-ci pris séparément n'en avaient que la possession et la jouissance pour lesquelles ils payaient à l'Etat une modique redevance. Mais déjà Romulus, à ce que l'on rapporte, avait assigné à chaque citoyen, à titre de propriété héréditaire, deux arpents de terrain (2), espace à peine suffisant pour maison et jardin; en outre, chaque patricien avait encore la jouissance de la terre commune, qui s'étendait beaucoup par les conquêtes. Lorsque la *plebs* fut constituée et entra dans l'armée de l'Etat, Servius, par une sage disposition, forma pour les plébéiens des lots de sept *acres* ou arpents chacun (3), que ceux-ci reçurent à titre de propriété héréditaire et aliénable régie par le droit strict et libre de tout impôt de revenu, sauf toutefois qu'elle entraît dans le calcul du cens et était sujette à tout nouvel impôt qui n'atteignait jamais la possession de la terre commune.

Le rapport purement légal du maître avec tout objet sur lequel le droit peut s'exercer dans le sens le plus général paraît être rendu par l'idée de *manus*, droit de main (4), attendu que

(1) Niebuhr. II, 182.

(2) Id., II, 177.

(3) Id., II, 189.

(4) Avec autant d'exactitude que Götting, qui résume dans la *manus* tous les rapports du droit privé, *Histoire de la constitution de l'Etat romain*, 1840, p. 51, Lenz, *Antiquités de l'Orient*, p. 154 et suiv., considère le *caput* comme résumant tous les rapports du droit public. Je dois ici, relativement aux Etrusques, sur lesquels je n'ai pu passer aussi légèrement, reproduire l'opinion de Lenz, qui répond à celle que je partage également. Il dit, p. 290 : « Selon les données de Götting, dont l'ouvrage contient de précieux renseignements en ce qui touche les rapports juridiques, on ne devrait pas tenir pour dénuée de fondement la présomption que les Etrusques auraient appartenu à la famille des peuples sémitiques. » De la même manière que chez les Hébreux, et dans un sens plus radical que parmi les autres nations, se manifeste, chez les anciens Etrusques, un droit particulier de primogéniture, d'après lequel les aînés rentrent toujours dans la classe des *lucumons* (mot étrusque désignant spécialement un guerrier), tandis que les cadets s'appelaient vraisemblablement *égériens* (Götting, p. 32). La terre était, comme chez les Juifs, consacrée à Dieu, et il en était le propriétaire réel (Götting) : ils écrivaient de droite à gauche (p. 36). Ils

prendre avec la main (*mani capere, mancipare, mancipium*) représente la manifestation au dehors de la volonté, première source du droit. La conquête était le mode le plus important d'acquisition, *maximè sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent*. Du reste, il y avait dès lors une grande différence entre les *res mancipi* et celles *nec mancipi*. Les premières, qui comprennent probablement toutes choses se rapportant à l'agriculture, tels que les fonds italiens, les terres labourables, les maisons, les esclaves, les bœufs, les chevaux, les ânes (1), ne pouvaient s'acquérir que par la *mancipatio* publique, tandis que les secondes, *res nec mancipi*, pouvaient s'acquérir au contraire par un simple transfert de possession. Sur ces deux catégories de choses pouvait cependant s'exercer le droit rigoureux de propriété, *ex jure Quiritium*, que couvrait la protection de l'Etat et que l'on pouvait faire valoir vis à vis de toute personne au moyen de la *rei vindicatio*. Cette propriété rigoureuse fut acquise

s'allièrent avec les Carthaginois, longtemps avant de traiter avec les Romains. On voit encore Annibal interroger le nécromancien étrusque (*nchyio-mantieon*) près le lac d'Averne (p. 39). J'admets à priori que les Etrusques appartiennent seulement à la famille sémitique, comme les Phéniciens et les Carthaginois; mais ils ne sauraient être censés Juifs. Les nombreuses étymologies hébraïques que présentent des noms des lieux dans la région de l'ancien canal philistin (*Fossa philistina*), près du Pô, et qu'a relevées dernièrement Mazocchi dans une dissertation, d'après O. Müller (*Etrusques*, I, 228), ne se référeraient qu'à une langue sémitique. Rùth pense que la civilisation des Etrusques ne fut autre que celle de l'Egypte, à part quelques modifications, et que les Pélasges phéniciens ont servi d'intermédiaire pour la leur transmettre, eux qui, justement désignés sous le nom de *Pélaschi* ou *Pelischti phéniciens*, se rattachent par la race aux anciens Phéniciens (Voyez l'œuvre citée, p. 208, 1^{er} vol., note 25). Cette opinion pourrait s'appuyer sur un autre argument tiré de la *Fossa philistina*, nom qui, d'après Müller, aurait une origine toscane et non latine. Quiconque sait apprécier dans leur continuité les influences de race et de civilisation, qui sont inséparables les unes des autres, comprendra combien il serait important, pour mieux approfondir le caractère romain et italien, d'arriver à la preuve de ce fait, très vraisemblable en soi, qu'en Italie aussi bien qu'en Grèce une race sémitique s'est mêlée et fondée avec une race indo-européenne.

(1) Ulpian, XIX, I. — Gaius, I, 120; II, 16, 17, 29. — Mainz, *Eléments de droit romain*. Bruxelles, 1845, I, p. 432. — Comparez Götting, *Antiquités de l'Orient*, p. 124, note 10. — Les cochons et les brebis étaient donc *res nec mancipi*.

par la voie de publicité, qui pouvait consister, soit dans l'accomplissement d'une formalité particulière, soit le plus souvent dans un simulacre de vente opéré devant le peuple ou des témoins représentant les cinq classes (*mancipium, mancipatia, nexu alienatio*), c'est-à-dire *per æs et libram*, ou enfin dans la longue possession (*usus, usucapio*) (1). Il ne se rencontre que quelques servitudes.

Le droit sur les obligations était encore peu développé. Les contrats qui ne faisaient que constater un simple accord de volontés ne pouvaient servir de base à aucune action légale; il en était de même des obligations écrites et des obligations verbales résultant de la stipulation. La volonté abstraite ne suffisait pas encore à créer le lien juridique. Il se formait soit par le serment, et c'était le lien d'une nature supérieure, l'obligé au cas d'inexécution de l'engagement voulant être maudit (*sacer*), soit par la réalisation immédiate lorsque la chose elle-même qu'on demandait ou toute autre avait été donnée; dans ce dernier cas l'*obligatio re contrahitur*. Pour l'achat et l'échange, la livraison s'opérait toujours immédiatement, et l'achat à crédit ne donnait aucune action, mais n'opérait non plus aucune translation de propriété. Lorsque le cuivre, comme mesure exacte des valeurs, eut été substitué aux moutons et aux bœufs, la forme de l'achat consista en ce que l'acheteur offrait au vendeur, en le mettant dans la balance, le poids convenu de cuivre en présence de témoins; tandis que celui-ci, à son tour, lui remettait en même temps dans la main la chose achetée (*mancipare*). Le contrat de prêt se formait également par le pesage et la remise du cuivre devant témoins, sous l'engagement par l'emprunteur *nexus* de restituer. Il se dissolvait de la même manière; outre la restitution du capital, le débiteur garantissait aussi le paiement de l'intérêt, qui s'élevait habituellement, pour l'année, à la douzième partie du capital (*uncia*, 8 1/2 pour cent) (2). De même que l'échéance des transactions à l'intérieur avait donné naissance au *nexum*, de même le commerce avec les étrangers fut l'origine du *mutuum* (l'échange, de *mutare*), qui consistait dans la simple translation

(1) Hugo, *Encyclopédie*, 8^e éd., p. 96. — Comparez Götting, p. 125.

(2) Mommsen, I, 105.

de l'argent de la main de l'un dans la main d'un autre, et vint ainsi en aide à la formation du *jus gentium*. Le crédit de l'obligé était garanti de la manière la plus dure, que dis-je, la plus cruelle, le créancier étant autorisé à détenir le débiteur insolvable comme *mancipium* et le corps de celui-ci pouvant même être coupé en morceaux au cas où il y eût plusieurs créanciers (1). Au lieu du nantissement, qui n'était pas connu, le créancier recevait immédiatement la propriété du gage sous l'obligation de la rétrocéder au débiteur, en cas de remboursement de la somme prêtée. Le droit privé international (*jus gentium*) avait été déjà inauguré par les rapports d'affaires que les marchands eurent pour leurs paiements avec les Carthaginois de même qu'aussi probablement avec les Etrusques cariens.

Le droit de succession (2) se manifeste sous la double forme de l'hérédité *ab intestat* propre essentiellement à la classe des patriciens et de l'hérédité testamentaire qui consacre le principe plébéien favorable à la liberté; des deux modes de testament l'un avait lieu devant le peuple (*testamentum comitiis calatis*, c'est-à-dire *curiatis*) et l'autre devant l'armée (*in procinctu*). Le premier, comme Gans l'a démontré, n'est qu'une forme d'adoption testamentaire semblable à celle du droit attique (Voir plus haut p. 123) (3).

Dans le droit pénal on avait mieux déterminé la part de l'Etat

(1) Mommsen, I, 108. — Ce droit, encore reconnu par la loi des Douze Tables, *partes secanto*, que quelques auteurs ont à tort mis en doute, n'est que trop une cruelle vérité. Mommsen pense même, p. 109, que le cas où il faudrait couper le corps en un trop grand nombre de morceaux a été plus soigneusement prévu que ne le fit le juif Shylock. Götting partage une autre opinion (ouvrage déjà cité, p. 323).

(2) Gans, *Droit de succession*, II, p. 36, distingue avec raison trois périodes : la première est celle où la succession *ab intestat* et la succession testamentaire ne s'opposaient pas encore radicalement l'une à l'autre ; la deuxième manifeste une opposition tranchée entre les deux, laquelle commence par le principe : *Uti legassit super familia pecunia tutelave rei suæ ita jus esto*, et est poussée jusqu'à admettre le testament prétorien ; la troisième période est celle où les deux successions s'harmonisent et s'unissent dans le droit de l'héritier nécessaire, période qui ne se termine qu'avec la nouvelle 115.

(3) Gans, II, p. 54.

et celle du citoyen qu'on ne l'avait fait chez d'autres peuples. En règle générale, l'Etat n'intervient par lui-même que lorsque la paix publique est troublée, c'est-à-dire au cas de trahison du pays (*proditio*), d'insurrection contre l'autorité (*perduellio*). Il intervient aussi pour faire punir le meurtrier atroce (*parricida*), l'incendiaire, le faux témoin et ceux qui, de nuit, coupent, sans autorisation, le blé sur un champ confié à la garde des dieux et du peuple : ces crimes emportent la peine de mort. Les crimes contre le concitoyen ou contre l'hôte étranger emportent, avant tout, pour le coupable, l'obligation de réparer le préjudice ou de désintéresser la partie lésée. Ils ne sont jamais punis de mort, tout au plus de la perte de la liberté.

La procédure civile était simple. La situation respective des parties en justice était réglée sous la forme d'une *sponsio* par laquelle chaque partie faisait un dépôt, au cas de perte du procès, dépôt qui était dévolu aux prêtres pour pourvoir aux frais des sacrifices publics. Celui qui était condamné et n'accomplissait pas la sentence dans les trente jours restait soumis à la procédure d'exécution, par la *manus injectio*. Dans ce cas, à défaut de représentant (*vindex*) qui se rendit personnellement responsable et faute d'obéir à la sentence, la justice adjugeait le débiteur aux créanciers pour être, par eux, détenu comme esclave. A l'expiration de soixante jours et après l'avoir, pendant trois fois, exposé sur le marché, s'il ne se trouvait personne qui compatit à son sort, ceux-ci pouvaient le tuer et se partager son cadavre ou encore le vendre comme esclave à l'étranger avec ses enfants et tout son avoir (Voyez p. 152).

A ces traits du tableau de l'ancien droit, on reconnaît déjà la logique de précision, la clarté et la dureté du droit romain, qui a toujours conservé ce triple cachet. D'un autre côté, l'examen du droit, à cette première époque, si on la rapproche de la dernière phase du perfectionnement, contribue à faire ressortir le progrès considérable qu'il a fait dans les temps ultérieurs.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS LES LOIS DES DOUZE TABLES JUSQU'À LA NAISSANCE DE LA
MONARCHIE ABSOLUE SOUS AUGUSTE.

Les lois des Douze Tables que Tite-Live considère comme *fons publici privatique juris* et Tacite comme *finis æqui juris*, devinrent la base de l'entier système juridique ; et tout en admettant que leurs dispositions sur les rapports du droit public n'ont pas tardé à perdre de leur autorité, il faut reconnaître que ces lois n'en sont pas moins demeurées, jusqu'à Justinien, la base commune (1) de tous les changements que les magistrats et les jurisconsultes opérèrent dans la suite au fur et à mesure que le besoin s'en faisait sentir. La législation des Douze Tables et celle de Justinien forment donc, l'une, le point de départ, et l'autre, l'extrême aboutissant de la voie que parcourt le perfectionnement du droit dont le peuple et ses organes sont les principaux promoteurs.

Le cachet distinctif de la législation des Douze Tables n'est point d'avoir créé un nouveau système de droit, mais bien au fond d'avoir fixé par écrit, et dû par suite déterminer avec précision et netteté le droit qui se trouvait déjà en vigueur, sauf à y apporter les modifications que comportait, sous le rapport religieux et politique aussi bien que sous celui du droit privé, la nécessité qui se faisait sentir de plus en plus d'établir une plus grande égalité de condition entre les deux classes. Cette *exæquatio juris* fut, dans le fait, inaugurée par les Douze Tables et menée entièrement à bout dans la seconde période qui nous occupe. Cette législation eut pour effet, d'un côté, de ruiner finalement l'influence sacerdotale dans le droit et le prononcé des sentences, et de l'autre, de commencer à mieux séparer le

(1) Puchta, I, p. 192, fait cette juste remarque : « Le propre des Douze Tables, qui n'a rien d'analogue à celui de tout vrai dénouement, n'est pas tant de clore un passé que d'ouvrir une ère nouvelle.

droit privé du droit public avec lequel il se trouvait auparavant enlacé, et d'ouvrir ainsi une voie de perfectionnement indépendante au droit privé.

Dans le développement du droit public et du droit privé auquel la nouvelle législation avait donné un solide point d'appui et une puissante impulsion, à travers les nombreuses phases par lesquelles il passe successivement, il ne suffit pas de mettre en relief la marche continue du progrès tendant à établir l'égalité entre les deux classes et à les absorber dans l'unité de la nation : il faut encore faire ressortir l'élément non moins important du respect pour le formalisme du droit dans la sphère du droit politique et du droit privé. Ce respect se montre d'une manière on ne peut plus marquée de la part du peuple et de ses organes, et préside à toute leur conduite. Par là, l'on s'explique aussi comment, malgré les luttes opiniâtres entre les patriciens et les plébéiens, le régime républicain peut être aussi longtemps maintenu sur ses bases. Ce trait caractéristique, digne d'une nation qui apparaît dans l'histoire comme le représentant du droit, se manifeste dans le droit public par la constance et la persévérance avec lesquelles le peuple et ses organes, lors même qu'ils eussent échoué une première fois dans la tentative d'étendre les droits populaires, renouvelaient continuellement et en suivant la voie légale leurs propositions jusqu'à ce qu'elles fussent adoptées, et s'acheminaient ainsi graduellement vers le but final. Relativement au droit privé, la même tendance se montre également dans la manière dont les magistrats et les jurisconsultes procédaient au perfectionnement du droit, en considérant le droit civil rigoureux, tel qu'il résultait de la loi des Douze Tables, comme la pierre angulaire du système. Aussi se gardaient-ils d'effectuer directement, sans transition et par voie de brusque suppression ou transformation, les modifications requises par le développement ultérieur des rapports de la vie et du commerce ; mais ils les ménageaient indirectement et même souvent en ayant recours à des fictions ingénieuses qui permirent de rattacher le nouveau à l'ancien.

La dernière phase du progrès est marquée, avant tout, dans la sphère politique, par deux intervalles principaux. L'un est rempli par la république aristocratique, l'autre par la répu-

blique démocratique, qui part de la loi Hortensia, l'an 467.

Après la publication des Douze Tables, les plébéiens, par la persistance de leurs efforts, arrachèrent aux patriciens tous leurs privilèges, successivement et l'un après l'autre. Ils commencèrent à obtenir, par l'intermédiaire du tribun Canuléius, l'égalité de droit, eu égard à l'union conjugale qui ne leur avait pas été accordée par les lois des Douze Tables, c'est-à-dire le *connubium* avec les patriciens. Plus tard, l'année 310 et suivantes, ils obtinrent la faculté d'élire, pour remplir une partie des attributions consulaires, des *tribuni militum consulari potestate*, charge à laquelle pouvaient prétendre également des plébéiens. Ils réussirent enfin, grâce à la persévérance que montre pendant dix ans de suite et sans jamais se lasser, le tribun du peuple Licinius Stolo, 387 (366 av. J.-C.), à faire accepter le dernier des trois projets de loi qu'il avait proposés. Ceux-ci se rapportaient à l'injuste répartition de l'*ager publicus* (1), aux cruautés exercées envers les débiteurs, et à l'admission des plébéiens au consulat.

La victoire des plébéiens sur le dernier point fit abolir le tribunat militaire auquel les plébéiens parvenaient rarement, et l'un des consuls dut être choisi au sein de la plebs. Les charges de censeur et de préteur étaient attachées au consulat ; et les patriciens, dans la prévision qu'ils se verraient peut-être contraints finalement de céder sur le consulat, avaient réussi à en détacher, après la loi Canuléia, la charge de censeur, en 314, et plus tard, en 387, celle de préteur. Une fois qu'ils eurent gagné leur cause pour le consulat, ils durent naturellement s'efforcer d'y

(1) Puchta, *Cours des Instit.*, I, § 57, soutient, avec Huschke, l'opinion qui avait cours dans le passé et d'après laquelle la *lex Licinia, De modo agri*, ne se rapporterait pas aux *possessiones* de l'*ager publicus*, mais à la vraie propriété foncière. L'opinion de Niebuhr, III, 14, nous paraît vraie. La principale disposition de la loi agraire consista en ce que personne ne dut posséder plus de cinq cents arpents en terre labourable et bâtiment du territoire commun, ni faire paître sur les pâturages communs plus de cent têtes de gros bétail et cinq cents de petit. Ce que les particuliers possédaient en plus sur le territoire commun serait réparti en lots de sept arpents à attribuer en propriété à tous les plébéiens. Sur la justice et l'équité de ces propositions, plus tard renouvelées par Tibérius Gracchus, voyez Niebuhr, III, 21 et suiv.

rattacher de nouveau cette double charge. La dignité à laquelle les plébéiens arrivèrent finalement fut celle de *pontifex maximus*. Le premier plébéien qui dut en être investi fut Coruncanus, en l'année 502. Le sénat conserva toujours les plus hautes prérogatives et il ne se transforma qu'à la longue en recevant dans son sein les magistrats qui avaient résigné leur charge, par suite aussi les plébéiens. On comprend que le sénat appuya même, contre les curies, les deux propositions du dictateur plébéien *Publius Philo*, en 415 (388 av. J.-C.), *ut plebiscita omnes Quirites tenerent* et *ut legum quæ comitiis centuriatis ferrentur ante initum suffragium patres auctores fierent*. Par la première proposition, les plebiscites qui furent rendus dans les comices de tribus devinrent lois sans avoir besoin d'être sanctionnés par les comices de curies. Par la seconde, si l'on entend, avec Niebuhr (1), par *patres*, les comices de curies, ils perdirent le droit de *veto* ou d'opposition aux décisions des comices-centuries, et leur droit d'autorisation, qui emportait la nécessité d'obtenir leur adhésion préalable, fut réduit à une pure formalité.

La prépondérance que les plébéiens avaient ainsi acquise leur fut définitivement assurée par la *lex Hortensia* (286 av. J.-C.) puisque, par l'adoption du principe *ut eo jure quod plebs statuisset omnes Quirites tenerentur*, l'approbation des plebiscites par le sénat fut abolie. Aussi Gaius dit-il avec raison : « *Eo modo plebiscita legibus exæquata sunt*, » et la *plebs* se présente alors comme réunissant en elle le peuple tout entier. Ainsi fut conquise l'unité nationale démocratique; ainsi passa au peuple la plénitude du pouvoir législatif; mais pour l'Etat romain dut toujours subsister cette restriction si importante que le peuple ne fut appelé à se prononcer sur la paix et sur la guerre

(1) Niebuhr, III, 170. — Puchta, I, 59, veut au contraire voir dans les *patres* le sénat, et il admet que la seconde loi n'a apporté aucune modification; qu'elle a plutôt fait revivre, eu égard à l'innovation contenue dans la première loi *Pubilia*, l'ancienne prérogative du sénat, dont l'autorisation préalable était nécessaire toutes les fois qu'il s'agissait de faire rendre une loi par les comices de centuries. L'opinion de Niebuhr permet seule de s'expliquer pourquoi ces lois furent taxées par Tite-Live d'une manière si tranchée de *leges secundissimæ plebei*.



qu'après délibération préalable et sur la proposition du sénat, qui conserva en principe la direction des affaires étrangères.

L'égalité politique et l'unité nationale une fois conquises, les tribuns du peuple, qui ne représentaient plus alors la *plebs*, mais bien le peuple tout entier, devenus par là plus puissants, commencèrent par proposer avec plus d'assurance des mesures destinées à améliorer la position sociale du peuple, plongé dans une misère qui ne faisait qu'augmenter par suite des guerres continuelles et des exactions usuraires des riches. A la révolution politique, qui se termina heureusement, en succéda une autre ayant plutôt un caractère social, mais qui, cherchant à remédier, par des moyens extérieurs, aux plaies morales les plus profondes, ne fit que surexciter les passions populaires et accélérer ainsi la dissolution du régime démocratique. Il y eut un changement radical dans la situation respective des partis : tous les membres de la classe des patriciens et de celle des plébéiens qui, comme riches, couraient les mêmes dangers, formèrent entre eux une alliance étroite, et s'ils ne réussirent pas toujours à empêcher l'adoption des mesures d'intérêt général proposées par les tribuns, il n'est pas moins certain qu'ils en arrêtaient l'exécution.

La loi agraire de Licinius fut proposée de nouveau par les Gracques en 621 et 631. Cette loi avait été accueillie une première fois avec ce tempérament qu'à chaque père de famille il fut attribué, outre les cinq cents arpents fixés par la loi Licinia, autant de lots de deux cent cinquante arpents qu'il avait d'enfants. Elle fut acceptée, cette seconde fois, mais son exécution rendue impossible, et elle amena le meurtre des deux Gracques. Il n'était remédié à la misère que par de fréquentes colonisations, et le colon obtenait une propriété réelle sur le lot qui lui était attribué jusqu'à ce que, finalement, le territoire conquis à la suite de longues guerres passât également entre les mains des puissants et des riches. A mesure que la domination romaine s'étendait, et que les provinces étaient livrées au pillage, les anciennes vertus romaines avaient décliné de plus en plus. L'excès de la richesse, le luxe, la puissance de toutes les voluptés d'un côté ; de l'autre le poids de la misère, l'incertitude de condition et la décadence non moins profonde de la moralité, toutes ces causes avaient

amené la division des citoyens, à part différentes nuances, en deux classes de plus en plus tranchées et diamétralement opposées. Ces classes employèrent toutes leurs forces à se détruire mutuellement dans des luttes d'intérêts purement extérieurs et matériels, jusqu'à ce qu'enfin elles fussent amenées, par la force des choses, à être absorbées par la puissance absolue de l'empire, qui fut la personnification la plus complète de l'égoïsme romain.

II. — Les sources du droit sont, à cette seconde époque :

1° Les *leges* dans leur triple forme de *leges populi plebiscita et senatusconsulta* ; 2° les *edicta magistratum* ; 3° les *responsa prudentium* ; 4° le droit envisagé par les Romains comme droit de coutume ou découlant immédiatement des mœurs (1). *Mores majorum* ou de la jurisprudence, *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*, *disputatio fori*. Nous devons maintenant considérer de plus près ces sources en elles-mêmes et dans leur développement.

1° Les *leges* se présentaient sous une triple forme, eu égard aux trois ordres d'autorités investies du pouvoir législatif : les comices des centuries, les comices de tribus et le sénat. Dans le sens primitif et plus étroit, on n'appelait *leges* que les propositions qui, après avoir obtenu l'approbation du sénat, étaient acceptées dans les comices de centuries par le peuple (*populus*), qui comprenait l'ensemble des citoyens romains, patriciens et plébéiens. Pour les plébiscites et les sénatus-consultes, on disait seulement qu'ils avaient *legis vigorem* ou *legis vicem*. Les *populiscita* seuls eurent pendant longtemps une force universellement obligatoire ; mais les plébiscites, qui, à l'origine, étaient rendus dans les comices de tribus convoqués exclusivement pour traiter des intérêts communaux de la *plebs* et dont les décisions

(1) Le droit de coutume fut pris par les Romains dans un sens plus étroit que par les romanistes de nos jours. La division des Romains en *jus scriptum* et *jus non scriptum* a une autre signification que celle qui y correspond de nos jours en Allemagne. Ainsi il est dit, § 3, Inst., I, 2 : « Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto. — Scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, edicta, responsa prudentium ; » § 10 : « Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. »

n'exigeaient pas l'approbation du sénat, furent assimilés aux *populiscita* en vertu des *leges Publiliae* et en vertu surtout de la loi *Hortensia*. C'est seulement vers la fin de la République ou au commencement de l'empire, que les sénatus-consultes obtinrent autorité de lois dans les matières du droit privé. La plupart des lois appartenant principalement à la troisième époque, et qui se rapportent aux matières du droit privé, furent des plébiscites : tels sont la *lex Cincia* sur les donations, la *lex Furia* et la *lex Voconia* sur les legs et sur le droit héréditaire; la *lex Aquilia* sur les dommages causés, et la *lex Aebutia* sur un nouveau système de procédure.

2° Les *edicta magistratum*. — Les magistrats, qui n'étaient élus régulièrement que pour un an, exerçaient comme organes du peuple romain, dans les limites des fonctions qui leur étaient confiées, une plénitude absolue de pouvoir (*imperium*), et ce n'était qu'à l'expiration de leur mandat qu'ils pouvaient être rendus responsables de leurs actes, appelés qu'ils étaient à en rendre compte au peuple ou au sénat. Les magistrats qui contribuèrent au perfectionnement du droit civil furent surtout les préteurs, le *prætor urbanus* et *peregrinus*, ainsi que les édiles chargés de la police. Ces deux ordres de magistrats, les préteurs et les édiles, publièrent, à leur entrée en fonctions, des édits (*edicta magistratum*) par lesquels ils faisaient connaître d'avance les principes fondamentaux qui serviraient de règle à leurs décisions, dans les cas qui leur seraient soumis durant l'exercice de leur charge. En ce qui concerne spécialement l'édit des préteurs, si important pour le développement du droit, on peut y distinguer deux parties essentielles : Considéré en lui-même, l'édit du préteur était *edictum perpetuum*, en ce sens, qu'il y était promulgué une règle tenue pour invariable; mais comme le successeur n'était pas astreint à l'observer, et qu'il ne conservait naturellement que les dispositions en harmonie avec le but à atteindre, en éliminant successivement celles qui ne répondaient plus aux besoins, on nommait les dispositions de l'édit conservées *tralatitia edicta*, par opposition aux nouvelles (*nova edicta*) que le préteur, à son entrée en charge, établissait. L'autorité juridique de l'édit prétorien qui, à raison de sa publication par écrit, était rangé dans le

jus scriptum, sans être loi ou droit de coutume, prenait sa source, selon le point de vue romain que nous venons de rappeler, dans la volonté absolue (*imperium*), du préteur qui, dans sa charge, était l'organe de la volonté illimitée du peuple.

L'influence de l'édit prétorien sur le perfectionnement du droit privé présente des caractères distincts eu égard aux deux époques où elle se produit: 1° L'une date de la première institution d'un préteur chargé de l'administration de la justice, et se termine à l'installation du *prætor peregrinus*: elle s'étend de l'année 387 à 508 environ; 2° l'autre commence avec le *prætor peregrinus* et le développement de ce qu'on appelle le *jus gentium*, lequel réagit sur l'édit du *prætor urbanus* et ouvre la voie au véritable perfectionnement du droit romain.

Dans la première période (387-508), l'influence du préteur sur le fond et même sur les formes du droit de procédure ne se fit sentir que très faiblement. Le préteur, en principe, n'avait sans doute pas à statuer, par lui-même, sur les procès dont la solution était confiée au *judex* choisi par les parties ou par le préteur; mais il pouvait, par les moyens d'instruction ou de procédure, exercer une influence prépondérante sur le fond du droit. Dans la période dont s'agit, cette influence sur la procédure fut sans importance, le préteur étant seulement chargé de prendre de son siège les formules judiciaires, *legis actiones*, telles qu'elles avaient été rédigées par les jurisconsultes (*prudentes*) et complètement adaptées aux termes de la loi, formules que devaient présenter les parties. Après avoir choisi celle qui correspondait au litige, il la leur remettait en prononçant certaines paroles solennelles. C'est à lui seul qu'il appartenait de prendre certaines mesures se rapportant au côté extrinsèque de la procédure, d'exclure par exemple certaines personnes des fonctions de *judex* sur la requête des parties tendant à obtenir des juges autres que ceux régulièrement appelés à connaître du litige, de statuer sur l'admissibilité ou sur le rejet des cautions. A côté des *legis actiones*, qui continuèrent à subsister encore, du moins en partie, la *lex Æbutia* qui, d'après Heffter, remonte à l'année 605 et même plus haut, à 550, d'après une opinion assurément moins fondée de Puchta, fut la première à introduire une nouvelle procédure. Celle-ci conféra au préteur la

faculté de donner des actions qui n'étaient pas fondées sur le droit civil rigoureux ou de paralyser des actions dérivant de ce dernier par des exceptions, etc., ce qui assura à ce magistrat une influence considérable sur le perfectionnement du droit. Cette *lex Æbutia* doit être censée due à une réaction du *jus gentium* appliqué par le *prætor peregrinus* sur la procédure du *prætor urbanus*.

A la seconde période, une sphère plus libre et plus vaste d'action commença à s'ouvrir au *prætor peregrinus*. A partir de l'année 508, il eut droit de juridiction tant pour les procès entre étrangers que pour les procès entre étrangers et citoyens romains. Comme dans ces sortes de procès n'étaient applicables ni le strict droit civil ni les *legis actiones*, le préteur des pérégrins dut alors avoir recours à d'autres règles juridiques dont le besoin se faisait sentir.

A ce besoin avait justement répondu ce qu'on appelle le *jus gentium* qui, grâce à l'extension des relations commerciales et prolongée des Romains avec d'autres peuples, ceux notamment de l'Italie, devint une vraie source de droit. Dans leur contact avec ces peuples, les Romains éclairés avaient eu l'occasion de connaître plusieurs principes et institutions juridiques qui, à part certaines formalités, s'accordaient avec ceux de leur nation. D'un autre côté, leur sens exquis juridique pour le développement des relations commerciales et en vue de les faciliter avait su tirer de la nature de ces relations elles-mêmes des formes de droit plus simples et plus flexibles. Obtenues ainsi par voie de déduction et de logique naturelle, elles constituèrent un ensemble de règles sous le nom de *jus gentium* (1). Ce droit naturel privé applicable au commerce avec les étrangers fut pris pour règle dans son édit par le *prætor peregrinus*, et dans le droit réel

(1) « Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur : nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur; et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium jure utitur. » Pr., et § 1, Inst., I, 2, *De jure nat.*

comme dans celui des obligations, ce magistrat fut amené à reconnaître la validité des formes nouvelles d'acquisition et de transaction.

Cette manière plus simple de procéder du préteur pérégrin ne pouvait rester sans influence sur la juridiction de son collègue le *prætor urbanus*, qui exerçait ses fonctions dans la même cité. Cela était d'autant plus naturel, que le besoin de formes moins compliquées se faisait toujours aussi plus vivement sentir pour les citoyens romains, à mesure que les relations d'affaires entre eux se multipliaient. Le premier fruit de la procédure suivie par le préteur pérégrin, laquelle réagit sur les convictions du peuple dont elle obtint l'approbation, fruit qui mit toutefois un demi-siècle à mûrir, fut la *lex Æbutia*. Le *prætor urbanus* ne fut plus condamné depuis au rôle passif qui lui était échu consistant dans cette récitation monotone des *legis actiones* (*carmen*, pour me servir de l'expression ironique de Cicéron), et il fut appelé à procéder d'une manière plus indépendante, c'est-à-dire qu'il put donner, pour des cas analogues à ceux prévus dans les *legis actiones*, des *actiones utiles*. Mais si importante que fût la nouvelle forme de procéder pour dégager plus facilement le fond du droit, le besoin de modifier et de compléter ce droit lui-même ne recevait pas encore par là satisfaction.

Le *prætor urbanus* ne pouvait ici, à l'opposé du *prætor peregrinus*, procéder, par voie de création directe, de nouvelles règles de droit ; mais il devait recourir à des moyens indirects, vu qu'il ne lui était pas permis de modifier le droit subsistant, tant que sa forme restait intacte. Ces moyens consistaient à refuser l'efficacité à certaines actions dérivant du strict droit civil par le moyen des *exceptiones* et à considérer comme donnant lieu à une *exceptio* (*exceptio doli, metus, vis*) et même à une *actio*, certaines circonstances morales notamment qui influent sur la formation des rapports juridiques ; telles étaient l'erreur, la fraude, la crainte et la violence dont ne tenait pas compte le strict droit civil, comportant uniquement l'observation de certaines formes extérieures. Ces moyens consistaient aussi à statuer sur la recevabilité des cautions (*cautiones*) ou sur les envois en possession (*missiones in possessionem*) à donner d'un autre côté des *interdicta* contre les voies de fait arbitraires et les injus-

tes prétentions ; à assurer, en outre, à ceux qui avaient perdu leurs droits sans qu'il y ait de leur faute, le rétablissement dans leur état primitif (*in integrum restitutio*). Le préteur enfin, eut recours à des fictions qu'il établissait pour de nouveaux cas ou rapports enjoignant au juge de décider suivant une formule du strict droit civil produisant les effet légaux, comme si le cas donné eût été expressément prévu, tandis qu'il pouvait se faire qu'il ne fût pas même implicitement compris dans la formule, ne présentant avec elle aucune analogie. Les préteurs posaient aussi la base d'un nouveau système de succession en facilitant l'exercice de leurs droits à certains successibles auxquels ils accordaient la possession des biens héréditaires (*bonorum possessio*). Comme il était impossible de prévoir dans l'édit tous les cas réclamant la protection du magistrat, les nouveaux étaient réglés d'après le principe de l'analogie ; de là dérivèrent les *actiones*, *exceptiones utiles* et autres. Le principe supérieur qui dirige ici le préteur fut, en général, l'utilité commune (1) (*utilitas publica*), mais surtout l'*æquitas*. Les Romains n'entendaient pas par là un mode de procéder ayant un caractère subjectif ou arbitraire, mais bien plutôt une règle adaptée aux rapports réels et tenant compte des éléments essentiels concourant à les former, s'adressant plus au fond qu'à la forme, et en vertu de laquelle à chacun était attribué son droit propre comme il le méritait (*pro dignitate*) (2). La règle suivie par le préteur devint ainsi le principe du développement du droit privé et remplit un rôle diamétralement opposé à celui des Douze Tables.

De cette manière, le droit romain revêtit à cette seconde épo-

(1) « Jus prætorium est quod prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. » Fr. 7 et § 1, D., I, 1. — C'est ainsi, par exemple, que la *negot. gestio* si importante est motivée dans l'Édit sur l'*utilitas*. F. 1, I. D., III, 4.

(2) Cicero, *Pro Murend.*, 12, définit en ce sens la justice lorsqu'il s'exprime ainsi : « Justitia est æquitas jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque. » Comparez ce qui est dit sur l'équité p. 107, 1^{er} vol. L'individuel proprement dit n'a jamais été entendu dans le sens d'équité chez les Romains, qui, comme il a été remarqué plus haut, ont toujours vu dans l'individuel quelque chose d'abstrait.

que une double forme : celle du droit strict et celle du droit prétorien. A mesure que l'*Urbs* étendait ses proportions jusqu'à celle de l'univers, *orbis*, le droit tendait de plus en plus à se perdre, au fond, dans le *jus gentium* en dépouillant comme un vêtement usé les vieilles formes du *jus Quiritium* strict et nu (*nudum*). Disons, toutefois, pour être d'ores et déjà ici complet sur ce point, que le progrès dont s'agit ne parvint à son dernier terme qu'à l'époque suivante, lorsque, sous Caracalla tous les sujets de l'empire romain furent mis sur le même niveau d'égalité eu égard au droit civil. Dès ce moment, quoique les fonctions spéciales du préteur pérégrin aient été maintenues, tous les édits émanés de ce magistrat et du préteur urbain n'en furent pas moins censés ne faire qu'un tout (*jus honorarium*) et tenus pour tel par les jurisconsultes. Sur l'ordre de l'empereur Adrien, le jurisconsulte Salvius Julien, l'an 131 après J.-C., les coordonna et en forma un corps. A la troisième époque, disparut complètement la distinction entre les deux édits, et Justinien, vers la fin de la quatrième période, dut ne plus laisser subsister de différence entre le *jus honorarium* contenu dans l'édit et l'ancien droit civil qui en était alors réduit à un rôle subsidiaire (ce qui n'empêche pas que dans la codification opérée sous Justinien se retrouvent encore plusieurs traces de la double forme que présentait antérieurement le droit) en les combinant l'un et l'autre avec les autres sources du droit, et en les faisant rentrer dans un seul et même cadre.

3. Les *responsa prudentium*. Les patriciens furent longtemps les seuls jurisconsultes. Ils n'étaient pas seulement les conservateurs du *jus sacrum* dont l'application était encore si fréquente, mais encore continuaient, même après la législation des Douze Tables, à retenir par-devers eux la connaissance des formules de procédure si importantes et des temps et jours (*dies fasti*) opportuns pour l'exercice des actions judiciaires. A partir du moment où les formules coordonnées par le jurisconsulte patricien Appius Claudius eurent été publiées par son secrétaire Cnéius Flavius (que le peuple nomma édile par reconnaissance pour ce bienfait), depuis 499, la jurisprudence fit des progrès plus rapides parmi les plébéiens. L'influence des jurisconsultes se fit sentir dans la double sphère de la science et de la prati-

que. Ils aidèrent au progrès de la science par l'*interpretatio juris civilis*, qui ne se bornait pas à l'élucidation du texte des Douze Tables, mais dut s'entendre du développement logique du droit envisagé dans son esprit et dans toutes les conséquences. Ce qui plaça les jurisconsultes, respectivement au droit civil, dans une situation semblable à celle des préteurs vis-à-vis du *jus gentium*. Ils rendirent des services dans la pratique, par l'émission d'avis motivés (*respondere*), par les directions et précautions qu'ils conseillaient de prendre (*cavere*), dans les transactions juridiques ou dans la passation des contrats, des testaments et actes judiciaires (*scribere*). Il faut surtout ici mettre en relief la rédaction des formulaires juridiques, lesquels ont assurément contribué, pour une part essentielle, à une classification plus complète des matières du droit et donné bientôt une véritable autorité traditionnelle à ces dispositions du contrat (*lex contractus*) en harmonie avec lui et inhérentes à son but. De semblables formulaires ont été plusieurs fois rédigés (par exemple, *jus Ælianum*), et la théorie ainsi que la pratique y ont considérablement gagné. Finalement, les jurisconsultes entreprirent aussi l'enseignement du droit, après que *Tiberius Coruncanius* eut pris l'initiative. Ceux qui tentèrent de donner au droit une base scientifique sont notamment *Mucius Scævola*, *Ælius Catus*, *Servius Sulpicius Rufus* et *Ophilius*. La science juridique n'atteint toutefois son apogée qu'à l'époque suivante.

III. Après l'examen des sources du droit, nous abordons actuellement les rapports juridiques en commençant par les rapports éthiques généraux servant de base à ceux-ci, et qui concourent à les déterminer.

Dans la première partie de cette seconde époque, la république romaine, sous le rapport moral, se montre dans tout l'éclat de la floraison. Les plébéiens, qui étaient parvenus à faire reconnaître entre eux et les patriciens une égalité complète pour les droits politiques, firent circuler dans le corps tout entier de l'Etat une nouvelle sève de vie, et, par les généraux ou hommes d'Etat célèbres sortis de leurs rangs, ne cessèrent d'exercer leur droit de participer à la direction des affaires publiques. Les croyances religieuses étaient encore puissantes, les mœurs peu corrompues, l'absolutisme inhérent à l'idée romaine

du droit et de la souveraineté, tempérée par des mœurs mieux réglées. La censure (1), qui, dans la large sphère de ses attributions, embrassait, du point de vue éthique, l'ensemble des branches de la vie et punissait souvent des actes purement immoraux, tels que la dissipation et la mauvaise gestion de la fortune, devint un organe de la conscience morale et juridique du peuple. Dans l'agriculture prévalut la propriété moyenne. C'est à celle-ci que furent dus, au sein de l'assemblée du peuple, le vraisens pratique des affaires, et, dans l'armée, la bravoure romaine. Mais les germes du mal, inhérents aux bases premières de l'organisation du peuple et de l'Etat romains, se développèrent rapidement, les circonstances y aidant, et dans une grande mesure. Les croyances polythéistes avaient été considérablement ébranlées au sein du peuple par suite des calamités qu'entraînèrent les premières années de la guerre d'Annibal. Les dieux ne parurent plus assez puissants ; on se tourna vers des cultes nouveaux et étrangers. D'un autre côté, les victoires remportées sur les nations étrangères ne furent pas moins funestes. Si le Grec éprouvait une satisfaction spirituelle à représenter les dieux sous les plus belles formes de l'art, et à donner le plus de relief à leur histoire, le Romain, plus attaché aux choses extérieures, à mesure que son horizon s'élargissait et qu'il sentait davantage ici son insuffisance, devait s'efforcer de remplacer ce manque de vie morale et intérieure par la multiplicité des cultes de divinités. La même facilité que le Romain avait montrée à s'approprier dans le droit les idées étrangères, il la manifesta ici, alors qu'il fit entrer dans le même cadre, depuis ses relations avec l'Orient, les cultes asiatiques et égyptiens monstrueusement confondus (*Isis, Sérapis*) sans compter la magie étrusque qui se propageait alors de plus en plus. L'intervention du sénat en 544 fut sans résultat. Au sein des classes supérieures disparut toute croyance ; dans le peuple pénétra en revanche une croyance absurde aux prodiges. La magie, l'astrologie, même les prédictions qui étaient faites en consultant les entrailles de victimes humaines immolées pendant la

(1) Voyez Jarke, *Essai d'une exposition du droit de répression des censeurs*. 1824.

nuit, inspiraient plus de confiance que les sacrifices du culte public. Le contact avec la civilisation grecque déjà dégénérée ne fit plutôt que hâter cette dissolution de la vie morale et religieuse. De même que l'art, en principe, s'il manque de l'élément vital de la moralité, ne sert qu'à donner satisfaction aux basses voluptés, de même l'art grec, qui transforme jusqu'à l'art étrusque, n'aboutit, à Rome, qu'à servir au raffinement du sensualisme. De tous les systèmes de la philosophie grecque, l'épicuréisme fut celui qui obtint le plus de faveur.

Ce qui contribua d'une manière encore plus immédiate à changer le droit et le système de l'Etat, ce fut le grand changement que subirent les rapports économiques propres à la nation ; il importe de l'envisager de plus près (1).

Rome trouvait sa force dans une bonne organisation de la classe agricole, quoique l'influence du commerce se révélât en même temps par la fondation de la ville sur les bords du Tibre. L'avidité des patriciens avait déjà, aux troisième et quatrième siècle, réduit cette classe agricole à une situation des plus obérées. A mesure que la domination romaine s'étendit, il fut sans doute apporté quelque adoucissement à cette situation par de fréquentes attributions de terres (assignats) et par des colonisations. La classe des agriculteurs s'était augmentée, et, pendant quelque temps, fut dans une situation prospère, par suite de l'accroissement de la population de Rome, d'une fixation plus régulière du cours des valeurs monétaires et de l'exhaussement du prix des céréales. Mais l'injustice envers les pays conquis qui furent livrés au pillage et la dureté du régime des esclaves, ainsi que l'augmentation démesurée de leur nombre réagirent toujours de plus en plus d'une manière funeste sur les oppresseurs.

Les intérêts de la classe des vrais cultivateurs subirent par là une première atteinte. Les grandes livraisons de blé que les provinces devaient faire à l'Etat eurent lieu en temps de paix à vil prix au profit des populations des cités, et, depuis la deuxième guerre punique, l'état pourvoyait aux besoins de l'armée avec

(1) Ces rapports importants ont été très bien appréciés aux différentes époques par Mommsen, I, 171, p. 29 et suiv., p. 616 et suiv.

le blé fourni par les provinces. Il était alors impossible à l'agriculture du pays de se soutenir. L'intérêt de la petite propriété rurale fut toujours de plus en plus sacrifié, et à la place de celles-ci surgirent de vastes domaines qui, selon le système carthaginois, furent abandonnés aux soins des esclaves dont le nombre s'accrut démesurément. La culture des céréales cessa en général d'être avantageuse. L'éducation du bétail, qui seule paraissait devoir être encore une source de gain, vu la difficulté des transports par mer, exigeait de vastes domaines. Ceux-ci se concentrèrent entre les mains des grands, à raison du système d'occupation se généralisant de plus en plus et qui autorisait non à aliéner les biens de l'Etat en toute propriété ou à titre de bail, mais à les céder seulement à titre d'usufruit gratuit et révocable en tout temps. Il faut ajouter que les *possessions*, en dépit de nombreuses oppositions, devinrent toujours de plus en plus en fait héréditaires. D'un autre côté, la malencontreuse initiative prise en 536 par Gaius Flaminius, qui fit rendre la loi Claudienne, interdisant aux sénateurs l'exercice du commerce comme incompatible avec leur dignité, amena forcément les familles riches à tourner leurs capitaux du côté de la propriété foncière. Ainsi disparut la petite et la moyenne culture et prit le dessus l'éducation du bétail. La multitude d'esclaves qu'exigeait ce genre d'exploitation s'accrut dans des proportions menaçantes. La loi ultérieure qui prescrivit aux propriétaires de fonds ruraux d'employer pour travailleurs un certain nombre d'hommes libres échoua dans l'application. A mesure que dépérissait l'agriculture, le commerce faisait de rapides progrès, la circulation du numéraire augmentait. Aucune branche d'industrie ne fut pratiquée avec autant de passion par les Romains, que le prêt d'argent, érigé en véritable métier, et qu'ils se réservèrent presque comme un monopole dans les provinces. Cette tendance fut encore encouragée par le système que l'Etat avait adopté d'affermir les impôts, de faire exécuter les travaux publics soit par de riches particuliers qui en obtenaient régulièrement la concession, soit par des compagnies, mode qui, pour ne pas être tout à fait légal, n'en offrait pas moins de plus grandes garanties. Il se trouvait ainsi à peine un Romain aisé qui n'eût quelque intérêt dans les fermes de l'Etat. C'est ainsi

que dans l'agriculture et les diverses branches de l'industrie, le vrai travail disparut. La paresse, la spéculation rendue facile et sans péril quoique lucrative, la soif des jouissances et la cupidité ébranlèrent de tous les côtés l'ordre social, et, finalement, conduisirent, au milieu des dissensions intestines et des luttes horribles des partis, à la dissolution de la république, rendue responsable de tous les maux.

Considérons actuellement les changements opérés dans les rapports juridiques.

1. Une nouvelle classe de sujets de l'Etat inconnue à l'antiquité et contraire à l'esprit des institutions romaines se composait des sujets des provinces. Ce fut là une suite de l'administration des provinces carthagoises, laquelle autorisait à dire que les possessions à l'étranger sont destinées à enrichir les vainqueurs. En même temps se développa un système de privilèges pour les citoyens romains à l'encontre des alliés italiens, et pour ces derniers à l'encontre des étrangers.

2. Tous les liens de famille se relâchèrent : l'ancienne rigidité de mœurs disparut. De grands crimes souillèrent des familles d'un haut rang (par exemple, celle des Calpurniens et des Fulviens). Le mariage perdit sa forme de droit rigoureux, la femme passant rarement *in manum mariti*. Les rapports sexuels devinrent généralement de leur but légitime. La décadence des anciennes mœurs finit par aboutir à ces honteux et effrayants mystères de la société secrète des Bacchanales. Le *senatus-consulte Marcianum* l'avait supprimée en 556, mais son esprit continua à vivre. Le penchant au célibat fut une conséquence naturelle de cet état de choses, et, avec la corruption des mœurs, les unions furent peu fécondes et les adoptions se multiplièrent. La tutelle des parents fut éludée par des simulacres de mariage. Les femmes furent plus indépendantes dans la gestion de leur fortune ; mais elle ne servit souvent qu'à alimenter leur luxe. La *lex Oppia*, qui cherchait à y mettre un frein, fut supprimée en 557, alors que les femmes elles-mêmes parurent sur le forum. La *lex Voconia* (585) chercha vainement à limiter l'avoir des femmes. Les divorces se multiplièrent. A la fin de cette époque, la défense en justice de Clodius, accusé d'adultère, fit entrevoir combien était ruinée dans ses bases la vie conju-

gale (1). La puissance paternelle fut adoucie, le fils put, du vivant de son père, devenir *sui juris* sans passer sous la puissance d'un autre.

3. Dans le droit réel, à côté de la propriété du droit strict se forma la propriété *in bonis esse* (appelée propriété bonitaire) qui comportait, au lieu de la *rei vindicatio* limitée à la première, l'*actio in rem publiciana* en vertu de la fiction de l'*usucapio*. Les servitudes se multiplièrent sur les fonds ruraux et urbains ; l'*ususfructus* fut souvent l'objet de dispositions testamentaires ; à côté du droit de propriété, le droit de possession fut aussi établi.

4. Le droit des obligations reçut un grand développement par suite de l'attrait égoïste dont nous avons déjà parlé pour le trafic et le commerce. Les contrats lient étroitement les parties, non seulement lorsqu'ils étaient conclus *re*, comme à l'époque précédente, mais encore lorsqu'ils se formaient par des paroles solennelles, *stipulatio*, ou *litteris*. Dans ce dernier cas, on agissait spécialement *per transcriptitia nomina*, c'est-à-dire par l'insertion ou la transcription sur le registre des recettes et des dépenses que possédait tout père de famille romain en état de gérer ses biens. Finalement, pour certains contrats généraux que comporte le commerce (l'achat et le bail, le louage, la société), le *consensus* suffit à lui seul pour créer une obligation rigoureuse. Sur le prêt à intérêt, plusieurs lois furent rendues, depuis les Douze Tables, qui contenaient déjà des dispositions contre l'usure. Le maximum de l'intérêt fut réduit de 12 à 6 pour 100 (l'an 398). En 413, on alla même jusqu'à adopter un plébiscite du tribun Genucius, portant abolition de l'intérêt, mais qui ne put naturellement se maintenir. Des accusations pour usures notoires furent souvent portées devant le peuple, et trouvèrent en lui des juges prêts à condamner. Une fixation légale du terme pour le paiement des dettes eut lieu en 408. La loi principale fut la *lex Pœtilia* (429, ou un peu plus tard), par laquelle le débiteur obtint la faculté de conserver sa liberté personnelle en se démettant de tous ses biens ; cette loi abolit aussi la pro-

(1) Cicero, *Ad Attic.*, I, 16. — Seneca, *Epist.*, 97 : « Clodius inter iudices adulteria divisit. » Voyez plus de détail dans Unger, p. 80.

cédure exécutoire sommaire, suivie jusque-là pour les dettes dérivant du prêt. Le droit du gage se perfectionna et revêtit la forme de l'hypothèque. Quant aux obligations de réparation pour dommages injustement causés, elles donnèrent lieu à plusieurs lois, notamment à la *lex Aquilia*.

5. Le droit d'hérédité fut essentiellement modifié par la *bonorum possessio* introduite, de l'autorité du préteur, en faveur des personnes que l'*æquitas* paraissait devoir appeler à recueillir la succession. Les Douze Tables attribuèrent aux testaments privés, la même force qu'à ceux qui étaient faits auparavant devant le peuple. Par là étaient entièrement méconnus les liens du sang, et la liberté individuelle de disposer prévalut absolument. Toutefois, la liberté de tester était limitée par le droit des héritiers nécessaires.

6. La justice civile, qui ne fut jamais à Rome complètement séparée du pouvoir exécutif, pas même après l'institution de la préture dans les attributions de laquelle entraient principalement ce genre de pouvoir, comprit dans les *judicia ordinaria* les deux phases distinctes d'autrefois, la procédure *in jure* et celle *in judicio*. La première avait lieu à Rome devant le préteur (et les édiles). Le préteur pouvait toutefois, d'ores et déjà, si tous les faits étaient clairs, prononcer lui-même la condamnation ou débouter de la demande; mais si, comme dans la plupart des cas, les faits étaient contestés, il renvoyait les parties avec une formule contenant le point de droit devant le *judex* qui devait s'y rapporter pour prononcer le jugement. A la décision du *judex* n'étaient pas seulement soumis les faits (il n'y avait au fond ici rien de commun avec le système des jurés, auquel on a souvent comparé le système romain), mais encore le rapport de ces faits au point de droit. Dans les *judicia extraordinaria* ou *cognitiones extraordinariæ*, au contraire, qui sous les empereurs surtout depuis Dioclétien, devinrent la règle générale, il n'y eut pas lieu à cette double phase de la procédure; le préteur prononça de suite lui-même dans les cas donnés (soit qu'il dût agir immédiatement par des mesures protectrices ou coercitives, soit qu'il eut recours pour statuer à des dispositions préparatoires). La procédure fut longtemps régie par les *legis actiones* (la signification du nom est incertaine selon Gaius), c'est-à-dire

par certaines formes sacramentelles au nombre de cinq : *per sacramentum*, *per postulationem*, *per conditionem*, *per manus injectionem* et *per pignoris capionem*. A cette procédure, la *lex Æbutia* substitua le système formulaire proprement dit, qui pendant longtemps encore fut organisé *ad fictionem legis actionum*, mais se constitua toujours par la suite d'une manière plus indépendante et de façon à s'approprier à tous les cas (1).

Peu de modifications furent apportées au droit pénal : la procédure criminelle au contraire, fut changée en beaucoup de points, surtout par l'organisation de tribunaux permanents (*quæstiones perpetuæ*). Ils ne furent point toutefois, au point de vue scientifique, une source réelle de progrès, et ne firent bien souvent que servir d'instrument aux partis politiques.

TROISIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS AUGUSTE JUSQU'À CONSTANTIN (31 AV. J.-C. À 325 APRÈS J.-C.).

I. La fondation de la monarchie absolue par Auguste, apporta à l'Etat, déchiré par les factions et complètement ébranlé par les passions populaires de toutes sortes, la paix si ardemment désirée. Mais l'esprit d'ordre et la moralité ne subsistaient plus parmi le peuple ; aussi le nouveau pouvoir unitaire n'eut-il qu'un caractère extérieur et ne chercha-t-il à agir que par des mesures matérielles. Manquant de force morale dans ses représentants et ne pouvant non plus imposer au peuple un frein moral, il ne dut pas tarder à s'abandonner à l'entraînement universel de l'égoïsme, de la cupidité, de la soif du pouvoir et des plaisirs. L'empire fut, pour ainsi dire, le miroir dans lequel l'esprit du peuple romain vint réfléchir et concentrer son image ; il fut la plus haute expression de sa corruption et de ses pas-

(1) Sur la procédure civile des Romains, voyez en particulier Keller, *Exposé sommaire du système de procédure civile et des actions chez les Romains*. 1852. Le droit romain se distingue en général par le formalisme. Il en était de même dans la procédure, où, en tout temps, dominent l'exactitude des formules et la précision des termes (Gaius, 4, 11). Sous ce rapport, comme sous tant d'autres, le peuple romain présente la plus grande analogie avec les Anglais.

sions. Le peuple romain, qui avait opprimé tant d'autres peuples, dévoré par une soif de pouvoir et de domination insatiable et s'enrichissant de leurs dépouilles pour satisfaire ses passions, vit, à son tour, les empereurs faire peser sur lui une semblable oppression et il expia ses longues injustices par de longs siècles de souffrances. Le principe subjectif de la volonté, qui faisait à Rome le fond du système du droit et de l'Etat, avait été d'abord l'âme de la vaste souveraineté démocratique et, continuant à se développer, il trouva sa dernière et plus haute expression dans l'absolutisme impérial. Mais ici dut se révéler en même temps l'impuissance radicale de la religion païenne. Le polythéisme avait dénaturé le divin jusqu'à l'enfermer dans les bornes du fini et de l'être humain ; rien alors d'étonnant à ce qu'on fût amené à diviniser le fini lui-même et à ce que l'orgueil humain, s'incarnant dans l'empereur romain, s'exaltât jusqu'à se faire Dieu. Quelques bons empereurs, tels que Trajan, en particulier, les deux Antonins, Alexandre Sévère, ne font que passer, éclairant d'une lueur passagère le sombre tableau des folies de l'empire, comme pour témoigner que la lumière d'une raison plus saine ne s'est pas tout à fait éteinte et qu'elle pouvait être rallumée au divin foyer du christianisme.

A cette troisième époque, toutes les dignités et tous les pouvoirs se concentrèrent graduellement sur la tête de l'empereur, bien que dans le premier temps les antiques institutions fussent encore conservées de nom. Auguste, tout d'abord, se fit attribuer successivement la *tribunitia potestas* et avec elle l'inviolabilité et le *veto*, le *proconsulare imperium*, la *præfectura morum*, la dignité du *pontifex maximus* et ainsi de suite. Mais les anciennes formes elles-mêmes ne tardèrent pas à disparaître. A partir d'Adrien, l'empire a déjà reçu une organisation purement monarchique, laquelle revêtit les formes du despotisme oriental dans le système d'administration introduit par Dioclétien. Des jurisconsultes de cette époque soutinrent que le peuple romain, dans une loi dite du roi *lex regia*, a transmis à l'empereur et fait passer sur la tête de celui-ci tous ses pouvoirs et toute sa puissance (1). Mais cette translation n'eut pas lieu tout d'un

(1) § 6, J. (1-2), *De jure nat.* : « Sed et quod principi placuit, legis habet

coup et tout à la fois, comme il a été déjà remarqué, mais bien d'une manière graduelle et successive.

A mesure que le droit public et la vie de l'Etat s'éclipsaient, venant s'absorber dans le despotisme, on vit se développer davantage l'étude du droit privé, sur laquelle vinrent se concentrer alors les facultés intellectuelles qui avaient conservé toute leur énergie. Le perfectionnement réel que le droit privé reçoit à cette époque prend sa source soit dans les enseignements d'une longue expérience juridique, soit dans la propagation toujours plus grande de la philosophie qui avait pénétré surtout au sein de la classe des jurisconsultes avec le stoïcisme si riche de principes humanitaires d'une utilité pratique. Ce perfectionnement fut secondé d'un côté par la tendance à tout niveler, propre au despotisme, laquelle favorisait la conciliation de plusieurs éléments opposés subsistant encore dans le droit privé ; de l'autre, y contribua aussi indirectement l'entraînement universel pour le gain qui contrastait de la manière la plus tranchée avec les mœurs d'autrefois, entraînement servi par les facultés intellectuelles et auquel, dans le droit privé, répondirent des formes plus avancées, plus faciles et plus sûres (1). Que vers la fin de cette époque le christianisme ait

vigorem : cum lege regia quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. » Gaïus, I, 5, dit simplement : « Constitutio principis nec unquam dubitatum est quin legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. »

(1) On s'est souvent étonné des progrès que faisait le droit privé pris à part au milieu de la décadence générale des institutions. Voyez Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, vol. 1, p. 4 et suiv. — Gans, *Droit de succession*, I, p. 8, a mis en relief, le premier, un motif qui ne laisse pas d'être profond, tout en étant trop exclusif, motif qui avant lui n'avait pas été donné. Il dit : « La décadence de cette époque, à laquelle le droit privé semble faire une exception marquante, se manifeste justement dans ce droit en traits plus saillants que partout ailleurs. Le perfectionnement qu'il reçoit se trouve précisément expliqué par ce fait que les Romains passèrent de la sphère de la vie publique à celle des intérêts privés où domine l'égoïsme, et si le type de Rome républicaine représente la convoitise illimitée du pouvoir, celui de Rome impériale est encore pire, cette convoitise ayant dû devenir encore plus monstrueuse lorsqu'elle s'est appliquée aux biens matériels, à la propriété. Une telle époque réclame le développement du droit privé aussi impérieusement que d'autres le perfectionnement des

pénétré dans les esprits et contribué à plusieurs améliorations, c'est ce dont il serait difficile de douter. Si, à cette époque précédente, le droit prétorien fut l'instrument principal du progrès, ce rôle, à l'époque qui nous occupe, est dévolu à la science juridique dont nous déterminerons le caractère avec plus de précision.

II. Mais avant examinons brièvement les sources du droit privé telles qu'elles se présentent à cette époque :

1. Jusqu'au temps d'Adrien, nous retrouvons encore des *leges populi* et des *plebiscita* qui étaient rendus sur la proposition de l'empereur. La loi du peuple la plus importante et qu'Auguste eut beaucoup de peine à faire rendre fut la *lex Julia et Papia Poppæa* (762), par laquelle il se proposait, en frappant de certains désavantages les célibataires et les hommes mariés sans enfants (*orbi*), de combler les vides de la population décimée par les guerres civiles et par la dépravation des mœurs.

2. Les sénatus-consultes ont alors de l'importance pour le droit privé ; de ce nombre sont : les *senatusconsultum Macedonianum*, *Velleianum*, etc. Caracalla enlève complètement au sénat le pouvoir législatif.

3. Les *edicta magistratum* demeurèrent, dans les premiers temps, une source importante du droit, mais les constitutions impériales cherchèrent toujours, de plus en plus, à faire disparaître l'opposition entre le *jus civile* et le *jus honorarium* et à les harmoniser l'un avec l'autre. L'empereur Adrien commença, en 131, à faire coordonner et réduire en un tout les deux édits du *prætor peregrinus* et *Urbanus* par *Salvius Julianus*, qui les soumit à une révision préalable et les compléta vraisemblablement par plusieurs dispositions de l'*edictum provinciale* et par l'édit des édiles. Il fit ensuite publier ce recueil à Rome et dans la province, sous forme d'instruction à tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire. Ce recueil de Julien, qui fut nommé de

formes de la vie publique. Vouloir tirer de ce développement une gloire pour l'époque, ce serait louer cette dernière en elle-même et d'une manière absolue, puisque c'est justement le droit privé où les tendances de cette époque s'accusent le plus énergiquement. »

préférence par la suite l'*edictum perpetuum*, obtint une grande autorité et servit de base à des travaux et commentaires ultérieurs de Pomponius, Ulpien, Paul, Saturnius et de Gaius.

4. Une nouvelle et importante source se trouve dans les *constitutiones principum*, dénomination générale comprenant tout ce qui émanait du cabinet impérial. Ces constitutions présentent une grande diversité : en premier lieu viennent les *edicta* ou lois générales (*constitutiones ad omnes, leges generales*) ; 2^o les *rescripta* dans le sens plus étroit du mot, autrement dit les simples réponses que l'empereur faisait à certaines questions de droit qui lui étaient soumises ; 3^o les *mandata* ou les instructions aux fonctionnaires de l'empire ; 4^o les *decreta* ou décisions qu'il rendait dans les questions controversées qui lui étaient déférées.

5. Le perfectionnement du droit privé fut moins secondé à cette époque par les *responsa prudentium* que par la science juridique, qui tantôt s'y référait, tantôt se prononçait d'une manière indépendante.

A. Les *responsa prudentium*, qui se proposaient avant tout une utilité immédiate d'application, obtinrent tout d'un coup, sous Auguste, une prépondérance marquée dans la pratique une fois qu'il eut autorisé quelques fameux jurisconsultes, *ut ex auctoritate ejus publice de jure responderent*, à donner en quelque sorte les *responsa* au nom de l'empereur.

Ces jurisconsultes s'appelèrent *juris auctores seu conditores*, ou de préférence *prudentes*. Sous Adrien, prévalut même ce principe qu'au cas d'accord des opinions de ces *prudentes*, les juges sont légalement tenus de se conformer à de telles *sententiae* et n'ont la liberté de se décider par eux-mêmes qu'au cas où ces opinions diffèrent ; et même alors ils doivent toujours prononcer dans le sens de l'une d'elles. Enfin, après plusieurs tentatives appartenant à l'époque immédiatement subséquente et destinées à procurer de plus grandes garanties pour l'application du droit et à diminuer les controverses, Valentinien III rendit, en 426, la loi dite *citoria*.

B. L'influence des jurisconsultes devint non moins importante, alors que depuis Auguste les empereurs réunirent autour d'eux un conseil permanent de célèbres jurisconsultes (*consilium*),

nommé plus tard *consistorium principis* où, en règle générale, étaient délibérées et arrêtées les constitutions impériales qui dénotent toutes un grand sens pratique.

C. En outre de l'ascendant que leur donnait cette mission officielle, les jurisconsultes par leurs travaux scientifiques se faisaient une réputation encore plus grande. A mesure que s'augmentait le nombre des sources juridiques et que concouraient à les former les éléments les plus divers, se faisait sentir le besoin d'une élaboration, d'une coordination et d'une unification dirigées par une meilleure méthode. Les jurisconsultes s'étaient mis à même de satisfaire à ce besoin par une longue pratique, l'ampleur des vues juridiques, et par des études philosophiques plus profondes. L'enseignement théorique s'était joint aux travaux scientifiques, et ce nouvel organe vivant du droit, qui remplaçait la *viva vox* du droit prétorien, déjà très affaibli, exerçait partout une influence vivifiante. Ainsi se réunit autour des plus célèbres professeurs un groupe de disciples qui formèrent les membres de cette suite nombreuse et splendide de jurisconsultes que nous voyons se dérouler devant nous dans la première moitié de cette période. Déjà sous Auguste, deux célèbres jurisconsultes avaient fondé deux écoles qui commençaient à se distinguer l'une de l'autre par les principes fondamentaux (ce qui témoigne du progrès de la science). Ces deux jurisconsultes furent Antistius Labéon et Atéius Capito dont les vues différaient soit en politique, soit en droit (1). La-

(1) Sur l'esprit et la tendance de ces deux écoles se sont produites jusqu'ici des opinions diverses, selon lesquelles on a souvent prétendu retrouver dans les deux écoles une image de la division tranchée qui s'est opérée de nos jours, par exemple entre l'école historique et l'école philosophique. De tels parallèles ne sont jamais exacts. Abstraction faite de ce que la différence des principes entre les deux écoles ne pouvait être aussi radicale que de nos jours et en accordant que celle de Capito ne restait pas étrangère aux études philosophiques, on peut très bien, sous certains rapports, nommer de préférence l'une philosophique, l'autre historique. Mais si l'on compare les principales controverses qu'agitaient les deux écoles (celles relatives par exemple à l'effet des conditions illicites dans les contrats et dans les testaments), on trouve que l'école dite philosophique traitait souvent les questions d'une manière tout à fait abstraite et absolue, tandis que l'autre tenait plus souvent un juste compte de la différence des rapports réels. Les

béon, héritant des opinions de son père, ami intime de Brutus et de Cassius, apporta dans l'étude du droit une manière de voir plus indépendante, qu'il avait puisée dans une profonde érudition littéraire et philosophique. Il ne s'attachait pas étroitement à la lettre, mais, pénétrant plutôt le fond des choses, en tirait successivement toutes les conséquences pour le perfectionnement du droit à l'aide de la logique et de la dialectique dont il était partisan résolu. Atéius Capito, au contraire († l'an 22), descendant d'une famille de parvenus et qui, non seulement se dévoua à la nouvelle souveraineté, mais encore flattant bassement Tibère, étouffa ce qu'il y avait encore en lui de bons sentiments, s'en tint principalement aux doctrines et aux principes traditionnels; il chercha seulement à développer les conséquences qu'ils renferment sans jamais sortir de leur sphère. Les deux écoles ne prirent pas le nom de leurs fondateurs, mais celui de successeurs distingués. Les adeptes de la première furent ainsi appelés *Proculéiens* et quelquefois aussi *Pégasiens*, des noms de ses chefs Proculus et Pégasus; les adeptes de l'autre, *Cassiniens*, et spécialement *Sabiniens*, des noms de Cassius Longinus ou Massurius Sabinus. Le maintien de l'opposition entre ces deux écoles, qui se continua longtemps encore et donna lieu à des controverses importantes, n'entraîna pas, de la part de leurs adeptes, le sacrifice de toute indépendance; nous voyons plutôt que les partisans de l'une ou l'autre école n'ont pas toujours les mêmes convictions politiques, de même aussi que, dans certaines questions, l'opinion d'une école était préférée par les parti-

anciens auteurs les plus importants qui traitent de ces deux écoles et de leurs fondateurs sont Pomponius, au fr. 2, § 47, *De origine jur.*, I, 2 : « Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant perseverabat : Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ qui et cæteris operis sapientiæ operam dederat plurima innovare studuit. » Gellius dit (XIII, 10), avec un peu d'exagération, de Labéon : « Labeo ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit, in grammaticam sese atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque præcipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur. » Les convictions de Labéon en politique et en droit sont appréciées par son adversaire dans une lettre que reproduit Gellius (XIII, 12). Sur les deux, voyez Puchta, § 98.

sans de l'autre. Plus tard et au temps d'Adrien, il s'opéra entre les deux un plus grand rapprochement. Ce n'est pas à dire, toutefois, comme on l'a admis plus tard par erreur, qu'il s'élevât une troisième école qui comprendrait les jurisconsultes désignés sous le nom de *Miscelliones* ou *Herciscundi*. A l'école de Labéon se rattachaient les deux Nerva (père et fils), Proculus Pégasus (*senatusconsultum Pegasianum*), Celsus père et fils, et Nératius Priscus ; à celle de Capiton, Massurius Sabinus, Cassius Longinus, Célius Sabinus, Javolenus Priscus, Salvius Julianus, Sextus Pomponius et Gaius. A Alexandre Sévère se termine l'ère favorable au développement de la science juridique, qui depuis ne fit que décliner de plus en plus à mesure que la situation politique empirait.

La rédaction de manuels, les expositions sommaires, *institutiones* (Gaius Paulus) ou des œuvres synthétiques (*libri juris civilis digesta*), ou enfin des commentaires sur une source générale du droit (sur les Douze Tables par Labéon et Gaius) sur l'édit en particulier (comme les *libri ad edictum*, par Sabinus, Gaius, Ulpianus et Paulus), tels étaient les monuments marquants de la science juridique. Du grand nombre de ces œuvres, il ne nous en est parvenu que très peu dans leur forme originale. Ainsi nous possédons un fragment de l'œuvre d'Ulpien, appelé aujourd'hui tout simplement *fragmenta Ulpiani* (1) ; d'autres fragments des *Institutiones* d'Ulpien retrouvés à Vienne (2), en particulier les *Institutionum quatuor commentariï* de Gaius (3), découverts en 1816 par Niebuhr dans un code manuscrit du chapitre de la cathédrale de Vérone ; ces derniers ont apporté les plus grands éclaircissements sur plusieurs matières du droit romain et de la procédure civile jusqu'alors peu connues (4).

(1) Les meilleurs travaux critiques sont de Hugo (Berlin, 1834) et de Böcking (Bonn, 1845).

(2) Endlicher, *De Ulpiani Institutionum fragmento*. Vindob., 1835.

(3) Le déchiffrement de l'ancienne écriture effacée fut opéré par Göschen et Hollweg. Les éclaircissements postérieurs dus à Blume, à Lachmann, à Böcking et à Hefster sont annexés à l'édition de Göschen, 1820 et 1824, vrai type de soins minutieux et d'exactitude.

(4) Gaius est le dernier jurisconsulte de l'école des Sabinien qui ait marqué.

Les jurisconsultes se sont spécialement distingués depuis Adrien jusqu'à Alexandre Sévère (117-235) ; c'est à eux qu'on doit principalement le perfectionnement scientifique et l'établissement du droit. Voici, dans l'ordre chronologique, quels sont les plus importants : 1^o Salvius Julianus, sous Adrien, fut célèbre par sa compilation de l'édit. 2^o Sextus Pomponius nous a laissé dans le Digeste un court exposé sur l'histoire du droit romain. 3^o Gaius ou Cajus, sous ce second nom inconnu (sous Adrien Antonin le Pieux) est l'auteur des Institutes retrouvées, et celui dont l'autorité était prépondérante. 4^o Æmilius Papinianus fut le plus célèbre entre tous et aussi distingué par sa noblesse de caractère que par sa science. Ami et premier ministre (*præfectus prætorio*) de Septime Sévère († 211) ; il fut mis à mort sur l'ordre du fils de ce dernier Caracalla, pour n'avoir pas voulu justifier devant le sénat le meurtre que cet empereur avait commis sur Géta son frère (1). 5^o Julius Paulus (2), déjà membre du conseil de Septime Sévère, fut également préfet du prétoire sous Alexandre Sévère. Il se montra écrivain on ne peut plus fécond (les extraits de ses œuvres forment à peu près le sixième du Digeste). 6^o Domitius Ulpianus, d'origine phénicienne, préfet du prétoire sous Héliogabale et sous Alexandre Sévère, mis à mort par la garde prétorienne est, après Papinien, l'auteur le plus important dont les écrits entrent environ pour

(1) Voyez le principe de l'impossibilité morale formulé par Papinien, principe qu'il a soutenu au prix de sa vie, p. 47 de notre 1^{er} vol., trad. n. 1.

(2) Les nouveaux historiens du droit ne s'occupent plus de la thèse, encore controversée, relative à l'origine de Papinien et de Paul, quoique cette question présente bien plus d'intérêt que beaucoup d'autres auxquelles on attache une importance exagérée. Il ne nous paraît pas en effet indifférent de savoir si l'esprit romain s'est élevé par lui-même à ce degré de culture scientifique qui se remarque en particulier chez Papinien et chez ses deux assesseurs Paul et Ulpian, ou s'il faut y voir l'influence exercée par l'esprit d'une autre nation. Voyez à cet égard le recueil d'Heineccius, *Historia juris civilis*, etc., 1765, § 327, 335 et 340. Il est hors de doute qu'Ulpian a une origine syro-phénicienne, c'est-à-dire sémitique. Il est on ne peut plus vraisemblable aussi que Papinien a la même origine. Padoue prétend sans doute être la patrie natale de Paul et a élevé en l'honneur de sa mémoire un monument. Toutefois plusieurs historiens le considèrent comme natif de Tyr ; d'autres le tiennent pour Grec.

un tiers dans le Digeste. 7^o Hérennius Modestinus, disciple d'Ulpien, clôt la série des jurisconsultes classiques. Les cinq derniers jurisconsultes que nous venons de nommer formèrent plus tard, aux termes de la loi dite *citatoria* de Valentinien III, en 426, les cinq autorités dont les écrits durent avoir expressément force de loi.

III. Considéré avant tout dans ses rapports avec l'ordre moral universel, le développement du droit nous fournit, à cette époque, une preuve éclatante qu'il ne faut pas, pour arrêter la décadence morale d'un peuple, se borner à perfectionner exclusivement le droit et ses formes; cela doit d'autant moins suffire que, dans toutes les sphères juridiques, s'appliquent d'une manière plus radicale les principes du libre arbitre, de la liberté absolue de disposition, de la maîtrise illimitée sur les personnes et sur les choses. Ces principes, ne tenant aucun compte des exigences morales, furent pour Rome une arme fatale qui fut retournée contre elle-même, après avoir servi à détruire l'étranger. Quoique dans le droit privé, où ils se présentent seulement comme formes abstraites, ils semblent ne produire aucun effet sensible et se perdre, pour ainsi dire, au sein du nombre incalculable de personnes individuelles, ils n'en sont pas moins plus tard mis en relief quand ils forment le fond commun sur lequel se détache la moralité publique de l'Etat. Du reste, cette opinion si juste que le droit représente toujours un côté et est l'une des manifestations de l'ensemble des mœurs d'une nation, aurait dû depuis longtemps dominer en ce qui touche le droit romain, et conduire également à une appréciation plus exacte du rôle de celui-ci à cette époque.

Le despotisme impérial entreprend à cette époque une tâche de nivellement, se croyant élevé à une telle hauteur que de là tous les hommes lui paraissent égaux, et, aux applaudissements du peuple corrompu, il rabaisse de préférence les grands et les riches, pour peu qu'ils tentent encore de lever la tête; mais cette tâche n'aboutit qu'à tout entraîner dans le même abîme. Lequel fut le plus mauvais, de l'empereur se croyant dégagé de toutes les lois (*omnibus legibus solutus*), ou du sénat corrompu, ou enfin du peuple avili? On hésite, avec Tacite, à se prononcer. L'histoire n'offre nulle part un exemple plus

affreux d'une destruction aussi radicale de tous les anciens liens moraux, d'une telle dissolution et pourriture. Les éléments de la vie intérieure furent si profondément atteints et minés, que les débris mêmes ne pourront servir plus tard au christianisme devenu religion de l'Etat, pour y asseoir les bases d'une meilleure vie. Pour recevoir les principes d'une religion et d'une morale supérieure, devront apparaître, à la chute de l'empire romain, des peuples encore barbares, mais ayant l'âme fortement trempée, tels que les Germains et les Slaves (1).

Les changements qui se produisent à cette époque dans le droit trouvent leur base fondamentale dans le développement de la science juridique et des formes abstraites, et dans la tendance progressive à rapprocher toujours davantage le droit strict du *jus gentium*. Dans le droit personnel, toutefois, s'opèrent des modifications importantes inspirées soit par la tendance de l'empire à tout niveler, soit par des vues d'humanité que la philosophie, et spécialement le stoïcisme, concoururent à répandre parmi les jurisconsultes, dans le rang desquels les empereurs choisissaient leurs conseillers. Ceux-ci souvent résistaient à leur cruauté, et quelquefois aussi amenèrent de nobles empereurs, tels que Marc-Aurèle, à embrasser eux-mêmes leurs doctrines. Le stoïcisme, qui, inspiré par une sorte d'orgueil de la raison, ne sut, en présence du monde livré à la merci du fatalisme, que se replier dans l'héroïsme de la résignation, était impuissant à régénérer moralement la société. Les représentants de cette doctrine n'ont pas manqué toutefois, quand ils l'ont pu, de faire valoir de meilleurs principes (2). Il

(1) Sur cette impuissance du monde romain à recevoir le christianisme, voyez aussi l'article de Montalembert : *L'empire romain après la paix de l'Eglise* (323), dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} janvier 1855.

(2) Pour apprécier quelle a été l'influence de la philosophie presque généralement reconnue autrefois, mais aujourd'hui remise pour ainsi dire en question par quelques nouveaux auteurs appartenant notamment à l'école historique (Puchta, *Inst.*, § 103), il faut d'une part séparer le véritable élément philosophique du rationalisme purement formel, distinction que fait Puchta, mais sans en tirer de justes conséquences dans l'application; il faut aussi d'autre part faire ici une différence entre le droit personnel et le droit réel.

en fut ainsi surtout en ce qui touche l'esclavage et la puissance paternelle, tandis que dans les autres parties du droit privé les principes de la philosophie n'ont eu plutôt qu'une influence générale, en contribuant à l'élaboration plus profonde de la science juridique.

En général, depuis les écrits de Cicéron, qui a propagé et vulgarisé plus que tout autre la philosophie grecque et qui doit être rangé incontestablement dans le nombre des jurisconsultes, nous trouvons dans le droit romain beaucoup de principes qui sont étrangers à ce droit et peuvent aussi peu en provenir qu'une rose d'un buisson. A cet ordre de principes appartiennent les maximes et vues déjà citées plus haut (p. 50 et suiv., 1^{er} vol.), telles que: *justitia est ars boni et aequi*, l'honeste vivre, la belle maxime de Papinien, qui déjà était reçue sous l'empereur Marc-Aurèle (*quæ facta laudant pietatem*), etc., v. p. 47, 1^{er} vol., la formule d'Ulpien, *justitiam colimus et boni et aequi noticiam profitemur*, etc., p. 50, 1^{er} vol. Les définitions de l'*æquitas* et de la *naturalis ratio*, Gaius; I, 1-189, II, 69-79; L., 9; D., I, 1. cf. I, 1, pr.; D., 41, 1, où il est dit: *antiqui us jus gentium cum ipso genere humano proditum est*, etc. A propos de quelques principes, tels que l'honeste vivre, Puchta soutient, avec beaucoup de raison (§ 102), qu'en admettant qu'ils fussent une réminiscence stoïcienne, ils n'influaient guère sur le fonds des doctrines des jurisconsultes. Ce n'est pas là faire un reproche au stoïcisme, mais bien plutôt aux jurisconsultes qui, oublieux de l'ancien droit de répression du censeur, se rapportant à l'*honestum*, ne surent tirer aucun profit d'une institution si importante. Le reproche s'adresse surtout au système du droit romain, lequel ne pouvait cadrer naturellement avec de tels principes, ce qui le sépare essentiellement du droit grec et plus encore du droit germanique, où dans plusieurs branches on exigeait la conformité de la conduite aux règles à la fois morales et juridiques, notamment dans le droit des corporations, où l'on n'était admis qu'à la condition fondamentale de l'honorabilité. Le stoïcisme, au contraire, a contribué essentiellement à améliorer le sort des esclaves et à donner à la puissance paternelle un caractère plus humain. Citer ici les passages des doctrines stoïciennes afférents à ce but, ce serait temps perdu et n'aboutirait pas à convaincre davantage ceux qui se cabrent contre tout ce qui a l'air d'importation étrangère dans le droit romain. Quiconque est tant soit peu initié à la philosophie moderne y trouverait la preuve que Puchta lui-même, qui si souvent fait au reste ressortir la nécessité de la philosophie, n'a fait au fond, dans son *Encyclopédie*, lorsqu'il en arrive à développer l'idée du droit (rapprochez ce que nous avons dit plus haut, p. 16 du présent vol.), que combiner d'une manière superficielle les principes subjectifs de Kant et de Fichte avec quelques autres vues, mais que pour la rigueur de la méthode et la précision analytique des idées, il est resté bien en arrière de ses prédécesseurs.

IV. Abordons maintenant les rapports spéciaux du droit.

En ce qui concerne les sujets de l'empire romain, l'ordonnance de Justinien (Nov. 78, cap. 5), attribuée à Antonin le Pieux, mais déjà émanée de Caracalla, conféra aux sujets le droit de cité romaine. La transformation du droit strict en *jus gentium* était par là encore plus facilitée.

L'esclavage fut, en principe, essentiellement modéré. Déjà Claudius avait disposé que les esclaves malades, exposés à mourir de faim dans l'île d'Esculape, aussitôt guéris, devaient recouvrer la liberté. La *lex Petronia*, émise sous Néron, défendait au maître de faire combattre leurs esclaves avec des bêtes féroces. Des empereurs, à l'âme plus noble, allèrent encore plus loin. Adrien enleva au maître le droit de tuer les esclaves et défendit de leur faire subir la castration. Antonin punissait le maître qui avait tué son propre esclave de la même peine que le meurtrier de l'esclave d'autrui. Constantin finit par prohiber le supplice de la croix.

L'affranchissement fut rendu difficile par différentes lois (Ælia Sentia, 755; Furia Caninia, 761; Junia Norbana, 770). Le nombre des affranchis ne fit toutefois qu'augmenter dans une large mesure.

En ce qui touche la famille, les lois tendent à arrêter la dissolution des liens moraux. Auguste, qui commet lui-même ouvertement l'adultère, veut y remédier par la *lex Julia, De adulteriis coercendis*. Par deux consuls, Papius Mutilus et Poppeus, restés célibataires et sans enfants, il fait proposer les lois importantes de 762, la *lex Julia et Papia Poppæa*. D'après la première, les non-mariés, les hommes de vingt-cinq à soixante ans, les femmes de vingt-cinq à cinquante ans, sont incapables de rien recueillir par testament.

La *lex Papia Poppæa* traite défavorablement les gens mariés mais sans enfants, puisqu'ils ne peuvent recevoir que la moitié de ce qui leur a été laissé par testament, et que les époux ne sont autorisés à s'instituer réciproquement héritiers que jusqu'à concurrence du dixième de leurs biens. On accordait au contraire de nombreux privilèges à ceux qui avaient un ou plusieurs enfants (par exemple une préférence pour l'obtention des emplois publics, le droit de refuser la délation d'une tutelle). Du reste,

à côté du vrai mariage subsiste encore le concubinat, que la *lex Julia* tient même pour une *licita consuetudo*. Ces lois furent en principe illusoire. La famille d'Auguste elle-même donnait le plus funeste exemple dans la capitale, et, par sa conduite, mettait le comble au scandale.

Les rapports respectifs des époux étaient plutôt régis par le principe de l'indépendance. Une *conventio in manum mariti* était déjà, au commencement de cette époque, extrêmement rare. Le *fundus dotalis* fut inaliénable en vertu d'une disposition de la *lex Julia, De adulteriis*. Les femmes n'étaient presque, dans aucun cas, soumises à une tutelle, mais plutôt on leur confiait celle de leurs enfants et de leurs petits enfants.

La puissance paternelle fut essentiellement tempérée. Le père conserva en principe, jusqu'au temps des empereurs, le droit de vie et de mort. Mais déjà, sous Auguste, un père qui avait fait périr son fils sous les verges ne put être préservé de la rage du peuple, soulevé sur le Forum, que par l'intervention de l'empereur (1). Alexandre Sévère réduisit ce droit de correction à un châtement modéré. La vente des enfants fut taxée par Adrien de *res illicita et inhonesta* (2), et autorisée seulement au cas d'extrême indigence et pour des enfants nouveau-nés; l'exposition des enfants fut la coutume qui céda le plus difficilement.

Le jurisconsulte Paul assimile au meurtrier celui qui confie son fils à une miséricorde qu'il n'a pas lui-même (3); mais le christianisme seul a anéanti cet usage barbare (une fausse philanthropie des temps modernes, sous la forme un peu plus humaine des tours d'exposition, est revenue à l'antiquité, vers laquelle ses secrètes préférences l'attirent).

Le droit de propriété reçut un perfectionnement en rapport avec la tendance permanente à rapprocher le droit strict du *jus gentium*. Dans le droit réel, la distinction entre les *res Mancipi* et les *nec Mancipi* fut toutefois maintenue. Les opinions varient encore sur l'idée de possession (4); mais l'opinion

(1) Seneca, *De clem.*, I, 19.

(2) L. 1; C., VIII, 16; cf. L., 39, § 3; D., 21, 2.

(3) L. 4; D., 25, 3.

(4) L. 3, § 5; D., 41, 2.

de Labéon, adoptée plus tard par Justinien, est approuvée et suivie par les plus célèbres jurisconsultes, Paul, Ulpien. Parmi les servitudes les plus fréquentes étaient l'*ususfructus* et le *quasi ususfructus*, étendu, par décision du sénat, à tous les objets susceptibles de possession, partant aux choses fongibles également. Le droit des obligations, à cette époque, fut développé scientifiquement dans la plus large mesure, surtout en ce qui concerne la théorie générale et la détermination des principes qui donnent lieu à une telle divergence de vues, qu'il ne fut pas possible, même à la législation de Justinien, de les mettre pleinement en harmonie. Le sénatus-consulte *Macedonianum* limita la faculté de prêter aux fils en puissance paternelle; le sénatus-consulte *Velleianum*, la faculté, de la part des femmes, de s'obliger comme cautions. Dans le droit de succession fut établie la *lex Falcidia* (probablement plébiscite de l'époque précédente, datant de 719), laquelle accordait à l'héritier la faculté de faire subir un retranchement aux legs, lorsque le passif de la succession dépassait l'actif, de manière à ce qu'il lui restât tout au moins un quart franc et quitte de toutes dettes. Le sénatus-consulte *Pegasianum*, sous Vespasien, étendit cette faculté aux fidéi-commis; plus tard encore, en vertu d'une constitution de *Divus pius*, aux fidéi-commis *ab intestato*, et, sous Justinien, aux autres *mortis causa capiones* (1).

Le droit pénal fut très rigoureux, la peine de mort fréquemment applicable, et celle de l'emprisonnement dans des cas rares; le plus souvent on a recours à l'exil et à la déportation. Toutes les peines capitales entraînent avec elles la confiscation des biens.

La procédure civile demeura encore longtemps sous la direction des préteurs; mais la sphère de leurs attributions fut de bonne heure limitée par l'ancienne juridiction des consuls en partie restaurée, de même que par les pouvoirs de nouveaux fonctionnaires, notamment du préfet de la cité, mais surtout par le droit qui appartenait à l'empereur, comme premier magistrat, de réformer les jugements. Cet appel à l'empereur, qui ne fut tout d'abord qu'un droit d'arbitrage qui compétait tou

(1) L. Arndts, *Manuel des Pandectes*, § 562; C. 18; C. VI. 50.

jours au magistrat de rang égal ou de rang supérieur, fut réglé légalement comme un privilège et accordé aussi à d'autres autorités, notamment au préfet de la cité, qui forma bientôt un degré de juridiction intermédiaire. Ce nouveau règlement des appels ne demeura pas sans influence sur la procédure en général. Tandis que, dans la procédure ordinaire, la question juridique de la compétence du préteur était séparée de l'instruction qui avait lieu devant le *judex*, les deux à la fois étaient dévolues à l'empereur. Les nouveaux juges institués par l'empereur ne tardèrent pas à adopter ce dernier mode de procéder, notamment dans les cas prévus par de nouvelles ordonnances, de telle sorte que le nombre des *cognitiones extraordinariæ* alla toujours en augmentant, jusqu'à ce que Dioclétien érigea en règle cette procédure extraordinaire. Cet empereur disposa qu'à l'avenir tous les procès, du commencement à la fin, seraient soumis au même magistrat, c'est-à-dire au gouverneur de la province, qui pourrait toutefois transmettre ses pouvoirs à un juge de son choix, à l'effet de connaître de la cause en son lieu et place, ce qui amena insensiblement la création de juges et même de collèges judiciaires permanents. L'appel fut aussi réglé; le préfet du prétoire (1) formait le dernier degré de juridiction.

La procédure criminelle (2), à l'époque précédente, au commencement du septième siècle, avait reçu une organisation en harmonie avec l'idée de l'Etat démocratique, bien qu'incomplète sur beaucoup de points et souvent modifiée par les diverses *leges judiciariæ*. L'introduction et l'instruction de l'instance criminelle furent séparées alors d'avec le prononcé de la sentence, tandis qu'au temps des empereurs la procédure inquisitoriale domina exclusivement et s'étendait à toutes les parties de l'instance.

(1) Mainz, *Eléments de droit romain*, I, p. 113 et 155.

(2) Voyez sur ce point l'*Histoire de la procédure criminelle chez les Romains jusqu'à la mort de Justinien*, œuvre de G. Geib, 1842.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS CONSTANTIN JUSQU'À LA MORT DE JUSTINIEN, DE 323 À 565.

Les progrès rapides de la dissolution intérieure de l'empire avaient fait naître dans l'esprit de Constantin cette conviction, inspirée seulement en principe par l'intérêt politique, que cette dissolution pourrait être arrêtée par un déplacement du centre intellectuel et politique de l'empire. Après avoir, en 323, érigé en religion de l'Etat le christianisme, qui conserva sa puissance indestructible au sein des plus effrayantes persécutions, et s'était propagé avec une telle rapidité qu'il pouvait déjà être considéré comme la base de l'ordre politique, il transféra, en 330, le siège de la capitale à l'ancienne Byzance, qui venait d'être rebâtie. La puissance séculière, en quittant Rome, laissa le champ libre à la nouvelle puissance religieuse, qui put de plus en plus en prendre pleinement possession. Constantin mit la dernière main à l'édifice de l'Etat, que Dioclétien avait commencé à élever en prenant pour modèle l'Orient (1). Byzance reçut le *jus italicum*, et bientôt après tous les droits et privilèges de l'ancienne capitale; mais la langue latine continua pendant longtemps à être la langue officielle du droit et de la justice. D'ailleurs, en général, l'influence de l'Orient se fait sentir dans le droit privé, qui se soutenait par ses propres forces. Lorsque, en 476, l'empire romain d'Occident fut détruit par les Germains et leur chef Odoacre, le droit romain fut enlevé à son milieu d'origine, et en grande partie transplanté dans un milieu grec. Toutefois il put, quoique séparé de son principe de vie, continuer à se survivre pour ainsi dire dans les fruits d'une maturité avancée et prêts à être cueillis. Aussi appelle-t-on cette époque celle des recueils.

Dans le droit privé surtout ressort d'une manière plus visible (2) l'influence bienfaisante du christianisme, dont le pouvoir

(1) Voy. un tableau fidèle de la hiérarchie des fonctions dans la liste intitulée *notitia dignitatum*, liste datant du commencement du cinquième siècle, et qui a été dernièrement publiée par Ed. Böcking, 1840.

(2) Rapprochez, p. 193 du présent vol.

régulateur s'applique à beaucoup de matières de l'ordre temporel ; notamment à l'ensemble du droit qui régit la famille (mariage, puissance paternelle, droit de succession), et réalise d'une manière bien plus parfaite le but poursuivi par le *jus gentium* et l'*æquitas*, tout en laissant subsister dans le droit de propriété le caractère exclusif, sous tant de rapports, qui fait le fond du droit romain.

En ce qui touche les sources proprement dites, elles se fondent alors toutes ensemble dans les constitutions impériales formant alors le *jus scriptum* à proprement parler, et ayant un caractère d'universelle application, Constantin, le premier, ayant voulu soumettre à la décision impériale tout ce qui était auparavant abandonné à l'office des préteurs, des juges et des jurisconsultes.

Le caractère du droit privé, à cette époque, se traduit par des règlements extérieurs et par des collections. La force interne de création originale du droit n'agissait plus. La matière juridique, fournie en abondance par les différentes sources, dut se manifester dans toute sa variété, alors que manquait un principe de coordination, ce qui fit sentir le besoin d'unité auquel il n'était possible de satisfaire que d'une manière extérieure. Différents essais dans ce sens remplissent cette époque jusqu'à Justinien (1).

Déjà Constantin avait formé le projet de faire faire certaines collections juridiques (2) ; mais il ne le mit pas à exécution.

Théodose II et Valentinien III se proposèrent, par l'ordonnance de 426, qu'on a coutume d'appeler, depuis Hugo, la *loi de*

(1) Ces essais sont en outre une preuve péremptoire de la confusion et de la perturbation du système de droit des Romains que cherchaient à améliorer les hommes d'Etat les plus intelligents et les empereurs, plus préoccupés des intérêts positifs des peuples que de ceux de la science pure et de ses progrès. Pour qu'un aussi grand homme d'Etat que César conçût déjà de son temps le plan d'une codification, il fallait qu'alors le droit fût tombé dans un état de confusion extrême. En général, on doit se faire une bien triste idée de l'application du droit à Rome, surtout depuis l'extension des relations sociales. La procédure civile fut seule un instrument de progrès.

(2) Ceci est démontré par les deux constitutions récemment découvertes (c. I et c. cod. Théod., 1, 4, *De responsis prud.*), sans qu'il y ait d'autre éclaircissement quant au mode d'exécution.

citation, de faciliter l'application du droit au sein de la masse innombrable des monuments juridiques, en n'accordant force de loi qu'aux œuvres des cinq jurisconsultes de l'époque précédente : Papinien, Paul, Gaius, Ulpien et Modestin. Ils disposèrent en même temps qu'au cas où il y aurait divergence de vues entre ces jurisconsultes, il faudrait se ranger à l'opinion qui réunirait la majorité des voix, et, s'il y avait partage, à l'opinion de Papinien ; dans le cas seulement où cette dernière ne serait pas formulée d'une manière assez précise, le juge pouvait adopter, à son choix, l'une des cinq opinions.

La masse innombrable des constitutions impériales, qui se trouvaient éparpillées, commença à être coordonnée dans des collections particulières, parmi lesquelles les plus usitées furent : 1^o celle d'un certain Gregorianus qui n'est pas autrement connu (appelée *codex Gregoriani*), et 2^o celle d'Hermogène, s'y rattachant (*codex Hermogeniani*) (1) et qui a paru probablement vers le milieu du quatrième siècle.

Un supplément officiel des deux recueils que nous venons de mentionner et qui continuèrent à conserver leur autorité fut fait sous Théodose II, en 438, dans le *codex Theodosianus* (2).

La situation juridique, pendant près d'un siècle, continua à empirer, vu qu'on comprenait de moins en moins les œuvres antiques et qu'avec la variété croissante des sources, il devenait toujours plus difficile de discerner le droit tombé en désuétude de celui encore applicable. C'est dans ces circonstances que l'empereur Justinien (3), parvenu à l'empire romain d'Orient en 527, s'efforça, avec le conseil de Tribonien, jurisconsulte dis-

(1) La plus récente publication des deux collections, par G. Hänel, Bonn, 1837, a paru dans la seconde partie du *Corpus jur. civilis antej.* de Bonner.

(2) La meilleure publication par Hänel se trouve dans le *Corpus jur. civ. antej.* de Bonner, 1842.

(3) Justinien, natif de Tauresium, — il ne faut pas l'oublier, — était d'origine slave et de très basse extraction. Son premier nom (ou prénom) était Upravda. Ritter fait cette remarque dans une note à propos de l'*Historia juris civilis Heineccii*, § 382 : « Upravda vox est slavica, et bene per Justinianum exprimitur. Etiam nunc apud Slavicis gentes Prauda justum denotat. » Am. Thierry donne une bonne appréciation sur Justinien dans la *Revue des Deux-Mondes*, 1^{er} novembre 1854, p. 427 et suiv.

tingué, de prendre des mesures plus efficaces pour arriver à une coordination plus complète du droit encore applicable.

1. Avant tout, Justinien fit réunir les trois *codices* des constitutions impériales à celles émises depuis Théodose et refondre le tout de manière à en faire un seul et même *codex* qui fut publié en 529 sous le titre de *codex Justinianeus*.

2. Justinien nomma ensuite, après avoir résolu par cinquante décisions impériales quelques controverses importantes de l'ancien droit, une commission de dix-sept jurisconsultes présidée par Tribonien, à l'effet de coordonner toutes les dispositions juridiques encore applicables quelle qu'en fût la source. Cette commission, adoptant l'ordre suivi dans l'édit du préteur et dans le code, consulta une quantité considérable d'ouvrages de trente-neuf juristes différents, et, en en tirant des extraits, quelquefois même en y ajoutant ou les modifiant par voie d'insertion ou d'interpolation (ce qu'on a appelé *emblemata Triboniani*), parvint à réunir en une compilation régulière l'ensemble du droit encore applicable. Cette collection d'extraits (*jus enucleatum*) divisée en sept parties et en cinquante livres, dont chacun était subdivisé en titres, reçut le nom de Pandectes ou Digeste, *Pandectæ*, *Digesta*, ou encore fut appelée *Codex enucleati juris* et fut publiée le 16 décembre 533, pour être mise en vigueur le 30 du même mois.

3. Pendant que les Pandectes s'élaboraient, déjà Justinien faisait faire un nouveau manuel (*Institutiones*) par Tribonien, Théophile et Dorothee (les deux professeurs de droit, l'un à Byzance, l'autre à Béryte), pour remplacer les Institutes de Gaius, qui n'étaient plus propres à l'enseignement du droit ; ce manuel, divisé en quatre livres et quatre-vingt dix-huit titres, reçut force de loi le même jour que les Pandectes.

4. Le code de 529 ne cadrait plus avec les Pandectes, et pour leur rédaction, le besoin se faisait sentir de recourir, en dehors des cinquante décisions, à un bien plus grand nombre de constitutions impériales pour faire disparaître les contrariétés de solution et éliminer tout ce qui n'avait plus un caractère d'utilité pratique ; le code dut donc être révisé, complété, et il fut publié le 16 novembre 534 sous le titre de *Codex repetitæ prælectionis*.

5. Enfin, dans l'intervalle qui s'écoule de 535 à sa mort (565), Justinien rendit plusieurs nouvelles ordonnances écrites, en partie en grec, en partie en mauvais latin, et qui modifièrent dans le droit des points essentiels. Ces ordonnances, dont une collection fut faite, non par les soins de Justinien même, mais immédiatement après sa mort, sont connues sous le titre de *Novelles* (*Νεωτάται διατάξεις*).

Cette collection juridique de Justinien a été l'objet d'appréciations divergentes (1). Si l'on envisage le fond sans se préoccuper de la forme un peu choquante des dispositions, laquelle trahit déjà sous plusieurs rapports l'enflure orientale, non plus que des nombreuses défauts que présente cette œuvre de compilation, on ne saurait méconnaître qu'il ait été fait un pas de plus dans la voie du perfectionnement du droit sous le rapport des principes, grâce à l'influence des idées humanitaires supérieures, inhérentes au christianisme. Les réformes inspirées

(1) L'école historique s'est montrée très partielle et très exclusive dans ses appréciations sur l'œuvre de Justinien, qu'elle a blâmée bien haut sous l'empire d'une prévention qui l'indispose contre tout ce qui s'appelle codification. Les historiens qui se rattachent à cette école, au lieu de se borner à rechercher la date exacte de la promulgation du recueil de Justinien, auraient dû apprécier au fond les modifications essentielles qu'il a réalisées dans l'ensemble du droit, comme ils le font quand ils exposent le caractère et l'influence du droit prétorien ainsi que celle des jurisconsultes. Les lecteurs et étudiants non prévenus eussent pu au moins mieux apprécier la haute importance de l'entreprise de Justinien. L'œuvre de Justinien marquait le terme nécessaire de tout le développement précédent et le résumait. Il fallait connaître bien les besoins du siècle et être novateur résolu pour faire non seulement disparaître les oppositions encore subsistantes entre l'ancien droit et le *jus gentium*, mais encore pour réaliser des améliorations essentielles. Le droit romain ne serait jamais venu à bout de cette tâche, réduit à lui-même et à ses propres forces. Le *jus gentium*, qui dut au plus haut point son développement à la philosophie, laquelle n'était point d'ailleurs née sur le sol romain, avait encore, dans beaucoup de matières, à s'épurer davantage et à s'ouvrir aux inspirations chrétiennes et humanitaires qu'y fit pénétrer Justinien pour pouvoir triompher complètement de l'ancien droit formaliste des Romains. Sans l'œuvre de Justinien, le droit romain n'aurait point trouvé accès auprès des peuples modernes. Sur l'influence du christianisme, voyez l'œuvre de Troplong, qui affecte trop la forme de plaidoyer : *De l'influence du christianisme sur le droit public des Romains*. Paris, 1843.

par les sentiments d'humanité et que déjà les premiers empereurs avaient opérées dans le droit des personnes et des familles, réformes dont une seule est bien préférable à des centaines de distinctions subtiles émanées de juristes classiques, furent continuées par Justinien dans de beaucoup plus grandes proportions. Il faut consulter la législation de Justinien pour s'en rendre un compte détaillé ; nous nous bornerons ici à faire ressortir celles qui touchent à quelques matières principales.

En ce qui concerne le droit des personnes et des familles, une plus grande faveur fut accordée aux affranchissements. Les différences entre les affranchis disparurent ; la *servitus* continua à subsister, il est vrai, mais reçut des adoucissements. Le lien moral, résultant du mariage, fut plus rigoureux, quoique l'élément religieux ne s'y joignit pas encore. Le divorce fut rendu difficile, le concubinat vu avec défaveur. La *dos* fut très protégée, et sur la même ligne fut mise la *donatio propter nuptias* qui dut être traitée avec autant de faveur. L'ancienne autorité inhérente au mari et au père fut dissoute ; les femmes cessèrent d'être en tutelle et purent même, dans certains cas, être nommées tutrices. La distinction entre l'*agnatio* et le *cognatio* disparaît, et, par suite, avec elle, l'ancienne famille romaine. Le nouveau règlement de la succession *ab intestat*, déduit de la nature des rapports de parenté, et qui fut sanctionné par la nouvelle 118, serait, à lui seul, un titre éternel d'honneur pour Justinien.

Dans le droit réel, la distinction entre les *res Mancipi* et *nec Mancipi* disparut, ainsi qu'entre la propriété romaine du droit rigoureux et celle appelée bonitaire (*in bonis*). Toutes choses furent censées *nec Mancipi* et il n'y eut plus qu'une seule propriété romaine.

Dans le droit sur les obligations, plusieurs contrats, quoique pactes simples (*pacta*), obtinrent une pleine efficacité juridique. La donation, contrat qui fut aussi sanctionné civilement, présente l'opposition la plus tranchée avec les anciens contrats qui, pour être valides, exigeaient toujours une *causa civilis* que l'égoïsme romain faisait uniquement résulter à l'origine de la prestation réciproque. Soit au fond, soit dans la forme, on écarta les rigueurs de la stipulation, et Justinien déclara vala-

bles plusieurs stipulations qui ne l'étaient pas auparavant (par exemple la *stipulatio præpostere concepta*), et attribua aussi force probante aux actes par écrit constatant les contrats.

Le droit pénal ne fut pas toutefois amélioré et on y ajouta seulement des peines atroces contre les hérétiques et les apostats.

Dans la procédure judiciaire conforme au système antérieur plus haut exposé (p. 188), s'était élevée une nouvelle juridiction, celle du clergé. Les évêques ne statuaient pas seulement dans les matières ecclésiastiques à l'égard de leurs subordonnés; mais, d'après une ordonnance de Justinien, devait leur être déferée toute action civile intentée contre des clercs.

L'œuvre de Justinien n'est au reste qu'une compilation et ne présente en rien le caractère d'une législation complète et contenant, d'après un ordre méthodique, l'ensemble des règles juridiques. Son siècle n'était ni apte, ni appelé à accomplir une telle tâche. Le génie de Rome s'éclipsait; c'était donc une entreprise méritoire, au moment où cet astre jetait les derniers rayons, et devant les vastes perspectives qu'ouvraient les principes supérieurs du christianisme, destinés à renouveler le monde moral, de recueillir tout ce qui avait été accumulé de richesses juridiques pendant plus de dix siècles pour le léguer aux nouveaux peuples qui apparaissaient à l'horizon.

CHAPITRE III.

COUP D'ŒIL SUCCINCT SUR LES DESTINÉES ULTÉRIEURES DU DROIT ROMAIN.

I. — *Dans l'Orient.*

Les recueils de droit de Justinien furent bientôt traduits en grec, et, malgré l'étrange défense de cet empereur, commentés. Déjà de son temps, Théophile, l'un des trois rédacteurs des *Institutes* et professeur de droit à Constantinople, fit paraître en grec un précieux commentaire, autrement dit la paraphrase des *Institutes* que nous possédons encore (1). Julien publia en la-

(1) Reitz, *Theophili antecessoris paraphrasis græca, etc.*, Hag., 1751, traduction allemande de Wüstemann, 1823.

tin un extrait des *Novelles*, *Epitome Novellarum*. Le nombre des nouvelles ordonnances des empereurs s'augmentait continuellement, ce qui rendait toujours plus difficile l'intelligence du recueil de Justinien. Celui-ci, d'un autre côté, comme l'observe aussi Puchta, devant s'appliquer, dans l'empire d'Orient, à des rapports de vie et à des peuples si différents de ceux de l'Occident, n'avait pour ainsi dire qu'une autorité nominale, de telle sorte qu'on s'en écartait souvent dont la pratique; comme on le fit encore davantage par la suite dans l'empire germanique. Basilius Macedo fut donc amené à publier, en 876, une autre sorte d'Institutes (*ὁ πρόχειρος νόμος*) et fit opérer ensuite en grec une révision ou refonte de tout le *Corpus juris*, travail qui fut terminé en 887, sous son fils Léon le Philosophe, et reçut le nom de *Basiliques* (*Βασιλικαὶ διατάξεις*). Constantin Porphyrogénète fit procéder en 995 à une nouvelle révision (1). Nous possédons encore cent treize nouvelles grecques de Léon le Philosophe, par lesquelles il cherchait à améliorer des dispositions diverses émanées de Justinien. La dernière œuvre d'importance se référant à la législation gréco-romaine est un manuel publié par Harmenopulus en 1345 (*Hexabiblos*), lequel peut être considéré comme une seconde édition du *Procheiron* de Basilius augmentée. A la chute de l'empire grec, quelques parties de ce manuel obtinrent force de loi, et il a encore aujourd'hui, comme code, la même autorité en Grèce, où les *Basiliques* constituent la source principale du droit.

Après la conquête de Constantinople par les Turcs, en 1453, le droit romano-grec demeura en vigueur pour la population chrétienne, laquelle devait alors soumettre aux juridictions ecclésiastiques les procès civils; la science du droit tomba dès lors en pleine décadence.

(1) Une publication complète, avec les scholies et la tradition latine y annexée, a été faite par Heimbach en 7 volumes, 1833-1845. L'emploi des sources byzantines pour le droit de Justinien a le triple objet de remplir des lacunes, principalement dans le code et dans les *Novelles*, de faciliter l'analyse critique de quelques passages et d'aider à l'interprétation de quelques autres. Voyez le cours de Puchta, I, p. 719.

II. — *Dans l'Occident.*

Aux pays occidentaux était réservée la mission supérieure de conserver le droit romain, soit qu'il y fût maintenu en vigueur, soit qu'il y prit une vie nouvelle due à sa puissante virtualité. L'Italie, berceau de ce droit, dut être la première à le conserver au milieu des ruines de l'empire romain, et alors que s'élevaient de tous côtés de nombreux Etats ; ce fut aussi le premier foyer d'où dut rayonner sa lumière dans toutes les directions.

Le démembrement du droit, survenu depuis la mort de Théodose, en 395, eut peu d'influence sur le droit privé. Celui-ci se maintint malgré l'invasion et le triomphe des peuplades germaniques, qui fondèrent de nouveaux Etats dans la Gaule méridionale et dans l'Italie. Les vaincus, y étant autorisés, continuèrent à être régis par les lois de leur patrie, de telle sorte que, dans la même cité, on vit les Romains suivre leur propre droit, et les Germains leurs coutumes. Toutefois, le droit romain, plus perfectionné, ne dut pas tarder à prendre le dessus. Après la fondation d'un royaume en Italie, par les Ostrogoths, Théodoric Ier fit faire un extrait des sources du droit romain alors connues. Cet extrait, bien que sommaire et incomplet, fut publié l'an 500, sous forme de code également obligatoire pour tous les sujets du royaume (*edictum Theodorici*). Cet édit fut bientôt abrogé et remplacé par la collection de Justinien, lorsque ce dernier, en 533, eut reconquis l'Italie par la victoire de Narsès.

Dans les autres Etats nouvellement fondés surgirent, vers cette époque, des collections séparées : les unes, pour les races germaniques, contenant le droit des coutumes germaniques (*leges barbarorum*) ; les autres, pour les Romains, contenant le droit romain en vigueur (*leges romanæ*). La *lex romana* la plus importante était celle qu'Alaric II fit préparer par une commission de jurisconsultes et approuver par une assemblée d'évêques et de nobles, en 536 : elle était faite pour les Romains du royaume wisigoth (dont la capitale était Toulouse de la Gaule méridionale). Ce *breviarium Alaricianum*, appelé aussi *lex romana Visigothorum*, présente un extrait du code de Théodose, du code Grégorien et Hermogénien, et des œuvres de

Papinien. La *lex romana Burgundionum*, qui a paru un peu plus tard (après 517) et prend aussi le nom de Papien, est l'œuvre qui laisse le plus à désirer.

Après la destruction du royaume des Ostrogoths en Italie (553) fut mis en vigueur, dans cette contrée, le recueil de Justinien, qui ne perdit jamais tout à fait son autorité, pas plus sous la domination des Longobards (568) que sous celle des Francs et du pape, par la suite. La connaissance du droit romain fut conservée, grâce surtout aux écoles et aux établissements enseignants, dont quelques-uns, tels que ceux de Rome et de Ravenne, paraissent avoir été spécialement consacrés à l'étude du droit (1).

Pendant plusieurs siècles, il suffit de garder et de conserver intact le legs juridique du passé. Il en fut autrement au commencement du douzième siècle, alors que le réveil de l'esprit d'investigation se manifesta à la fois dans toutes les sciences, et que les leçons de théologie et de philosophie professées par Abailard à Paris (1079-1142) attiraient, autour de sa chaire, de tous les pays du monde, une multitude de disciples avides de savoir. Il s'éleva alors à Bologne, sous l'influence d'Irnerius (vers 1120), et depuis dans d'autres lieux, une école de juriconsultes qui, suivant les nouvelles tendances, déploya une grande vigueur de logique dans l'étude et l'élaboration des vastes matières du droit. Manquant presque totalement des secours que pouvaient fournir la littérature et l'histoire, elle réussit, par la force de sa pénétration, par la justesse de son esprit de combinaison et de son sens pratique, à faire revivre et à relever presque complètement l'autorité du droit romain (2); elle exerça

(1) Voyez l'œuvre capitale de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, 1^{er} vol., 1815-1831, 2^e édit. des 3 premiers vol., 1834.

(2) Les glossateurs, qui avaient de si faibles notions historiques, que dans la glose sur la nov. 47, c. I, Justinien est cité comme contemporain de J.-C., se font surtout remarquer par la profondeur de leurs investigations et par l'impartialité dont ils ne se départent jamais dans l'observation des besoins pratiques de la vie. Les plus éminents glossateurs furent : Guarnerius ou Irnerius († avant 1140), Bulgarus († 1166), Martinus Gosia; ces deux derniers fondateurs de deux écoles célèbres par leurs controverses juridiques; celle de Bulgarus fut tenue en grande estime dans la glose d'Ac-

ainsi, sur la science du droit, une influence puissante qui s'est prolongée, dans le cours des siècles, jusqu'à nos jours.

Ces professeurs de droit s'appelèrent glossateurs parce qu'ils ajoutèrent au *Corpus juris*, appelé par eux de ce nom et qui contenait les Digestes, le code, les 97 Nouvelles et les Institutes, de même que les *libri feudorum* comprenant le droit féodal, de courtes annotations sous forme de glose qui formaient une série de commentaires continus embrassant toutes les matières. Ces gloses furent réunies par un des derniers glossateurs célèbres, Accurse († vers 1260), et le *Corpus juris*, avec sa glose, obtint plus tard autorité auprès des tribunaux, qui ne tenaient pour applicables en pratique que les textes soumis à la glose *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*.

Avec les glossateurs commence une nouvelle ère qui s'étend du treizième jusqu'à la fin du quinzisième siècle. On peut la nommer l'époque scolastique de la science du droit, coïncidant avec l'époque de la philosophie scolastique ; et ses principaux représentants furent Barthole († 1357), d'où le nom de bartholistes, et Baldus († 1400).

Grâce aux disciples formés d'abord par les glossateurs et dans la suite à l'école des professeurs, parmi lesquels on compte plusieurs étrangers, la connaissance, l'amour et l'étude du droit romain se répandirent dans les autres contrées, surtout en France, dans les Pays-Bas, dans l'Espagne, et plus tard seulement en Allemagne. Ce droit fut accueilli de bonne heure en France avec une faveur toute spéciale, et il y obtint force de loi, dans la partie méridionale désignée sous le nom de pays de droit écrit, par opposition à la partie septentrionale appelée pays coutumier. Saint Louis (1226-1270) fit faire une traduction française du droit romain. Le pape Honorius II (1220) défendit, sans doute, l'étude du droit romain à Paris, parce qu'elle faisait négliger celle du droit canon ; mais cette défense demeura sans

course en particulier ; celle de Martinus obtint le plus souvent la préférence dans le droit canon. Ugo de Porta Ravennate (1168), Jacobus de Porta Ravennate (1178), Albericus de Porta Ravennate Azo († vers 1229), Jacobus Balduin († 1235), Accurse († vers 1260), Odofredus († 1265), méritent aussi d'être cités.

effet. Vers la fin du seizième siècle parurent en France deux célèbres professeurs du droit, Jacques Cujas (*Cujacius*, † 1590), fondateur d'une nouvelle méthode exégétique et historique, et Doneau (*Donellus*, † 1591) le premier qui traita, au point de vue doctrinal, du droit romain d'une manière remarquable.

Les Pays-Bas viennent immédiatement en deuxième ligne, eu égard à l'élaboration scientifique du droit romain. Les jurisconsultes les plus renommés sont : Arnold Vinnius (1588-1657), G. Noodt († 1725.), Ant. Schulting († 1734) et Van Bynkershoek († 1734).

En Allemagne, le droit romain, grâce aux savants juristes, obtint force de loi auprès des tribunaux, à raison surtout de sa valeur intrinsèque, et en outre par cette considération que l'empire romain germanique était censé une continuation de l'empire romain. Il était déjà appliqué par ces tribunaux longtemps avant la création, en 1495, de la juridiction des Chambres de l'Empire. L'ordonnance d'institution portait, § 3, qu'elle devait être composée de huit juges versés dans la connaissance du droit étranger et de huit chevaliers champions résolus du droit germanique, lesquels étaient appelés à juger selon le droit commun et celui de l'Empire.

En Allemagne où le droit romain eut un développement très tardif, il dut subir des modifications capitales en pratique et présider au grand mouvement de la renaissance scientifique, en se posant non comme obstacle permanent à une législation nationale, mais plutôt comme un puissant auxiliaire. Les peuples germaniques ont accompli la destruction de l'empire romain et, sur ses ruines, élevé un nouvel édifice. Au génie germanique paraît avoir été dévolue semblablement la tâche d'affranchir de ces tendances exclusives le droit romain, qui avait déjà, sous l'influence du droit canon, dans des matières importantes, perdu la *rigor civilis*, comme l'Eglise l'appelait. Ce génie est destiné à le réformer en y introduisant de nouveaux éléments et, finalement, à le faire reconnaître et traiter comme faisant essentiellement partie intégrante d'une science juridique supérieure.

Dans ce nouveau développement du droit romain on peut distinguer plusieurs époques. La dernière est spécialement marquée par la tendance philosophique qui distingue l'esprit

allemand et par l'influence de la philosophie sur la culture du droit romain.

Du commencement du dix-septième siècle date la première période d'une élaboration scientifique du droit romain, après qu'il eût été introduit dans la pratique comme droit subsidiaire applicable à tous les rapports juridiques qui n'étaient pas réglés par les lois germaniques. Cette période est marquée par l'impulsion qu'avaient reçue de l'étranger plusieurs juristes allemands et qui émanait surtout des Français Cujas et Doneau, des Hollandais Vinnius et Noodt. Pendant le cours de celle-ci, qui est censée se prolonger jusqu'à Leibniz ou Thomasius, le rapport du droit romain au droit germanique n'est pas encore approfondi; l'on sent, toutefois, combien ils diffèrent essentiellement et combien il est indispensable de modifier le droit étranger dans la pratique. Le droit romain se manifeste simplement comme *jurisprudentia romana in foro germanico*. La mission propre à la science allemande se manifeste, malgré l'impossibilité de suivre l'ordre légal proprement dit pour l'étude des recueils du droit romain, dans la tentative de coordonner les principes communs aux deux systèmes de droit et de préparer ainsi la synthèse du droit.

La deuxième époque s'ouvre, à proprement parler, avec Leibniz, qui, par ses doctrines de philosophie du droit aussi bien que par l'œuvre qu'il publia en 1668, *Nova methodus docendæ discendæque jurisprudentiæ*, réagit sur Thomasius son contemporain. L'influence prépondérante que Leibniz a exercée sur l'influence du droit est due à Wolff, le propagateur de ses doctrines philosophiques. A cette seconde époque se rattache l'école philosophique proprement dite, qui comprend différentes phases, l'une formelle et logique, l'autre dogmatique, et une troisième plutôt critique; mais dans chacune prévaut le caractère extérieur, par cela même qu'on approfondit encore peu l'essence des institutions juridiques. Cette période embrasse l'école de Wolff, et en partie celle de Kant, se prolongeant jusqu'à la naissance de l'école historique.

Thomasius (1655-1728), qui, comme Hugo le remarque avec raison, provoqua une révolution dans le système d'enseignement du droit en Allemagne, combattit avec ardeur les accusa-

tions de sorcellerie, la torture et plusieurs autres préjugés. Il fut en outre le premier qui professa en langue allemande et donna l'impulsion la plus décisive à une étude scientifique plus profonde et à une élaboration méthodique du droit.

C'est alors qu'apparurent des hommes marquants, tels qu'Heineccius († 1744), qui a exercé sur ce temps-là l'influence la plus durable ; les deux Böhmer père et fils ; de Leyser († 1752) ; Sam. de Cocceji († 1755) ; plus tard des historiens du droit, tels que Joh.-Aug. Bach († 1758) ; on peut citer aussi les auteurs de résumés des *Pandectes*, tels que Hellfeld († 1782), et d'autres auteurs de traités plutôt didactiques, tels que Westphal († 1792), Hofacker († 1793), Höpfner († 1797), Kock († 1808), et Glück († 1831). A cette époque figure en première ligne, dans la théorie et dans la pratique, le droit romain, comme formant la partie la plus importante du droit commun, et même plusieurs institutions juridiques allemandes sont remplacées, en pratique, par celles qui y correspondent en droit romain (par exemple, le régime de la communauté des biens par le régime dotal des Romains, l'achat des rentes par le prêt à intérêt). Toutefois, la différence entre le droit romain et le droit germanique est mieux saisie. Ce dernier est, en même temps soumis à l'élaboration scientifique et fait l'objet de l'enseignement. Gürtner et Schilter publièrent, le premier, le *Miroir de Saxe*, et le second, celui de *Souabe*. Heineccius, Putter, Runde écrivirent des manuels du droit privé allemand. L'éveil de l'esprit allemand, qui se manifesta par l'élaboration scientifique du droit allemand, révéla plus clairement la nécessité de n'appliquer le droit romain, dans certaines matières, que d'une manière partielle ; dans d'autres, l'impossibilité absolue d'appliquer plusieurs de ses dispositions. Il fait sentir, en outre, dans plusieurs Etats, le besoin d'une législation allemande conservant les dispositions du droit romain encore applicable, besoin qui reçoit satisfaction à divers degrés en Bavière, en Prusse et en Autriche, eu égard à l'autorité et au rôle différents attribués au droit romain.

La philosophie critique de Kant commença à influer d'une manière radicale sur Hugo qui, le premier, prenant pour guide la nouvelle méthode critique de Kant, sut débarrasser l'ensemble de la science du droit romain de beaucoup d'erreurs tradi-

tionnelles. Vrai logicien, comme Kant (ainsi que Savigny s'exprime à son égard), il y parvient en demandant à tout principe et à tout précepte de droit son origine. La philosophie de Kant exerçait, d'un autre côté, sur l'élaboration du droit romain, une influence qui n'avait toutefois qu'un caractère éminemment formel.

Cette influence se révèle dans une élaboration dogmatique indépendante de l'ordre légal proprement dit, dans des traités et des manuels didactiques. Dans toutes ces œuvres, néanmoins, les matières du droit romain sont souvent divisées de la manière la plus arbitraire et la plus systématique, en se rattachant à des concepts extérieurs et qui ne reposent que sur la logique formelle, comme cela se voit dans les œuvres de Heise († 1384), Schweppe (1829), Mackeldey (1834), en partie, Mühlenbruck (1843), et spécialement de Thibaut (1772-1840), le représentant le plus distingué de cette école.

La troisième époque s'ouvre avec l'école historique qui, dans la science du droit, ne faisait que répondre à un besoin du siècle, à une tendance générale des esprits. Cette école inaugura son avènement et débuta par les travaux de critique et de polémique de Hugo, commencés en 1778, et qui se continuent de 1784 à 1846, et atteignit son apogée dans la personne de Savigny, auteur d'une nouvelle méthode et créateur de la critique historique. L'œuvre de Savigny sur le droit de possession (par laquelle il débuta, en 1803, sur le terrain doctrinal, servit de drapeau à la nouvelle école. Combattant le formalisme abstrait de l'école du droit naturel ainsi que l'application de la méthode purement rationaliste à l'étude du droit romain, l'école historique chercha, par le moyen de l'histoire, que Cujas avait déjà nommée *sa clé d'or*, à dégager de ce droit l'esprit propre de ses institutions et de ses doctrines, pour mieux le pénétrer; séparant ainsi à la lumière de l'histoire chacun de ses éléments spéciaux jusqu'au moindre, elle voulut le recomposer dans son originalité propre. Lorsque l'Allemagne eut secoué le joug étranger, en 1814, et qu'elle réclama, par l'organe de Thibaut, un code général allemand, l'école historique réagit contre cette tendance par sa théorie d'un perfectionnement progressif du droit, auquel répugnent les innovations, et par la mise en re-

lief des défauts que présentait l'œuvre des nouveaux législateurs dans des matières importantes. Elle s'efforçait, en outre, de mettre de plus en plus en lumière le trésor de vues saines et de principes immuables que contenait le droit romain. Sans doute, ce fut une satisfaction accordée au droit allemand, que de donner l'impulsion à des recherches historiques plus approfondies sur les institutions, comme le fit Eichhorn dans son *Histoire de l'Etat et du droit allemands*; mais tous les efforts se dirigeaient vers le droit romain, en même temps qu'on négligeait visiblement le droit allemand et qu'il y avait une tendance marquée à bannir de la pratique plusieurs principes contraires, il est vrai, au droit romain ou dérivant d'une fausse interprétation de celui-ci, mais qui trouvaient essentiellement leur base dans le droit allemand ou la coutume. Le droit allemand parut alors, sinon menacé dans son existence, du moins ébranlé dans sa base, eu égard à la manière erronée dont ses rapports avec le droit romain étaient envisagés. Ceci provoqua contre l'école historique des romanistes une réaction représentée par l'école des germanistes (1). Ces derniers, qui approfondissaient également l'essence des différentes institutions du droit allemand, à l'aide d'une méthode historique plus analytique, cherchaient à dégager ces institutions ou règles propres au droit allemand et à les faire prévaloir dans la pratique. Cette lutte entre les romanistes et les germanistes a passé elle-même par plusieurs phases, et, après un rapprochement des deux camps, n'a pas tardé de nouveau à reprendre avec plus de vigueur sur le terrain des principes, la jeune école des germanistes cherchant à remporter la victoire sur le droit romain, en perfectionnant le droit allemand dans son esprit, et eu égard aux besoins de la pratique. La lutte doit encore se continuer sur le même terrain. Les romanistes, comme les germanistes, y gagnent à approfondir davantage l'esprit propre à ces deux systèmes de droit et ce qui constitue leur différence réelle. On ne pourrait y mettre un terme qu'en se rattachant aux principes supérieurs dérivant uniquement d'une philosophie véritable, qui pénètre l'essence

(1) Sur cette école et ses représentants les plus éminents, voyez la fin de l'histoire du droit allemand dans notre *Encyclopédie*.

des rapports de la vie et de ceux de communauté, appuyée sur l'histoire et sur une conciliation progressive du droit romain et du droit allemand (1).

Déjà s'est ouverte une ère nouvelle à plusieurs points de vue, destinée à concilier les oppositions jusqu'ici existantes, l'ère philosophico-historique, qui, en perfectionnant la jurisprudence comparée, s'efforcera aussi d'introduire dans la pratique des réformes nécessaires, dans le but d'arriver finalement à une législation universelle allemande. La lutte opiniâtre entre l'école philosophique et l'école historique s'est ralentie, en ce sens du moins que les représentants les plus célèbres de ces deux écoles reconnaissent également la nécessité d'une alliance entre la philosophie et l'étude de l'histoire des faits. On n'a fait toutefois ainsi qu'un premier pas de rapprochement : mais l'importance capitale de la question, non seulement en théorie mais en pratique, l'intérêt de la science et le succès des efforts faits pour opérer un vrai rapprochement, demandent qu'on ne s'abandonne d'aucun côté aux illusions d'une entente qui n'existe pas encore en réalité. Il ne saurait s'agir évidemment d'un arrangement de pure forme qui laisserait les deux écoles subsister simplement l'une à côté de l'autre. Il ne sert de rien à l'école historique qu'on la reconnaisse extérieurement, même qu'on la place sur la même ligne que l'autre, si la philosophie du droit continue, au fond, à ne pas s'harmoniser avec les principes historiques d'un développement graduel, réglé sur les rapports de la vie, représentés par les mœurs nationales prises dans leur ensemble. La philosophie du droit serait aussi peu avancée d'être réduite en quelque sorte uniquement au rôle de gymnastique intellectuelle, et de ne comporter qu'une

(1) Les principaux auteurs modernes qui ont traité du droit romain, en se rattachant plus ou moins aux doctrines de l'école historique, sont : Haubold, Bethmann-Hollweg, Biener, Blume, Burchardi, Dirksen, Göschen, Elvers, Hasse, de Löhr, Marezöll, Witte, Zimmermann, Roshirt, Schrader, Warnkönig, Walter, Wachter, Seiffert, Sintenis, Haimberger, Unterholzner, Franke, Ribbentropp, Puchta, Pugge, Arndts, Sell, Ed. Böcking, de Vangerow, Kelter, Kierulf, Jhéring, Leist et autres. En France, Klimrath, Giraud, Laboulaye et Ortolan. En Hollande, Holtzius, Van Tex, Van Assen, de Wahl, Breede. En Belgique, Molitor et Mainz.

application du rationalisme formel à la science du droit, tandis qu'on lui refuserait l'aptitude à instituer et à déterminer les principes du droit, en même temps qu'à apprécier à sa juste valeur l'histoire et l'état du droit chez un peuple quelconque.

La philosophie du droit, en dépit de plusieurs déviations qu'a engendrées jusqu'ici, dans tout mouvement de progrès, la tendance aux extrêmes, doit conserver et ne pas dédaigner les précieux legs du passé; elle peut se contenter, pour sa gloire, de revendiquer comme son œuvre la diffusion des principes de droit humanitaires, la guérison de plusieurs plaies sociales à laquelle elle a concouru, la transformation radicale du droit pénal et même les nouvelles législations positives. Le besoin se fait sentir, de notre temps, de venir à bout d'opérer un rapprochement entre les tendances extrêmes du passé, en faisant pénétrer la lumière des principes supérieurs non seulement dans l'ordre moral, pour régler plus sagement la liberté individuelle, mais encore dans le champ de la science, pour mieux l'éclairer. A ce besoin, qui se manifeste aussi dans la science du droit, il ne peut être donné satisfaction que par une conciliation complète entre la philosophie du droit et l'étude historique des faits. Pour atteindre ce but, des deux côtés doivent être remplies des conditions indispensables.

La philosophie du droit doit montrer que l'idée formant, à son sens, la base du droit, est un principe de vie qui, comme la vie elle-même, prend sa source dans un principe supérieur et dans les lois primordiales, essentiellement immuables, agissant dans le temps d'une manière graduelle; en d'autres termes, elle présuppose les principes permanents de l'ordre suprême qui se manifestent dans les rapports de la vie et dans la perfectibilité des mœurs.

La philosophie de droit de Kant n'a pu remplir cette condition : abstraction faite des solutions satisfaisantes de plusieurs problèmes, et malgré les services incontestables qu'elle a rendus par une méthode philosophique plus rigoureuse et une analyse plus approfondie, elle ne laisse pas d'être défectueuse pour avoir trop séparé le droit de l'éthique et négligé de l'envisager dans son union intime et harmonique avec l'histoire. Le système philosophique d'Hégel, par sa théorie abstraite de

l'évolution progressive de l'idée universelle, théorie qui renferme d'autres erreurs de principe capitales, a tellement confondu l'une avec l'autre la philosophie et l'histoire, que toutes deux perdent leur indépendance propre et qu'à aucune il n'est fait une juste part. Stahl, à dire vrai, s'est étroitement rattaché à l'école historique, non par un principe du droit en soi limité, mais plutôt par d'autres éléments inhérents à sa doctrine éthique. Mais ici encore, ni la philosophie ni l'histoire n'obtiennent leur indépendance relative ni ne reçoivent une vraie satisfaction. La philosophie de droit de Krause a trouvé dans l'idée du droit même le principe de la vie, lequel se manifeste, sous des modes divers, par le progrès des mœurs ; mais cette doctrine a obtenu très peu de faveur auprès des jurisconsultes allemands (1), à raison justement de ses tendances philosophiques

(1) R. Mohl qui, dans un article de critique sur ma *Philosophie du droit* inséré dans les *Annales d'Heidelberg*, 1840, fit ressortir le premier l'importance de la doctrine de Krause sur le droit et sur l'Etat, prédisait avec raison que la plupart de ceux qui enseignent la philosophie du droit ne se tiendraient pas sitôt pour battus et resteraient paisiblement en possession de la doctrine de Kant, d'Hégel et de Stahl, l'unique source de salut. Parmi les philosophes proprement dits, il s'est opéré ici un remarquable changement : les penseurs de renom appartenant aux écoles les plus opposées se montrent chaque jour de plus en plus favorables à la philosophie du droit, en même temps qu'ils adoptent les principes de la philosophie de Krause. J. H. Fichte, dans son *Système de l'éthique*, 1850, a accepté de Krause, comme il le reconnaît lui-même, d'importants principes fondamentaux tirés de l'éthique, de même qu'il a admis également l'idée du droit de Krause, à part une légère modification occasionnée par une méprise (Voyez à ce sujet ma *Philosophie du droit*, 4^e édit., p. 253 et suiv.). Dans son *Histoire de la philosophie moderne*, vol. 3, sect., 2, en appréciant, dans une critique détaillée mais laissant encore à désirer, le système de Krause, 1853, le professeur Erdmann, l'un des représentants les plus distingués de la doctrine d'Hégel, considère Hégel et Krause comme étant les deux philosophes qui seuls sont venus à bout, malgré leurs tendances très différentes ; sur lesquelles les opinions peuvent se partager, d'édifier chacun un système de philosophie complet et dont toutes les parties s'harmonisent heureusement (p. 637). Il place en outre Krause au-dessus d'Hégel (p. 812), eu égard à sa conception supérieure de la philosophie de l'histoire. Il remarque aussi que Krause, pour le contingent qu'il a apporté à la philosophie pratique, pourrait être tous se glorifier d'avoir rendu des services durables, comme le prouvent le nombre croissant de ses disciples, et, ajoute Erdmann, de ses *plagiaris*. Le

prépondérantes et de l'importance qu'elle attache à l'éthique. Chez ceux-ci, d'un côté, plus que dans d'autres pays avancés, se révèle manifestement chaque jour davantage le manque d'une bonne méthode philosophique, dû aux aberrations de la philosophie antérieure. D'un autre côté, cette philosophie du droit est susceptible elle-même d'être encore plus développée, et il faut en faire mieux ressortir le lien d'union avec l'histoire. L'œuvre actuelle est justement un nouvel essai destiné à mettre plus en lumière cette union et à la faire mieux apprécier. Il suit de là que la philosophie du droit n'a pas encore, de son côté, répondu d'une manière complète et satisfaisante aux conditions du rapprochement entre les deux écoles.

L'école historique n'a non plus, d'un autre côté, rien fait pour ménager un rapprochement. Il ne pouvait, sans doute, échapper à la perspicacité des représentants les plus éminents de cette école qu'il existe des principes fondamentaux du droit et qu'on ne saurait les déterminer par des études historiques, mais bien par une conception philosophique de la nature et de la vie humaines. Toutefois, lorsque la nécessité de cette conception eut prévalu, après la première réaction contre les doctrines abstraites de la philosophie du droit, l'insuffisance de la méthode philosophique ne laisse pas ici de se faire grandement sentir, ainsi qu'un défaut de précision surprenant dans la détermination des principes fondamentaux. C'est ainsi que chez Savigny, qui, sous tant de rapports, peut servir de modèle pour une étude subordonnant la masse des détails à des prin-

disciple le plus éminent de Baader et l'adversaire décidé de toute tendance matérialiste dans la philosophie, le professeur Franz Hoffmann, dans la préface du recueil de œuvres de Baader, 1852, p. 52, s'exprime ainsi : « Quelle philosophie du droit et de l'Etat a été jamais basée sur des principes si profondément médités, et laquelle pourrait, pour la profondeur et la largeur, se mesurer avec celle de Krause ? » Il ajoute : « Le mérite capital de celle-ci ne sera justement apprécié qu'alors que l'œuvre importante du professeur Ahrens, *La philosophie du droit et de l'Etat*, sera pleinement achevée. » Il n'y aura pas lieu de s'étonner qu'il ait pu se glisser çà et là quelques erreurs dans une doctrine qui, pour embrasser sous toutes ses faces un objet et l'analyser entièrement, exige un coup d'œil philosophique exercé, qui permette d'examiner chaque partie et chaque face à la lumière du tout, ce qui est du reste facile avec une bonne méthode philosophique.

cipes généraux, nous remarquons une déduction très insuffisante et en partie fautive de l'idée du droit qu'il fait dériver de l'esprit ou de la conscience du peuple ; et quand il arrive à déterminer plus immédiatement le droit, il ne fait que reproduire la conception de Kant, laquelle présente encore plus de vague que chez ce dernier lui-même (1). Chez Puchta, nous trouvons un retour encore plus prononcé à une théorie de droit subjective qui se rapproche beaucoup de celle de Fichte, mais où le manque de rigueur logique se fait sentir. D'autres se sont encore plus étroitement rattachés à Stahl ou à Hegel ; mais tous ces emprunts de juriconsultes aux systèmes philosophiques ont conservé un caractère superficiel, puisque on s'est ordinairement borné à déduire quelques principes d'une doctrine philosophique en vue de satisfaire au besoin le plus urgent du moment, et pour pouvoir en faire une application immédiate. La grande majorité est, en outre, restée étrangère à toute philosophie, et s'est contentée d'emprunter à Savigny ou à Puchta quelques principes indispensables.

Avec les tendances actuelles du siècle, on n'aurait guère à espérer que le fond des doctrines de l'école historique pût se rapprocher davantage de celles de la philosophie du droit, si quelques faits qui prennent chaque jour plus d'importance, et dont il est impossible de ne pas tenir compte, ne faisaient entrevoir un meilleur avenir. Au nombre de ces faits figure en première ligne l'étude approfondie des principes fondamentaux du droit romain, inaugurée de bonne heure par l'école d'Hegel, et aujourd'hui continuée par les romanistes. Il faut tenir compte aussi du progrès de l'étude des législations comparées, notamment du droit romain et allemand, à laquelle les germanistes commencent à s'adonner dans une certaine mesure, le besoin s'en faisant de plus en plus sentir. On doit surtout enfin mettre en relief la codification toujours sur le point de se réaliser, et d'ailleurs inévitable pour ceux des Etats allemands qui ne possèdent encore aucun code. Voilà trois faits qui conduisent nécessairement à la philosophie du droit.

(1) Sur la manière dont Savigny conçoit le droit, voyez p. 89, 97, 1^{er} vol., et 17 du présent volume.

Pour le droit romain, Hégel s'appliqua le premier à l'envisager en lui-même ou dans son caractère propre et Stahl en fit ressortir avec justesse quelques éléments importants; on a tenté, de nos jours, de traiter ce sujet plus à fond, du point de vue de la philosophie juridique, et en pénétrant davantage les éléments primordiaux, ainsi que l'essence des institutions romaines (1). Il ne faut pas le méconnaître, il a été fait un heureux essai de ce genre, en se rattachant aux dogmes de l'école historique. La continuation de ces sortes d'investigations, assurée par d'autres œuvres, mais surtout l'appréciation du droit romain, à sa juste valeur du point de vue combiné de la philosophie et de l'éthique, feront sentir chaque jour davantage la nécessité de poser les bases d'une philosophie du droit plus profonde.

(1) Cet essai est dû à Rud. Jhéring, auteur de l'œuvre souvent citée : *l'Esprit du droit romain aux divers degrés de son développement*, 1^{re} partie, édit. 1862, 2^e partie, 1^{re} section (œuvre qui ne m'est connue que depuis peu). Jhéring s'est rattaché principalement à Hégel pour les doctrines philosophiques; mais il les a toutefois soumises au contrôle indépendant de l'histoire étudiée dans les lois fondamentales de son évolution. Au point de vue d'une investigation plus profonde du droit romain, cette œuvre est un événement. De même qu'elle met surtout en relief le caractère fondamental du droit romain dans ses origines historiques si essentielles, de même elle est on ne peut plus propre à faire connaître l'essence intime des institutions du droit romain les plus importantes, bien supérieures à cet égard à beaucoup d'autres œuvres doctrinales ou historiques qui se perdent dans le détail. Les étudiants y trouveront dans tous les cas un complément nécessaire de leurs connaissances dogmatiques et historiques. On peut ne pas partager l'opinion de l'auteur sur quelques points historiques et sur l'application de certains principes philosophiques; de même aussi, et en partant du point de vue d'une philosophie différente, on pourra ne pas s'accorder tout à fait avec lui sur la valeur qui doit être attribuée au droit romain (voyez le chap. suiv.); mais quiconque aspire à voir se réaliser une alliance intime de la philosophie et de l'histoire saura gré à Jhéring, comme le dit avec raison Röder (*Principes fondamentaux et esprit du droit romain et du droit germanique*, 1855), d'avoir insisté énergiquement sur la nécessité, pour l'étude du droit romain, d'embrasser ce droit tout entier d'une vue d'ensemble, eu égard au lien logique qui unit toutes ses parties ainsi qu'aux principes fondamentaux sur lesquels il repose. Il lui saura gré de s'être efforcé en même temps de montrer à ses contemporains, dont il s'ingénia à piquer la curiosité, la vraie voie pour atteindre ce but qu'ils avaient cessé de poursuivre depuis longtemps.

Avant que le droit germanique eût été pareillement approfondi dans son essence propre, on avait déjà tenté de déterminer la différence caractéristique entre ses principes et ceux du droit romain, et de la faire ressortir dans les matières principales (1). On a eu ici la preuve évidente que le droit germanique peut, il est vrai, être encore approfondi en lui-même, et eu égard à son génie propre, mais que la conciliation des deux systèmes juridiques et leur juste appréciation ne saurait avoir pour base que la philosophie du droit. Celle-ci résume, dans une conception éthique supérieure de l'ordre humain et social,

(1) Cette tâche a été entreprise par Schmidt, conseiller de la Cour d'appel à Rostock, dans son œuvre de la *Différence entre les principes du droit romain et du droit germanique*, 1^{er} vol., 1853. L'auteur se propose de montrer que le droit germanique repose sur le principe de l'objectivité, qu'il est déterminé et limité dans son contenu par les buts moraux supérieurs à l'homme et à la société, tandis que le droit romain relève du principe de la subjectivité se rapportant aux mobiles internes de l'égoïsme, et repose, eu égard à son contenu, sur une liberté de disposition de la volonté du sujet absolue et indépendante de tout élément moral. Schmidt a, on le voit, considéré ces deux systèmes de droit comme étant opposés radicalement l'un à l'autre, se trompant en cela, ainsi que le prouve du reste toute investigation plus complète. Il s'est ici appuyé, comme tant d'autres l'ont fait, sur une conception du double principe subjectif et objectif du droit tel que je l'ai analysé dans l'introduction de mon ouvrage, *La philosophie du droit* (qu'il ne mentionne toutefois nulle part), 4^e édit. Mais tandis que j'ai caractérisé cette opposition entre les deux systèmes juridiques, montrant séparément et dans chaque matière ce qu'elle avait de vrai et de faux, et que j'ai fait ressortir la nécessité d'une synthèse du droit du point de vue de l'éthique, Schmidt veut à toute force faire prévaloir le principe objectif et moral et en trouver la réalisation dans le droit germanique. C'est justement cette partialité de vues qui l'a entraîné à commettre des erreurs capitales que les romanistes lui ont si amèrement reprochées. Quoi qu'il en soit, l'œuvre de Schmidt n'en est pas moins très importante, vu qu'elle met très bien en saillie des différences essentielles de principes entre le droit romain et le droit germanique, de même que l'influence prépondérante de l'élément moral dans les rapports juridiques, et que même, en émettant des opinions insoutenables, il provoque l'esprit d'examen et de plus amples réflexions. Voyez l'appréciation critique de l'œuvre de Schmidt, par Eschmarch, dans le *Recueil mensuel général pour la science et la littérature*, Dez-Heft, 1853. Sur les œuvres de Jhéring, Schmidt, Lenz, voyez, outre l'article d'Eschmarch et l'écrit de Röder, l'article de Kunze dans la *Revue critique de la législation et de la science du droit*, 2 vol., p. 173-228.

les éléments importants de la vie qui se sont manifestés par l'histoire dans le droit romain et germanique et se sont traduits dans plusieurs rapports spéciaux.

D'un autre côté, l'opposition entre les deux droits, subsistant encore en partie, fait sentir la nécessité de combler leurs lacunes (1). Déjà les questions les plus importantes, telles que celles de savoir si le droit germanique tient plus compte des rapports moraux de la vie que le droit romain, si ce dernier (comme on l'a prétendu par erreur), fait peut être complètement abstraction des éléments moraux, de manière à prendre sa source dans la pure volonté, et autres, ne peuvent recevoir de solution satisfaisante qu'à la condition de préciser avec netteté les idées du droit et de la moralité et leur rapport si peu encore approfondi, ainsi que l'origine et le but du droit. Ajoutez à cela qu'il faut tenir compte de cette différence qu'incontestablement le droit germanique n'a jamais fait une aussi complète et une aussi fréquente abstraction que le droit romain, des principes moraux juridiques, en ce qui touche le règlement des biens, dans les branches et institutions spéciales du droit privé et surtout du droit public. Enfin, de nos jours, où les relations entre les hommes se sont considérablement étendues et multipliées par des moyens nouveaux inconnus au droit romain et à l'ancien droit allemand, le droit de propriété tout entier, c'est-à-dire envisagé dans le droit réel et celui des obligations, ne peut être pleinement compris et perfectionné qu'à la condition de connaître et d'apprécier à leur juste valeur les rapports économiques nationaux, si souvent négligés jusqu'ici dans l'étude du droit.

(1) Röder a adopté ce point de vue dans son écrit : *Principes fondamentaux du droit romain et du droit germanique et leur importance pour la conciliation des vues historiques et philosophiques et pour le progrès des études de droit comparé*, 1855. Dans cet écrit, qui présente d'une manière complète l'état de la question et résume en les appréciant les principales vues de Jhéring, Schmidt, Lenz et Eschmarch, en se rattachant aux données historiques et positives, Röder a fait très bien ressortir, à la différence de Schmidt, le caractère fondamental du droit germanique. Il a ainsi envisagé ces deux droits comme destinés à se compléter l'un l'autre, résultat qui se trouve atteint, pour la plus grande partie, par les phases historiques du perfectionnement du droit allemand.

En résumé, par suite de la confusion croissante que présente le droit dans la plupart des Etats allemands, se fait toujours plus vivement sentir le besoin d'une codification générale du droit, bien que tout d'abord il n'ait été fait, pour quelques Etats, que des codes particuliers suivant l'ancien système allemand du particularisme (1). Devant ce besoin commencent aussi à céder les romanistes les plus perspicaces, qui entrevoient la nécessité inévitable d'y satisfaire dans l'avenir. Une semblable codification ne laisse pas de présenter encore aujourd'hui des difficultés réelles. L'école historique des romanistes ne s'y prête que peu, non seulement pour rester fidèle à ses principes, mais encore parce que, dans la science, elle ne fait rien pour favoriser cette tendance, en comparaison des efforts qu'elle déploie pour assurer la prépondérance au droit romain, en s'attachant à ne montrer la vie qu'à travers les idées romaines, au lieu d'apprécier ces idées du vrai point de vue de la vie (comparez p. 90, note 1, 1^{er} vol.); mais ces idées, tout en permettant de pénétrer davantage l'esprit du droit romain analysé avec plus d'exactitude et de rigueur logique que par le passé, ne laissent pas, à raison de leur caractère exclusif, d'être aussi peu compatibles avec une nouvelle législation qu'avec celles déjà subsistantes, lesquelles devraient se rattacher, dans les matières les plus importantes, aux principes germaniques. Dans la science, jusqu'ici on ne s'est nullement proposé de concilier le droit romain avec le droit allemand; aussi les nouveaux essais de codification n'ont-ils trouvé qu'un faible secours dans la science moderne allemande. Ils ont dû, par suite, se rattacher aux législations modernes écloses sous l'influence des doctrines philosophiques du droit précédentes et qui ont été l'objet de tant de critiques injustes, notamment au code autrichien qui, plus que tout autre, contient des principes généraux quoique formulés souvent d'une manière trop abstraite. Si, au contraire, on eût poussé plus loin la science du droit comparé et que, sans préjudice d'une investigation approfondie du droit romain et du droit allemand, l'on eût fait à chacun des deux sa part légitime de manière à les faire

(1) Sur la question de la codification, voyez encore, dans l'*Encyclopédie*, la fin de notre histoire du droit allemand.

cadrer avec les rapports actuels de la vie et avec l'extension des relations, la science aurait vraiment secondé le progrès de la vie, fourni les principes compatibles avec la nouvelle législation, et préparé les matériaux nécessaires. Une semblable science du droit comparé a été depuis longtemps appliquée avec le plus grand succès dans le droit pénal. Ce dernier doit à la philosophie du droit sa réforme, et s'est toujours depuis développé de plus en plus en harmonie avec les tendances philosophiques. Dans la sphère du droit civil, le besoin de cette science comparée se fait également sentir et réclame impérieusement satisfaction, non seulement pour toute législation nouvelle à établir, mais encore pour le perfectionnement de toute autre déjà existante.

La philosophie du droit reçoit ainsi une nouvelle et plus haute mission. Elle a été, dans le passé, quoiqu'elle fût bien moins avancée qu'aujourd'hui, un puissant auxiliaire pour la législation; il en doit être de même de nos jours, où elle envisage le droit même dans sa corrélation intime avec la vie et les rapports de la vie indéfiniment perfectibles. C'est à elle qu'il appartient de déterminer le critérium suprême qui permette de comparer sûrement, d'apprécier et estimer à leur juste valeur les différents éléments du droit. Elle facilitera ainsi l'œuvre du législateur et contribuera pour sa part au perfectionnement des législations existantes mises en harmonie non pas avec les tendances exclusives d'un ancien droit, mais avec l'esprit de progrès qui a présidé à leur formation ainsi qu'avec les besoins réels de la vie et de la société.

CHAPITRE IV.

APPRÉCIATION CRITIQUE SOMMAIRE DU DROIT ROMAIN DU POINT DE VUE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT (1).

Pour apprécier le droit romain, il est indispensable d'abord de l'examiner au point de vue historique, soit eu égard à la

(1) Rapprochez à cet égard et voyez, à la partie générale, Hegel, *Leçons sur la philosophie de l'histoire*, 2^e édit., 1846; Gans, *Droit de succession*, *passim*; Stahl, *Philosophie du droit*, II, 1, Appendice, et surtout Jhéring.

manière dont il a contribué au progrès de la civilisation dans le monde, soit eu égard au caractère propre du développement progressif de ses éléments essentiels dans l'histoire. Il faut, en second lieu, apprécier le droit romain en lui-même, eu égard à son contenu et à sa forme. Enfin il convient de faire ressortir la part considérable d'influence qu'il a eue dans le perfectionnement de la législation de plusieurs peuples modernes et surtout en ce qui touche l'Allemagne, comme aussi de montrer dans quelle mesure il peut concourir encore de nos jours au progrès des études et des institutions juridiques.

§ 1^{er}. — *Appréciation historique.*

La mission historique universelle et la virtualité propre du génie romain se trouvent, d'après l'opinion adoptée généralement de nos jours depuis Hegel, dans la réalisation de l'idée du droit (1). Une telle opinion ne saurait toutefois jurer avec l'histoire et avec ce principe naturel que chaque peuple règle par le droit, d'une manière différente, les conditions essentielles de la vie selon l'état de ses idées et de ses mœurs, et qu'en somme le droit, aussi universel que la vie et les mœurs, est l'expression visible du peuple. Il faut donc, pour la ramener à ses vraies limites, se borner à admettre que le génie du peuple romain a, le premier, assuré pleinement l'indépendance du droit, soit public, soit privé, et spécialement s'est attaché de préférence à perfectionner le droit privé.

Une semblable tendance à développer le droit et l'Etat ne saurait s'expliquer par la manière dont l'Etat a pris naissance, bien qu'il faille en tenir compte jusqu'à un certain point. On n'a pas besoin non plus de signaler le prétendu commencement

(1) Stahl s'exprime en ces termes : « L'opinion véritable, et qui est très répandue aujourd'hui, c'est que le droit romain, dès l'origine, a été par-dessus tout appelé à réaliser dans l'histoire universelle l'idée du droit ; » et il ajoute dans la note : « Une telle conviction, due aux grandes recherches historiques de notre époque, a été, dès le principe, exprimée avec clarté et précision par Hegel. » Stahl remarque toutefois qu'il ne peut trouver juste et conforme à la vérité la manière dont Hegel juge les Romains sous le rapport moral en les opposant aux Grecs.

de Rome par des brigands, à l'exemple d'Hégel, qui a partagé de tout point l'erreur commune, non plus que la différence des nationalités qui ont concouru à former la population romaine, ce qui aurait fait disparaître jusqu'aux dernières traces de ce qui restait de l'élément national. Il faut plutôt chercher la raison de cette tendance dans le caractère propre du peuple, c'est-à-dire dans cet entraînement vers les choses extérieures finies et conditionnelles, devenu général au sein du peuple romain, dans le penchant à faire tout servir d'instrument pour la poursuite des buts matériels de la vie, à bien pénétrer la nature de ceux-ci et à les accomplir pleinement par la mise en jeu de la volonté (rapprochez p. 103 du présent vol.). Une tendance semblable a conduit progressivement à séparer la vie de l'Etat et du droit d'avec la religion et en partie aussi d'avec les mœurs et la moralité, de telle sorte que le peuple romain fût le représentant, la réalisation vivante, dans l'antiquité, de l'idée abstraite de l'Etat et du droit. Elle se révèle de bonne heure dans la manière de concevoir la vie et le droit, et se traduit toujours dans des formes de plus en plus précises comme nous allons le voir actuellement ; il en est ainsi surtout dans la religion.

Ainsi qu'on le voit, à tout commencement de la vie des peuples, en remontant à leur berceau dans les temps les plus reculés, la religion, les mœurs, l'Etat et le droit furent encore, à Rome, reliés ensemble par les liens les plus étroits. Toutefois, malgré une semblable union, la vie de l'Etat tend visiblement, dès le principe, à exercer la prépondérance. Lors des premiers établissements que Rome fonda, le lien religieux commença à se relâcher tout d'un coup, rapidement, et les difficultés devenant plus grandes pour la formation de la communauté nouvelle, composée d'éléments disparates, on dut, par suite, s'attacher de préférence à fortifier le lien politique ; c'est ainsi que, dès le principe, dans la religion et le culte, prédomina la forme extérieure chez les Sabins et les Latins, qui se rapprochent, par plusieurs points communs, des autres souches aryanes (indo-européennes), ayant de l'affinité avec elles (Indiens, Perses et Grecs), notamment par le culte du feu et des étoiles, dont les traces sont encore visibles dans l'entretien du feu sacré sur l'autel de la déesse Vesta (*Ἑστια*) (Voyez p. 144)

et par le principe de la purification (lustration) (1). La colonie des Etrusques, dont le régime social avait été autrefois très florissant mais commençait déjà à déchoir, apporta, il est vrai, à Rome, on ne saurait en douter, plusieurs avantages de la civilisation. Tels furent la connaissance des arts ainsi qu'un système politique et un art de gouverner plus avancés ; mais en même temps elle y porta, en dehors du culte sombre, déjà inclinant vers la magie, qui ne put jamais s'y implanter tout à fait, les formes et cérémonies religieuses extérieures. Ce mot *cérémonie* est sûrement dérivé de la capitale étrusque appelée *Cære*, et cette étymologie ne faisait l'objet d'aucun doute chez les Romains. A mesure que la religion s'affaiblit et dégénéra en cérémonies extérieures, à mesure que le pouvoir politique prenait le dessus et faisait concourir à un but commun toutes les forces vives de la société, la religion dut renoncer à toute immixtion dans le gouvernement ou dans la direction du mouvement social. Son rôle, qui ne laisse pas de demeurer important presque jusqu'à la fin de la République, se réduisit à une simple intervention dans les actes essentiels de la vie civile ; mais l'impulsion, l'initiative n'émanent, partout, à Rome, que de l'Etat et des autorités constituées. Dès le principe, le roi est lui-même souverain pontife, *rex sacrorum* (on fait dériver ordinairement le mot *rex* du grec ἱερεύς, « sacrifier »), et en ce qui touche les formes extérieures du culte, il est soumis toutefois au *pontifex maximus*. Après l'abolition de la royauté, un *rex sacrorum* spécial fut créé ; mais parmi les ministres de la religion, les prêtres proprement dits, tels que les Flamines, les collèges des Saliens et Arvales, eurent, dès le principe, si peu d'importance, que leur organisation ne fut jamais ébranlée par la lutte des partis, à la différence des collèges ayant une influence politique, tels que ceux des pontifes, des augures, des féciaux (ces derniers préposés aux rapports du droit international et à

(1) Il faut ici faire remarquer un trait fondamental commun aux peuples indo-européens et par lequel ils se séparent radicalement de la famille sémitique : c'est que la religion et le sacerdoce, quelque important que puisse être leur rôle dans la vie de ces peuples, n'arrivent jamais à obtenir la prépondérance réelle dans l'Etat ou dans la société.

la conservation des livres de la Sibylle) (1). Le droit d'entrée dans ces trois collèges fut, en effet, vivement disputé par les plébéiens, qui finirent par l'obtenir après une longue lutte. Quoi qu'il en soit, à ces dignités sacerdotales ne fut jamais attaché ce qu'on appelle *imperium*, autrement dit ce pouvoir qui se détermine et agit par lui-même, comme cela avait lieu dans toutes les fonctions civiles. L'action de ces collèges et de ces personnes était, comme on l'a remarqué avec justesse, limitée, en ce sens que leur ministère ne pouvait être mis en jeu que par une injonction qui leur était faite par l'autorité civile. Tant que les croyances religieuses conservèrent leur empire, le *jus sacrum* eut sans doute une importance majeure ; celui qui était déclaré *sacer* se trouvait exclu de tous les *sacra*, cette déclaration n'étant prononcée, d'après la législation, qu'à titre de répression pénale. Les pontifes (2) peuvent, sans doute, ren-

(1) Sur le *jus sacrum* en général et les différentes charges sacerdotales, voyez Götting, *Histoire de la constitution de l'Etat romain*, 1810, p. 167-215. De précieuses données se trouvent aussi dans les écrits d'Ambrosch : *Etudes et notices sur l'ancien droit romain et sur l'ancien culte*, 1839, et les *Livres religieux des Romains*, 1843. Voyez aussi les recherches de Rubino, *Sur la constitution et sur l'histoire romaines*, 1840, et Jhéring, p. 256 et suiv.

(2) Mommsen, p. 117, caractérise l'influence pratique de la religion en ces termes : « Les prêtres, notamment les pontifes, faisaient servir la crainte des dieux à l'affermissement des devoirs moraux et en particulier de ceux pour lesquels il n'y avait pas dans le droit de sanction suffisante. C'est ainsi que l'auteur, soit d'un déplacement de bornes servant à délimiter les propriétés, soit d'un vol commis la nuit dans les champs, soit d'un attentat dirigé contre la personne du roi, encourait, outre la peine civile, la malédiction de la divinité spéciale qui avait été offensée. Un semblable anathème était encouru dans les cas mêmes où la communauté n'était pas intéressée, dans celui, par exemple, où le mari vendait sa femme et le père son fils marié, celui où le fils et la belle-fille frappaient le père ou beau-père, celui enfin où l'on manquait aux lois de l'hospitalité envers l'hôte ou envers celui qui avait demandé asile. Dans tous ces cas, le coupable était absous par la loi civile, mais la malédiction continuait à peser sur sa tête. Il n'était pas toutefois assimilé au véritable maudit (*sacer*) voué sans miséricorde à la vengeance de Dieu. Une semblable proscription, contraire à tout ordre civil, ne se produit à Rome qu'exceptionnellement durant les luttes des partis politiques, comme étant un surcroît de rigueur ajouté à l'anathème, et n'est point une conséquence de cette dernière peine, pour l'exécution de laquelle on ne s'en remet ni à la justice civile ni aux particu-

dre des sentences de condamnation, mais ils devaient être requis à cet effet et il était permis de faire appel de leurs décisions devant le peuple. Les féciaux ne purent aussi agir que sur réquisition, et dans la science des augures il fut érigé en principe, et l'élément juridique se mêlant toujours dans une certaine mesure à l'élément religieux (1), établi par une loi que le signe postérieur détruit l'antérieur, de telle sorte que tout le service augural fut abandonné à l'arbitraire et au pouvoir discrétionnaire de ceux qui avaient à le mettre en jeu, à prendre les auspices, à les arrêter ou les laisser se continuer. Dans la suite des temps et sous l'influence des luttes de parti, la foi religieuse s'affaiblit de plus en plus. Déjà, au temps de la royauté, se laissent apercevoir une transformation profonde de l'esprit religieux et la tendance à faire prédominer l'ordre politique, tendance que la République seconde bientôt en mettant décidément à l'arrière-plan la religion (2). Les patriciens demeurèrent sans doute les gardiens des traditions religieuses, mais principalement dans l'intérêt de leur classe. La religion fut amenée à s'immiscer dans les luttes de partis et par suite releva

liers, ni aux prêtres impuissants, mais à la divinité seule. Du reste, les pieuses croyances qui avaient amené l'établissement de cette peine paraissent avoir été dans l'antiquité bien efficaces et avoir exercé même une action salutaire sur des natures légères ou perverses. » Mommsen fait aussi cette remarque, p. 176 : « On s'est attaché en même temps avec une rigueur inflexible à ce principe que dans l'Etat le sacerdoce ne pouvait conserver aucune autorité, et que non seulement il devait être exclu de toute charge entraînant commandement, mais encore astreint à obéir, comme tout autre citoyen, au plus petit fonctionnaire.

(1) Jhéring, p. 324, tient pour extrêmement important de montrer les traits de ressemblance que présentent la jurisprudence romaine et la pratique de la religion (par exemple, le système des formules, la terminaison du procès, les fictions juridiques, les simulacres de contrat, etc., même, au fond, plusieurs principes). Ce qui caractérise le génie romain, comme le remarque Rubino, c'est que la religion comprend également la *justi atque injusti scientia*; c'est là ce qui donne aussi la clé de cette définition bien connue que la loi donne de la jurisprudence : *Rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia*.

(2) Ambrosch, dans ses *Etudes*, etc., p. 64, place le commencement de la décadence de la théologie pontificale, ainsi que du système des augures, dans la période qui suit la seconde guerre punique.

toujours de plus en plus de la politique, de telle sorte que chaque victoire des plébéiens fut en même temps un échec pour le principe religieux, et finalement l'Etat et la religion furent entraînés dans un commun naufrage.

Il faut donc apprécier en lui-même et dans ses conséquences, le système romain, eu égard aux rapports entre l'Etat et la religion. En principe, il se rencontre ici, comparativement à l'Orient, un progrès essentiel dans cette indépendance de l'ordre civil et politique vis-à-vis de la religion et de ses organes, ainsi qu'une plus grande preuve de tact politique, en ce qu'il n'a été concédé à ces organes aucune puissance temporelle. Mais de même que le manque d'un sentiment religieux pénétrant vraiment la conscience, et qu'il était absolument impossible au polythéisme de produire, est la cause déterminante de la corruption des mœurs, de même on doit voir dans la dépendance absolue de tous les représentants de la religion, dans ce refus de toute initiative de nature à leur être concédée sans nuire à l'indépendance de l'Etat, et enfin, dans leur étroite subordination au régime politique et à ses destinées, une cause qui a essentiellement contribué à hâter la décadence générale. Ajoutons cette autre vérité que la prédominance exclusive de l'ordre politique, sans le contre-poids efficace de la religion et de la morale, maintenue par tant de passions égoïstes qui exercèrent de plus en plus leur empire, a conduit à l'assujettissement des autres peuples, et déterminé au dedans du monde romain un vaste travail de dissolution.

Considérons maintenant le système juridique et politique de Rome dans son rapport avec les mœurs et la moralité (1).

(1) Comparez Jhéring, 2^e partie, p. 48. Jhéring commence son exposé par ces paroles remarquables : « Notre exposé touche ici à un point culminant et d'un accès des plus difficile; c'est le cap Horn, si l'on peut ainsi parler, de la philosophie du droit. Je crois que le lecteur me saura plutôt bon gré qu'il ne me fera un grief de n'aborder ce point qu'avec beaucoup de précaution, et de chercher même à m'en éloigner le plus possible, autant du moins que le permet le but à atteindre; et dans la note, il fait observer qu'en ce qui touche la différence entre le droit et la morale, il s'en tient à l'opinion professée par Stahl, *Philosophie du droit*, etc. Sur ce dernier point, je ne puis m'empêcher de faire remarquer que Jhéring s'écarte parfois es-

Partant de la famille, la première communauté morale, les buts et fonctions essentiels qu'elle renferme implicitement et qui sont inhérents à la vie humaine, la religion, la morale, le droit, l'industrie tendent, à mesure que le cercle de la communauté s'agrandit, à former chacun un organe propre. De même, nous voyons à Rome, comme on l'a déjà justement remarqué (1), la famille donner naissance à un véritable organisme de l'ordre moral, et le fonctionnement de cet ordre, tant que le besoin s'en fit sentir au sein de la société, se réaliser extérieurement par l'institution de la censure. Là se retrouve encore le penchant qui distingue le génie romain à faire prévaloir les formes et organes extérieurs, eu égard à tel ou tel besoin de la vie, en même temps qu'une tendance à tout subordonner à l'ordre politique, puisque la *censura morum* est rattachée au recensement des fortunes des citoyens, au cens politique (*censio*). Mais de même que l'élément moral représenté par la censure se distinguait de l'élément du droit, de même la sentence censoriale (*animadversio, notatio, auctoritas censorum*) ne dut pas être confondue avec la décision du juge (*judicium*), ni avec l'effet de cette décision (*res judicata*). Cette sentence ne pouvant infirmer l'efficacité juridique des contrats, elle n'avait d'effet que pour cinq ans, temps pendant lequel les censeurs restaient en charge, ce qui répondait en même temps à la possibilité de l'amendement moral, et, grâce au droit de médiation que possédait le collègue du censeur qui avait prononcé, droit qui se retrouve auprès de toutes

sentiellement de l'opinion de Stahl, lequel, sur plusieurs points importants, est amené à émettre une appréciation bien différente sur le droit romain. Il y a là du reste une question vitale à résoudre pour qui étudie la philosophie du droit et même pour le juriste qui veut envisager le droit, non seulement dans sa réalité nue et sous son côté positif, mais surtout dans son rapport avec la vie, de nature à ménager entre cette dernière et le droit un échange d'influence, rapport dans lequel il est impossible de faire abstraction de l'élément moral, pour le juriste enfin qui veut approfondir le droit romain et allemand et les comparer sûrement avec les législations modernes.

(1) Jhéring, p. 51. Déjà les familles samnites connaissaient des juridictions censoriales en matière de mariage. Les Lucaniens en connaissaient aussi de semblables en d'autres matières. Voyez Götting, p. 9, et surtout l'œuvre de Jarke, citée plus haut, p. 167, note 1.

les magistratures supérieures, la sentence censoriale pouvait se convertir en une pure admonition personnelle. La distinction ainsi établie entre la censure et l'office du juge rendait impossible la confusion de la morale avec le droit, soit dans l'esprit du peuple, soit pour le censeur dans l'exercice de ses fonctions. Ici se constate en outre la supériorité logique du droit romain sur le droit grec, lequel ne distinguait pas d'une manière aussi exacte l'atteinte à la morale (*ἠθικὴ*) de la violation du droit (v. p. 119).

L'autorité du censeur s'exerçait moins dans la sphère des droits et intérêts publics que dans celle de l'ordre moral proprement dit, du droit public et de l'économie sociale. C'est ainsi qu'elle intervient en matière de parjure, de fraude, en matière d'éducation, lorsque celle donnée par les parents péchait soit par trop d'indulgence, soit par excès de rigueur, au cas de corruption de la jeunesse et de l'indocilité envers les parents, au cas de séparation entre les époux non suffisamment justifiée, ou de négligence dans la gestion des affaires domestiques. Elle avait également pour mission de réprimer la captation d'héritage, la cruauté envers les esclaves, qui n'entraînait pas en droit de sanction pénale, l'exercice d'un commerce de détail qui dérogeait à la dignité du citoyen romain, l'abus des représentations théâtrales, la débauche, la dissipation, même le simple luxe, la mauvaise exploitation agricole, le manque au respect dû à l'autorité, les abus de pouvoir des fonctionnaires, la lâcheté à la guerre, l'abandon des *sacra* de la patrie et autres (1). Les censeurs rendaient leur sentence, en ne s'inspirant que de leur conscience, après l'audition des accusateurs ordinaires, de l'accusé et des témoins qu'il administrait, et après avoir pris l'opinion de leur conseil, à laquelle ils n'étaient pas toutefois tenus de se conformer. Celui qui était frappé par la sentence pouvait en appeler devant le peuple, qui, sur la preuve de l'injustice de la sentence, faisait quelquefois remise de la peine; mais cela n'arrivait que très rarement. La peine, pour un sénateur, consistait dans l'exclusion du sénat; pour un chevalier,

(1) Voyez les annotations de l'œuvre de Götting, p. 343. Jhéring, II, p. 50.

dans le retrait de la concession du cheval, peine qui était d'ailleurs encourue pour incurie à l'égard de cet animal ; pour le citoyen qui n'avait rang ni de sénateur ni de chevalier, dans l'exclusion des tribus, ce qui le rejetait dans la classe des *ævarii* et lui faisait perdre, en même temps, le droit d'être compté pour le cens.

Cette puissance des censeurs sous la loi Ovinia (1), dont la date est demeurée incertaine, avait pris un développement tel que les censeurs avaient le droit de dresser la liste du sénat, avec l'approbation de ce corps et en la présence des trente licteurs qui figuraient les curies. C'est là, il faut le reconnaître, une institution qui complète très avantageusement le système des institutions civiles et politiques des Romains, de même qu'on peut y voir aussi quelque chose d'analogue ou d'équivalent à la responsabilité à laquelle étaient soumis, en Grèce, les fonctionnaires.

Mais à mesure que la cité et l'Etat s'agrandirent, cette autorité censoriale dut s'affaiblir nécessairement et suivre le même sort que l'ensemble du régime républicain, bien qu'elle se montrât encore, pour la forme, sous le titre de *præfectura morum*, sous les empereurs. Cette institution était, en effet, entachée du vice capital inhérent au système romain, présentant un caractère extérieur et purement formel. Un parallèle avec le système germanique fait ressortir cette vérité dans tout son jour. Dans ce système, en effet, les fonctions sociales dépendantes de l'ordre moral et qui sont comprises dans la censure romaine, se montrent liées, dans leur développement, aux institutions juridiques les plus importantes, et l'élément moral se manifeste, tant dans la sphère du droit purement personnel que dans celle du droit réel, par les conditions d'honorabilité, de bonne conduite et de légitimité des biens acquis, dans toutes les classes, corporations et communautés qui exercent elles-mêmes sur leurs membres le pouvoir disciplinaire. A Rome, au contraire, le fonctionnement de l'ordre moral se détache extérieurement de l'ensemble des institutions et se trouve centralisé dans la censure. Le système juridique allemand, d'un autre côté, présente,

(1) Voyez Niebuhr, I, 586, et Götting, p. 346.

en principe une tendance trop prononcée au morcellement, à la localisation des intérêts, et, par suite, il est privé plus que tout autre d'un principe puissant de centralisation et d'unité. Cela ressort de la manière dont sont organisées les corporations; et si dans notre siècle le besoin se fait incontestablement sentir d'une réorganisation des corporations sous le rapport moral et juridique, on peut bien soutenir que le droit romain pourrait ici suppléer à ce qui manque principalement au droit allemand, sans porter atteinte au système des institutions sociales reposant sur le principe moral, en fournissant le type d'une autorité centrale unique représentant ce principe au sein de la société et munie de pouvoirs spéciaux (1) de nature à empêcher à l'avenir toute confusion entre la moralité et le droit.

Si nous envisageons maintenant en particulier le rapport des mœurs et de la morale avec le droit privé, nous rappellerons ce que nous avons déjà dit, que les mœurs et l'opinion publique qui en est le reflet, ont commencé de bonne heure à perdre de leur rigorisme. Aussi arriva-t-il que la censure, dans la suite, inclina vers la douceur et vers des tempéraments, en ce qui touche plusieurs rapports réglés par le principe de la puissance (*potestas, manus, mancipium*). Mais son influence ne s'affaiblit pas dans l'ordre moral proprement dit, duquel relèvent, dans le droit, d'une part, les mobiles qui font dévier la volonté et l'éloignent du véritable but, tels que l'erreur, le dol, la crainte, etc., et, d'autre part, les devoirs s'imposant à la volonté et présentant en eux-mêmes un caractère objectif absolu; on doit reconnaître ici, sous le premier rapport, au temps du développement du droit romain, dans l'examen scrupuleux des motifs internes qui font dévier la volonté, un progrès essentiel sur la tendance à envisager et à régler exclu-

(1) J'ai déjà, dans la première édition française de ma *Philosophie du droit*, 1839, p. 492, fait ressortir la nécessité de donner au sein de la société, au principe de la moralité, une représentation spéciale, en me rapportant précisément à la censure romaine et à la censure ecclésiastique au moyen âge, qui s'en rapproche beaucoup, comme le remarque également Jhéring, II, p. 53. Toutefois, c'est une institution essentiellement différente que j'ai eue en vue et que j'ai proclamée nécessaire. Voir à ce sujet plus de développement dans le 4^e livre de la *Doctrine de l'Etat*.

sivement le côté extérieur des rapports juridiques. L'ancien droit, tel qu'il se trouvait formulé encore dans les Douze Tables, était, sous ce rapport, caractérisé par cette maxime : *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit ita jus esto*. Les motifs moraux dont il s'agit n'étaient donc point pris en considération ; mais ces motifs donnaient lieu, on le sait, aux précautions spéciales prises par le préteur. C'est ainsi que s'étaient développées, d'une manière efficace et conforme aux besoins, les théories relatives au *dolus*, *error*, *vis ac metus*, *culpa*, et d'autres analogues, telles que celle de la garantie pour vices en matière de vente et d'échange, réglée par l'édit des édiles, et dont la science étendit l'application. Mais sous le second rapport, en ce qui concerne les devoirs objectifs vis-à-vis d'autrui et vis-à-vis de la communauté, tels qu'ils sont réglés par l'éthique, il faut ici distinguer ce qui est de principe fondamental d'avec les règlements particuliers qu'amènent inévitablement les rapports de la vie. Sur ce dernier point, le droit romain a su faire respecter les devoirs en question, dont la mise en oubli total ne saurait, du reste, se concevoir sous aucun régime de communauté. C'est ainsi que le respect des devoirs envers la famille et la communauté est garanti par les mesures prises contre les prodiges, auxquels on enlève l'administration de leur fortune. Les relations du voisinage donnèrent naissance aux règles que contiennent les Douze Tables sur le cours des eaux pluviales, sur la taille des arbres trop rapprochés des limites d'une propriété, sur la récolte des fruits, etc. Dans le droit réel, la propriété n'était soumise à aucune sorte de limitation ; il en était ainsi même pour la propriété foncière, si importante. Il n'y avait, ni dans l'intérêt de la famille, prohibition de la faculté d'aliéner, ni, eu égard aux intérêts économiques de la communauté, de restriction apportée à la divisibilité de la propriété immobilière ou à sa concentration sur la tête d'un seul, cette dernière reconnue plus tard si dangereuse (*latifundia perdidere Italiam*, Plin.). En matière d'obligations, le maximum de l'intérêt, qui n'était point auparavant limité, fut fixé pour la première fois par les Douze Tables à $8\frac{1}{3}$ pour cent. En matière de succession, les Douze Tables avaient accordé au testateur une liberté illimitée, sans tenir compte, au

point de vue moral, de l'intérêt de la famille, et notamment de celui des enfants que le père pouvait deshériter sans aucun motif, de même qu'il pouvait les instituer héritiers valablement, sans les consulter, et même malgré eux. Ce fut beaucoup plus tard seulement que le droit prétorien et la jurisprudence apportèrent des entraves à cette liberté illimitée de tester par la *querela inofficiosi testamenti quasi non sanæ mentis fuerit testator* (L. 2, 5, D., 5, 2).

Ces tempéraments, inspirés par les besoins les plus impérieux, ne changent point toutefois le caractère fondamental du droit romain. Avant d'apprécier complètement ce caractère sous le rapport moral, il est encore ici nécessaire de présenter quelques considérations (comparez p. 43, 1^{er} vol.). Le droit, envisagé en lui-même, n'est ni moral ni immoral. Il a une indépendance propre qui doit toujours lui demeurer assurée. Le principe qui a été posé comme étant la vraie base du droit, et qui consiste à régler et à maintenir les conditions de la coexistence, et, suivant nous, en outre, de l'assistance réciproque entre personnes libres formant une communauté, n'est applicable qu'au droit. Quoique indépendant en lui-même, le droit n'en est pas moins amené à s'unir dans un sens élevé avec tous les buts de la vie humaine, et surtout avec les buts supérieurs de la religion et de la morale. Ainsi, dans cette communauté éthique, qui, dans le plan divin, est inhérente à la nature et aux destinées de l'homme, la coexistence, la dépendance réciproque et l'assistance mutuelle sont autant de conditions à maintenir dans toute leur efficacité. Une communauté qui se bornerait à assurer les conditions purement extérieures de la coexistence entre ses membres, s'en remettant pour tout le reste à l'arbitraire illimité et au pouvoir discrétionnaire des individus formant autant de personnes indépendantes, n'en est encore qu'à son berceau et ne présente que de grossiers rudiments; de même on doit reconnaître qu'un droit qui ne tient pas compte des rapports éthiques essentiels est encore entaché d'une certaine barbarie, bien que, sous d'autres rapports, il témoigne de sa vitalité et de son efficacité. Le droit romain montre, dès le principe, dans toutes les parties de son système, dans son caractère fondamental et ses principes essentiels, une telle in-

différence à l'égard de tous les préceptes moraux, que, bien loin de les seconder et de leur servir d'appui, il ne se prête que forcément, pourrait-on dire, aux restrictions dérivant des plus impérieux. Ce point a été déjà mis en lumière par d'autres auteurs (1). Nous devons seulement répéter ici que le reproche

(1) Hégel, *Philosophie du droit*, 2^e édit., 1840, a commencé à faire ressortir, sans le préciser toutefois suffisamment, ce caractère absolu du droit. Stahl, *Philosophie du droit*, II, 1, a été le premier à le déterminer avec plus d'exactitude. Hégel s'exprime ainsi, p. 351 : « Nous sommes redevables de la naissance et du perfectionnement du droit positif au génie de Rome, égoïste et matérialiste, esclave des intérêts. Nous avons vu comment, dans l'Orient, des rapports purement moraux on a tiré des préceptes juridiques. Même chez les Grecs, les mœurs avaient en même temps un fondement juridique, ce qui faisait justement que la constitution se subordonnait entièrement aux mœurs ainsi qu'à l'état des esprits et ne trouvait pas encore en elle-même de point d'appui contre la mobilité de la volonté et l'arbitraire individuel. Les Romains ont réussi à accomplir ici une séparation et à créer un principe de droit (?) extérieur, c'est-à-dire qui ne s'adresse ni à la faculté morale ni au sentiment. Ils nous ont fait par là un grand présent; nous sommes à même d'en user et d'en jouir, sans nous assujettir comme des esclaves à cette sécheresse de conception et sans la tenir pour le *nec plus ultra* de la sagesse et de la raison. Ils ont été réellement esclaves, ceux qui ont vécu sous ce joug intellectuel; mais ils ont procuré justement par là aux autres la liberté de l'esprit, je veux dire la liberté intérieure qui a été ainsi dégagée des liens qui l'enfermaient dans le domaine du fini et de l'extérieur. Esprit, âme, sentiment religieux, n'ont plus alors en vérité à craindre d'être confondus avec cette sèche conception juridique. » Stahl, p. 394, dit : « L'idée de la capacité juridique, du droit dans le sens subjectif du droit acquis, présente chez les Romains un caractère exclusif, c'est-à-dire qu'elle se réduit à celle de pure capacité, ne supposant et ne comportant ni obligation ni principe supérieur déterminant. Ce n'est pas à dire que les Romains eussent admis des droits humanitaires purement abstraits comme l'ont fait de nos jours les théories révolutionnaires et celles de droit naturel, ou qu'ils eussent attribué au citoyen de simples droits sans lui imposer en même temps des devoirs; mais ils ont partout reconnu des droits concrets et déterminés, tels qu'ils découlent de la nature des institutions juridiques, de la diversité des fonctions de la vie et de l'objet des transactions. Mais quant à la mesure ou à la limite dans laquelle on doit exercer ces droits, en y opposant comme condition corrélatrice à cet exercice l'accomplissement d'un devoir, ce qui au demeurant serait une suite nécessaire de la nature des institutions juridiques, tout cela est inconnu au système romain. Les obligations, en revanche, subsistent à part et forment un tout séparé à côté et en dehors du domaine des droits. Droit, selon le

ne s'adresse point à l'indépendance du droit, mais plutôt au rigorisme de conception et d'application de celui-ci se traduisant partout par des duretés. Le droit romain, en effet, se pose en antagonisme radical avec l'élément moral, au lieu d'obéir à l'affinité qui l'y rattache. Je concède même un instant qu'au sein du progrès de civilisation des peuples qui presque partout, jusqu'ici, ont donné dans des extrêmes, le droit doit être pris à part, dans sa rudesse première et à sa source subjective. J'admets que ce soit surtout le moyen de faire ressortir, dans toute son énergie, le sentiment des droits inhérents à la personnalité et de le transmettre intact à la postérité, comme conquête impérissable; on n'en doit pas moins, du point de vue objectif, relever comme défaut capital ce matérialisme du droit qui se traduit dans l'indépendance absolue accordée à l'individu.

Le droit romain se montre donc défectueux, non pas tant en lui-même, que parce qu'il reflète jusque dans ses conséquences les plus éloignées le caractère romain. C'est ainsi que les mêmes vices dont est entaché le système romain dans sa constitution intime réagissent sur le droit qui se ressent de l'absence du principe éthique de la communauté, de liens sociaux à la fois juridiques et moraux, du défaut de répartition des individus en différentes sphères juridiques et morales, eu égard aux classes et aux professions. Le droit romain acquiert sans doute ce caractère de haute unité et d'homogénéité, très séduisant pour l'observateur et le théoricien, et qui a contribué aussi beaucoup au développement du principe d'égalité dans le droit. On peut aussi voir, dans ce côté centralisateur du droit romain, un élément essentiel destiné à compléter et à fortifier le droit allemand qui tendait trop à se perdre dans le particularisme des sphères et fonctions de la vie. Mais, de même que le système romain, en général, se trouve renfermé dans un cercle singulièrement étroit, restant entièrement étranger au régime

point de vue romain, est une sphère de liberté d'action n'ayant absolument aucune limite (souveraine). » Stahl fait ressortir dans ses traits essentiels ce caractère dans le droit public aussi bien que dans celui des obligations et celui qui régit la famille.

organique des corporations gouvernées par le principe moral; de même, le droit romain, en particulier, est très défectueux, présentant au fond deux termes extrêmes et qu'il est impossible de concilier: d'une part, l'unité et le pouvoir de l'Etat avec ses autorités et fonctions; d'autre part, la personnalité indéfiniment multiple des individus, se posant vis-à-vis de l'Etat comme indépendants et n'obéissant le plus souvent qu'à l'égoïsme. C'est justement dans les corporations admises par le droit allemand qu'il y a concours harmonique du double élément moral et juridique; le règlement des intérêts matériels y est déterminé, non point d'une manière abstraite, mais eu égard au but qu'elles se proposent (il en est ainsi, par exemple, au sein des sociétés industrielles ou agricoles). De même aussi les conditions de moralité, de bonne conduite et d'honorabilité, se trouvent déterminées eu égard à ce même but; et, dans les deux cas, une infraction aux prescriptions comporte une sanction juridique si elle se traduit dans des actes extérieurs. Le droit et la morale, quoique se reliant entre eux, ne sont pas pour cela confondus. Il n'y a pas ici plus de confusion qu'il n'en existe en matière pénale, où l'on voit, d'une part, punir indistinctement, dans tous les cas prévus par la loi, l'auteur d'une immoralité manifestée par des actes extérieurs, et, d'autre part, remonter pour l'application de la peine, des actes extérieurs aux mobiles moraux et psychologiques de l'agent. Le droit romain doit donc, pour élargir le cadre si étroit de son système, et devenir un guide sûr, se compléter par le droit allemand et surtout par une philosophie éthico-juridique qui corrige les nombreuses imperfections que ce dernier présente encore.

Le monde romain marcha vers la décadence (1); à mesure que se perdirent les anciennes et meilleures mœurs, et, loin

(1) Déjà Cicéron, en commentant le vers d'Ennius :

Moribus antiquis res stat romana virisque,

était amené à faire cette remarque : « Nostris vitiis, non casu aliqua rempublicam verbo retinemus, re ipsa verò jam pridem amisimus. » Saint Augustin a fait ressortir le premier le vice capital du système romain, et notamment du droit privé, dans son œuvre, *De civitate Dei*, surtout dans les sept premiers livres. Voyez aussi liv. II, chap. 21.

d'arrêter cette décadence, son système de droit ne fit que l'accélérer.

Le droit romain est le premier venu à bout de séparer le droit privé d'avec le droit public, et de tracer entre eux une ligne bien nette de démarcation, en mettant en regard de l'Etat, envisagé comme tout, l'individu et sa personnalité indépendante.

Cette séparation se réalisa en principe par les Douze Tables. Mais, de même que le droit, après s'être dégagé de l'ordre théologique et pontifical, fut encore longtemps soumis aux usages et rites religieux; de même aussi après la séparation dont nous venons de parler, le droit privé continua à présenter dans la publicité du contrat, un élément de droit public, réduit toutefois à l'état d'abstraction. C'est ainsi que, même après les Douze Tables, tous les contrats principaux furent passés encore publiquement devant l'assemblée du peuple où les cinq témoins représentaient le peuple divisé par classes; et, par suite, la garantie publique y était attachée, les témoins étant aussi, à l'origine, de véritables garants du contrat conclu en leur présence. Cette publicité ne tarda pas à se perdre insensiblement, et à sa place apparut, dans le droit privé, l'action isolée (*privus*) de l'individu réduit à lui-même, accompagnée des différents inconvénients inhérents au secret des transactions. Dans la législation romaine, plus que dans toute autre, l'individu est mis en opposition avec l'Etat. On ne doit point croire toutefois que cette législation ne connût que l'Etat et les individus. Dès les temps les plus reculés, il existe (sans parler de l'ancienne composition des *gentes*), des collèges de diverses sortes, des corporations (*corpora*) et des communautés (*universitates*) (1). Plus tard, se formèrent les municipales et les villes auxquelles fut conféré le droit de cité romaine. Les collèges avaient leurs propres *sacra* qu'ils offraient à leur génie protecteur et ils participaient, en outre, à ceux de la communauté. Romulus aurait,

(1) Ce sujet n'a pas été de nos jours suffisamment étudié en comparaison d'autres matières du droit. Une compilation reproduisant en entier tout ce qui se trouve à ce sujet dans le *Corpus juris* et dans les anciens auteurs a été donnée par Krause dans les *Archives de la franc-maçonnerie*, vol. 2, sect. 2, p. 93, 213.

paraît-il, fondé deux collèges de prêtres, et Numa, aurait également octroyé aux artistes qui se rattachaient à la classe sacerdotale, la même constitution que celle des collèges de prêtres. Mais avec les Douze Tables, s'opéra ici une démarcation plus complète entre les collèges et corporations formées dans un intérêt public et ceux formés dans un intérêt privé : les membres de ces collèges reçurent le droit de se gouverner d'une manière indépendante (autonomie), à condition qu'il ne fût porté par là aucune atteinte aux droits de l'Etat (1). Mais on se garda bien de laisser aux particuliers la libre faculté de former par eux-mêmes de semblables associations. Au contraire, on établit alors et on maintint plus tard ce principe, qu'elles ne peuvent être autorisées qu'en vertu d'une loi (et souvent d'un sénatus-consulte, d'où l'intitulé *quibus ex senatusconsulto coire licet*), comme aussi l'autorisation ne peut être et n'a été souvent retirée que par une loi. L'unité de l'Etat romain se conservait toutefois avec l'uniformité de la constitution sociale au sein de tous les collèges. Il est donc certain, en remontant aux sources primordiales et concrètes du droit, que deux éléments ont concouru à Rome, d'une manière permanente, à sa formation : d'un côté, l'Etat avec ses organes, et de l'autre, les individus. Il en est tout autrement à cet égard dans le droit germanique. Ici, l'on voit, à l'origine, se former librement, en vertu du droit naturel d'association et sans avoir besoin d'aucune autorisation préalable du gouvernement, un ensemble magnifiquement ordonné de corps et confréries pour toutes les sphères de la vie et toutes les branches de l'activité (pour l'agriculture, non moins que pour l'industrie). Le système tout entier présente ainsi plutôt les caractères d'une hiérarchie dont les membres, représentés par les diverses associations, se relient les uns aux autres de manière à former un tout organique, ce qui ne permet plus de distinguer, à proprement parler, le droit privé d'avec le droit public. C'est ainsi que toute association,

(1) L. 4, D., *De collegiis et corporibus* (47, 22). Il est à remarquer que plus tard avec les corporations industrielles et commerciales se manifesta une tendance au monopole que les empereurs cherchaient à arrêter. Voyez, L. I, 1, *De monopolis*, etc. (4-59).

qu'elle soit plus ou moins compréhensive, présente incontestablement en elle-même un double caractère : elle rentre dans le droit privé, en tant qu'elle agit uniquement dans sa sphère pour elle-même, en pleine indépendance et en vue de ses buts spéciaux ; envisagée au contraire, hors de sa propre sphère et dans ses rapports avec toutes les autres sociétés, en particulier avec celle qui les comprend toutes, l'Etat, elle rentre dans le droit public dont elle fait régulièrement partie intégrante. On peut donc assimiler plutôt le système romain à un mécanisme politique, le système allemand à un organisme social, imparfait, toutefois, sous plusieurs rapports. Dans ce dernier, néanmoins, les deux termes extrêmes de la hiérarchie, l'Etat et l'individu, sont demeurés trop faibles et trop dépendants ; c'est à l'influence du droit romain qu'on est redevable de l'idée moderne de l'Etat telle qu'elle s'est développée. Grâce à elle, d'un côté, l'Etat a été débarrassé des entraves qu'il rencontrait dans cette multitude de sociétés ainsi que dans leurs tendances envahissantes, et il s'est trouvé pourvu d'un pouvoir centralisateur prépondérant ; de l'autre, l'individu, qui a son tour était embarrassé dans de nombreux liens, a respiré plus à l'aise, vu s'ouvrir devant lui une plus vaste sphère et pu prendre un plus libre essor. En même temps sont tombées plusieurs corporations bonnes dans le principe, mais rendues intolérables par les abus. C'est ici qu'il importe de connaître et d'estimer à sa juste valeur le secours que nous a prêté le droit romain pour le développement du droit privé et public, tout en faisant au génie germanique sa part légitime. Voulons-nous échapper au sort final de Rome, occasionné par le rude choc d'éléments inconciliables, nous devons chercher à combler l'abîme déjà trop profond qui sépare l'individu de l'Etat par l'intermédiaire d'associations reliées organiquement les unes aux autres et par suite à l'Etat.

2. Ayant achevé d'exposer la marche que suit dans son développement le rapport du droit avec la religion et la civilisation, avec les mœurs et la moralité, ainsi qu'avec le droit public, nous avons maintenant à considérer le droit privé dans les lois historiques de son propre développement.

Avant tout, nous devons faire ressortir l'intérêt spécial émi-

nement historique que présente à ce point de vue le droit romain, supérieur ici à tous les autres, sans en excepter le droit allemand. On voit, en effet, se réaliser par lui un véritable progrès du droit en général et non pas seulement de telle ou telle institution juridique, progrès s'accomplissant d'abord au dedans par l'assimilation de nouveaux matériaux empruntés au dehors et qui suit une marche continue à travers ses différentes phases, depuis les plus simples commencements du droit privé jusqu'au dernier perfectionnement, lequel laisse toutefois encore quelque chose à désirer. Pour nous résumer, nous dirons que ce développement se manifeste essentiellement : 1° par le progrès naturel, le perfectionnement des sources du droit ; 2° par le passage de la simplicité à la complexité des rapports, de la spontanéité aux déterminations juridiques, œuvre plutôt de la réflexion, du concret aux idées abstraites ; 3° par le passage de la forme extérieure à la détermination du vrai contenu des rapports juridiques, et, partant, à la prise en considération plus complète des faits tirés de l'ordre moral et spirituel, lesquels concourent à déterminer l'essence de ces rapports. Nous y ajouterons : 4° l'abandon en un certain sens rétrograde de la publicité du contrat juridique et l'impossibilité de trouver des formes équivalentes et qui répondent à cette publicité ; 5° l'admission, dans le droit national, du *jus gentium* qui le complète et l'assimilation ou la fusion ultérieures entre les deux ; 6° le développement de la *ratio naturalis* reconnue comme fondement du droit, grâce à l'influence du préteur et au concours prêté par la philosophie à la science du droit et à la législation.

Ces phases de formation peuvent être encore, en peu de mots, formulées d'une manière plus précise.

Toutes les sources du droit, primaires et secondaires (p. 88 et suiv. du 1^{er} vol.), ont apporté leur contingent au droit romain, la coutume, la loi, le droit des juristes avec celui de la science. Les deux derniers par l'autorité du préteur et par celle des jurisconsultes privilégiés, depuis Auguste et autres, se développèrent avec une magnificence incomparable.

La transition du simple, du spontané, du concret à l'analyse et aux déterminations juridiques obtenues par voie de déduction et d'abstraction, se révèle de différentes manières. L'objet

du droit est d'abord envisagé dans son unité complexe, comme comprenant à la fois les personnes et les choses. C'est ainsi que les Douze Tables établissent cette règle : *Uti legassit super pecuniâ tutelâ ve rei suce ita jus esto*. C'est là aussi une conséquence rigoureuse du système du droit romain, lequel se formule, pour ainsi dire, dans un rapport de puissance, le maître étant le sujet, et l'objet, tout ce qui est sous sa puissance, personnes ou choses. La simplicité de l'ancien droit se montre encore dans la formation d'un contrat : il n'y a que deux formes principales admises, la *mancipatio* et le *nexum*. La première, pour fonder le droit de propriété et autres qu'engendre un rapport immédiat de puissance, la seconde pour fonder les obligations ; de là la formule des Douze Tables : *Si nexum faciet mancipium quæ ita jus esto*. De toutes les manières de contracter, les contrats réels, c'est-à-dire ceux qui se forment *re* par la tradition immédiate d'une chose, nous apparaissent comme les plus anciens ; ensuite se montre le contrat verbal solennel par la stipulation, qui, dérivant peut-être déjà du *jus gentium* (1), devint une forme commune généralement destinée à assurer aux conventions une sanction civile, notamment à celles qui n'en comportaient pas. De bonne heure déjà, on aperçoit le contrat littéral qui se forme par l'inscription ou la consignation sur le livre de recettes et dépenses tenu par tout bon père de famille, contrat qu'il ne faut pas confondre avec celui de même nom admis par la législation de Justinien. Plus tard, seulement, et à mesure que les transactions se développèrent sous l'influence romaine du *jus gentium*, prirent naissance les contrats consensuels, qui, formés *nudo aut solo consensu*, sont susceptibles de produire une action et ont force obligatoire. La sphère de la personnalité s'étend et devient plus indépendante. Les rapports qui autrefois s'attachaient strictement aux choses s'affaiblissent en s'élargissant et perdent de leur consistance ; de telle sorte que pour leur procurer une sanction efficace, le droit doit modifier ses règles.

A travers les formes extérieures ou plutôt générales, se dé-

(1) Cette opinion est émise par Maciejowski et partagée par Haimberger. Voyez ce dernier, *Pur droit privé romain*, § 315.

gage insensiblement le fond propre de chaque rapport se caractérisant par la différence des choses. De même que dans un être du règne organique on voit d'abord se former les enveloppes générales au sein desquelles se montrent les organes spéciaux; de même, dans le droit romain, apparaissent d'abord les formes générales qui servent d'enveloppes communes à des contrats encore en eux-mêmes très différents. C'est ainsi qu'on peut considérer la *mancipatio* et le *nexum* et même, par la suite, la *cessio in jure* devant le préteur, non comme de véritables contrats, mais uniquement comme des formes publiques générales applicables à des contrats de différente nature. Ce n'est que plus tard que se constituent et se distinguent les espèces particulières des contrats, et, au sein de ces espèces, les modes. Ce développement complet, eu égard à la détermination et à la distinction exacte des contrats, a demandé un long temps pour s'opérer, comme le prouve la longue hésitation à mettre sur la même ligne l'échange et la vente qui n'en est qu'un dérivé.

A mesure qu'on détermina mieux ce qui fait le fond, l'essence propre du rapport et du contrat juridique, le préteur commença à tenir compte des circonstances intentionnelles et morales, telles que *dolus*, *culpa*, *error*, *vis ac metus*, et des raisons d'équité de nature à exercer une influence décisive et qui dut modifier la rigueur du droit; il en était ainsi dans le *jus gentium*, comme nous en avons déjà fait souvent la remarque (voir p. 163 et suiv.).

Un mouvement rétrograde se manifeste toutefois par l'abandon de la publicité première du contrat juridique et eu égard à l'extension des relations rendant impossible l'emploi des premières formes de publicité, par l'impuissance à en créer de nouvelles compatibles avec cette faculté absolue de disposer reconnue au particulier. Le droit romain nous est parvenu avec cette imperfection, et quoique sous beaucoup de rapports il ait dû déteindre sur le génie et le droit allemand, ceux-ci se sont ressentis d'autant moins de cette imperfection qu'en matière de propriété, surtout dans le droit réel, ils ont maintenu constamment la tendance à faire prévaloir la publicité. Cette tendance dans les temps modernes a reçu une satisfaction encore plus complète par la création des registres publics de *mutation*.

Il faut enfin faire remarquer que le vrai fondement du droit, la *ratio naturalis*, s'est fait une part toujours plus grande dans le droit romain. Ce serait une erreur grossière d'admettre (1) que les Romains eussent placé le fondement du droit dans la volonté, soit du peuple, soit de l'individu. Si, à l'époque primitive, le système juridique se trouve encore fortement rattaché par le *fas* et le droit sacramental à un ordre objectif divin, il n'en est pas moins vrai qu'on reconnut toujours des droits privés indépendants, dans leur formation, de la volonté du peuple ainsi que de sa constitution politique, et auxquels la loi, organe de la volonté collective, se borne à accorder ou à refuser sa sanction. La volonté individuelle elle-même, qu'il importe surtout de considérer dans le droit privé, n'est pas censée créer le droit même ; mais on la conçoit, quoique d'une manière encore un peu obscure, comme étant uniquement la cause active qui, mise en jeu par certains mobiles et besoins de la nature humaine, manifeste extérieurement le droit. La spéculation philosophique contribua toujours davantage à élucider ce point de vue, qui ne fut jamais toutefois mis complètement en lumière dans le droit romain. La science s'appuyant sur la philosophie ayant reconnu une double *ratio*, la *ratio naturalis et civilis*, on fut amené dans la suite à admettre également un double droit, le *jus naturale* (identique, selon Gaius, au *jus gentium* considéré par Ulpien comme formant une troisième catégorie) et le *jus civile* (2) ; mais à l'instar du *jus gentium*, le *jus civile* fait aussi une

(1) Schmidt a commis cette erreur dans son ouvrage, comme nous l'avons déjà remarqué (p. 89, 1^{er} vol.). On a encore trop peu reconnu dans la science juridique la distinction entre le fondement réel du droit et la cause active de la formation et de la manifestation du droit. Cette distinction n'a commencé à être mise en lumière que par quelques modernes, tels que Leist, et, de nos jours, Jhéring l'a mise en relief d'une manière plus prononcée que tous les autres, sect. 2, p. 60 (surtout en réfutant Schmidt), de même encore qu'à la sect. 1^{re}, p. 102.

(2) Savigny, *Système du droit romain actuel*, vol. 1, p. 413 et suiv., a montré que la division du droit romain par Gaius en deux catégories s'est toujours maintenue. Cette division concorde avec celle faite par Savigny, p. 52, lequel admet dans toute législation un droit individuel propre à chaque nation en particulier et un droit général fondé sur l'identité de la nature humaine ; et cet auteur ajoute : « A tous deux il est donné satisfaction

part d'influence à la *ratio naturalis*. Le *jus civile* peut donc être défini : le droit reposant sur la *naturalis ratio* et qui revêt le caractère positif, émanant soit de la volonté collective d'un peuple, soit de la volonté des individus sous l'influence déterminante des idées et besoins inhérents à ce peuple. L'élément subjectif de la volonté est demeuré, sans doute, en définitive prépondérant. L'élément objectif toutefois n'a jamais été complètement méconnu. Aussi a-t-il été, à son tour, plus ample-

par l'histoire et la philosophie du droit. » Ce que Savigny dit plus loin de la mission des deux ne sera pas ici déplacé, avec d'autant plus de raison que les adeptes de l'école historique continuent toujours à en tenir trop peu compte. Après avoir fait ressortir le côté exclusif de la méthode purement philosophique qui retire au droit toute vitalité et de la méthode purement historique qui refuse au droit toute visée supérieure, il s'exprime en ces termes : « Deux écueils sont à éviter, si l'on admet une mission générale du droit, laquelle sert à sa manière à l'éclaircissement de la mission historique des divers peuples. Le vif débat qui s'est élevé sur ces éléments opposés a amené certainement à les distinguer avec plus de précision et à en faire reconnaître plus exactement le caractère ; mais il a aussi souvent conduit à être exclusif et à rejeter le véritable élément en présence des attaques dont il était l'objet. Si l'on met à part les productions inspirées par l'esprit de parti et qu'on n'envisage que les œuvres vraiment scientifiques de notre temps, on pourrait bien se bercer de l'espoir de la réalisation d'un rapprochement entre les éléments opposés, et partant, d'un progrès véritable. » La mission générale du droit (que nous signalons comme le but final qui reste distinct du but immédiat du droit) est formulée en ces termes par Savigny, qui a toutefois un peu trop rétréci l'idée du droit même : « Cette mission générale de tout droit doit se rapporter simplement à la destinée morale de la nature humaine telle que la représente l'idée chrétienne. Le christianisme n'est pas en effet simplement à envisager comme règle de la vie ; mais il a aussi en fait transformé le monde, au point qu'il dirige en souverain et inspire complètement toutes nos pensées, si étrangères, si contraires à ses principes qu'elles puissent paraître. Reconnaître ainsi un but général du droit, ce n'est certes pas dénaturer ce dernier et le laisser se perdre dans une branche plus vaste de la vie en le dépouillant de son indépendance. Il semble plutôt que son autonomie se manifeste d'une manière radicale, eu égard aux conditions successives inhérentes à cette mission générale. Dans sa sphère propre, il règne sans partage, et il n'atteint à son but suprême qu'en se rattachant ainsi à celui qui comprend tous les autres. Dans la doctrine de Krause, le droit lui-même a été justement défini comme étant l'ensemble organique des conditions nécessaires à l'accomplissement de cette mission générale qui lui est assignée. »

ment développé sous l'influence des études philosophiques dont la *ratio naturalis* a été l'objet; et, grâce à la philosophie, ont été rattachés à cet élément bien que dans une trop faible mesure des intérêts moraux, humanitaires et généraux d'ordre supérieur (*utilitas publica*). Ajoutons une considération capitale : c'est que le génie romain éminemment propre à s'assimiler ce qui lui vient du dehors, a montré, dans le dernier état de la science du droit, le même empressement à accueillir la philosophie d'origine étrangère que le droit prétorien dans le passé à accueillir le *jus gentium*.

§ 2. — *Appréciation du droit romain en lui-même eu égard au contenu et à la forme.*

Le génie caractéristique du peuple romain ressort de la manière la plus saisissante et brille de tout son éclat dans le système juridique. Comme le caractère du peuple, ce système, à travers les péripéties de l'histoire, a subi de nombreuses influences qui l'ont modifié en quelques points; mais ses traits fondamentaux primitifs, son type national se sont conservés intacts jusqu'à sa dernière évolution. La forte indépendance même dans laquelle le droit se constitue à Rome vis-à-vis de toutes les autres branches de la vie n'a pu toutefois le soustraire à cette loi générale d'après laquelle le droit, produit du génie national, reflète toujours, sous une forme il est vrai abstraite et exclusive, l'ensemble des mœurs et des idées d'un peuple. Il faut donc approfondir le génie romain, ses mobiles prédominants et la direction vers un but plus ou moins élevé qu'il a imprimée sciemment ou à son insu au mouvement social pour mieux faire ressortir le caractère du droit romain.

Voici les éléments principaux qui se retrouvent au fond de ce caractère et constituent sa vraie originalité : Il manifeste une force de volonté et d'action mise en jeu par le sentiment et l'instinct le plus intime de la liberté et de l'indépendance personnelles. Cette force, aidée par une puissante logique, cherche à adapter les rapports de la vie réelle aux buts pratiques extérieurs, en s'assurant la prépondérance au préjudice de la religion, de la science et de l'art laissés à l'arrière-plan.

Le mobile ici prédominant, l'égoïsme, n'est pas tant celui qui trouve une grossière satisfaction dans les plaisirs des sens, mais plutôt il tend à agrandir la sphère d'action de la personnalité et à mettre celle-ci le plus en relief, aspirant à exercer la domination et à reculer sans cesse les limites du pouvoir. Cet égoïsme, cependant, étant pris comme but, tandis qu'il n'est, en réalité, que le moyen, le principe moral supérieur qui doit le contenir dans de justes bornes n'apparaît nulle part.

Considérons de plus près ces éléments.

1. Nous avons déjà fait ressortir plusieurs fois la prépondérance du principe de la personnalité et de la liberté individuelle qui, dans le droit romain, trouve pour la première fois, dans des formes protectrices, sa règle et une véritable sanction sociale. Le peuple romain, entre tous ceux de la race aryane, peut être considéré comme le plus haut représentant de ce principe qui est leur héritage commun, comme celui qui en a poussé le plus loin l'application. Peu développé par les institutions en Grèce, dans l'Occident, il s'était déjà perdu pour les races celtiques au moment où s'ouvre leur histoire. Et, d'un autre côté, les peuples germaniques, chez lesquels la personnalité, à l'origine, avait un sens plus profond et une portée plus haute que chez les Romains, l'avaient laissé, sous l'influence de causes perturbatrices, ébranler avec le temps par le système féodal. Aussi le droit romain, lors de sa restauration et de sa renaissance, à partir du treizième siècle, devint-il pour les peuples romains et germaniques un heureux auxiliaire qui leur permit de reconquérir le principe de vie qui leur était propre, et de secouer insensiblement les liens pesants qui avaient fait déchoir la personnalité, abaissé moralement les opprimés et les oppresseurs, et paralysé tout libre essor au sein de la société. On ne saurait trop rappeler combien, à Rome, la personnalité et la liberté étaient protégées, dans l'enceinte du foyer domestique, par l'inviolabilité du domicile (1), véritable sanctuaire pour le Romain et garantie de son indépen-

(1) Voir dans Cicéron le beau passage, *Pro domo*, c. 41 et l. 18, D., *De in jus voc.* (2. 4), et l. 21, où il est dit : « Sed etsi qui domi est, interdum vocari in jus potest ; tamen de domo sua nemo extrahi debet. »

dance absolue dans sa sphère du droit privé. Cette protection dans le droit public se manifestait par les nombreuses garanties contre l'arbitraire des fonctionnaires : notamment par le droit d'appel à l'assemblée du peuple, de recours aux tribunaux et magistrats supérieurs et par la responsabilité des fonctionnaires. Dans le droit criminel, la personne était protégée par l'exclusion de la torture et de toute espèce de supplice tendant à aggraver la peine capitale (1). Toutefois, la personnalité et la liberté de l'homme ont été envisagées dans le droit romain d'une manière trop abstraite, en ne les rapprochant pas suffisamment de celles de ses semblables, et sans avoir non plus égard aux lois morales plus hautes qui doivent régir la personnalité. Toute personne peut, avec raison, se considérer comme membre libre d'une société humaine qui enserme également toutes les personnalités, société non créée par elles, mais établie par une puissance supérieure, et à la formation de laquelle suffisent l'adhésion et le concours des êtres libres. Il suit de là que, dans le domaine du droit, toute personne ne doit pas se tracer les limites de sa sphère juridique selon le bon plaisir et l'étendre dans la mesure du pouvoir qu'elle peut exercer sur autrui, mais avoir égard, en le faisant, aux liens qui la rattachent à l'humanité en général et en particulier à la société dont elle est membre. Dans le droit romain, chaque personne est envisagée en elle-même et se détache de toutes les autres de la manière la plus tranchée. Dans le cas où elle contracte avec celles-ci des liens de société (*societas*), ces liens sont aussi fragiles que possible, et elle conserve sa liberté de les rompre.

Dans le cours ordinaire des transactions, le rapport juridique entre les deux parties contractantes n'est jamais envisagé tout

(1) Jhéring, II, p. 158. Cicero, *Pro Rabirio*, c. 4, 5, émet cette profonde réflexion : « Carnifex verò et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit, non modo a corpore civium romanorum sed etiam a cogitatione, oculis, auribus harum enim omnium rerum non solum eventus atque perpressio, sed etiam conditio, exspectatio, mentio ipsa denique indigna cive romano atque homine libero est. » Ces paroles contrastent singulièrement avec nos principes d'intimidation, le plus souvent sacrifiés en théorie, mais conservant encore leur empire dans la pratique, principes si peu en harmonie avec la nature morale de l'homme.

à la fois eu égard à l'une et à l'autre, de telle sorte que les obligations synallagmatiques doivent être ramenées à deux obligations unilatérales séparées, l'opposition entre les deux éléments subjectifs, impliquée par l'indépendance absolue des deux volontés, excluant toute conciliation entre eux. Le Romain reconnaît, sans doute, un ordre moral se manifestant dans la pratique de la vie par les mœurs (1) qui, en fait, apportent un tempérament essentiel à l'absolutisme de la volonté. Dans le domaine de la spéculation philosophique, il est, en outre, ramené à admettre un ordre divin supérieur; mais l'élément moral n'est conçu, dans le droit romain, que dans le sens de limite, dans un sens, à proprement parler, purement négatif, de telle sorte qu'on ne lui reconnaît pas une action positive et déterminante sur la formation des rapports, et qu'on ne l'envisage pas dans le droit comme une règle de direction, en même temps qu'il sert de mesure et de limite. Le Romain croit pouvoir, en se référant au principe du droit seulement, déterminer et régler arbitrairement tous les rapports de la vie, conçus ainsi dans le sens abstrait. Le droit est en quelque sorte, pour lui, une espèce de forme générale qu'il adapte indistinctement aux rapports de la vie les plus disparates, et qui doit servir à les régler. C'est là une grande erreur qui s'est reproduite de nos jours d'une manière analogue dans les systèmes philosophiques où domine le formalisme (Kant), et qui a passé dans la méthode juridique moderne, celle qui est propre à l'école des romanistes (2). Cette méthode va contre les lois les plus simples

(1) Pour tout peuple bien doué, comme le sont tous les peuples aryens, il existe une époque où l'instinct inné supérieur a encore plus de puissance et d'efficacité que la réflexion, où les mœurs originaires sont respectées par le sentiment de la liberté, et où enfin s'applique l'observation de Tacite : « Plusque valent ibi boni mores quam alibi bonæ leges. »

(2) Les romanistes modernes ont tenté de donner pour base à leur système le principe de la puissance de la volonté ou de la maîtrise emprunté aux Romains (voyez la note suivante), et un germaniste moderne, profond penseur, Gerber, a même entrepris aujourd'hui d'édifier sur cette base le système du droit allemand. Il fait ainsi observer, *Système de droit privé allemand*, 1853, préface, p. 25 : « que le vrai système juridique ne reconnaît pas pour règles les rapports juridiques, mais se constitue par la coordination des droits, ramenant toute matière juridique à une formule dans laquelle

de la logique, qui veut que la forme se règle sur le contenu et non pas le contenu sur la forme. En outre, en voulant faire du rapport juridique un principe formel, elle dévie complètement et n'arrive pas à découvrir les rapports de la vie, qui fournissent au droit son véritable contenu et sa règle de direction. C'est donc aller contre la nature des choses que de croire pouvoir tirer, d'une idée purement abstraite du droit, les rapports éthiques de la vie, et édifier sur cette base le système juridique. Cette méthode abstraite et exclusive cadrerait avec le caractère

pourrait se traduire la volonté personnelle. De cette manière, le droit allemand est attaché à son tour à la force primordiale et réellement agissante de la volonté humaine, c'est-à-dire que l'on ne fait servir à sa constitution que des matériaux exclusivement juridiques. » Mais le droit allemand perd ainsi son indépendance et s'écarte de son véritable esprit pour devenir romain. Une pareille transformation, s'accomplissant dans l'étude du droit allemand, peut plaire beaucoup, par suite de l'homogénéité qu'elle y introduit, à l'école dominante des romanistes. Toutefois, elle amène à méconnaître l'essence du droit allemand et celle du droit en général. Il faut signaler ici également la confusion d'idées qu'on trouve chez Gerber. Cet auteur soutient (p. 20) que les principes du droit allemand ressortent de la formation des droits prise au sens subjectif, et, d'un autre côté (p. 19), qu'à Rome le droit a commencé par former une somme de principes abstraits et objectifs, tandis que justement au contraire il faut dire que le droit romain admet comme base l'élément subjectif qu'il ne fait que généraliser ensuite par le moyen de l'abstraction. Gerber remarque (p. 22), avec beaucoup de raison, que dans l'ancien système du droit germanique l'élément juridique joue un rôle secondaire et se confond avec l'élément purement formel, qui revêt de la sanction juridique le produit de la libre formation de rapports de faits. Mais quand il rejette cette manière de voir et qu'il veut attribuer au droit, non pas seulement un caractère formel, mais en faire une entité indépendante ayant un organisme propre et une vie absolument autonome, il érige le droit, par cette sorte de personnification, en une monstrueuse idole à laquelle il sacrifie la véritable vie. Le système tout entier montre jusqu'à quel point peuvent s'égarer des savants de mérite, lorsqu'ils cherchent, en mettant de côté toute philosophie du droit, à tirer uniquement d'un système juridique exclusif leur propre système et à l'asseoir ainsi sur des bases chancelantes. Pour mieux faire ressortir la différence de notre manière de voir, on peut encore mettre ici en regard les vues d'un pur romaniste, de Lenz (rapprochez p. 16, note 1). Cet auteur (p. 349), envisageant le droit comme étant la puissance de la volonté, sans méconnaître pour cela les principes de la libre observation de la morale, proclame bien haut son opinion radicale : « La communauté des biens (conjugale) n'a rien de juridique. Le système dotal est seul juridique :

romain. Ainsi le Romain, en qui dominait l'égoïsme, cherchait non point à comprendre les choses en elles-mêmes et dans leur réalité objective, mais à les assujettir à sa souveraineté, à sa volonté, pour agrandir ainsi sa sphère de pouvoir, ce qu'exprime admirablement cette maxime d'Aristippe, qui paraît résumer tout le génie romain :

Mihi res non me rebus subjungere conor (Hor.).

Il n'envisageait le droit privé tout entier que comme un droit

il est fait pour ceux dont l'égoïsme ne cède pas aux liens de l'attachement conjugal. Est-il actuellement possible et le sera-t-il jamais de former un tout juridique régulier de notre régime de la communauté de biens, ainsi que de ce que nous appelons *condominia ex jure germanico*? ne serait-ce pas un tour de force impossible à tenter? » Lenz tient, aussi le testament pour le droit, le droit principal, qui exprime la puissance de la volonté, et l'ordre de la succession *ab intestat*, tel qu'il est sanctionné par la loi, se réduit simplement, d'après lui, à être l'expression de la volonté présumée du défunt. « L'homme moral, » ajoute-t-il ailleurs, « en se plaçant au point de vue allemand, peut sans doute penser autrement, et moralité vaut mieux que droit; mais on ne doit pas confondre moralité et droit. Le droit nous est représenté en l'état de notre dureté de cœur par la rigueur cruelle du jugement de Salomon. » Le système de Lenz n'est que la conséquence stricte du point de vue romain exclusif et commun aux romanistes, qui se réduit à admettre une pure puissance de la volonté. Ainsi le moi, dans ce système, pour élargir de plus en plus sa propre sphère, devient pour ainsi dire le pupille du droit et brise par lui les liens faibles et impuissants inhérents à une communauté intime de vie, où se poursuivent les buts moraux de la vie par le moyen d'actes et rapports se traduisant extérieurement, et par suite aussi, comportant le règlement juridique. Mais il faut se rappeler que le droit, réduit à lui-même, ne peut rien édifier, ni système dotal, ni communauté de biens, ni testament, ni succession *ab intestat*; mais que l'une ou l'autre de ces institutions juridiques peut être produite par le degré plus ou moins grand de culture morale que comporte la vie, autrement dit par les mœurs, eu égard aux besoins qu'elles manifestent; ou, nous dirons plus exactement, que les mœurs produiront dans les cas signalés des institutions qui assurent en droit une garantie suffisante à la liberté de volonté et d'action de la personne individuelle, aussi bien qu'au lien de la communauté, rattachant les individus à un plus vaste tout. Comparez, à ce sujet, le *Droit naturel*, de Röder, les §§ 95, 98, sur le droit de succession et ma *Philosophie du droit*, p. 600, et ce que nous disons plus loin, au sujet des régimes matrimoniaux.

de puissance ou de propriété déterminant la sphère d'action de la personnalité, celle dans laquelle une personne peut se mouvoir librement et agir comme elle l'entend, suivant les inspirations de l'égoïsme ou les lois de la morale. Contrairement à ce point de vue romain, deux sphères essentielles sont à distinguer dans le droit privé : l'une est celle où prédominent la volonté et la liberté absolue de la personne individuelle, existant et agissant pour elle-même, et cette sphère de pouvoir se détermine par la propriété ; l'élément moral ne peut ici influer sur le droit que d'une manière indirecte et pour contenir la liberté dans de justes limites. Il réglera notamment la gestion de la propriété, afin qu'elle ne soit pas en opposition avec des devoirs moraux généralement reconnus (ce qui arrive, par exemple, à l'égard du dissipateur qui viole les devoirs de famille).

L'autre sphère est celle où les personnes sont plus irrévocablement liées par les rapports qu'elles contractent dans les diverses espèces de sociétés. Là, d'un côté, la volonté des membres doit se plier et se conformer à la nature et au but de l'association ; de l'autre, ces associations, qui n'ont pas ou ne doivent pas avoir seulement pour objet des intérêts matériels, mais se réfèrent aussi à des buts moraux, ont besoin de mettre leurs règles de droit en harmonie avec ces buts moraux. Dans cette dernière sphère ne rentrent pas seulement les liens du mariage et de la parenté ainsi que ceux de la domesticité ; il faut y comprendre, en outre, tous les autres liens d'associations, si nombreuses dans le régime germanique, et qu'excellente à régler le droit allemand, eu égard non seulement aux intérêts matériels, mais encore aux intérêts à la fois juridiques et moraux, tels que l'assistance, le soin des veuves et orphelins. Il y a là un contraste absolu avec la *societas* romaine, qui ne se modèle que sur l'égoïsme romain incompatible avec tout lien durable. Ces corporations ont été, sans doute, dissoutes par suite des principes modernes de l'économie nationale, l'influence du droit romain y aidant. Mais notre siècle est appelé à remplir, dans l'ordre économique, moral et juridique, la belle mission de reconstituer des associations analogues reposant, il est vrai, sur le principe de la liberté, mais aussi, réglant surtout, entre les

maîtres et les ouvriers, les rapports moraux et juridiques. Au demeurant, grâce au progrès de notre civilisation plus avancée sous le rapport moral, ont pris naissance, de nos jours, plusieurs sociétés appliquées à la poursuite des buts de l'ordre intellectuel et moral. Le droit y règle le mode de coopération des membres, leur apport ou contribution ; tout ce qui se rapporte aux intérêts matériels est considéré comme accessoire et ne joue d'autre rôle que celui de moyen, eu égard au but à atteindre, de telle sorte qu'il ne saurait y avoir la moindre place à l'arbitraire, au pouvoir de volonté illimité de l'individu. Le point de vue exclusif du droit romain (1) doit donc être absolument rejeté ; le droit ne saurait se traduire dans une idée de domination, de pouvoir, de la volonté de la personne envisagée à part comme sujet, et eu égard à sa propre sphère individuelle ; mais plutôt, il doit consister, en principe, dans le règlement extérieur des rapports de la vie, qui s'impliquent et se conditionnent

(1) Jhéring n'a pas renoncé à faire prévaloir ce point de vue. Il dit en effet, p. 143 : « Le contenu de tout rapport juridique, si on le dépouille de l'accessoire et qu'on se réfère à sa substance véritable, c'est le pouvoir de la volonté, la maîtrise ; aux différences que présente cette dernière répondent les différences des rapports juridiques. » Jhéring ne se dissimule pas que « l'élément juridique se trouve souvent mêlé à d'autres éléments dans des proportions très différentes, entrant dans chaque rapport, tantôt pour une part très insignifiante, tantôt pour la majeure part ou le constituant à lui seul (?) » Mais il pense « que le juriste doit, dans l'analyse juridique, calculer, pour ainsi dire numériquement, ce que chaque rapport particulier contient d'élément juridique. » Mais, pour arriver à un calcul exact, le juriste ne doit pas seulement se livrer, selon nous, à une analyse. Il faut encore, dans une synthèse juridique, rapprocher l'élément juridique de tous les autres pour bien apprécier la manière dont il est déterminé par eux et dont il les détermine à son tour ; ce qui naturellement exige qu'on approfondisse l'essence de ces autres éléments. Ce serait une grande erreur de continuer à croire qu'on puisse, en se plaçant uniquement au point de vue d'une conception du droit tout à fait exclusive et sans recourir à aucun autre intermédiaire, reconstituer un rapport juridique quelconque (comparez note précédente). Puchta qui, dans le *Cours des Institutes*, II, p. 393, donne pour base commune à l'étude de toutes les principales matières juridiques la conception du droit, pris dans le sens de puissance sur un objet soumis à la volonté de l'ayant droit, veut déterminer même par cette conception le contenu des rapports de famille. Savigny s'est prononcé, avec raison, dans un sens contraire à cette opinion, *Système*, etc., I, p. 348.

les uns les autres. Chaque rapport de la vie doit être ainsi déterminé dans sa réalité objective et rapproché en même temps de tous les autres, dont il est tenu compte, et non pas être réglé selon le bon plaisir, selon la volonté arbitraire individuelle ou collective. On voit par là que la vraie science juridique demande la connaissance approfondie des rapports de la vie moraux religieux et économiques, condition que toute étude purement historique est bien loin de remplir.

2. On peut aussi apprécier par là le rôle à assigner au vrai principe de la volonté, qui revêt, du reste, dans le droit romain, une forme tout à fait abstraite. La vraie doctrine reconnaît, comme servant à la formation du droit, un double élément fondamental : l'un, objectif, consiste dans les rapports de la vie qui constituent le fondement proprement dit, la *ratio juris* objective ; l'autre, subjectif, dans la volonté, qui est la cause active de la formation du droit, considéré dans sa manifestation extérieure (voyez p. 89, 1^{er} vol.). Le droit romain, au contraire, n'admet presque exclusivement, comme source du droit, que la volonté ; de telle sorte que le principe de la volonté subjective ou absolue est le trait caractéristique de ce droit (1). Sans doute, l'ancien point de vue religieux, sous lequel le droit était envisagé comme *fas* (*fari*, oracle divin), semble bien indiquer une source supérieure à la volonté humaine, et plus tard aussi, suivant l'idée philosophique, celle notamment de Cicéron, cette source devait être cherchée dans la nature raisonnable de l'homme, et par cela même que Dieu est la raison suprême, dans Dieu et dans le plan rationnel qu'il a institué (2).

(1) Ce que j'ai dit, p. 183, note 2, de l'influence que la philosophie a exercée, par l'intermédiaire surtout de Cicéron sur le droit positif, influence mise en question par les romanistes (tels que Puchta), ce qu'on a peine à comprendre, se trouve amplement et peut-être trop longuement développé par le Dr Voigt dans son ouvrage : *La théorie du jus naturale æquum et bonum et du jus gentium des Romains*, 1856. Là se trouve aussi expliquée l'influence durable des doctrines philosophiques de Cicéron.

(2) Ce rapport de la loi au droit des individus a été exposé avec justesse par Jhéring, II, p. 58. Cicero, *pro Cæcina*, c. 33, dit : « Quæro abs te putesne si populus jusserit me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicias hoc nihil esse. Primum illud

Toutefois, les juristes et le peuple restaient fidèles à ce principe prédominant, que ce qui est droit est imposé par la volonté individuelle ou collective. La volonté apparaît donc comme la force productrice du droit, et, partant, comme une condition constitutive de la personnalité, de telle sorte qu'elle en est inséparable. De là, comme conséquence logique admise par les Romains, l'impossibilité d'admettre en droit une véritable représentation de la personne. C'est ainsi que, dans le droit public, la volonté générale est la source de la loi. Mais cette dernière n'émanant pas de la personnalité individuelle, et ne pouvant créer, par cela même, les droits individuels, ne saurait non plus y porter atteinte, sauf dans les cas de nécessité urgente, et son rôle doit se borner à les protéger. Le sens moral dont le peuple était doué, ne lui permettait pas, toutefois, de confondre la volonté avec le pur arbitraire. Il avait une intelligence plus haute de la vraie liberté qui devait être protégée par la loi contre l'arbitraire. Ce résultat était atteint par le respect du principe de la liberté personnelle reconnue dans le droit civil, aussi bien que par ce qu'on pourrait appeler l'*objectivation* de l'idée de la liberté soustraite au pur arbitraire et étroitement rattachée aux règles du droit (1). Ainsi aucun citoyen romain ne pouvait, par convention, aliéner sa liberté et devenir l'esclave d'autrui (comme le rapporte Tacite à propos des anciens Germains). Le droit refusait de même sa sanction à tous les contrats qui portaient atteinte à la liberté du mariage, par exemple à la promesse de contracter ou non, de dissoudre ou non un mariage, comme aussi, tout au moins, d'après les règles de l'ancien droit, aucune action civile n'était attachée aux fiançailles. La loi ne permettait pas davantage qu'il fût apporté la moindre entrave à la liberté des dispositions de dernière volonté. On attachait, surtout, un intérêt spécial au maintien de la liberté de la propriété comme étant essentiellement inhérente à cette dernière,

concedis, non quidquid populus jusserit ratum esse oportere, » et c. 26 :
 « Fundus a patre relinquitur, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis
 ac periculi litium non a patre relinquitur sed a legibus. »

(1) Ceci a été mis en relief de la manière la plus heureuse et avec beaucoup de force de logique par Jhéring, II, p. 224.

de telle sorte qu'on ne pouvait lier ni sa postérité, ni les générations à venir, et qu'il n'était possible de restreindre cette liberté, que par l'établissement de servitudes destinées à assurer la bonne exploitation de la propriété. Partant les fidéi-commis de famille, surtout les charges réelles (du droit allemand) et le servage, étaient, en principe, rendus impossibles ; et il est facile de comprendre l'action salutaire que dut exercer la réception du droit romain dans les Etats germaniques, action qui amena la suppression des institutions féodales dont nous venons de parler. Mais malgré cette reconnaissance d'une liberté se rattachant objectivement à un intérêt moral et social et se séparant ainsi du pur arbitraire, il n'en est pas moins vrai que la volonté, en tant que cause efficiente du droit, n'est pas suffisamment mise en rapport et en harmonie avec le fondement du droit (la *ratio juris*), laquelle se trouve dans les rapports de la vie dérivant de la nature éthique de l'homme. Cette *ratio* (1) exige, d'un côté, que la volonté puise à cette source supérieure des rapports ses motifs déterminants, et, de l'autre qu'à raison de l'enchaînement organique de tous les rapports, elle tienne compte, en même temps, de ceux de l'ordre religieux, moral, économique ou du droit public, propres à influencer sur celui qu'il s'agit de déterminer juridiquement. Le droit romain n'a jamais totalement méconnu ces deux règles imposées par la *ratio* et elles y ont été admises sous les titres divers d'*humanitas*, *æquitas*, *boni mores*, *utilitas*, qui répondent à la différence de nature des rapports (2) (comparez p. 237). Toutefois, il fait peser ostensiblement la balance du côté de la puissance absolue de la volonté, laquelle se manifeste, même dans le droit public, par l'idée du contrat appliquée à l'Etat (*communis reipublicæ sponsio*, par la *voluntas populi*) et le *consensus utentium* envisagés comme le fondement des lois et coutumes et enfin par l'*imperium* si caractéristique appartenant aux fonctionnaires.

(1) L'expression de *ratio* présente, dans les sources du droit romain, des sens multiples tels que ceux de fondement, de prise en considération, de raison humaine et d'une sorte de raison objective inhérente aux choses ou aux rapports eux-mêmes. Voyez Voigt, p. 558 et suiv.

(2) On trouve aujourd'hui dans Voigt tous les détails désirables à ce sujet.

3. La faculté intellectuelle qui prédomine dans le peuple romain, c'est la raison, c'est-à-dire cette faculté qui décompose ou analyse, reconstruit ou combine tour à tour en vue de buts déterminés à atteindre. Elle commence par considérer les personnes et les choses, séparément les unes des autres et dans leur nature propre et indépendante, et immédiatement après, faisant abstraction de leurs différences et de leurs caractères particuliers, elle les réunit, par le procédé abstrait de la synthèse, en un seul tout. Ces opérations intellectuelles sont dirigées dans la pratique par le principe de l'intérêt personnel bien entendu, auquel obéit le Romain dans tous ses actes, sciemment ou à son insu. De là résulte que le droit romain présente un caractère de logique abstraite et formelle, qu'il tend à proportionner le moyen au but et fait prévaloir partout le mobile de l'intérêt personnel bien entendu.

A. Le caractère de logique formelle se montre dans la tendance à faire entrer dans le cadre de certaines formes ou expressions générales tous les rapports qui rattachent les personnes les unes aux autres et celles-ci aux choses, à rendre ces formes claires, rigoureusement exactes, à les adapter aussi étroitement que possible à la réalité, à les respecter dans leur essence comme si elles étaient de véritables entités et, au cas d'une modification des rapports, à recourir à des détours, à des fictions, plutôt que d'abandonner les anciennes formes. On a comparé avec la science mathématique (1) le droit romain à raison de son caractère abstrait et formel qui se traduit par une formule complexe à analyser. Cette comparaison, à proprement parler, contient plutôt un blâme qu'une louange. La science mathématique qui peut déterminer suivant une mesure exacte et constante les rapports abstraits (de nombres et de grandeurs) pour les appliquer aux lois de l'ordre physique également constantes et nécessaires, ne saurait toutefois prendre la place des sciences physiques naturelles ayant pour objet la recherche de l'essence des choses (physique, chimie). Ce fut donc une

(1) Leibniz (*Op.*, vol. 4, P. 3, p. 267) : « Dixi sæpius post scripta geometrarum nihil exstare quod vi ac subtilitate cum romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis. »

grande erreur, de la part de plusieurs mathématiciens, de croire pouvoir déterminer, à l'aide des formules mathématiques, l'essence réelle d'une chose, d'un phénomène (par exemple, la lumière). Il en est de même aussi pour le droit. Ce serait, comme nous l'avons déjà montré, se tromper grossièrement de croire pouvoir déterminer le droit en soi, abstraction faite des rapports de la vie et de s'imaginer pouvoir composer avec des formules de droit une sorte de table de calculs juridiques.

B. Ce formalisme, qui se traduit dans l'abstraction et la généralisation, fut en même temps l'expression et le constant auxiliaire de l'esprit d'égalité si prononcé dans le peuple romain (1). Il y eut anciennement, sans doute, dans le droit privé, des idées et formes générales (telles que l'idée de *res*, les formes du *mancipium* et du *nexum*) qui répondaient plutôt à la grande simplicité des rapports. Mais quoique, par la suite, avec le développement du droit par le préteur et par les juriconsultes, on sut tenir plus compte de la différence des rapports, la tendance à généraliser et à niveler le plus possible n'en continua pas moins à prédominer. Le Romain qui, au point de vue de l'art, était impuissant à représenter, à proprement parler, le concret, l'individuel, et dont les dieux ne furent que la personnification d'idées abstraites appropriées aux besoins et buts pratiques, chercha également dans le droit à ramener l'individuel et le concret à des formes générales. Grâce aux Douze Tables, l'*exæquatio juris* avait fait disparaître toute distinction de classe entre patriciens et plébéiens, et il n'y eut dès lors à Rome qu'une classe de citoyens, qu'un seul et même droit, celui du *civis romanus*. Dans le droit civil continua aussi à prédominer la tendance à appliquer le plus possible les mêmes règles à tous les cas qui pouvaient se ramener à une formule abstraite générale. Cette tendance est surtout visible dans le droit réel, où la distinction si importante entre les meubles et les immeubles, à part quelques déterminations peu essentielles, telles que celle du laps de temps requis pour l'usucapion, n'influe en rien sur les règles de la possession, de la propriété, du gage, du droit de succession et des obligations. Le droit allemand, au contraire,

(1) Sur cet esprit d'égalité, voyez Jhéring, II, p. 86, 123.

comportant dans les mêmes matières des règles qui varient essentiellement, selon qu'il s'agit des meubles ou des immeubles, tient en même temps compte, dans ses déterminations, de la différence des situations de la vie, de l'état et de la profession, de la noblesse, de la condition des bourgeois, de cultivateur, d'ouvrier. Il a toutefois ici trop méconnu le principe supérieur généralement admis, l'égalité civile et politique. Sous ce rapport, la réception du droit romain n'a donc pu qu'aider puissamment à faire reconnaître l'égalité de tous devant la loi. Par sa grande simplicité, sa clarté et sa généralité, ce droit a de même contribué à faire disparaître plusieurs distinctions et nuances qui étaient sans utilité et à établir une grande unité dans le système juridique. Il faut donc ici trouver la vraie mesure dans laquelle le droit romain et le droit allemand doivent se combiner (1).

L'unité et l'égalité du droit exigent qu'il y ait un seul et même droit, une seule et même justice pour tous les rapports dans lesquels les individus sont égaux comme hommes et citoyens ; mais elles demandent en même temps que les professions diverses résultant de la répartition du travail entre les hommes au sein de la société soient soumises chacune à des règles juridiques spéciales (2).

(1) Tout germaniste clairvoyant partagera certainement l'opinion de Jhéring, qui fait observer (II, p. 122, note), que pour nous délivrer du droit romain ce n'est pas prendre le bon chemin de constater la différence entre notre système juridique où prévalent la tendance au particularisme et l'individualisme et le système romain basé sur la centralisation. Il faut plutôt, à l'inverse, étudier et favoriser le côté par lequel le droit allemand incline vers la centralisation, en prouvant que nous ne sommes pas aussi dénués de ressources qu'on se l'imaginait, et que nous n'avons pas besoin de recourir absolument au droit romain pour combler les lacunes que présente notre système du côté de la centralisation.

(2) Cet égoïsme a été à plusieurs reprises mis en relief par Jhéring comme faisant le vrai fond de l'essence du droit romain, ce qu'avaient déjà fait Hegel et Gans. Ainsi, il dit, I, p. 298 : « Les institutions romaines, les vertus, etc., se relie à un organisme mis en jeu par le principe de l'égoïsme. Cette force motrice se révèle uniquement par la manière dont le tout se forme et exerce son activité, et non par l'action des parties isolées de ce tout... Le vrai cachet de l'égoïsme romain se montre en ce qu'il ne perd jamais de vue les liens qui rattachent le membre au tout et ne cherche jamais non plus à se

C. Dans la sphère où se mouvait la vie du peuple romain dirigée par l'intérêt raisonné, il était naturel qu'il fit un sage discernement des rapports, les soumit à un calcul exact et les fit servir tous à l'obtention de ses buts pratiques. Cette faculté s'exerça aussi et fit sentir son influence dans le droit privé où s'est par suite réalisée une série continue de perfectionnements et de changements. Nul droit ne présente autant que celui des Romains un développement répondant à celui des rapports de la vie ; et ce développement n'était pas dû à une impulsion spontanée, à un obscur instinct, mais il était plutôt l'œuvre de la volonté réfléchie qui se manifestait par l'organe des magistrats, des préteurs surtout, et par celui du peuple concourant également à la législation. Rien n'était plus contraire au génie romain que d'abandonner à eux-mêmes les rapports et institutions, de les laisser progresser et se développer naturellement, sous l'influence pour ainsi dire d'une force de végétation qui leur serait inhérente. Partout se montre la volonté réfléchie, la précision

procurer, aux dépens de ce dernier, la moindre satisfaction. Le caractère romain, avec ses vertus et ses vices, peut donc être défini le système de *l'égoïsme raisonné*. Le principe fondamental de ce système, c'est que l'inférieur doit être sacrifié au supérieur, l'individu à l'Etat, le cas particulier à la règle générale ou abstraite, l'accidentel au permanent. Un peuple qui, tout en poussant au plus haut degré l'amour de la liberté, possède la vertu de se surmonter lui-même au point qu'elle devient en lui une seconde nature, est appelé à dominer les autres. Mais certes la grandeur romaine coûta cher : *L'égoïsme romain*, que rien ne peut rassasier, sacrifie tout à son but, le bonheur et le sang des citoyens eux-mêmes aussi bien que la nationalité des peuples étrangers... Le monde qui lui appartient est un monde sans âme, privé des biens les plus précieux, un monde qui n'est point gouverné par des hommes, mais par des maximes et règles abstraites, une gigantesque machine enfin, merveilleuse par sa solidité, l'harmonie et la précision de ses mouvements, par la force qu'elle déploie, écrasant tout ce qui lui fait obstacle, mais ce n'est qu'une machine ; son maître était en même temps esclave. » (Comparez l'expression analogue d'Hégel). Et c'est dans un semblable monde qu'on jette tout d'un coup sans préparation et qu'on retient la jeunesse des étudiants, souvent même avant de lui avoir procuré un critérium supérieur, par l'initiation à l'éthique ou à la philosophie du droit. Et l'on s'étonnerait encore des difficultés ou de l'impossibilité même d'arriver jamais à une conception morale plus élevée du droit privé et public ou des rapports de la vie !

du but et des moyens, et par suite aussi une mâle persistance à poursuivre le but sans jamais se laisser arrêter. Le peuple romain n'a jamais sacrifié la vie réelle à un type idéal, à des idées purement théoriques. Tandis que les romanistes de nos jours ne considèrent que trop souvent la vie à travers le prisme des idées romaines, le Romain n'a jamais cessé de l'envisager dans sa réalité même, et à mesure que les rapports de la vie se sont modifiés, il a compris la nécessité de transformer les règles et formes juridiques.

Le droit romain peut se résumer dans une sorte de *droit de puissance* dont toutes les règles sont dictées par le principe de l'égoïsme sagement calculé en vue de donner, dans la pratique, satisfaction à l'intérêt personnel et affectent la forme juridique de la souveraineté de la volonté. L'égoïsme (1), moteur unique de la vie nationale, tendant au dehors à faire plier les autres peuples sous le joug et la domination de Rome, n'aspire à l'intérieur, dans le droit privé, qu'à une augmentation de puissance, à une extension de domination, en s'appropriant les choses ou en se soumettant autrui par les obligations. Aussi voit-on ériger en principe naturel le mobile de l'intérêt personnel sous l'influence duquel on cherche prudemment à s'avantager aux dépens d'autrui (*in emendo ac vendendo naturaliter concessum est sese invicem circumscribere*, l. 22, § 3, D., *locati*). Se réduisant à l'idée abstraite de puissance, le droit romain exclut de sa sphère tous les rapports incompatibles par leur nature avec l'exercice égoïste de la puissance ou domination, tels que ceux qu'impliquent les liens durables inhérents aux buts moraux, ou qui subordonnent le pouvoir de la volonté à de semblables buts. Il en est tout autrement du droit allemand. Inclinant par son esprit vers la moralité plus que vers le droit, il ne fait pas violence aux rapports juridiques pour les refouler tous dans le cadre étroit que comporte le droit de puissance. Mais, par cela même

(1) La plupart des germanistes modernes traitent donc aussi isolément des rapports juridiques inhérents à la spécialité des professions; il est contraire à l'esprit du droit allemand et même à la nature des choses de ne tenir aucun compte de ces spécialités, comme le font les romanistes, et de briser les liens reliant entre elles, dans un Etat, les branches d'activité, lesquelles se conditionnent les unes les autres.

qu'il ne reconnaît pas, en principe, l'idée abstraite de puissance comme étant la base unique de tout le système juridique, il a partout, en matière de propriété ou d'obligations, établi des règles répondant aux différences de l'état des personnes et à celles des rapports de la vie ; il a aussi admis plusieurs tempéraments que comporte l'élément moral, et rattaché le pouvoir abstrait de la volonté à l'obtention de buts moraux dans les sociétés, corporations ou associations de diverses sortes. Le siècle moderne ne demanderait pas mieux, sans doute, lui qui cherche à faire tourner au profit [de son égoïsme la liberté de circulation des biens, si avantageuse en elle-même et au point de vue économique, d'être abandonné complètement à ses propres penchants et de ne tenir aucun compte dans le droit des préceptes et devoirs de la morale. Mais le principe moral qui a survécu dans le droit et le système allemand en dépit de l'excessive prépondérance accordée au droit romain tend à reprendre son empire et doit être de nouveau vivifié par une philosophie du droit supérieure qui se perfectionne toujours de plus en plus en se tenant unie à l'éthique.

§ 3. — *Influence du droit romain sur les institutions et législations modernes, et son importance pour le progrès et l'étude du droit à l'époque actuelle.*

En appréciant précédemment le droit romain en lui-même, dans ses principes et dans son opposition avec le droit germanique, nous avons, à plusieurs égards, signalé les changements que sa réception devait insensiblement opérer dans le système allemand. C'est un autre point de vue qu'il faut ici aborder en rapprochant les traits principaux.

1. *Influence de l'adoption du droit romain sur les institutions et le système juridique moderne.* — L'adoption du droit romain, laquelle n'a pas encore eu son histoire, malgré tout l'intérêt qui s'y attache (1), doit être envisagée d'un point de vue plus élevé

(1) Le manque d'une histoire semblable, à laquelle devrait s'attacher un puissant intérêt, a été signalé par Bluntschli dans l'introduction de son ouvrage *le Droit privé allemand*. Il y montre un vif sentiment du droit al-

comme un événement se rattachant à des causes profondes, comme formant un anneau de cette chaîne continue, qui rattache les uns aux autres les travaux des peuples et les conquêtes de la civilisation. Souvent on s'est plaint que cette adoption a enrayé le développement naturel du droit allemand; mais il faut considérer comme un bienfait que justement à l'époque où la civilisation allemande commençait à se développer, grâce à l'industrie et au commerce, le droit romain, qui contenait des règles sur la propriété mobilière beaucoup plus avancée, ait fourni au droit allemand un heureux complément. Il faut de même envisager comme un bonheur que le développement du droit allemand ait rencontré des obstacles, puisqu'il prenait une fausse direction, et que les progrès de la civilisation et du droit, dans leur ensemble, étaient comprimés par le joug du régime féodal, au point que tout respect de la dignité de la personne humaine et de la liberté, envisagées en général ou eu égard au régime de la propriété, s'était presque éteint avec le sens moral et juridique. Le droit romain arrêta cette déviation, qui aurait continué, rendit un libre cours à la vie, remit en vigueur le principe de la personnalité et de la liberté, dont le sentiment pénétra de nouveau dans l'âme de l'Allemand, principe qui était essentiellement en harmonie avec l'ancien droit germanique, et contribua alors puissamment à faire secouer les liens d'un joug dégradant.

L'adoption du droit romain s'harmonisait surtout avec les tendances de l'esprit moderne qui commencèrent à se manifester après l'insuccès des croisades, et amenèrent l'âme à se replier davantage sur elle-même. La renaissance de la philosophie date justement de cette époque. La dernière croisade, qui eut déjà peu de retentissement (1248), coïncide avec l'apparition d'Albert le Grand († 1280) et de Thomas d'Aquin († 1274), qui, rejetant les anciennes autorités, assurèrent à la philosophie une marche plus indépendante. Le nouvel esprit philoso-

lemand en repoussant des vues erronées, dont quelques-unes subsistent encore aujourd'hui, sur le rôle du droit romain dans le monde allemand, et il prouve l'opportunité de la codification du droit allemand.

phique, secondé par la connaissance plus approfondie de l'ancienne philosophie, l'adoption du droit romain, et enfin la réforme religieuse, qui se sont mutuellement donné la main, ont été les trois points de départ, les trois causes déterminantes du mouvement intellectuel des temps modernes. Le moi humain, qui, dans l'ordre intellectuel, revendiquait le droit de s'analyser et de se connaître lui-même, et qui, dans l'ordre religieux, aspirait à une foi pénétrant au plus intime de l'âme, source de la vraie vie, obtint, grâce au droit romain, une garantie de sa libre activité dans la sphère extérieure de la vie civile. Le droit romain brisa avant tout les liens qui enchaînaient l'Etat à l'Eglise, fit reconnaître l'indépendance de la vie civile, ainsi que le principe de la communauté de l'Etat, dont tous les membres étaient citoyens, fortifia le pouvoir politique et le débarrassa des entraves de la féodalité. D'un autre côté, il assura, dans le droit privé, le respect de la personnalité du citoyen et l'égalité de tous devant la loi civile, la libre disposition des biens, surtout la liberté de la propriété foncière, et enfin une meilleure administration de la justice en amenant l'abolition des *ordalies* ou jugements de Dieu. Tels sont les bienfaits dont nous sommes redevables au droit romain : mais il n'en faut pas moins le reconnaître, comme nous l'avons déjà fait plus haut, si la philosophie et la Réforme elle-même ont entraîné parfois dans une fausse voie, le droit romain a de même été la source de nombreuses déviations par l'inflexibilité et l'absolutisme de ses principes. Il ne tarda pas, en effet, à imposer son autorité et à agir en despote, voulant faire entrer forcément dans son cadre étroit les rapports de la vie germanique, présentant souvent, au fond, des différences si radicales. Heureusement que le sentiment allemand opposa ici une résistance énergique, et qu'au sein du peuple se conserva, dans son intégrité, le vif attachement au droit national. Rien n'était plus nécessaire, à une époque où les jurisconsultes allemands avaient presque complètement délaissé ce droit national pour celui de l'étranger. Avec la ténacité, la persévérance et l'esprit de suite qui le distinguent, le peuple allemand a su, en dépit des jurisconsultes et des tribunaux, conserver dans ses coutumes plusieurs institutions juridiques importantes ; il a su aussi

se défendre (1) contre les tentatives d'innovations venues de l'étranger, et faire prévaloir les idées inhérentes à son génie propre qui contrastent avec celles du droit romain, dans le mariage et le régime des biens des époux, dans la puissance paternelle, la tutelle, le droit de succession, dans plusieurs contrats importants, et surtout dans le droit d'association. L'étude du droit allemand date surtout de l'époque où Conring († 1681) releva et soutint avec énergie le droit allemand comme inhérent à l'indépendance nationale. Les jurisconsultes, dès lors, en dépit de leurs préférences pour le droit romain et de leur tendance à rattacher, contrairement à la vérité historique, plusieurs rapports et institutions du droit allemand aux idées romaines, furent plus justes pour les coutumes allemandes. Par la droiture de leur sens juridique ainsi que par l'appréciation exacte des rapports réels, ils se sont montrés souvent supérieurs à plusieurs logiciens de l'école historique des romanistes, lesquels travaillèrent pendant quelque temps, de leur côté, à faire cesser la confusion qui régnait déjà entre les principes romains et les principes allemands, pour arriver à dégager le système pur allemand. Le vrai rapport entre les deux droits a toujours été de plus en plus mis en lumière par les savants juristes de l'école des romanistes et de celle des germanistes. On est arrivé à reconnaître que le droit romain n'a pas été admis tel qu'il était dans sa nature propre, mais qu'il a subi, au moment de son adoption, des modifications essentielles, et qu'il s'est produit un travail d'assimilation véritable au sein du droit allemand, qui s'est approprié uniquement ce qui répondait réellement à un besoin essentiel de la vie. Dans son application en Allemagne, ou même renfermé dans le domaine de la science, le droit romain est devenu tout autre qu'il n'était à Rome. La science allemande, en l'élaborant, en a formé un système si complet et si régulier, qu'il eût été difficile à l'esprit romain de faire aussi bien. De même qu'en France le droit romain ne s'est point conservé dans l'application, sauf à titre de *ratio scripta*, de même aussi, en Allemagne, ce n'est

(1) Voyez, à ce sujet, surtout Rüder, *Principes fondamentaux*, etc., p. 91 et suiv.



pas, en vérité, le *Corpus juris* qui a ce qu'on appelle force de loi. L'autorité appartient plutôt à la science qui élabore le droit romain ; c'est elle qui fournit au juge la règle de ses décisions.

Dans cette voie de progrès, on ne tardera pas à faire le dernier pas. Quoi qu'il en soit, il faut faire revivre le système allemand dans la science, en embrassant l'unité et la totalité de son développement. Présenter le droit réellement encore en vigueur dans son unité et son ensemble, sans se laisser arrêter par les vues exclusives soit du droit romain, soit du droit allemand, et en se rattachant à la vie réelle dans laquelle ces deux droits ne sont pas séparés l'un de l'autre, tout en se développant chacun à part d'une manière propre et indépendante, telle est aujourd'hui la tâche dévolue à la science. Ce n'est pas à dire qu'on doive proscrire une étude séparée du pur droit romain et du pur droit allemand, qui permet de suivre leur développement dans l'histoire ; mais seulement la science doit faire la part de l'unité juridique inhérente à la vie réelle (1). L'accomplissement de la tâche dévolue à la science serait la meilleure préparation à une législation nationale qui paraît devoir encore longtemps se faire attendre.

Si nous envisageons le droit romain du côté de son utilité

(1) Je suis charmé qu'un romaniste éminent se soit fait le champion de cette idée conçue par moi depuis longtemps et qui m'a servi de guide pour le développement des principes du droit privé dans le 3^e livre de cette *Encyclopédie*. Dans un discours prononcé à la fête de l'Université, discours publié sous le titre de *Droit et science juridique*, Greifswald, 1854, et qui contient des passages très remarquables sur le droit romain et sur son adoption. Windscheid s'exprime en ces termes : « Il y a encore un inconvénient à éviter, mais auquel nous ne prenons pas garde aujourd'hui, tellement nous y sommes habitués. Ce qui fait le fond essentiel du droit romain doit être traité, confondu avec le droit pur allemand en un tout indivisible. Cette nécessité se comprend d'elle-même d'après ce qui vient d'être dit : l'un aussi bien que l'autre sont droit allemand, et c'est pour cela que nous en faisons l'objet de notre étude. De nos jours la science décompose presque toujours la matière juridique qu'elle veut traiter en deux parties distinctes : romaine et allemande, et se met à les envisager isolément, comme se détachant l'une de l'autre. Il se peut que l'emploi d'une semblable méthode doive subsister encore quelque temps, mais il n'en est pas moins vrai qu'il ne faut rien négliger pour la faire abandonner. »

pratique pour le temps actuel, nous rappellerons qu'un examen impartial, et surtout les nouveaux progrès de la science juridique allemande, ont déjà montré que cette utilité est bien moindre qu'on ne le pensait autrefois, le règlement de tous les rapports ayant conservé l'empreinte d'idées inhérentes au système juridique allemand (1). Qu'on se représente, dans les pays du droit commun allemand, la situation qui est faite au droit par la coexistence et la tendance à empiéter l'un sur l'autre des deux systèmes juridiques, on la trouvera on ne peut plus déplorable, sans qu'on puisse espérer y remédier par l'introduction de la méthode purement historique dans l'étude du droit romain et du droit allemand. Les investigations historiques ont sans doute eu l'heureux résultat de faire mieux ressortir ce qui fait le propre et l'originalité de chacun des deux systèmes juridiques, de faire cesser le mélange anormal d'institutions confondues à raison des analogies extérieures qu'elles présentaient, et, en conservant ainsi à chaque droit sa nature propre, de mieux déterminer la sphère et les limites de leur application. Mais il y a encore une très grande divergence d'opinions entre les romanistes et les germanistes, dans l'application, eu égard au rapport du droit romain au droit allemand, d'où résulte que la pratique est encore incertaine et chancelante. Dans plusieurs cas, la question de l'admission des règles du droit romain est une *quæstio facti* qui n'est pas facile à trancher. L'obstacle au progrès de la vie civile, en Allemagne, ne se trouve pas seulement dans la masse des controverses du droit romain, qui, loin d'avoir diminué dans la pratique, sous l'influence de l'école historique, n'ont fait au contraire qu'augmenter (2); il se trouve encore dans les nombreuses obscurités que présente ce rapport entre les deux droits. Il y a là un sujet permanent de mécontentements légitimes qui ne peut être écarté que par une nouvelle législation appelée tout au moins à réaliser des réformes essentielles, lors même qu'elles ne répondraient pas tout à fait aux idées exagérées qu'on s'était faites

(1) Voyez, dans l'histoire ci-après du droit germanique, la 3^e subdivision.

(2) Voyez, à ce sujet, plus loin sur cette question de la codification, l'opinion de Seuffert.

de son efficacité. Avant tout on doit aujourd'hui être convaincu, et il est également reconnu par les romanistes et les germanistes les plus prononcés de l'ère actuelle, que l'étude purement historique du droit ne répond pas suffisamment aux besoins et aux exigences de la vie. Rêver la science purement historique du droit doit être tenu pour une chimère semblable à celle de l'ancien droit naturel, lequel, comme droit universel, aspirait à régler tous les rapports sur un seul et même type, en se référant à quelques formes abstraites, sans égard aux différences qu'entraînent le caractère du peuple, ses mœurs et son histoire. La science juridique doit être considérée comme une science de la vie dans laquelle le double élément philosophique et historique, ainsi que l'élément immédiatement pratique, sont étroitement unis. Ses représentants, se plaçant à ce point de vue, ont, par suite, à tenir toujours en éveil le sens juridique et à lui conserver une énergie salutaire en maintenant le rapport suprême du droit à son but final, et en approfondissant davantage la connaissance et la nature des rapports réels de la vie.

3. L'étude du droit romain, lors même que celui-ci cesserait d'avoir force de loi, conservera toujours une grande valeur scientifique. Ce droit doit être considéré, avant tout, comme l'un des legs les plus précieux faits par l'antiquité aux peuples modernes européens, qui l'ont recueilli avec l'heureux sentiment de l'accroissement de force et de la vie nouvelle qu'ils y puiseraient. Le droit romain réfléchit en quelque sorte la vie intellectuelle de la nation; que dis-je? il est, pour ainsi parler, son image vivante, sa personnification complète. Si la philosophie grecque a cherché à atteindre l'idéal dans ses spéculations, et si l'art grec l'a réalisé dans de belles formes, il a été donné à son tour au peuple romain de créer dans son droit un plan modèle de vie rationnelle.

De même que la philosophie et l'art de la Grèce se sont développés dans l'atmosphère de la liberté intellectuelle, et contribuent à faire pénétrer cette dernière dans le domaine de la science, de même aussi, le droit romain, où domine exclusivement l'indépendance absolue de la volonté, tient en éveil et fortifie le sentiment de la liberté. Ce fut ce sentiment, cet esprit

émané comme un souffle vivifiant de l'antiquité grecque et romaine, qui fut accueilli avec tant d'enthousiasme par l'époque moderne et conservé avec tant de prédilection. Mais le droit romain n'a pas seulement assuré un plus libre cours à la vie, il a aussi, dans le droit, complété sous beaucoup de rapports les institutions allemandes. On ne saurait refuser au droit allemand, en principe, le sens, l'intelligence des formes qu'il fit prévaloir, à un plus haut degré même que le droit romain, dans les cas où elles servent à faire reconnaître et à garantir un droit. Mais ce que le génie allemand devait apprendre et ce qui lui reste encore à perfectionner davantage, c'est l'art de trouver, pour une idée générale, une expression complète qui embrasse les conséquences particulières de cette idée, et de faire prévaloir ainsi dans toutes les matières juridiques des principes auxquels elles se rapportent comme à leur centre; c'est, dans l'étude des sources même, l'art de démêler, au sein d'une variété infinie de dispositions, la réalité concrète des rapports de la vie. A cette double nécessité, il doit être satisfait par le maintien des études du droit romain. Toutefois, pour répondre aux exigences du génie et de la vie germaniques, il faut développer, sans porter atteinte aux principes généraux d'égalité, la tendance à individualiser et à tenir compte des variétés, tout en ayant égard aux liens organiques qui rattachent la partie au tout pour éviter ici de tomber dans les extrêmes. L'étude du droit romain pourra se développer avec plus d'indépendance et recevoir une forme plus scientifique quand son enseignement, dans les universités, ne sera plus avili au point d'être assimilé à un profit pour elles, à une sorte de gagne-pain, quand ce droit aura cessé dans la pratique d'avoir force de loi. C'est là aussi une condition de progrès pour les études de la jeunesse et du réveil du sentiment national. A l'exemple de la littérature moderne qui, après avoir gagné à l'étude des œuvres de l'antiquité, s'est affranchie de l'imitation servile et a manifesté, dans son originalité propre, le génie allemand, la science juridique et la législation allemandes une fois retrempées à la source du droit romain, doivent secouer le joug de ce droit en partie encore en vigueur, et se développer dans un sens conforme au génie et aux besoins du peuple allemand. Il est bien temps que les étu-

des juridiques ne soient plus concentrées d'une manière aussi exclusive dans le cercle du droit romain. De même qu'une étude exagérée de l'antiquité, en France, au temps de la Révolution, conduisit à l'imitation de formes politiques empruntées à la Grèce et à Rome (« délivrez-nous des Grecs et des Romains, » fut le vœu de tout homme intelligent) de même aussi, en Allemagne, l'étude par trop exclusive et exorbitante du droit romain a considérablement rétréci l'horizon du droit et développé la tendance à faire prévaloir une liberté personnelle absolue, tendance qui du droit privé passe au droit public. Une heureuse réaction s'opère par l'étude du droit allemand, qui sert ici de contre-poids et fournit un complément essentiel; mais cette étude ne suffit pas encore : car pour combler des lacunes et opérer des réformes efficaces, il faut qu'elle soit rapportée elle-même à un critérium supérieur. Si l'on ne veut étouffer d'ores et déjà, peut-être pour toujours, dans l'âme de la jeunesse, les bons germes qui y existent encore, si l'on tient à régler le mouvement intellectuel et à lui imprimer une direction sûre, qu'on se garde bien de retenir la jeunesse d'une manière en quelque sorte exclusive et aussi exorbitante dans l'étude du droit romain : on doit plutôt s'efforcer de l'initier à la connaissance des lois supérieures de la vie par de sérieuses études philosophiques de l'éthique et du droit. Il faut en même temps lui faire approfondir le droit, eu égard à sa connexion intime avec tous les rapports de la vie, et l'introduire de bonne heure dans le domaine de l'économie nationale (1) pour lui apprendre à saisir, dans leur réalité vivante,

(1) L'économie nationale est, en règle générale, étudiée trop tard dans les universités allemandes. Elle est la vraie base fondamentale du droit de commerce. Dans l'*Ethnographie*, etc., citée plus haut p. 7, note 1, O. Wallgraff (qui s'est fait connaître comme auteur de l'ouvrage dans la 3^e partie contenant la philosophie comparée du droit et de l'Etat), dit avec beaucoup de raison, dans cette 3^e partie, p. 434 : « Dans nos manuels de droit privé, on enseigne ordinairement que les obligations dérivent des contrats, etc. Mais on ne se demande en aucune manière d'où dérivent les contrats; on suppose ici dans le lecteur ou dans l'auditeur quelque notion préalable, qui lui manque peut-être tout à fait, c'est-à-dire la notion théorique du commerce, et quiconque veut devenir juriste devrait commencer par étudier l'économie nationale et n'aborder qu'ensuite le droit privé. On peut bien être initié à la théorie du commerce et la posséder même complètement sans être

les rapports économiques si importants et qui servent de base à tant de rapports juridiques.

TROISIÈME SECTION.

COUP D'OEIL SUR L'HISTOIRE DE LA LÉGISLATION DES PEUPLES CHRÉTIENS, NOTAMMENT DES GERMAINS (1).

PRÉAMBULE.

SUR L'ORIGINE, LE CARACTÈRE DES RACES CELTIQUES, GERMANIQUES, ET DES RACES SLAVES EN GÉNÉRAL, ET SUR LEUR MANIÈRE DE COMPRENDRE LA VIE ET LE DROIT.

Les derniers représentants de la civilisation, les Romains, avaient succombé à l'entier épuisement de la vie morale. La dé-

pour cela juriste; mais on ne saurait être un vrai juriste sans posséder cette théorie. » Le droit romain est justement le droit de commerce le plus abstrait. C'est une preuve de plus de la nécessité de faire précéder son étude des notions théoriques commerciales dont nous venons de parler.

(1) L'histoire de l'empire et du droit allemand a été ici exposée avec un peu plus de développement, soit à raison de la grande importance que je lui attribue en principe, soit eu égard aux intérêts de l'Autriche, où cette branche du droit, estimée à sa juste valeur, est aujourd'hui introduite dans l'enseignement des universités. J'ai cru également, dans cet exposé, devoir faire encore mieux ressortir le caractère du peuple allemand, sa religion et, en remontant aux temps les plus reculés, les conditions primitives de sa vie et les institutions juridiques qui s'y rapportent, pour les poser comme bases fondamentales et comme points de départ invariables dans l'étude des phases successives de son développement.

Les œuvres complètes les plus remarquables sur l'histoire de l'empire et du droit allemands sont : 1^o l'œuvre capitale d'Eichhorn, *Histoire de l'Etat et du droit allemands*, laquelle se distingue par la profondeur et la clarté, quoique sous beaucoup de rapports il se croie trop obligé, par suite des nouvelles recherches, de faire des additions ou des rectifications, 5^e et dernière édit., 4 vol., 1844; 2^o Zöpfl, *Histoire de l'empire et du droit allemands*, 2 vol., 2^e édit., 1844, dans laquelle chaque partie principale, l'histoire interne et externe du droit, ainsi que les sources juridiques, sont traitées séparément pour toutes les périodes; 3^o Fr. Walter, *Histoire du droit allemand*, 1853, œuvre bien réussie, dans laquelle toutes les parties sont traitées dans de

cadence avait des causes si profondes et si générales que la puissance de salut du christianisme, qui apportait la vérité au monde, ne put presque trouver de point d'appui. Il fallut que la Providence poussât en avant des peuples qui, tout en étant incultes, étaient moins profondément corrompus et susceptibles de s'améliorer. Ce sont eux qui furent appelés à être les instruments de la dissolution matérielle de l'empire romain, et à former de nouveaux Etats où devait être inauguré l'ordre moral et religieux le plus élevé. Mettons de côté les Ibères (1) à l'occident, qui ont passé vraisemblablement en Europe, avant les Italiens et les Grecs, les Finnois (2), au nord, qui ne doivent pas figurer parmi les familles indo-européennes ; toujours est-il qu'entre les trois races, les Celtes, les Germains et les Slaves (3), qui,

justes et égales proportions (elle laisse de côté, avec raison, l'histoire externe du droit). Cet auteur tient compte des nouvelles recherches, et son ouvrage mérite d'être recommandé de préférence pour l'usage habituel. C'est cet ouvrage qui nous a le plus servi pour notre exposé. Gengler, dans son ouvrage malheureusement inachevé, *Esquisse du droit allemand*, 1849, fait preuve, pour chaque matière, d'une vaste et solide érudition. Un bon choix de documents se trouve aussi dans Phillips, *Histoire de l'empire et du droit allemands*, 1850.

(1) Quelle est leur origine et à quelle race ils appartiennent ? Ce sont là des questions demeurées incertaines. Jusqu'à la langue basque, tout ce qui restait d'eux s'est perdu. Comme le fait observer Grimm dans *l'Histoire de la langue allemande*, 1^{re} partie, p. 174, ils doivent avoir, dans les premiers temps, exercé une grande influence sur les Italiens et les Celtes, ainsi que semble l'indiquer le nom seul de Celtibère.

(2) Cette race, qui s'étend encore aujourd'hui au delà du mont Oural jusque dans le nord-ouest de l'Asie, fut probablement repoussée du centre vers le nord par les Celtes, les Germains et les Slaves. Grimm, ouvrage déjà cité.

(3) Parmi les peuples indo-européens qui ont émigré en Europe, il faut ranger aussi les Lithuaniens, les Thraces, et, selon une opinion récente, les Scythes également (ces derniers constituent plutôt un mélange de peuples, qui, à l'époque chrétienne, perdent toute importance). Les Lithuaniens sont presque inconnus dans l'histoire ; mais, comme le remarque Grimm, la certitude de leur existence nous est garantie par une langue précieuse. Leur langue s'est divisée en trois branches ; parmi elles, l'antique prussien s'est presque tout à fait perdu. Le lithuanien se parle encore dans la Prusse orientale et dans la Samogitie ; le lette dans la Courlande et dans la Livonie.

comme les Grecs et les Romains, font partie du groupe primitif des *Aryas*, la seconde était destinée à poser les bases du nouvel ordre social. Il est bien vrai que les Germains, pendant leur long séjour sur les versants occidentaux de l'Himalaya, furent arrêtés dans leur développement par des luttes fréquentes contre d'autres races et en général par les difficultés qu'ils trouvèrent à se fixer quelque part ; mais quoique destinés à tomber insensiblement à leur tour, ils avaient conservé néanmoins, dans sa vigueur primitive, la sève de la vie morale et le sentiment du beau. Quand la nécessité se faisait sentir pour le christianisme d'avoir de nouveaux représentants parmi les nations pour propager la vérité divine dans le monde et en montrer la fécondité dans l'ordre social, l'invasion de l'empire romain se réalisa comme à point nommé et elle commença spécialement par les Germains, qui représentent ainsi la phase la plus importante du mouvement de migration des peuplades barbares. L'invasion n'eut un terme et l'ordre ne se rétablit, qu'avec l'adoption générale du christianisme. Cette religion forme donc, au plus haut degré, le trait d'union entre ces peuples aryens, et tandis que le principal mobile de l'émigration des races aryennes se rencontre très probablement dans les scissions primitives survenues en matière de religion et de culte (1), le

(1) A l'appui de cette opinion souvent exprimée, j'invoque un passage qui, à ma connaissance, n'a pas encore été cité ; ce passage du code de Manou, X, 43, est ainsi conçu : « Par la négligence des sacrifices et le défaut de communication avec les brahmanes (la non-fréquentation des brahmanes, selon la version de Langlois), les races d'ordre inférieur, comprises dans la caste des guerriers, dégénérèrent continuellement, jusqu'à descendre au dernier degré des soudras. » Parmi ces races dégradées qui émigrèrent ou furent expulsées et dont plusieurs sont difficilement reconnaissables dans l'histoire, on en cite qui nous apparaissent avec un degré de certitude suffisant, grâce aux nouvelles recherches, et présentent, pour nous, une importance toute spéciale. De ce nombre sont les Yavanas, que la Genèse désigne aussi sous le nom de Javan et dans lesquels les orientalistes en général reconnaissent les Ioniens (de même que dans le drame d'Eschyle, *Les Perses*, ceux-ci appellent le peuple grec Ἴαόνες). On range encore dans ce nombre les Pahlavas, qui sont probablement les anciens Perses (Pehlvi) ; les Sakas (Sakes), dans lesquels Grimm croit retrouver les Saxons ; les Paradas, qui paraissent n'être autres que les Parthes, et les Tschinas, ou la

christianisme est destiné à rétablir l'union religieuse entre elles et à l'étendre également dans la suite à d'autres peuples.

Les trois races que nous devons considérer de près maintenant, avaient chacune un génie particulier qui s'est manifesté d'une manière permanente dans toutes les phases de leur histoire jusqu'à ce jour.

Les Celtes (1), sous le nom de Galates dans l'Asie Mineure (où ils parlaient encore, au temps du Christ, la langue gaélique), sous celui de Gaulois, Galls, Wallons, Welches en Europe, où ils subsistent encore actuellement mais sans se confondre avec les Galls et les Kymris, les Celtes doivent être venus de bonne heure en

plus ancienne race aryenne qui doit avoir pénétré en Chine (voyez p. 80). Selon cette version, il paraît on ne peut plus probable que l'émigration se produisit par suite des luttes qui s'élevèrent entre la classe des guerriers et celle des prêtres, luttes qui se terminèrent par la victoire de cette dernière et par l'organisation définitive du système des castes (voyez p. 59). Ce furent donc justement les races les plus énergiques qui émigrèrent, celles qui ayant un sentiment plus vif de l'indépendance ne voulurent pas se laisser assujettir au joug de la classe des prêtres. Elles n'admirent jamais dans la suite une classe exclusive de prêtres et surtout le système des castes. Léon, dans son *Histoire universelle*, II, 30, croit que l'union des races germaniques avec les races indiennes n'est point antérieure au siècle des *Védas*, mais se rattache immédiatement à leur apparition. Dans ses leçons sur *l'Histoire du peuple et de l'empire allemands*, 1854, vol. 1, p. 1-136, ce même auteur a entrepris aujourd'hui pour la première fois d'expliquer complètement la connexion intime de la vie et des croyances des anciens Germains avec celles des Aryas (Indiens); mais une grande partie de ce travail ne saurait avoir d'autre mérite que celui de provoquer de nouvelles et plus profondes investigations.

(1) Sur les Celtes, voyez les écrits récents : *La Celtique*, de Dieffenbach, 1839; *La Grammaire celtique*, de Zeuss, 1853; Mone, *Histoire du paganisme dans l'Europe septentrionale*, 1822; *La langue gaélique*, du même auteur, 1851; K. Eckermann, *Manuel de l'histoire de la religion et de la mythologie*, 3 vol. (concernant les Celtes), 1846, compilation de documents fournis par une riche érudition, mais peu méthodiquement ordonnés; et, en dernier lieu, l'écrit d'Adam Holzmann, *Les Celtes et les Germains*, 1855. Cet auteur, contrairement aux déclarations expresses des meilleurs écrivains de l'antiquité, tels que César et Tacite, veut démontrer l'identité des Celtes et des Germains en même temps que les distinguer des Kymris et des Gaëls; mais l'affinité de race explique suffisamment les quelques traits de similitude qui sont invoqués à l'appui de cette identité.

Europe et avoir poussé jusque dans la Gaule. Il est certain, en effet, sans s'attacher au récit de Tite-Live (V, 34) sur l'invasion des Celtes (Bituriges), lesquels, sous le règne de Tarquin Priscus, traversèrent les Alpes pour pénétrer en Italie, qu'on les voit déjà en l'an 392 avant J.-C., sous la conduite de Brennus, sortant de la Gaule et faisant leur apparition devant Rome (Müller pense qu'il s'agit des Etrusques, vu la supériorité de leur nombre); on les voit continuer ensuite la guerre dans les rangs des Etrusques (1). Les Celtes occupaient jadis, divisés en différentes peuplades, une partie de l'Europe septentrionale, et, pour ainsi dire, toutes les régions du centre, et leurs traces sont encore parfaitement reconnaissables presque dans toute l'Italie du Nord, dans la Gaule, dans la Germanie, à l'occident du Rhin et au sud du Mein, dans les régions des Alpes qui s'étendent depuis l'Autriche jusqu'à la Thrace. Lors de leur passage en Gaule, ils refoulèrent en Espagne les Ibères, qui n'occupaient pas seulement ce pays, mais, sous le nom d'Aquitains, une partie de la Gaule méridionale comme aussi les îles Baléares, la Corse, la Sardaigne et la Sicile. De ce mélange des Celtes et des Ibères sortirent les Celtibères. Les Celtes, dont la langue marque encore une grande affinité avec le latin (Grimm, *Histoire de la langue allemande*, p. 1027), se trouvèrent les premiers en contact avec les populations italiennes; aussi présentent-ils avec elles la plus grande analogie de caractère.

Le caractère des Celtes dénote un tempérament sanguin, facilement excitable, la prédominance de la personnalité, l'attrait pour l'individuel, le particulier et la tendance non à rattacher

(1) Après l'invasion des Gaules, 400 av. J.-C., de petites peuplades celtiques restèrent en arrière, en Italie, entre les Alpes et les Apennins; on les désigne sous le nom de Sénoniens, Boïens, Insubriens, Lingons, Cénomans et Salassiens. Vers la même époque demeuraient au delà des Alpes et en dehors de la Gaule: les Helvétiens, dans la plus grande partie de la Suisse actuelle; les Rhétiens, peuple montagnard, à l'est du pays habité par les Helvétiens; les Vindéliens, résidant entre le Lech, le Danube et l'Inn; les Noriques, dans le territoire que comprennent aujourd'hui la Carniole, la Carinthie et le duché de Salzbourg; les Boïens, le long du lac de Platten et dans la Bohême pendant quelques temps (*Boierheim*); les Carniens, au sud des Noriques jusqu'à Trieste, plus à l'est; les Scordisques, le long des rives du Danube, de la Save et de la Drina.

le particulier au tout en saisissant le lien organique qui les unit mais plutôt à l'envisager séparément du tout et sous sa forme extérieure (1). N'ayant pas le sentiment profond d'un ordre inhérent aux choses et aux rapports eux-mêmes, sentiment qui distingue les Germains, éloignés par leurs penchans de la vie commune et d'une réunion paisible sous une même domination, ce qui se remarque aussi chez les Slaves, les Celtes sont facilement excitables, pleins d'animation, impétueux sur le champ de bataille ; mais d'un autre côté, ils manquent de persévérance, aiment le changement et sont portés naturellement à se séparer les uns des autres (2), de telle sorte que la personnalité se montre partout dans chacun de leurs actes et des buts qu'ils poursuivent. Mais avec une telle mobilité d'humeur, se fait sentir comme on le voit, pour des peuples semblables (par exemple, pour les Latins, p. 133), un besoin extrême d'un pouvoir extérieur de gouvernement, ce qui explique certainement, chez les Celtes, la grande puissance attachée aux fonctions sacerdotales des druides (3). La discipline et l'esprit de domina-

(1) Au sujet des propriétés de la langue celtique reflétant cette tendance intellectuelle, Léon, II, p. 13 et suiv., s'exprime en ces termes : « Le propre de la langue celtique est certainement de tout rapporter au sentiment exagéré de la puissance, de la personnalité et de la faire partout prévaloir. tandis qu'au contraire la langue germanique renferme le pouvoir de la volonté dans un cercle étroit, apportant dans la détermination des consonnes une précision rigoureuse et se meut toujours dans la sphère du certain, du présent et du passé, n'exprimant l'avenir que sous le mode déterminé du présent. »

(2) Cæsar, *De bello gallico*, VI, II : « In Gallia non solum in omnibus civitatibus atque pagis partibusque sed pœne etiam in singulis domibus factiones sunt. »

(3) Sur cette puissance des druides comprenant la justice civile et pénale, voyez César, I, c. V, 13, 14. A côté des druides, il y avait aussi les bardes, des chanteurs (semblables aux *richis* des anciens Indiens). Du reste, l'institution des prêtres (druides), investis d'une si grande puissance, présente une telle anomalie parmi les Gaulois, comparés à tous les autres peuples indo-européens, qu'elle ne saurait s'expliquer que par la profonde décadence de cette nation. On peut aussi supposer, avec César, que la religion des druides étant passée de la Bretagne dans la Gaule, tandis que les îles Britanniques subirent, dès les premiers temps, l'influence de la civilisation des Phéniciens, une combinaison de l'élément étranger avec l'élément indigène a donné naissance à l'institution.

tion des Romains en eurent ainsi plus facilement raison, et ce n'est dans la suite que par la fusion de leurs éléments avec ceux du peuple germanique et sous la domination de rois d'origine germanique qu'ils parvinrent à se constituer en Etat. Ce n'est pas tout : plus tard, se mettant à la tête des races latines, ils réalisèrent à leur tour, au plus haut degré, le type de la souveraineté absolue et du mécanisme gouvernemental des Romains, en augmentant toujours de plus en plus la centralisation, tendance qui ne peut être contenue dans ses justes bornes qu'en faisant revivre les anciennes institutions germaniques.

Les Germains, nom dont l'origine est encore incertaine (1),

(1) Consultez les écrits cités par Philipps dans l'ouvrage déjà mentionné sur les deux principales étymologies du nom de Germains, c'est-à-dire sur la plus ancienne : de *Ger* = *Wehr*, « épée, » et sur celle proposée par Léon et admise par Grimm et autres, tirée du celtique *gairm*, « cri, » mot par lequel les Celtes auraient tout d'abord désigné une race tudesque, comme *βορυ ἀγαθός*; chez Homère, et qui aurait été appliqué ensuite au peuple tout entier (Holzmann, dans son ouvrage déjà cité, *Les Celtes, les Germains*, 40-50, s'élève contre cette opinion). Quelques-uns pensent que *Germanus* est une traduction latine de *Theodisk*, mot qui signifie *peuple parent, peuple frère*. Pour ma part, je ne peux m'empêcher de me ranger à cette opinion que le nom dérive du sanscrit *karman* et présente la plus intime connexion avec ce mot, qui est un composé de *kr*, « former, » « faire, » et de *Aryaman*, ou bien, en éliminant la syllabe *ya*, de *Arman* (*ar*, « foyer, » et *man*), « compagnon du foyer, » ou, en général, « compagnon, » c'est-à-dire ceux qui forment une association. Le mot sanscrit *Aryaman* subsiste encore chez les Germains, en éliminant la syllabe *ya* dans *Ermen*, *Irimin*, *Eormen*, *Yrmen*, et dans les noms *Hermann*, *Erman* et ainsi de suite. J'ai été amené à cette opinion par l'article de M. Haug sur les plus anciens noms des Indo-Germains et sur le dieu de leur race, inséré dans le *Recueil mensuel des sciences et arts*, 1854, p. 788. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, 1^{re} édit., p. 193, exprime également l'opinion partagée autrefois par Möser, que le nom d'*Ahrimans*, qui n'est autre que l'antique *Aryaman*, par lequel on désigne les hommes libres du peuple, ou les vraiment libres qui, dans les documents longobards, s'appellent aussi *Herimanns* et même *Germains*, et le nom du peuple, les *Germains*, présentent la plus grande affinité. Savigny pense aussi, p. 193, qu'on peut aller plus loin et tenir pour identiques les mots d'*Allemand*, d'*Ahrimans* et de *Germains*, qui ne diffèrent que par la prononciation, vu que souvent on confond la lettre *l* avec la lettre *r*.

ou comme ils s'appelaient eux-mêmes, les *Deutsch*, le peuple de Thuida, en français Tudesques, Teutons, ne sont pas toutefois connus sous cette dénomination générale avant le neuvième siècle de l'ère chrétienne. Dans l'âge le plus reculé et en y comprenant un groupe plus considérable, ils s'appelaient probablement *Ases* ou *Asques* (1), ce que semblent indiquer les plus anciennes traditions de race des Germains du nord qui s'établirent longtemps avant l'ère chrétienne dans la Scandinavie actuelle et ce qui s'induit également des légendes des Goths et des Saxons. Les Germains, dans le cours de leurs longues pérégrinations, pénétrèrent, à ce qu'on suppose, en Europe de deux côtés différents, dans la direction du nord-ouest, le long de la Vistule jusqu'à la mer Baltique, pour arriver de là en Scandinavie, et en longeant la partie occidentale du Danube pour aboutir aux Alpes et au Rhin. Nous tenons pour peu vraisemblable, ce qu'admet cependant une opinion très répandue, que dans la suite les Germains aient passé du nord de la Scandinavie dans la Germanie actuelle.

Dans l'état imparfait encore des recherches historiques, on ne saurait rien avancer de certain sur la parenté des Germains

(1) Le nom d'*Ases* ou *Anses* doit être rapproché du mot sanscrit *as*, « rayonner » ou « rayon de lumière ; » les *Ases* ainsi, eu égard à leur divine origine, seraient les rayons de lumière de la divinité (comme les *Asvins* de la mythologie indienne). Plus tard on ne désignait également que sous le nom de *Ans* (*Manse*) les héros et les nobles. Le nom de peuple de *Goth* (*Gauten*, *Geatas*, *Gautar*), qui se rapproche de *gut* « bien, » *Gott*, « Dieu, » exprime aussi cette origine ou parenté divine. Le nom d'*Ases* ou *Asques* se présente plusieurs fois dans l'histoire. Déjà Homère, Iliade, II, 862, place dans l'Asie Mineure une terre de l'*Ascanie* d'où sortit le héros *Ascagne*, chef des Phrygiens (*Aryas*). C'est d'*Ascagne* que les Saxons tirent leur origine (Grimm, *Hist. de la langue allem.*, p. 862, et à lui se rattache également la légende de Troie, qui se réfère aussi, chez les Italiens et chez les Gaulois, à la question de leur origine. Ptolémée admet l'existence ; sur le territoire arrosé par le Don, d'un peuple auquel il donne le nom d'*Asiens*, et Strabon cite comme habitant la même contrée les *Ἀσθουργιῶτες*, c'est-à-dire les *Asbourgiens*. Tacite parle d'une ville allemande *Asciburgium* (*Asemburg*), située non loin du Rhin, et Ptolémée nomme la montagne qui se trouve au centre de l'Allemagne ἔρος; Ἀσχιβουργιον. Un vieux château fort détruit, au nord de l'Allemagne, à côté de Wolfenbüttel, porte le nom d'*Asciburg*.

avec d'autres populations qui ont marqué dans l'histoire, notamment avec les Thraces (1), moins encore avec les Scythes, qui probablement ont dû se fondre avec les Mongols. Il n'y a en particulier aucun moyen de prouver l'identité de race des Goths et des Gètes (2), récemment combattue par Grimm d'une

(1) Grimm, *Histoire de la langue allem.*, 821 : « Plusieurs traits de ressemblance dans les mœurs et coutumes des Germains et des Slaves sont propres à établir l'affinité existante entre ces peuples. »

(2) Cette opinion de Grimm a été réfutée victorieusement par de savants historiens, notamment par Sybel, Waitz, *Histoire de la constitution allemande*, V, 2; Gervinus, *Histoire de la littérature allemande*, I, p. 28. — Toutefois Grimm s'efforça, dans l'*Histoire de la langue allemande*, p. 176 et suiv., d'appuyer son opinion personnelle sur des raisons plus complètes; mais il ne réussit pas à détruire plusieurs graves difficultés ou objections importantes. Ce qui nous fournirait les preuves les plus péremptoires, la langue, manque entièrement, puisqu'il ne nous reste rien de la langue des Gètes. Si, à l'exemple des écrivains romains du premier ou du deuxième siècle, ainsi que des modernes, nous continuons à distinguer les Gètes d'avec les Goths et à considérer ces derniers comme étant une ramification de la race des Thraces, cette dernière faisant incontestablement partie de la grande famille des Aryas, la parenté dont il s'agit n'en est pas moins établie. Toutefois, lorsque les recherches de linguistique comparée eurent établi le point de départ et le berceau commun des peuples indo-européens, le principal mérite de Grimm est d'avoir interrogé les métamorphoses que les races, surtout celle des Germains, ont subies, et, autant que possible, de rétablir leur état primitif. L'opinion de Grimm sur l'identité des Gètes et des Goths est admise par plusieurs historiens, notamment par Léon, *Histoire universelle*, vol. 2, VI. Cet auteur suppose une affinité existant entre les Gètes et les Massagètes et trouve ainsi le moyen d'expliquer le passage des premiers des régions de l'Indus dans celles du Danube en traversant les *Paropamises* et se dirigeant, le long du Pont-Euxin, dans les pays situés au nord de la mer Caspienne et de la mer Noire. Déjà Pythéas de Massilia, qui dans le cours de ses voyages, visita au quatrième siècle av. J.-C., la côte septentrionale de la Germanie, trouva les Jutes établis près de la mer Baltique (Plin., *Hist. nat.*, 37, c. 4). Grimm invoque, à l'appui de son opinion, *Histoire de la langue allemande*, 226, l'antique inscription persane cunéiforme déchiffrée par Rawlinson, où Darius, fils d'Hystaspe, met chaque fois au nombre des royaumes nouvellement conquis celui de *Saka*, près *Thatagusch*, qui paraît être le pays des *Sattagudes* (Hérod., 3, 9). Une semblable opinion peut être corroborée par le résultat des nouvelles découvertes dues à Rougé, qui a su déchiffrer le sens de l'écriture hiéroglyphique des prêtres égyptiens sur le *grand papyrus Sallier*, papyrus qui contient le récit poétique des expéditions de Rhamsès le Grand (vers l'an 1400 av. J.-C.,

manière radicale, identité qui, si elle était fondée, ferait remonter à plusieurs siècles en arrière le commencement de l'histoire allemande.

Le caractère de la race germanique sera approfondi davantage quand nous arriverons à l'histoire du droit allemand.

Dans le cours de leurs pérégrinations en Europe et en Allemagne, les races germaniques se rencontrèrent avec les Celtes, pénétrèrent peu à peu dans les régions qu'ils habitaient et les en expulsèrent progressivement, en réduisant à la servitude ou à la domesticité plusieurs milliers de Celtes vaincus et qui étaient restés dans le pays. Nous trouvons ici en quelque sorte, dans la victoire d'une race sur l'autre, l'origine de l'esclavage.

Les Slaves (1) pénétrèrent les derniers en Europe. Ils refouèrent devant eux les races germaniques ; mais dans la suite, et surtout depuis Charlemagne, ils furent repoussés par elles ou réunis à son empire. Nous voyons déjà, quelques siècles après J.-C., les Slaves divisés en deux grandes familles ou formant deux groupes. Nous retrouvons encore aujourd'hui cette même division dans leur langue. A ce dédoublement de la race répondaient autrefois les noms de *Slavons* et d'*Antes*. A présent, ces peuples tirent leur nom des contrées qu'ils habitent ou du noyau principal de leur population. Les premiers, appelés *Slavons*, comprennent les Polonais Bohêmes ou ceux du nord-ouest, au nombre desquels figurent pour le moins les Moraves, les Valaques *Slovaques*, les Tchèques, les Lithuaniens ou Polonais et les Wendes sur les bords de la Saale et à la partie moyenne du cours de l'Elbe. Les secondes comprennent les Russo-Serbes et les Russo-Illyriens, ou ceux du sud-est qui comprenaient les peuples de la grande et de la petite Russie, les Rusniaques ou

19^e dynastie) contre les Chètes dans la Mésopotamie, peuples qui formaient une grande et puissante confédération (Voir la *Revue des Deux-Mondes*, 1855, 1^{er} septembre).

(1) Le mot *slava* veut dire « sublime, » « glorieux, » et cette race a pris ce nom générique comme en prirent un semblable les Ases et les Aryas. Les Slaves ont aussi le nom spécial de *Wendes*, mot que Léon, II, p. 266, considère comme ayant une signification allemande, tandis qu'au contraire Schaffarick, *Antiquités slaves*, I, 43, pense que c'est, dès la haute antiquité, le nom propre des Slaves.

Ruthènes, les Bulgares et les Slavons de l'Illyrie avec leurs divisions variées.

Il y a une plus grande parenté de langue et de caractère entre les Germains et les Slaves qu'il ne s'en trouve entre les Germains et les Celtes. Toutefois, la nature du Slave se distingue de celle du Germain par une prédominance de la sensibilité due à la vivacité d'imagination (1) comme aussi par un plus grand développement de l'esprit de communauté qui se manifeste dans l'organisation de toutes les branches de l'état social. Chez le Slave, la famille, la première société naturelle, est demeurée le type de l'organisation sociale à un plus haut degré que chez le Germain, et il semble aussi que les idées religieuses du premier se sont rattachées davantage à la vie de la nature, à l'accroissement organique, à ce que signifie la déesse *Schiwa*, nom équivalent à celui de la vie. Tandis que le Germain demandait pour sa personne la liberté et l'indépendance, les Slaves, au contraire, comprirent bien mieux l'utilité du gouvernement et sentirent le besoin d'être gouvernés. Il faut reconnaître aussi que les forces régissant l'univers avaient été par eux concentrées dans une seule divinité, *Riadjkost* (*Radigost*, *Radegast*) et que leur conception de l'ordre, de l'harmonie, se trouvait aussi symbolisée dans une déesse spéciale (*Lada*) (2).

L'antique religion des Slaves paraît, plus que celle des Celtes, avoir eu une origine commune avec l'ancien culte allemand, bien qu'elle ait également donné naissance à des sectes diverses en harmonie avec le caractère de la race (3).

(1) C'est ce qui fait que les langues slaves se rapprochent des langues celtiques, comme le fait observer Léon, *Hist. univ.*, II, p. 266, et qu'elles s'adaptent bien mieux aux passions oratoires que l'allemand.

(2) Sur *Radegast* et *Lada*, voyez Léon, II, 265, lequel donne une étymologie bien plus exacte de ces noms que ne le fait Grimm, *Mythologie*, XXVII.

(3) Léon, ouvrage déjà cité. *Mythologie*, 2^e édit., 1854, XXVII.

PREMIÈRE DIVISION

COUP D'ŒIL SUR L'HISTOIRE DU DROIT ET DE L'EMPIRE ALLEMANDS.

PREMIÈRE PARTIE

LA VIE ET LE DROIT DES ALLEMANDS DANS L'ANTIQUITÉ LA PLUS RECLÉE.

§ 1. — *Les établissements des anciens Allemands et leur race (1).*

Les populations allemandes dont Tacite fait mention vers la fin du premier siècle habitaient alors les régions situées à l'est de la Vistule et des Karpathes, au sud du Danube, à l'ouest du Rhin et de la Schelde jusqu'à la mer du Nord, et elles y étaient établies depuis si longtemps, que les traditions de leur migration s'étaient presque perdues et qu'il n'en restait quelques traces que dans les légendes populaires de quelques races.

Les trois principales races allemandes, telles que les distingue Tacite (2), les *Istévens* ou *Iscévens*, les *Ingévens* et les *Hermions* remontaient, d'après la légende allemande, aux trois fils de *Mannus*, qui, lui-même, est un fils du dieu *Tuisko* (3). Cette

(1) Voyez, à ce sujet, l'œuvre principale de Kaspar Zeuss, *Des Allemands et des races avec lesquelles ils ont de l'affinité*, Munich, 1837.

(2) Plusieurs, tels que Sachsse, Waitz, admettent une quatrième branche. Waitz comprend dans cette dernière les Goths, ouvrage déjà cité, I, XVII. Sachsse, au contraire, qui fait du nombre 4 le principe fondamental de la division des noms et des terres germaniques, cite les Vandales comme constituant la quatrième branche.

(3) Les opinions varient sur le nom de *Tuisko* ou *Tuisto*: Zeuss, p. 67. Wackernagel, dans les *Recueils d'antiquités*, vol. 6, p. 15. Léon, dans ses *Leçons sur l'histoire du peuple allemand*, p. 201, font mention du père de l'Indien *Manou*, *Twaschtri* ou *Virasvat*, lequel est la force créatrice du soleil. *Manou*, fils de *Twaschtri*, est *partant l'homme, ce fils du soleil*. Rapprochez ce que nous disons plus haut, p. 58. *Mannus* n'est autre sans doute que le *Manou* indien, bien que ce nom se rencontre également chez d'autres peuples qui ont leur *Manès*, *Ménès*, *Minos*.

tradition sur Tuisko et Mannus ne se réfère pas tant à l'origine des Allemands qu'à celle de l'humanité en général, de telle sorte que la tradition de race à laquelle remontent les nationalités commence seulement avec les trois fils de Mannus, division tripartite des races, qui, sous d'autres noms et avec diverses modifications, s'est maintenue spécialement pour l'histoire allemande jusqu'à nos jours.

Avant l'invasion, les Istévois jouissaient déjà, selon Pline, d'un commencement de civilisation. Ils occupaient les régions situées depuis le milieu du Rhin sur les deux rivages jusqu'aux Pays-Bas. Les Germains qui venaient par derrière, les refoulèrent dans la Gaule qu'ils subjuguèrent en partie. Les Ingévois étaient établis sur les bords de la mer du Nord. On comptait dans leur nombre, au dire de Pline, les habitants de la péninsule cimbrienne et leurs voisins, savoir : les Cimbres, les Teutons, les Chauques (Caucasiens ?) comme aussi les Angles au midi de l'Elbe et les Frisons à l'ouest. Les mouvements d'émigration des Istévois et des Ingévois en Allemagne s'effectuent en entier avant le commencement de l'ère chrétienne. La race allemande la plus nombreuse était celle des Hermions, dont faisaient partie les Suèves, les Hermundures ou Thuringiens, les Longobards, au bas de l'Elbe, et leurs voisins les Semnoniens, les Marcomans qui vainquirent les Boïens en Bohême comme aussi les Quades de la Moravie et d'une partie de la Hongrie. Dans cette race, on a coutume aussi de faire figurer les Goths (que quelques-uns et notamment Zeuss, rangent parmi les Istévois), avec leur double division en Greuthingiens ou Ostrogoths et Tervingiens ou Wisigoths ; les Vandales, aux sources de l'Elbe, les Lygiens à la partie supérieure de l'Oder, les Burgondes entre l'Oder et la Vistule, qui, pressés vivement par les Goths, vers l'an 250, trouvèrent un refuge sur les bords du Rhin ; les Rugiens, les Hérules dans la Poméranie ; les Scyrrès sur les bords de la Vistule et les Gépides dans la Pologne et la Hongrie.

Dans le troisième siècle, nous voyons beaucoup de populations composées d'un mélange d'Hermions et de Suèves porter le nom d'Allemands (1). Ceux-ci, dans la deuxième moitié du

(1) Le mot allemand *Ehre*, « honneurs, » présente des analogies avec le

troisième siècle, pénétrèrent à plusieurs reprises au delà du Rhin dans la Gaule, l'Helvétie et jusqu'en Italie. Nous voyons également, à la même époque, de semblables races, pour la plupart composées d'Istévois, établies à la partie moyenne et inférieure du Rhin, et connues sous le nom de Franks (1), nom sous lequel, dans le principe, étaient désignés les Sicambres dans la Pannonie et dans les régions du Bude actuel. Les Francs se distinguent à leur tour en Saliens (2) et Ripuaires. Les premiers s'étendaient depuis l'île des Bataves jusqu'à la Schelde, les autres étaient en possession de la rive gauche du Rhin dès le commencement du cinquième siècle et occupaient le territoire compris entre Anvers et Cologne. Finalement, sous le nom de Saxons (nom employé pour la première fois par Ptolémée, vers la moitié du deuxième siècle, sont comprises plusieurs races ingévonniennes, lesquelles, s'unissant aux Angles, firent la conquête de la Bretagne et se trouvèrent à partir du sixième siècle, en lutte continuelle avec les Franks jusqu'à leur défaite par Charlemagne en 803. A dater de cette époque, on désigne fréquemment, sous le nom de Saxe, tout le nord de l'Allemagne.

Cette division des races tudesques s'est maintenue jusqu'à nos jours : elle a toujours été le principal obstacle à la formation de l'unité gouvernementale ; de là aussi le maintien persis-

mot anglais *iron*, « fer. » Voyez Philipps, ouvrage déjà cité, § 34. Mais les deux se réfèrent à leur racine sanscrite *ar*, « brûler, » « embraser, » « briller, » qui se retrouve dans tant de dialectes aryens (*ardere, ara*, en latin) dans le mot *aryaman*. Voyez p. 45

(1) Sur l'étymologie différente du nom, voyez les auteurs cités par Philipps, ouv. déjà cité, p. 84.

(2) Ce nom, employé pour la première fois par Ammien-Marcellin († 390), dérive, suivant l'opinion généralement reçue, du fleuve Issel, dans les Pays-Bas, appelé anciennement *Isala*, nom du lieu dans lequel séjourna pendant longtemps une grande partie de la race. Rein soutient au contraire avec bien plus de raison, *Les noms de Saliens*, etc., 1847, que ce nom vient de ce qu'on considérait les Franks Saliens comme Franks possédant des biens saliens ; c'est-à-dire de vastes territoires libres. Zöpfl, dans son ouvrage déjà cité, p. 30, exprimait la même opinion. *Sal* veut dire « maison, » et spécialement « maison seigneuriale. » *Salicus*, dans le sens plus élevé, signifie *nobilis*. Voyez Grimm, *Histoire de la langue allemande*, p. 529, et Zöpfl, p. 30. C'est donc le fleuve *Saal* qui aurait reçu son nom des Franks Saliens et non ceux-ci qui auraient tiré le leur de celui du fleuve.

tant des coutumes diverses et la différence des degrés de civilisation qu'accuse l'ensemble des institutions qui régissent les peuples allemands.

§ 2. — *Caractère et religion des anciens Allemands.*

Caractère du peuple. — La nature des Allemands témoigne de hautes vertus, mais elles ne sont pas sans mélange de quelques vices. Avant tout, nous voyons qu'elle allie les deux tendances, spiritualiste et matérialiste qui, chez d'autres peuples, ne sont que trop souvent séparées, ou du moins ne sont unies que d'une manière purement superficielle. L'Allemand a le sentiment profond d'un ordre divin, suprême, duquel doit relever la volonté humaine; mais en même temps il a conscience de l'indépendance et de la liberté de cette volonté. Cet ordre n'est plus [pour celle-ci une force matérielle coercitive, mais bien plutôt une puissance dont elle est le ministre et le représentant. Aussi, les Ases, les Goths tirent-ils justement leur nom de la divinité à laquelle ils croient remonter par leur origine. L'organisation sociale paraît ainsi se modeler sur l'ordre divin et faire dominer comme principe essentiel de vie ce qui constitue le moi et la liberté. A ce point de vue se rattache l'honneur, qui revêt un sens plus large et une portée plus haute que chez tout autre peuple. Conformément à l'acception primitive de son nom, qui signifiait *splendeur*, l'honneur indique le reflet de la liberté au sein d'une société; il est pour ainsi dire la manifestation, l'expression visible du beau et du divin que récite tout être libre. Comme la liberté individuelle, le principe de l'intérêt commun est conçu d'une manière plus profonde et sous un sens plus élevé. La communauté présuppose un lien suprême divin. Elle n'implique pas seulement la coexistence, mais elle demande aussi la coopération réciproque et l'assistance mutuelle dans les diverses formes et aux divers degrés de l'état social. Le lien unit la personne à la personne, et la libre conservation d'un semblable lien engendre la fidélité, principe moral qui reçoit son application, tant dans tels ou tels engagements personnels que dans le dévouement de toute la personne. C'est ce principe qui préside ultérieurement

au développement du système féodal germanique, système qui se distingue essentiellement par le caractère de la fidélité personnelle d'avec toutes les autres institutions féodales, telles qu'elles se rencontrent aussi chez d'autres peuples : les Chinois, les Perses, les Celtes, etc. Par cela même que le Germain témoigne de l'individualité de son moi par la confiance en lui-même qui, selon la réflexion de Tacite, lui sert de rempart contre les hommes et contre les dieux, ainsi que par la manière de se convaincre et d'agir par lui-même, il ne saurait consentir, en pratique, à laisser absorber sa personnalité propre dans une communauté quelconque, où il n'y entrerait d'ailleurs qu'en faisant des réserves pour sa liberté. Aussi, le génie et le caractère allemands font-ils prédominer le principe supérieur objectif de l'ordre et de l'union harmonique dans toutes les sphères de la vie : dans la religion, le droit et la société, mais en le combinant toujours de la manière la plus étroite avec l'autre principe subjectif du moi individuel, de la conscience du libre arbitre ou de la détermination propre. A la conscience de soi-même est dû le courage persévérant, qui souvent dégénère en témérité, en obstination, en caprice et désir de se singulariser. Si l'ancien Allemand cherchait souvent l'exagération ou la surexcitation de son moi dans l'ivresse, ce qui faisait déjà disparaître sa responsabilité morale en détruisant l'autonomie propre et la liberté, d'un autre côté, il risquait aussi au jeu ses propres biens, son indépendance et même toute sa personne. Du reste, l'Allemand est essentiellement doué d'inclinations et de vertus qui ont préservé jusqu'ici le peuple des excès de la liberté et du despotisme, et qu'il faut conserver et fortifier par le progrès des lumières et l'amélioration des mœurs.

La religion (1) des anciens Allemands, qui présente une grande analogie avec les idées religieuses des autres peuples aryens, des Grecs, des Romains, des Celtes et des Slaves, et se rattache aussi, par son fond, étroitement à l'ancienne religion des Indiens (2), a passé par différents degrés de développement

(1) L'œuvre principale est : Grimm, *Mythologie allemande*, 2^e édit., 1844. Comparez aussi W. Müller, *Histoire de l'ancienne relig. allem.*, 1844. Simrock, *Manuel de la mythologie allemande*, 1853.

(2) Ce sujet a été encore peu approfondi. Léon, *Histoire du peuple alle-*

et subi même plusieurs changements, sous l'influence et l'action continue des facultés intellectuelles, en particulier de l'imagination. Il ne nous en reste que des débris avec lesquels il est difficile de recomposer le système. Vraisemblablement, la séparation primitive des races a eu lieu avant le développement, dans l'Inde, des cultes spéciaux de Brahma, de Vischnou et Siva et du bouddhisme. Il devient par cela même impossible de rattacher les idées religieuses des Germains à aucun de ces cultes (1).

Dans l'antique système religieux des Allemands, et comme base fondamentale, se montre aussi l'idée monothéiste, quoique voilée sur plusieurs points, c'est-à-dire l'idée d'un être supérieur embrassant et pénétrant toutes choses, ordonnateur de l'univers. Cet être a en soi la mesure qui lui sert à établir l'ordre du monde (*altn miotudr, sachs metode*), c'est-à-dire : mesure universelle et unité (ce qui met aussi en relief l'idée d'organisation, qui joue un si grand rôle dans tout le système germanique et celle de ramification ou démembrement organique). Voilà pourquoi on l'appelle aussi le mesureur, le régulateur. Une telle mesure ou règle, Dieu la possède en soi de toute éternité, et il l'a appliquée au-dehors à l'univers, ce qui fait qu'on l'a appelée parfois le Destin (*Orlog* ou *Orlag*). Dans

mand, 1854, a été le premier à faire ressortir le rapport de la religion des anciens Allemands avec la religion indienne.

(1) Léon, *Histoire universelle*, II, p. 20 et suiv., a cherché à expliquer l'affinité du culte de Wodan avec celui de Siva; mais plusieurs dogmes communs, lesquels, dans la suite, se sont réduits dans l'Inde au culte de Siva, peuvent se retrouver au fond dans l'idée de Wodan. Elle rappelle beaucoup Vischnou; des traits frappants de ressemblance se présentent entre *Wodan* et *Bouddha*. Grimm, dans son *Hist. de la langue allem.*, p. 826, constate également que Bouddha est pris non sans raison pour Wodan; il est à remarquer que le jour de Wodan, *dies Mercurii*, s'appelle même, en sanscrit, *Buddhuvaras*, et que, par suite, il est question dans Hérodote des *Boudivoi* scythiques, et dans Ptolémée des *Βουδηνοι*. L'ancien nom *Gauti*, qui était autrefois celui d'Odin selon l'*Edda* (*grimmismal*), pouvait être assimilé au surnom *Gautama*, porté par Bouddha, et qui signifie « l'illuminé, » le « savant, » le « sage, » le « bon; » mais, d'après les données de la chronologie, il ne saurait plus être question de Bouddha, le fondateur de religion, lequel aurait été précédé par six autres Bouddhas ou illuminés de Dieu (voyez p. 61).

l'ordre physique et moral, on conçoit les propriétés divines comme autant de forces spéciales qui revêtent un sens polythéiste et sont des [personnifications de la divinité. Ces forces sont représentées sous l'image de rayons (*As, Ans, Ases, Anses*). En ce qui touche leur nombre et leur rang, les opinions présentent une grande variété suivant qu'elles sont nées à diverses époques et qu'elles émanent de races différentes. Les dieux suprêmes ou Anses, sont ceux auxquels restèrent consacrés quatre jours de la semaine (1), c'est-à-dire : Zin (2) ou Tin, Wodan (Wuotan, Othin, Odin), Donar (Thorr), et la déesse Frikka. Dans la mythologie des peuples du nord, Wodan (3), Odin, a, il est vrai, la prééminence; mais Zin exprime certainement la plus ancienne idée du ciel. A côté de Wodan, se trouve presque toujours, à titre d'épouse, la déesse Frikka. Dans l'ancien langage du Nord, son nom était Frigg; elle est appelée aussi Holda et Perth, « la resplendissante, » nom de femme par lequel on entend l'esprit divin gouvernant les choses sacrées et les désirs des femmes, la maîtresse des Ansinnes, comme Wodan était le maître des Anses.

Parmi ces Anses, on compte les Wanes, formés seulement par une famille qui, dans la suite vraisemblablement, se fit rendre les mêmes honneurs qu'à la divinité. Parmi ces Wanes, s'en trouve un, Loki (4), futur promoteur de la chute de tous

(1) Ces jours de la semaine sont : mardi (consacré à Zin ou Tin) ; mercredi, ou jour de Wodan, désigné encore en anglais sous le nom de *wednesday*; jeudi (consacré à Donar), et vendredi (consacré à la déesse Frikka).

(2) Grimm, *Histoire de la langue allemande*, 119, compare les trinités formées par les dieux principaux des peuples indo-européens dans l'ordre où, selon lui, elles se correspondent; ainsi, dans l'ancien allemand, Zio, Wuotan, Donar; dans l'ancien norrique, Tyr, Odinn, Thorr; en latin, Mars, Mercure, Jupiter; en grec, Ἄρης, Ἐρμης, Ἔως; dans la langue celtique, Esus, Teutatès, Tarannis; dans la langue slave, Swiatovit, Radigast, Peroun; et dans la langue indienne, Siva, Brahma, Vischnou.

(3) Wuotan dérive du subst. Wuot, lequel signifie, à l'origine, « souffle de l'esprit, » « désir, » « fureur. » Voyez Grimm, ouvrage déjà cité.

(4) Voyez, sur Loki, l'article détaillé de Weinhold dans la *Revue des antiquités*, de Haupt, vol. 7, p. 1, 94. Dans cet article, contrairement à l'opinion d'Uhland et de Léon, Loki est certainement avec raison assimilé à l'Agni

les dieux. Dans la mythologie grecque, les dieux jouissent d'une éternelle béatitude. C'est bien loin en arrière d'eux que s'effectue le combat avec les géants et les Titans, et il n'est question de leur chute dans aucun mythe (fût-ce même une prophétie poétique). Les dieux allemands, au contraire, sentent se balancer, menaçant sur leur tête, l'instrument fatal de la ruine, et malgré leur lutte, qui a quelque chose de dramatique, contre cet ennemi invisible, ils finissent par succomber. C'est là ce qui forme le cachet unique et essentiellement caractéristique de la mythologie allemande. Dans l'incendie qui consumera l'univers, au jugement dernier (*Muspilli*, « fin de ce qui est »), tout ce qui est périssable disparaît, mais un nouveau monde, une nouvelle terre surgit de la mer. Tout est transfiguré, les Anses, non plus les vieux, mais leurs fils, reconnaissent la loi du puissant dieu (*Fimbultyr*, père tout puissant, déjà tel que plus tard il sera conçu par le christianisme); prince de la paix qui ne doit plus finir et dieux rajeunis, trônent parmi le peuple des heureux et des justes. Cette croyance doit être un motif déterminant de plus pour les peuples allemands d'accepter le dogme chrétien du Dieu tout-puissant, dispensateur de toute paix et de tout bien.

La légende des dieux et des héros met à découvert un trait essentiel du caractère allemand, la fidélité; seulement, c'est encore d'une manière imparfaite; on ne peut faire ressortir pleinement ce trait qu'en l'opposant à la trahison qui se manifeste aussi à plusieurs reprises et sous des formes horribles. Un exemple s'en trouve au début de l'histoire des familles connues, je veux parler d'Arminius, qui, par la trahison de son propre beau-père, *Sigeste*, tombe entre les mains des princes allemands. La trahison s'alliant surtout, dans la légende héroïque, avec de honteuses et horribles représailles, ainsi qu'avec l'égoïsme qui se manifeste au même degré d'énergie pour faire

indien et surtout est bien mise en relief la métamorphose qu'a subie le mythe de Loki en passant d'une phase supérieure à une inférieure. Loki est la personnification du feu, du bienfaisant comme du nuisible; du dieu de lumière et de feu qui brille d'un pur éclat et répand partout la fécondité. On en a fait plus tard un dieu de destruction et même un dieu mal-faisant.

mieux ressortir la vertu contraire, le tableau répété de ces violations de la loi morale, laissent entrevoir la décadence des croyances et des mœurs populaires et font comprendre les bienfaits du christianisme qui ouvrira une ère nouvelle.

§ 3. — *L'ordre juridique.*

1. Idée générale du droit telle que la conçoit l'Allemand.

Le droit était envisagé sous un point de vue essentiellement objectif, en tant que loi, lien, ligue (*Ewa, Ehe*) (1). Ainsi le droit, considéré dans son fond, exprime la conformité des actions à ce lien obligatoire, et partant aussi ce qu'il faut forcément faire pour rétablir le lien brisé par un crime (l'alliance rompue). Ce lien était aussi un lien de paix et de défense dans une commune ou réunion d'hommes libres, les garantissant également tous et chacun d'eux en particulier. La liberté individuelle n'est pas non plus, dans le vieux droit allemand, un pouvoir illimité de tout faire, mais elle s'étend seulement à la sphère dans laquelle la volonté a droit de se mouvoir et est protégée dans son exercice par la nature même de la communauté.

Cette dernière était donc loin d'être une pure abstraction, mais constituait plutôt en réalité un tout vivant formé par des agrégats de diverses sortes et à divers degrés, depuis la parenté du sang jusqu'à la société civile et politique. Elle exerçait une influence prépondérante sur les rapports juridiques de ses membres, sur l'aptitude à porter les armes qui était censée déterminer l'époque de la majorité, sur les émancipations, peut-être aussi sur les mariages, de même qu'elle garantissait la personne et les biens. Dans la communauté, chaque membre, toutefois, conservait son indépendance et sa liberté relatives. Il est dans la nature des sociétés antiques où la civilisation se développe en partant du bas de l'échelle graduellement pour monter au plus haut degré et où le lien d'union ne se fortifie que progres-

(1) L'expression *Ewa*, et *Ea* en abrégé, signifie dans l'ancien allemand « loi », « lien ». « alliance » (*lex vinculum non matrimonium*). Voyez Grimm, *Antiquités juridiques allemandes*, p. 417. Elle présente au fond la même idée que le mot latin *jus*, « lien ». Voyez p. 41, 1^{er} vol., note.

sivement, que chaque homme libre doive compter beaucoup plus sur lui-même et exercer un plus grand pouvoir juridique qu'il ne peut lui en être concédé dans un état plus parfait de société. Le Germain libre a donc droit, dans une large mesure, de protéger sa propre personne et celle de ceux qui relèvent de lui ainsi que ses biens, et ce droit obtient sa plus haute expression et son apogée dans la capacité de se défendre ou le droit de porter les armes (1). L'homme libre est en conséquence l'homme propre à la défense (*Wer*, qui équivaut en latin à *vir*, de là aussi à *Waro* ou *Baro*). Mais si importante que soit cette notion, elle ne saurait, ni par rapport aux anciennes institutions germaniques, ni à plus forte raison par rapport au temps qui suivit, être considérée comme le principe fondamental du droit allemand. Ce principe est d'une nature bien supérieure et doit être cherché dans l'idée du lien et de la communauté organisée. Chaque membre de celle-ci obtient protection dans la sphère juridique où il se meut, à condition qu'il n'empiète pas sur celles réservées aux autres membres et à la communauté elle-même, de manière à concilier l'élément subjectif de la liberté avec la loi objective qui maintient le lien, autrement dit avec la coutume.

2. Rapport entre le droit et la religion.

Chez les anciens Allemands, nous trouvons une alliance du droit et de la religion analogue à celle que nous rencontrons aux temps primitifs du peuple indien et dans l'ancienne Rome.

(1) Philipps, *Droit privé allemand*, p. 23, a tenté d'établir un principe régulateur suprême pour le droit allemand, malheureusement encore peu approfondi et non suffisamment caractérisé; il crut le trouver dans l'aptitude à porter les armes, dont il fit la base commune: 1° de la liberté ou de la défense de soi-même; 2° de la tutelle ou de la protection d'autres personnes, et 3° de la garantie ou défense des choses. Mais le principe de la défense ne suffit à expliquer la vraie originalité du droit allemand et son contraste saillant avec le droit romain; le système juridique allemand ne saurait non plus se réduire aux trois formes que nous venons de rappeler, lui qui constitue un organisme présentant une si riche variété. L'opinion de cet auteur donne en outre trop de prépondérance à l'élément subjectif du point de vue de l'individu et ne tient pas suffisamment compte du lien qui maintient dans l'union tous les membres de la communauté et des rapports juridiques qui en découlent.

Le culte des dieux est encore tout à fait simple; pas de temples, mais seulement des bois sacrés qui leur sont consacrés. La volonté des dieux est consultée par la voie du sort dans toutes les affaires importantes; elle se manifeste dans le vol des oiseaux, dans le hennissement des chevaux sacrés. Il y a, il est vrai, un ministère sacerdotal particulier; mais le père de famille remplit encore les fonctions religieuses au sein du foyer domestique. Toutefois, pour le district et l'Etat tout entier, il existait des sanctuaires et des prêtres spéciaux; mais la puissance des prêtres était bornée et bien inférieure à ce qu'elle était chez les Celtes. Les prêtres ne se bornaient pas, toutefois, à pourvoir aux sacrifices communs, parmi lesquels on range aussi les offrandes de victimes humaines, l'immolation des prisonniers de guerre; ils exerçaient encore une certaine influence sur les affaires civiles et politiques (comme en témoigne aussi le nom du prêtre, *Ewart*). Ils avaient la présidence de l'assemblée du peuple et usaient même à la guerre d'un droit de correction corporelle qu'ils étaient censés tenir, non des hommes, mais de Dieu même.

3. Assiette et constitution territoriale (1).

Les établissements, qu'on ne rencontre toutefois qu'à l'état imparfait dans les premiers temps historiques, eurent lieu de différentes manières. Il s'agit tantôt d'une peuplade tout entière, contrainte d'abandonner le territoire qu'elle occupait, qui vient prendre possession d'un autre et s'y établir (*Teuchteres*, *Marses*), tantôt d'individus ligués en temps de paix et de guerre, des réunions de parents ou même des petits chefs (par exemple, *Ariovist*) et de leur suite. L'établissement lui-même, ou la formation d'une colonie, était accompagnée d'une prise de possession symbolique et d'une consécration.

Le partage du territoire habité par les Tudesques était réglé sur la diversité des peuplades. Chaque peuplade différente

(1) Voyez à ce sujet l'œuvre principale de G.-L. de Maurer, *Introduction à l'histoire de la constitution politique de la ferme, du village et de la cité, ainsi que du pouvoir public*, Munich, 1851. Rapprochez aussi Waitz, p. 19 et suiv., de Bethmann-Holweg, *Les Germains avant l'invasion*, de 1850, et un article qui peut servir de guide en cette matière de Bluntschli inséré dans la *Revue critique de la législation allemande*, vol. 2, p. 291.

formait une grande communauté indépendante, un Etat (*civitas*). La circonscription territoriale, qui s'appelait aussi (canton, district) était divisée en petits bourgs, et chaque bourg en villages (*vici*). Ils ne connaissaient pas de villes, mais bien les places fortifiées (*oppida, castella*). La constitution des villages chez les Germains présente une grande originalité; il y a, toutefois, plusieurs points encore sur lesquels on ne s'accorde pas.

Tout d'abord, on trouvait des fermes isolées et des villages primitifs, voisins les uns des autres. Les premières se sont souvent multipliées au point de former des villages; les seconds sont plus tard, au moyen âge, réduits à l'état de dépendance des anciennes fermes et deviennent biens seigneuriaux. Dans le village, on doit distinguer trois parties : 1^o la maison et la ferme; 2^o une mesure de terre de trente arpents détachée et annexée à une ferme d'une manière permanente ou temporaire; 3^o le territoire commun, l'*almende*. L'emplacement d'un village une fois choisi, chaque homme libre qui devait en faire partie obtenait pour sa part tout le terrain nécessaire pour sa maison d'habitation, y compris les bâtiments d'exploitation et, suivant un usage constant, pour le jardin également. C'était là ce qu'on appelait maison et ferme dans le sens le plus large, ce qu'il avait en propre; il recevait aussi une portion de terrain à cultiver, ce qu'on désignait sous le nom de mesure de trente acres ou arpents (*hoba sors*, plus tard, dans les recueils de droit, *portio*). A ce propos s'est élevée la question de savoir si ce terrain était concédé à titre de propriété propre et permanente ou seulement à titre précaire et pour une année. Les témoignages importants de César (1) et de Tacite paraissent, si

(1) César, *De bello gallico*, après avoir rapporté la même chose des peuplades guerrières des Suèves, dit en général des Germains, VI, 21 (en n'exceptant que quelques peuplades qui ne s'adonnaient pas du tout à l'agriculture) : « Neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum qui una coierint, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt. » Tacite, *Germ.*, 26, dit : « agri pro numero cultorum ab universis in vices (*in vicem* selon d'autres bonnes versions) occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur facilitatem partiendi camporum spatia præstant, arva per annos mutant et

on les considère et si on les compare sans prévention, se concilier très bien et s'accorder en ce double point, que les anciens Germains ne connaissaient pas une possession permanente de la terre ou la propriété privée, et que chaque année la terre passait en des mains différentes. César fait entendre ici que l'assignation de la terre, qui avait lieu chaque année, se faisait par l'intermédiaire des magistrats (*magistratus ac principes*). Tacite dit, dans le passage qui a donné lieu à la divergence d'interprétations, que lors de la prise de possession à tour de rôle, par la communauté, de la portion de champ qui lui revenait, déterminée sans doute par le nombre variable des chefs de familles (*pro numero culturum*), on avait aussi égard au plus ou moins de dignité (*secundum dignitatem*) : ainsi ceux qui étaient plus élevés en dignité, recevaient dans le partage une portion plus considérable de terre à cultiver, et il fait remarquer enfin, qu'après le partage des champs cultivables, il restait encore d'au-

superest ager. » Ce passage, rapporté aussi par Grimm, *Empire allemand*, 1828, p. 495, comme prêtant à quelque obscurité, a reçu des modernes diverses interprétations. Sur les diverses manières de l'expliquer et sur les opinions y afférentes, voyez le résumé d'Orelli, *Taciti opera*, Turici, 1848, tom. 2, p. 365, et surtout Eichhorn, § 14; Sybell, p. 5; Waitz, p. 23; de Bethmann-Hollweg, p. 10, ouvrages déjà cités). Je ne vois pas qu'il y ait une différence essentielle entre la version de César et celle de Tacite, et comme ce dernier se serait certainement exprimé avec plus de netteté s'il eût voulu se séparer de César, je tiens avec Sybell, Bethmann-Hollweg, Maurer et autres que Tacite n'admettait pas chez les Germains de possession permanente de biens ruraux; et cet état de choses est en harmonie avec les rapports que comporte un premier degré de civilisation. Sybell, ouvrage déjà cité, fait cette remarque : « En fait d'éclaircissements et d'analogies, il ne faut pas demander davantage à Tacite. » Je me reporte au mémoire de Hansen, cité par Dahlmann (Falke, *Nouvelle revue civile et politique*, vol. 3 et 6), sur le régime de la propriété foncière chez les Danois au commencement du moyen âge, laquelle ne présente plus l'instabilité d'autrefois, sans que les conséquences de cette dernière aient encore complètement disparu. Ce mémoire traite aussi de la condition actuelle de quelques districts du Hundsrück, dans lesquels tout le terrain appartient à la commune, qui en forme des lots pour être distribués aux particuliers et rester en leur possession pendant trois, cinq et dix-huit ans. Là, comme autrefois dans le Danemark, le particulier peut exploiter, vendre, transmettre à ses héritiers le lot qu'il a reçu selon que le statut de la communauté l'y autorise. Zeuss,

tres champs indivis (*et superest ager*), tels que des terres en friche ou propres seulement au pâturage. Mais ni César ni Tacite n'expliquent si, lors du renouvellement annuel du partage des terres, la communauté se déplaçait et allait d'une localité dans une autre, ou si le renouvellement s'opérait seulement dans les limites d'une même circonscription territoriale. Le premier cas peut s'être réalisé plus souvent à l'époque de César, où l'on voit encore une grande fluctuation au sein des peuplades allemandes; le dernier aura eu lieu plutôt au temps de Tacite qui, du reste, nous les montre dans un état beaucoup plus sédentaire et mieux réglé. Du reste, il ne nous est pas possible de démontrer historiquement comment s'est effectué le passage à la propriété privée telle que nous la constatons lors de la fin du mouvement de migration. C'est ce qui fait que plusieurs ont pu se déterminer à admettre cette propriété privée comme existant déjà au temps de Tacite; mais cette transformation dans le droit de possession peut encore s'expliquer par les grandes modifications survenues dans les rapports de la vie.

Dans la fondation du village lui-même, on peut reconnaître un cachet distinctif et propre au caractère germanique : je veux parler du soin que prenait le membre de la communauté villageoise de s'assurer une vie de famille indépendante en isolant et entourant les fermes de clôtures (1).

4. Rapport de personnes eu égard aux conditions.

En ce qui touche l'état des personnes, il y avait trois classes, comprenant les hommes libres, les non-libres et les nobles.

en traitant de la condition des peuples slaves et de quelques races celtiques, a admis des données semblables à celles qui se trouvent dans César.

(1) Tacite, 26 : « Vicos locant non in nostrum morem connexis et coherentibus ædificiis; suam quisque domum spatio circumdat. » Bluntschli, ouvrage déjà cité, p. 297, fait observer avec raison qu'à l'opposé de la disposition du village romain, qui, malgré le droit de propriété absolue sur le sol compétant au particulier, manifesta son unité extérieure par la manière dont les maisons sont adossées les unes aux autres, le village allemand, au sein de la communauté, est approprié à la conservation de l'indépendance des familles; il diffère ainsi également du village slave, qui présente les maisons unies deux à deux, à l'image des familles de frères.

L'aptitude à porter les armes était le signe visible de la liberté, et celui en qui cette aptitude était reconnue avait voix dans l'assemblée du peuple (1). La prérogative de l'homme libre consistait à n'être tenu d'obéir qu'aux magistrats choisis dans l'assemblée générale et à être jugé seulement par ses pairs, suivant la coutume ou suivant les lois établies par la communauté. Ce qu'on appelait l'honneur était attaché, dans la communauté, à l'état d'homme libre.

La classe des non-libres comprenait ceux qui dépendaient d'autrui ou étaient dans un état de vassalité, ceux auxquels étaient abandonnées ou concédées d'ordinaire de petites portions de terre cultivables moyennant des redevances fixes et des prestations de services envers le seigneur; représentés purement par le seigneur, ils n'avaient aucune voix dans l'assemblée commune. Il n'existait non plus aucun magistrat qui les protégeât contre le seigneur. A la capture des prisonniers de guerre et à la soumission volontaire au seigneur on doit rapporter principalement l'origine de cet état de servitude. Il faut reconnaître aussi que les Germains; lorsqu'ils envahirent en conquérants les possessions des Celtes, ont dû faire passer sous leur dépendance un grand nombre d'entre eux-ci. Souvent aussi des dettes contractées au jeu avaient pour conséquence de faire perdre la liberté. Ceux auxquels ce malheur arrivait étaient vendus à l'étranger (2). la servitude pouvait cesser par l'affranchissement, lequel ne donnait pas toutefois tous les droits attachés à la liberté. Ce n'est qu'au sein des peuplades allemandes qui étaient régies par des rois qu'un affranchi pouvait, par un emploi, s'élever même jusqu'au-dessus des hommes libres.

(1) L'opinion de Waitz, ouvrage déjà cité, p. 39 (à laquelle adhère aussi Walter, p. 8), d'après laquelle le droit de voter aurait été attaché à la propriété foncière, ne trouve aucun fondement ni dans César ni dans Tacite. On pourrait plutôt tirer de ce dernier une conclusion contraire. Cette vue ne paraît pas répondre en général aux anciennes institutions. Car il est à peine croyable que la suite puissante d'un prince de district, composée de nobles et d'hommes libres, n'eût pas eu le droit de voter dans l'assemblée du peuple; du reste, il est hors de doute qu'après l'invasion un semblable principe prévalut.

(2) Tacite, 24.

Parmi les hommes libres, on remarquait quelques familles nobles (1) formant une classe particulière et qui se perpétuaient par l'hérédité. Ceux-ci se distinguaient principalement de la catégorie des hommes libres par l'obligation où ils étaient de fournir de plus grandes contributions de guerre. L'origine de cette classe se relie-t-elle aux fonctions sacerdotales, hypothèse qu'aucun document historique ne vient appuyer, ou remonte-t-elle aux expéditions guerrières dont les chefs auraient rendu leur charge héréditaire, ou bien serait-elle due à la prépondérance que donnaient de plus vastes possessions ou à la descendance de familles royales ou enfin à plusieurs de ces causes réunies ? Sur toutes ces questions plane encore une grande obscurité.

A côté des familles nobles, il y avait, pour le district, des princes de district (*principes*) qui étaient choisis dans l'assemblée du peuple pour rendre la justice. C'est une erreur d'admettre que les nobles seuls étaient éligibles. Les autres membres libres de la communauté pouvaient être aussi élus. Par ce choix, les princes de district obtenaient le droit exclusif d'avoir une suite guerrière et ils usaient, en règle générale, de cette prérogative, cause première de plusieurs conquêtes.

5. Liens de famille.

La famille, membre de la communauté, n'est pas seulement un lien de droit privé en se plaçant au point de vue allemand, mais elle constitue encore un lien de droit public, puisqu'elle comprenait, outre les parents consanguins (2), les alliés par mariage. L'influence de la parenté (3) se faisait sentir pendant la paix, ou cette dernière étant rompue, lorsque la guerre était déclarée ; mais cette influence éclatait surtout avec toute son énergie dans la *vendetta* ou la vengeance par le sang. La famille paraît présenter deux sortes de cercles, l'un plus petit et l'autre plus étendu. A la tête du premier, se trouve le père de famille

(1) Voyez à ce sujet Waitz, I, 65 et suiv.

(2) L'ordre de la parenté se déterminait par les liens du sang, détermination qui était également exprimée dans la langue.

(3) *Sippe*, « parenté, » vient de *Sibba*, et indique les rapports de paix et de consanguinité, et, dans un sens général, signifie le commerce, en un mot le lien d'union entre personnes vivant en commun. Comparez Léon, ouvrage déjà cité, p. 183.

qui exerce spécialement le droit de protection (la tutelle, *mundium*, de *Munt*, qui, à l'origine, signifie « main, » d'où vraisemblablement la *Manus* des Romains), sur tous ceux qu'il a sous sa dépendance, la femme, les enfants et les serviteurs. Le père de famille a aussi un droit de correction : il peut, à son choix, admettre dans la famille le nouveau-né, ou l'exposer. Toutefois, la réunion des parents a un droit de haute surveillance sur les pères de famille (1). Les consanguins, d'ailleurs, qui, le plus souvent habitent dans le voisinage les uns des autres, se prêtent une assistance mutuelle sur les champs de bataille et en justice (conjurateurs, adjoints pour le serment).

La loi du mariage était la monogamie, et c'est seulement par exception qu'on rencontre la polygamie chez les familles nobles et les princes. Plus tard encore, on voit les Mérovingiens eux-mêmes, quoique chrétiens, avoir plusieurs femmes. Les légitimes noces se contractaient originellement par l'achat, de même que chez les Romains par *coemptio*. A cette condition, l'homme obtenait le droit de tutelle (*Munt*) sur la femme, qui, incapable de se défendre elle-même, devait toujours rester sous la tutelle du père, d'un parent ou du mari. Immédiatement après la conclusion de l'achat avait lieu un repas accompagné d'oblations (semblables à la *confarreatio* des Romains), en allemand *Mahl* « festin, » « noces, » d'où le nom de *Gemahl*, « époux. » Puis venait la tradition solennelle de l'épouse au mari. Outre le prix d'achat remis à celui qui, auparavant, exerçait sur elle la tutelle, le mari faisait à la femme un don, le *matin* qui suivait immédiatement les noces (don du matin) ; en outre, il lui assigne un douaire à titre de vœu. *Withum*, mot qui ne doit pas être dérivé de *Witwe*, « veuve, » mais de *Widmung* « consécration. » La dot que la femme recevait de sa famille s'appelait *Phader phium*, *Vater Vieh* « troupeau du père, » *pecunia paterna*. Entre libres et non libres, il n'y avait pas de mariage valide possible. En contractant une union semblable, la personne libre passait sous la tutelle du maître de l'époux non libre. Dans les temps les plus reculés, le mariage pouvait se rompre à volonté

(1) Il en est ici à peu près de même que chez les Romains et les autres peuples italiens. Voyez p. 221, note 1.

du côté du mari. Il suffisait que celui-ci retirât son droit de tutelle. Les vieilles traditions nous présentent encore l'ancienne coutume commune aux Indiens de brûler les veuves avec les cadavres du mari. On signale encore, comme remontant au temps de l'émigration (ce qui paraît s'accorder avec d'anciennes légendes et traditions), la coutume barbare telle qu'elle existait chez les Massagètes de tuer les malades incurables et les vieux infirmes, et bien rarement on accordait à celui qui devait être tué le choix du genre de mort (1).

En ce qui touche le régime auquel les biens des époux étaient soumis, on ne trouve rien qui ressemble à la communauté entièrement étrangère à l'idée du *mundium* antique (2). Elle n'a surgi que bien plus tard. La femme mariée avait son patrimoine propre à part, qui comprenait le don du matin et son apport, bien que le mari, en vertu de son *mundium*, conservât l'administration et l'usufruit de ce patrimoine. De très bonne heure et dès la première période, les lois ont assuré à la femme survivante une partie du produit de son travail.

Le droit de succession se trouvait, chez les Germains, dans une étroite corrélation avec la famille. Le testament, comme les pactes sur la succession (3), étaient inconnus. La condition requise pour succéder, était la parenté consanguine ; l'union entre consanguins était si étroite, qu'on tenait pour manque de cœur de leur retirer l'héritage qui devait leur revenir. En ce qui touche l'ordre de succession, les plus anciens documents ne fournissent rien de certain ; probablement, cet ordre se réglait sur la proximité de la parenté. Dans la suite, chez toutes les peuplades allemandes, une préférence fut donnée à la race masculine sur la descendance féminine, et il arrivait souvent que les fils héritaient à l'exclusion des filles. Tacite, cependant, ne fait pas mention d'une telle préférence.

Outre le lien de famille, on en rencontre souvent un autre

(1) Voyez Léon, ouvrage déjà cité, p. 137.

(2) Grimm, *Antiquités juridiques*, 449.

(3) Tacite, 20 : « Hæredes tamen successorisque sui cuique liberi; et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patru, avunculi. » Voyez à ce sujet Eichhorn, § 65 ; Grimm, *Empire allemand*, § 407-472 ; Zöpfl, II, 2, § 112.

qui se forme entre des hommes libres de naissance, associés par dizaines, et les membres de cette double société étaient liés entre eux par une garantie solidaire pour le paiement des amendes encourues par l'un d'eux. Il n'est pas toutefois possible de démontrer, pour les temps anciens, l'existence de cette solidarité (1). Il n'y avait pas non plus de *gentes* semblables à celles que nous voyons chez les Romains (2). Quant aux corporations de métiers, elles se sont formées beaucoup plus tard à mesure que les relations sociales se sont étendues.

6. La constitution.

L'organisation du peuple était la même pour la paix que pour la guerre. Il était régi, dans l'un et l'autre cas, par une seule et même constitution. L'armée était distribuée en centuries, de sorte que chaque centaine d'hommes formait une division, et il est probable qu'originellement, les petites circonscriptions ou districts se groupaient aussi par centuries (3). Comme le peuple compose l'armée et que la justice émane de l'assemblée du peuple, le juge est aussi chef d'armée.

L'assemblée du peuple se constituait de la même manière, eu égard aux sections que comprenait une peuplade, de telle sorte que la centurie, le district et le peuple tout entier avaient chacun leur assemblée. Tacite, toutefois, paraît n'avoir pas distingué et n'envisager que celle du peuple. A cette dernière, à l'assemblée générale (*Thiodmal*), appartenait le pouvoir politique véritable. C'était donc dans son sein seulement que chaque peuplade se faisait représenter par des délégués (ce que Tacite rapporte seulement à propos des sacrifices solennels). Le maniement des intérêts les plus importants du pays était dévolu à l'assemblée générale. Dans ce nombre figuraient l'approbation donnée aux nouvelles lois, la délibération sur la guerre et sur la paix, ainsi que les accusations dirigées contre des hommes libres. Les intérêts moindres étaient abandonnés aux réunions des princes ou chefs de district. Ceux-ci avaient même

(1) Voyez la réfutation de cette opinion chez Waitz, p. 225.

(2) Une semblable opinion, émise par Sybell, § 1, 2, 3, a été réfutée par Waitz, 1, 219 et suiv., ainsi que par Bethmann-Hollweg, p. 35 et suiv.

(3) Voyez Waitz, 1, p. 32, 37, et Walter, p. 12.

le droit de délibérer préalablement sur les affaires plus importantes pour lesquelles l'assemblée générale avait seule le droit de se prononcer d'une manière définitive (1). Dans chaque district, le chef présidait à l'administration de la justice, de sorte que la justice prenait sa source dans la centurie (2).

7. Système de guerre.

Chaque petite circonscription devait fournir cent hommes libres aptes à porter les armes. Les guerriers, même pendant le combat, se groupaient suivant la famille et la parenté (*familiae et propinquitates*). Le chef de toute l'armée était élu par l'assemblée générale, ou (comme il arriva plus tard, du moins chez les Saxons) désigné par le sort. Des prêtres accompagnaient l'armée. Préposés au service des auspices et au maintien de la discipline, ils avaient même, dans cette circonstance, le droit d'infliger des châtimens corporels.

8. La suite du prince (*comitat*).

En dehors de cette levée régulière, le prince du district avait sa suite ou son cortège, qui se distinguait essentiellement par une fidélité et un attachement à toute épreuve. Elle était composée, au choix du prince, de jeunes gens libres et d'hommes qui s'offraient volontairement, et le rang qu'il leur assignait dans son cortège était réglé sur la bravoure et le degré de mérite. Ce service ne compromettait ni la liberté ni l'honneur, et l'on voyait même des nobles s'adjoindre à la suite du prince. En temps de paix, elle formait une escorte d'honneur; à la guerre, elle occupait une place à part, et son honneur consistait à se distinguer par la bravoure. Il n'était pas permis toutefois au prince de provoquer, de son propre mouve-

(1) Dans cette délibération préalable des princes de district et dans l'entente qui en était le résultat, on peut apercevoir, jusqu'à un certain point, un moyen essentiel de modérer, que dis-je, de maîtriser le principe démocratique : ce qu'on constate également dans les discussions et approbations préalables par le sénat romain et par le conseil des quatre cents (*Bουλή*, p. 118), tel que l'avait organisé la constitution de Solon.

(2) Tacite, c. 12, parle de cent membres composant le conseil du prince de district; mais c'est assurément une erreur de Tacite, qui a pris pour un conseil ce qui constituait la commune elle-même.

ment, la guerre (1). Aussi la prolongation de la paix amena-t-elle, dans la suite, la dissolution de ces petites sociétés guerrières condamnées à l'inaction.

L'existence de ces cortèges forme un contraste frappant avec le reste des institutions qui ont un caractère démocratique. Ici, en effet, la direction part d'en bas, de la volonté des masses ; là, au contraire, d'un seul qui s'attribue un pouvoir souverain sur les personnes et sur les choses. Dangereuse pour la liberté générale, puisqu'elle entretenait l'ardeur belliqueuse et a été la cause déterminante de beaucoup de conquêtes, l'institution de ces cortèges offrait encore de sérieux dangers pour la liberté de la communauté elle-même, laquelle en reçut, dans la suite, les plus graves atteintes.

9. Royauté.

Parmi les peuplades allemandes telles qu'elles se présentent à nous à l'époque où commence l'histoire, nous en voyons quelques-unes se régissant elles-mêmes par le moyen des assemblées générales d'hommes libres ; d'autres, comme les Marcomans, les Quades, les Bructères, les Goths, les Suions ou Suèves, ont des rois. L'origine de la royauté, qui, pour quelques peuples, se démontre par les faits de l'histoire, se perd, au contraire, pour d'autres, dans la nuit des temps. Sur cette origine, les opinions se divisent : les causes de l'avènement de la royauté ont différé certainement dans les temps antéhistoriques et dans les temps ultérieurs, suivant que les rapports de la vie différaient eux-mêmes. Si l'on a égard, d'un côté, au degré supérieur de considération auquel parvenait une famille noble qui comptait dans son sein une longue série de chefs vaillants et distingués par leurs services, de l'autre, à l'opinion reçue chez les Germains que l'âme des parents se transmettait avec le sang aux enfants, il est certainement facile de comprendre comment, dès les temps les plus reculés, on choisissait partout et toujours le chef suprême dans une seule et même famille. Il ne faut pas toutefois exclure ici l'influence des fonc-

(1) Ce point important et propre à faire apprécier d'une manière décisive le caractère du *comitat* a été mis surtout en lumière par Waitz, I, 124 et suiv., et par Roth, p. 17 et suiv.

tions sacerdotales auxquelles était attachée la prééminence ; mais à défaut de document historique qui nous permette de rattacher la noblesse au ministère sacerdotal, on ne saurait considérer la royauté comme ayant été détachée de ce ministère ou comme n'en étant qu'une extension (1). Le plus fréquemment et dans les temps ultérieurs, les luttes intestines et les combats au dehors, la réunion de nombreuses peuplades, les longues migrations et expéditions, les mouvements révolutionnaires, l'exemple enfin des peuples voisins, ces diverses circonstances purent chacune contribuer à amener l'avènement de la royauté. C'est donc une erreur de faire dériver principalement l'institution monarchique des suites guerrières. Sans doute, celles-ci pouvaient donner le signal, mais il fallait l'assentiment de l'assemblée générale du peuple. On ne saurait non plus trouver le moindre fondement à cette opinion qu'aux temps les plus reculés les rois n'étaient que les membres les plus avancés en âge d'une famille ou d'une centurie, et ne différaient pas essentiellement des *principes* qui auraient formé la tige royale. La plus ancienne royauté, d'après cette opinion, prendrait donc sa source dans l'organisation des familles, tandis que la nouvelle se serait formée sur le sol romain et sous l'influence immédiate du génie romain (2). Il paraît aussi inadmissible qu'on ait eu égard, pour le classement par familles, non au lien du sang mais au lien civil, comme cela eut lieu pour la *gentilité romaine*. La royauté s'est par cela même développée chez le Germain sous de bien plus nombreuses et de tout autres influences que chez le Romain. Il faut reconnaître toutefois que les idées romaines, non moins que le christianisme, ont contribué à fortifier la puissance royale.

(1) C'est un trait caractéristique des races germaniques, et en général des races indo-européennes les plus importantes, que la dignité sacerdotale, qui dans la famille appartient au père, dans la commune et le district au chef ou prince, soit également attribuée au roi, en tant toutefois qu'il représente le chef de l'Etat ou le pouvoir social. Il est donc hors de doute qu'on doit considérer la prêtrise comme une fonction détachée du pouvoir du roi, par la suite, à raison du développement des rapports de la vie, plutôt que de supposer qu'elle vint s'ajouter à ce pouvoir.

(2) Contre cette opinion de Sybell, voy. Zeuss ; Waitz, 11, 14 ; Walter,

Le pouvoir royal n'avait pas le même degré d'extension chez tous les peuples : ceux du Nord, tels que les Goths, et encore plus les Suions ou Suèves, sont soumis à un pouvoir fort, mais qui toutefois doit respecter leur liberté : *nondum tamen supra libertatem* (Tacite, 43). Chez la plupart d'entre eux, l'autorité royale était limitée par une constitution. D'après tous les documents historiques, le roi était chef de l'armée du peuple ; il avait aussi certainement la présidence dans les tribunaux, comme tout prince de district. Dans l'assemblée du peuple, il était sans doute entendu de préférence : *auctoritate suadendi magis quam jubendi potestate* (Tacite, II) ; mais le droit de décider restait à l'assemblée.

Pour la dignité royale, l'élection et l'hérédité se combinaient, de telle sorte que le peuple avait le choix, mais ne pouvait le faire porter que sur les membres d'une famille déterminée. L'élection se réduisit ainsi à la proclamation du plus digne (1).

10. Droit pénal.

Dès les temps les plus reculés, les Germains faisaient une différence entre les crimes qui offensaient directement la communauté (*proditores, transfugæ*) ou qui témoignaient de l'indignité d'un de ses membres (*ignavi, imbelles, corpore infames*), lesquels entraînaient aussi les divers genres de peine de mort, et entre les crimes qui ne lésaient que l'individu (2). Dans ce dernier cas, la justice intervenait sur la plainte de la partie lésée ou de ses parents, en infligeant une amende (*multa*), laquelle s'élevait à une somme plus ou moins considérable, suivant les circonstances. Une portion de l'amende était attribuée à la personne lésée à raison du préjudice causé et à titre de réparation ; l'autre revenait à la communauté ou au roi. Toutefois, dans certains cas, et lorsqu'il s'agissait de crimes pouvant amener la rupture de la paix, la vengeance, qui pouvait aller jusqu'à tuer le coupable (3), était, à ce qu'on croit,

(1) Les Carlovingiens accordèrent aussi plus tard au peuple le droit de voter en ce qui concerne la transmission héréditaire de la royauté. Voyez Bethmann-Hollweg, p. 54.

(2) Tacite, 12.

(3) Eichhorn, I, § 18.

autorisée. Pour ceux autres que les parents qui faisaient partie de la famille, ils n'étaient nullement tenus de prendre part ni à la vengeance ni à la défense (1), et l'on doit rejeter absolument l'opinion qui admet un droit universel d'hostilité, ce qui laisse supposer un état de pure barbarie (2). La vengeance par le sang constituait un genre à part. Elle avait lieu à l'occasion d'un meurtre. La famille, et spécialement les parents consanguins de la victime, étaient obligés à la vengeance. Si ceux-ci voulaient se contenter d'une réparation pécuniaire, le coupable était contraint par la communauté à fournir cette réparation, et sa famille devait garantir le paiement (3).

Telle que nous venons de la représenter dans ses traits fondamentaux, l'organisation d'une communauté nous paraît répondre à l'état social le plus rudimentaire (4), mais après

(1) Waitz, I, p. 209.

(2) Id., I, p. 191.

(3) Walter, § 17.

(4) Roth, dans son ouvrage déjà cité, résume exactement en ces termes le caractère de l'antique constitution germanique : « Les peuplades allemandes avant l'émigration n'avaient pas seulement des institutions politiques, mais encore un système communal bien mieux réglé que ne l'a été à pareil degré de civilisation celui des peuples de l'antiquité et des autres peuples modernes. Chez elles, nous ne voyons pas, comme à Rome, une classe noble qui s'arroge exclusivement toutes les prérogatives du citoyen, même le droit de propriété foncière, pour se laisser successivement arracher tous ses droits par l'autre classe plus nombreuse, la *plebs*, et envelopper ainsi l'Etat dans sa propre ruine. On ne voit pas non plus, comme à Athènes, le peuple maître absolu, ni la rude discipline militaire telle que la présente Sparte, où le malheureux Ilote sert de jouet aux enfants de son maître. Ce n'est pas non plus enfin le despotisme révoltant sous le joug duquel sont courbés les peuples nomades asiatiques, parmi lesquels la fonction suprême est celle du bourreau. Mais ce qu'on voit chez elle, c'est l'égalité de tous les hommes libres, laquelle forme la base de l'Etat germanique. La noblesse ne jouit d'aucun privilège politique dans la communauté, eu égard aux autres membres. Les autorités sont choisies au sein de la commune; elles ont des attributions réglées et encourent une responsabilité. Elles n'interviennent qu'autant qu'il s'agit d'un intérêt commun : dans la guerre, dans l'administration de la justice et dans les assemblées du peuple. Le principe de la liberté pénètre et vivifie toutes les institutions. De même que l'individu gouverne sa propre famille, de même le village, la circonscription cantonale, le district même se gouvernent d'une manière in-

l'émigration des peuples, et à mesure qu'elle se mêle à des éléments hétérogènes, elle dut subir des transformations essentielles.

DEUXIÈME PARTIE.

CROUP D'OEIL SUR L'HISTOIRE DE L'EMPIRE ET DU DROIT GERMANIQUES
DEPUIS LES ÉTABLISSEMENTS DES RACES GERMANIQUES DANS L'EMPIRE
ROMAIN JUSQU'À L'ÈRE NOUVELLE.

PRÉAMBULE. — Dans l'examen qui va suivre de l'histoire du

dépendante. Toutefois un semblable agrégat organique ne laisse pas d'avoir un centre commun : l'assemblée du peuple, composée de tous les hommes libres, est le pouvoir suprême auquel se soumettent tous les membres de la communauté, et elle a la direction de toutes les affaires. Du reste, la manière dont elle fonctionne rend impossible tout abus de pouvoir, toute atteinte à la liberté commune. Procédant dans toutes les affaires avec une grande sagesse, elle ne comporte pas de longs débats, et son rôle se borne à admettre ou à rejeter le projet de loi présenté par l'autorité. Aussi voyons-nous exclusivement, chez les tribus germaniques, le régime démocratique céder la place à la monarchie, non par suite des troubles sanglants ou de l'ambition d'un grand de la noblesse qui s'arroge le pouvoir souverain ouvertement ou à l'aide d'artifices pour se le faire concéder, mais plutôt d'après la manifestation spontanée de la volonté du peuple. Mais cette monarchie était loin d'être un despotisme dégradant où *princeps legibus solutus est*; mais c'était plutôt une institution résultant de l'agrandissement des pouvoirs du prince de district qui s'éleva progressivement jusqu'à devenir un véritable roi. Une marche opposée fut suivie par le système celtique, dont les bases sont ébranlées et minées de plus en plus de nos jours.

Ce n'est pas comme à Rome, dans la constitution elle-même, qu'il faut chercher les raisons fondamentales de la transformation que subit avec le temps le régime germanique; ce n'est pas non plus au déclin des libertés communales que je les demande, vu qu'il pouvait résulter seulement de ce déclin une augmentation des pouvoirs de la royauté. La raison déterminante de cette transformation se trouve plutôt dans la malencontreuse influence exercée par les institutions romaines et celtiques sur le système germanique. Les premiers coups furent portés au régime des biens étroitement lié à ce système, et de là résulta un bouleversement complet dans la distribution de la propriété foncière. Les conséquences immédiates furent l'oppression des hommes libres, la formation d'une fière et indomptable aristocratie, toujours portée à la rébellion envers ses supérieurs, à la brutalité envers ses subordonnés. Ce n'est point à sa position d'insulaire que l'Angleterre doit son régime, qu'on peut appeler libre et prospère en comparaison de celui des autres peuples européens; c'est bien plutôt au refoulement de l'élément celtique et romain.

droit et de l'Empire, examen qui doit se borner à retracer la marche du développement et le caractère prédominant du droit à chaque période tels qu'ils résultent des faits culminants, il y a trois époques principales à distinguer : La première s'étend de l'invasion des races germaniques dans l'empire romain jusqu'à la séparation définitive de la Germanie avec le royaume franco-occidental (888). La seconde se prolonge jusqu'à la fondation de la paix générale perpétuelle sous Maximilien (1495). La troisième dure jusqu'à la dissolution de l'Empire (1806). L'ère subséquente dans laquelle nous nous trouvons encore fera l'objet d'un court appendice.

Dans cet exposé historique, pour remplir le but de l'*Encyclopédie*, nous devons traiter séparément : 1^o du droit public ; 2^o des sources du droit en général ; et 3^o de ce qui touche principalement au droit privé (1).

PREMIÈRE SUBDIVISION.

COUP D'OEIL SUR LE DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DES INSTITUTIONS PUBLIQUES.

PREMIÈRE EPOQUE.

DEPUIS L'INVASION JUSQU'EN 888.

Cette période comprend principalement l'envahissement des provinces romaines, les mouvements successifs de migration des peuplades, la fondation des nouveaux Etats germaniques et leur réunion en un seul empire continental opérée sous Charlemagne.

(1) Je m'éloigne ici à dessein de la méthode suivie dans le droit romain. Vu l'importance majeure du sujet, je devais présenter à part un aperçu un peu plus complet sur le développement progressif des institutions publiques et faire mieux ressortir le lien qui les rattache l'une à l'autre. Une étude de ce genre, telle que celle faite par Zöpfl, offrirait même de grands avantages dans une exposition détaillée de l'histoire de l'Empire et du droit.

§ 1. — Coup d'œil sur l'histoire des événements.

Tandis que l'empire romain croulait de toutes parts, les Germains apparaissaient comme les précurseurs d'une ère nouvelle de jeunesse et de liberté, et la Providence les avait choisis pour être les fondateurs et les représentants d'un nouvel ordre moral et politique. Ce n'est point aux Celtes qu'il fut donné d'infuser une nouvelle vie au corps gisant de Rome. Leur organisme social, qui avait reçu un développement précoce, était tombé en complète dissolution, spécialement dans la Gaule, par suite de la décadence des libertés communales et de la prépondérance excessive donnée à la noblesse ainsi qu'à l'ancienne classe sacerdotale. Il fallait la nouvelle force vivifiante inhérente à cette liberté et à cette personnalité qui ont pleine conscience d'elles-mêmes, telles que celles qui étaient encore l'âme des races germaniques, pour fonder, grâce à un nouveau principe de vie, un nouvel ordre sur les ruines de l'ancien. Le mouvement de migration des peuplades germaniques vers l'empire romain, qu'elles envahirent successivement, n'avait fait que croître depuis l'an 113 de l'ère chrétienne, époque où, pour la première fois, retentit en Italie le cri terrifiant des Cimbres et des Teutons. Ces envahissements se sont prolongés pendant sept siècles à partir de l'invasion des Cimbres jusqu'à l'établissement des Longobards en Italie. Les rapports avec les Romains, tantôt d'une nature pacifique, tantôt tournant à la guerre, avaient amené ces races barbares à pénétrer toujours plus avant dans l'empire romain. Envisageons maintenant de plus près les faits les plus importants.

Déjà, avant les premières invasions, l'ardeur guerrière avait poussé jusqu'à des fils de princes tels qu'Arminius, à prendre du service dans l'armée romaine. Des peuplades même tout entières, sans rien perdre de leur indépendance, avaient été accueillies dans l'empire, et il leur avait été concédé de petites portions de territoire, moyennant qu'elles s'obligeassent au service militaire. Ces colons (*laeti dediticii*) conservaient leur liberté personnelle et formaient de petites communes sous un chef de leur race. Depuis le milieu du troisième siècle, on voit

des Germains devenir fonctionnaires romains et investis des plus hautes dignités de l'empire. Des princes germaniques eux-mêmes, tels que le Vandale Stilicon (tuteur d'Honorius en 395), et le Suève Ricimer, parviennent à une grande puissance mais ne la font pas tourner encore à leur profit personnel, pour s'arroger la suprématie. Ce n'est qu'Odoacre, le prince des Hérules, qui, en déposant l'empereur en 476, fit évanouir la dernière ombre de la souveraineté. Du reste, l'empire romain succomba finalement plutôt miné par un travail continu de décomposition intérieure qu'il ne fut détruit par la conquête violente des Germains. Il est vrai de dire, toutefois, que la lutte entre ceux-ci et les Romains se prolongea longtemps. Depuis l'insurrection des Bataves contre les Romains, survenue sous Claudius Civilis en l'an 70 après J.-C., il y eut un temps de repos pour l'empire jusqu'à l'époque où éclata la guerre dite des Marcomans. Cette guerre, d'une origine encore obscure et qui se termina sous l'empereur Commode en l'an 180, paraît avoir amené les nombreuses petites peuplades germaniques à se fondre en perdant leur nom dans de grandes agglomérations de races ou dans de vastes confédérations. C'est ainsi que nous voyons, par suite de cette fusion, apparaître les Allemands vers l'an 213, un peu plus tard les Franks, dans lesquels on comprend les deux branches des Saliens et Ripuaires; d'un autre côté, les Saxons (nommés pour la première fois par Ptolémée) et les Goths.

L'invasion se continuant en 374 avec les Huns mongols, qui commencèrent par refouler les Alains et pénétrèrent ensuite violemment dans les deux royaumes des Goths, amena la fondation, dans l'empire romain, de nouveaux Etats germaniques. Ceux-ci, durent, à leur tour, crouler sous l'influence de diverses causes, par suite, notamment, du défaut d'un lien puissant qui les rattachât à une plus vaste agglomération, comme cela eut lieu pour les Franks dans les Gaules (1).

(1) A la suite de l'invasion des Huns, l'empereur Valens (375) accueillit dans la Mœsie et dans la Thrace les Wisigoths, moyennant l'engagement par eux de servir dans l'armée et d'embrasser la religion chrétienne. Ils ne tardèrent pas ensuite à se diriger à travers l'empire d'Orient et celui d'Oc-

Deux autres races germaniques, les Saxons et les Franks, furent appelées à exercer une grande et durable influence sur les destinées du monde. Cette influence fut assurée aux Saxons par la conquête de la Bretagne, mais surtout par ce qu'ils représentaient dans sa plus haute expression le caractère germanique et avaient le sentiment le plus vif de la personnalité. Quant aux Franks, ils devaient marquer par le rôle ostensible de dominateurs qu'ils étaient appelés à remplir et qui devait aboutir à la réunion des races romaine et germanique, ainsi qu'à la fusion plus complète des races germaniques entre elles. Nous n'avons ici à nous occuper que des Franks.

C'est aux Franks Saliens que furent dues les conquêtes qui amenèrent la fondation du grand empire français. Ces Franks,

cidant, vers l'Aquitaine, où ils s'établirent (419), et reculèrent tellement les limites de leur royaume qu'il finit par comprendre, sous Euric (466-483), toute la Gaule méridionale et la plus grande partie de l'Espagne.

En Italie, Odoacre, élu roi par les troupes mercenaires, composées de Germains, qui se firent attribuer un tiers du territoire de cette contrée, mit fin à l'empire romain d'Occident en 475. Toutefois il reconnut Zénon, empereur romain d'Orient, comme empereur d'Occident également, et se contenta de gouverner l'Italie sous le titre de patrice. Le nouveau royaume fut bientôt détruit, en 493, par les Ostrogoths.

Les Ostrogoths, dont quelques souches passèrent en Thrace (427) et d'autres avaient été subjugués par les Huns, ne tardèrent pas à se réunir de nouveau, après la destruction du royaume des Huns, sous le roi Théodoric (481). Celui-ci, adopté pour fils par l'empereur Zénon, renversa Odoacre en Italie et fonda un royaume embrassant, en outre de cette contrée, tout le pays comprenant la Norique et la Rhétie, ainsi qu'une partie de la Gaule du sud. Justinien rétablit en Italie la domination et la législation romaines. Les Bourguignons, après plusieurs incursions sur les terres arrosées par l'Oder, la Vistule et le Danube, et après plusieurs invasions successives de l'empire romain, avaient obtenu la faculté de s'établir en Savoie et de diviser le territoire entre eux et les indigènes. De là ils étendirent leur domination sur la partie orientale du sud de la Gaule et furent, en 534, subjugués par les Franks.

Les Longobards (*Lang-barte*, « longues barbes ») de l'Elbe inférieure, se dirigeant vers le Danube, pénétrèrent, en 568, sous la conduite d'Alboin, en Italie en véritables conquérants. En l'espace d'un siècle, ils occupèrent presque toute la Péninsule, jusqu'à ce que leur royaume fût détruit par Charlemagne (774).

Les Vandales, les Suèves et les Alains, d'origine germanique, franchirent

établis le long de l'Yssel, dans la Hollande, et au quatrième siècle subjugués par les Romains, secouèrent le joug de ceux-ci au cinquième siècle et étendirent insensiblement leur domaine jusqu'à la Somme, en 445. Les Franks Ripuaires avaient fondé au cinquième siècle, un royaume dont Cologne était la capitale, royaume avec lequel les Franks, restés dans l'intérieur de la Germanie, entretenaient des rapports. Ce fut Clovis I^{er}, roi des Franks Saliens, qui fonda le premier, dans les Gaules, la domination de ce peuple et subjuga aussi les Franks Ripuaires.

Childéric, frère de Mérovée (*Merweg*, ce dernier considéré comme le chef de la dynastie royale franke), avait refoulé le lieutenant romain Syagrius, qui n'occupait plus qu'un petit territoire. Son fils, Clovis (481-511), continua son œuvre, et la victoire qu'il remporta sur Syagrius, qui fut mis à mort, le

le Rhin en 406, et, en traversant la Gaule méridionale, entrèrent en Espagne. De là les Vandales (429) se rendirent dans l'Afrique septentrionale, où ils furent vaincus, par la suite, en 553, par Bélisaire, qui commandait les troupes de l'empereur Justinien. Les Suèves fondèrent en Espagne un royaume qui dura de 411 à 585 et passèrent ensuite sous la domination des Wisigoths.

Les Angles et les Saxons frayèrent la voie, à partir de 449, à la conquête de la Bretagne par les Germains, à laquelle, dans la suite, prirent aussi part les Jutes.

La fondation des Etats germaniques dans l'empire romain se produisit sous un double mode : par voie de colonisation autorisée, ce qui arrivait le plus souvent, ou par voie de conquête. La différence de ces deux modes ne laissa pas d'influer sur la nature des relations réciproques entre les Germains et les Romains et sur la division des terres. Dans le premier cas, le maître germain traitait le Romain avec plus de douceur, et lui laissait, non seulement la liberté, mais même la propriété des terres, moyennant la cession d'un tiers de celles-ci (Odoacre) ou des deux tiers (Bourguignons, Wisigoths).

Les Longobards, au contraire, employant la violence, détruisirent le régime municipal romain ; et les Romains, tout en restant libres, furent réduits à la condition de colons. C'est seulement avec le temps que les diverses classes des Longobards et des Romains, c'est-à-dire les *ahrimans* ou les hommes libres obligés au service militaire, les demi-libres ou autrement dit les *aldions*, les affranchis et les non-libres, vinrent se fondre chez les Romains dans des classes correspondantes ; ce résultat fut singulièrement facilité par la conversion de presque tous les Longobards au catholicisme à partir d'Aribert (651).

rendit seul maître jusqu'à la Loire et au Rhône. Il transfère le siège de sa résidence d'abord à Soissons, devenu plus tard chef-lieu de la Neustrie, ensuite à Paris, et vainquit les Allemands en bataille rangée près de Zulpich, en 496. Ce fut dans cette bataille, au moment où l'issue en était encore incertaine, qu'il fit vœu d'embrasser le christianisme. Il se fit baptiser après la victoire avec plus de trois mille Franks et affermit, par là, au surplus, sa domination dans les Gaules, où se trouvait déjà un sacerdoce et une population catholiques. Ensuite il enleva à Alaric, chef des Wisigoths ariens, en 507, tout le territoire qui s'étend jusqu'à la Garonne, après avoir déjà, en l'an 500, rendu tributaire le roi Gondobald de Bourgogne, et dans la suite, s'étant débarrassé, par l'assassinat et la trahison, de tous les princes des autres Franks, il finit par être l'unique roi des races frankes réunies.

La connaissance du mode d'établissement des Franks dans les provinces romaines ne manquerait pas d'importance, mais la chose, malheureusement, reste enveloppée de ténèbres ; le point de savoir si au moment de l'occupation les Franks procédaient au partage des terres, et de quelle manière s'effectuait ce partage, n'est éclairci par aucun document (1). Toutefois, il faut faire une distinction entre les occupations faites par les Franks avant Clovis et celles faites depuis sur les terrains qu'il avait conquis. Dans le premier cas, on devait peu ménager les populations romaines, leur enlevant les terres à mesure qu'on en avait besoin ; dans le second cas, suivant des coutumes plus douces, on n'attribuait au fisc que les biens de couronne, c'est-à-dire les fonds abandonnés et les terres confisquées, sur une grande échelle du reste, et tout cela servit, en partie, à l'établissement des Franks.

Après la mort de Clovis, le royaume des Franks fut, à plusieurs reprises, divisé et ramené tour à tour à l'unité sous Clotaire I^{er} en 558, et sous Clotaire II (613-622). Les deux successeurs immédiats de Clovis poursuivirent le cours de ses conquêtes, refoulant successivement les Thuringiens, les Bourgui-

(1) Sur les opinions diverses qui se sont formées à cet égard, voyez Roth, *Système des bénéfices*, p. 63 et suivantes, et Walter, § 49.

gnons, les Allemands, les Bava-rois et envahit quelques terres des Saxons. Mais après Clotaire, par suite de la faiblesse et de l'avilissement du pouvoir, la royauté commença à déchoir. Le gouvernement passa de fait insensiblement entre les mains des maires du palais (*majores domus*). A l'encontre de la royauté mérovingienne, s'éleva de plus en plus leur domination protégée par la jalousie des autres races germaniques et par la soif d'indépendance des grands et des chefs du peuple. Réduits à n'être que des ombres de rois dont la vie ne marquait que par la licence des mœurs, l'assassinat, la guerre civile et l'imbécillité, les Mérovingiens ne font, pour ainsi dire, que passer sur le trône sans laisser de traces jusqu'à ce qu'enfin s'accomplisse la chute de leur dynastie, chute préparée par Pepin d'Héristal et par son fils bâtard Charles Martel. La victoire que ce dernier remporta sur les Sarrasins en 732 assura le triomphe du christianisme et de l'élément germanique en Europe. Ce but ne fut atteint complètement toutefois que par son fils Pepin le Jeune. Celui-ci, sur le désir manifesté par les grands et avec l'assentiment du pontife, fut élu roi dans l'assemblée nationale de Soissons, en 753, et sacré par Boniface, après avoir fait déposer pour imbécillité d'esprit et reléguer dans un couvent, le dernier roi Childéric. Ainsi s'accomplit l'avènement au trône de la dynastie carlovingienne, que la gloire de Charlemagne fit appeler de ce nom. Dans cette élévation d'une nouvelle tige royale, sortie de l'Austrasie, terre franco-allemande, on a reconnu, à bon droit, une seconde victoire de l'élément germanique.

Charlemagne. (771-814). Le fils de Pepin doit sa gloire et sa renommée dans le monde entier au but grandiose qu'il a poursuivi sans se lasser. Ce but consistait à concilier et à fondre dans une unité supérieure toutes les variétés de race et de génie national, constituant autant d'éléments de la civilisation, mais qui arrêtaient le développement de l'Empire et à renouer les traditions du passé au présent. C'est ainsi que Charlemagne parvint à réunir toutes les races allemandes (à l'exception des Anglo-Saxons et des Goths qui étaient restés dans les Asturies) en convertissant le royaume longobard en province de son empire et en venant à bout, après trente-deux ans, de soumettre

les Saxons. Ceux-ci reconnurent, en 803, l'autorité des Franks par le traité de Selz et embrassèrent le christianisme. C'est ce qui fit qu'après la fondation de la Marche orientale (d'où provint le mot *Autriche*), l'empire de Charlemagne s'étendit de l'Eider jusqu'au Tibre et de l'Ebre jusqu'à l'Elbe et à la Raab. Dans l'ordre intellectuel, Charlemagne s'efforça de faire jouir les peuples germaniques de tous les avantages de la civilisation par la fondation d'établissements d'instruction. Il atteignit à l'apogée de sa grandeur lorsque l'empire romain fut renouvelé dans sa personne. Ce fut le jour de sa naissance, en l'an 800, que le pape Léon III, déférant à ses désirs, posa sur sa tête la couronne impériale. Le monde romain et le monde germanique se donnèrent ainsi la main et s'unirent visiblement. D'un autre côté, il dut se former un lien très étroit entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel, en même temps qu'avec l'union à l'Occident, la séparation de Rome d'avec l'empire grec fut définitivement consommée.

Après la mort de Charlemagne (à Aix-la-Chapelle, 28 janvier 814), sa race ne tarda pas à dégénérer. Son fils, Louis le Débonnaire (814-840) ne put faire respecter par ses enfants un statut de 817 réglant le partage de l'empire entre eux après sa mort. D'après ce règlement, l'aîné, Lothaire, devait régir l'Empire ; Pepin et Louis gouverner en rois les pays qui leur étaient laissés. Tous les trois, après la mort de leur père, entrèrent en lutte les uns contre les autres jusqu'au traité de Verdun, en 843, qui mit fin à leur querelle. En vertu de ce traité, ils renoncèrent à la dignité impériale qui ne fut attribuée à aucun. Des partages ultérieurs eurent encore lieu entre leurs successeurs. Sous Charles le Gros, tous les pays qui faisaient partie de l'Empire furent réunis encore une fois, mais pour peu de temps. Mais après sa déposition à la diète de Tribur, l'an 887, et sa mort, 13 janvier 888, la dissolution de l'empire carlovingien fut consommée définitivement. Avec Arnolphe commença un royaume germanique indépendant.

Remarque. — Quoique les Français et les Allemands soient restés en fait séparés depuis cette époque, ils n'en forment pas moins dans l'histoire, où ils apparaissent comme les principaux représentants et les promoteurs de la civilisation moderne, une

unité d'ordre supérieur (1). Ils passèrent, en effet, par les mêmes phases de développement (système féodal), participèrent en commun aux grands événements (les croisades), et, de diverses manières, détournèrent les dangers que faisait courir à la civilisation européenne l'invasion de races étrangères (Arabes, Turcs, Magyars, Slaves). Cette unité ressort encore de ce qu'ils influèrent et réagirent tour à tour l'un sur l'autre dans la manifestation au dehors des oppositions latentes que contenaient les principes moraux, politiques et religieux de l'ordre social (centralisation monarchique, confédération, catholicisme, Réforme). De même que le pouvoir consolidé en France soutint énergiquement, par intérêt politique, la cause de la Réforme en Allemagne; de même, à leur tour, les idées de liberté développées par la Réforme, ayant pris racine dans la constitution de l'Angleterre, partirent de là pour exercer sur le mouvement politique en France une influence décisive. De son côté, la Révolution française imprima à l'Allemagne une violente secousse, qui amena l'abolition du système féodal et des droits seigneuriaux, la fondation d'une véritable bourgeoisie, ainsi que la consolidation du pouvoir de l'Etat, et créa, au moyen de la médiatisation générale des Etats, les conditions territoriales d'une grande concentration politique. La France, à son tour, depuis la Restauration, a été grandement travaillée par le mouvement de réaction spiritualiste qui s'est produit dans la philosophie, l'histoire, la science du droit et des belles-lettres, et les deux pays sont encore destinés, tout en conservant leur originalité propre, à se faire contre-poids de plus en plus dans l'ordre politique : l'un par l'augmentation de la centralisation, l'autre par la restauration et l'affermissement des libertés communales. La race slave, qui est destinée à s'allier aux deux autres, doit commencer par perfectionner à l'intérieur sa civilisation pour remplir efficacement sa mission dans le monde.

(1) L'opinion qu'une unité d'ordre supérieur relie dans l'histoire les peuples de race latine (et non pas seulement les Français) avec les peuples de race germanique, a été pour la première fois développée par Ranke dans un de ses premiers ouvrages, *Histoire des peuples germaniques et latins, de 1494 à 1535*, et depuis, le sujet a été souvent traité.

§ 2. — *Des principales modifications que présenta la vie du peuple germanique à la suite de son établissement sur le sol romain.*

En ce qui concerne les établissements eux-mêmes, il faut d'abord rejeter l'ancienne opinion combattue victorieusement par le résultat des nouvelles investigations, et d'après laquelle ils auraient été l'œuvre des comitats (1) (p. 293). Ceux-ci peuvent, en donnant le plus souvent l'impulsion première, en avoir été les promoteurs ; il n'en est pas moins vrai que l'initiative des expéditions guerrières ne partait point d'eux exclusivement ou d'une manière principale, mais bien plutôt, comme le montrent les exemples rapportés par César et Tacite, des peuplades réunies. Ajoutons que les troupes auxiliaires germaniques qui prirent part aux expéditions d'autres peuplades ne furent point tirées des comitats, mais plutôt recrutées dans les peuplades elles-mêmes. D'un autre côté enfin, les comitats n'ont pas exclusivement composé les troupes auxiliaires germaniques qui prirent du service dans l'armée romaine.

De tout ceci il faut conclure, en se reportant à l'ancienne vie du peuple germanique qui, d'après le tableau tracé par Tacite, témoignait d'une organisation sociale régulière où les comitats relevaient de la commune dont ils restaient membres, que ce ne sont ni les comitats, ni les bandes guerrières (expression synonyme souvent employée par les écrivains français Guizot et autres) qui ont fondé les nouveaux Etats et en ont déterminé le caractère.

Un changement capital dans la vie du peuple fut opéré par l'adoption de la religion chrétienne que firent connaître aux Germains leurs premiers rapports avec l'empire romain (2). Il

(1) La réfutation de cette erreur, grave par ses conséquences, — erreur qui ne permet pas de voir sous son vrai jour le régime politique qui dut suivre l'invasion (comparez § 3), — a été présentée d'abord par Sybell, ouvrage précité, 13; Waitz, I, 141 et suiv., et de la manière la plus complète par Roth, *Système des bénéfices*, p. 22-41.

(2) Déjà au concile de Nicée (325) assistait un évêque goth (Gieseler, *Hist. de l'Empire*, I, 617). La traduction de la Bible d'Ulphilas faisait autorité (360-380). Plus tard, des îles Britanniques passèrent dans l'Allemagne

fallut cependant encore près de cinq siècles pour venir à bout de détruire tout le prestige du culte païen de la Germanie, et on eut grand-peine à faire accepter, après la conversion, non seulement les cérémonies extérieures du culte, mais surtout les mœurs chrétiennes. On connaît la licence des mœurs qui régnait dans la Gaule aux temps mérovingiens et dont l'exemple était donné, non pas seulement par les rois et les grands, mais encore par le clergé lui-même. Néanmoins, l'esprit du christianisme, quoi qu'il eût parfois d'indignes représentants, pénétra insensiblement toujours de plus en plus dans les institutions civiles (1). La dignité du mariage grandit. Le droit des pères de famille dans la Germanie d'exposer leurs nouveaux nés en certains cas se maintint toutefois longtemps encore; il n'y put être obvié que par l'assignation de lieux déterminés, tels que les seuils ou les porches des églises, pour que la charité chrétienne pût les recueillir et assurer leur sort, tant était enracinée et répandue cette barbare coutume. Il fallut finalement, pour la détruire, que des rois, assimilant l'exposition d'enfant au crime d'homicide, la punissent comme ce dernier crime. Il fut encore plus difficile de faire accepter le principe chrétien qui consacre pour tous les hommes, au nom de Dieu qui en est la source, le droit à la liberté, en présence de la coutume universelle de l'esclavage, qui ne put être adoucie et diminuée qu'en facilitant les affranchissements. Enfin, comme dans la suite le droit pénal avait redoublé de sévérité, dans la Gaule notamment, avec l'accroissement de la puissance royale, la voix de la religion se faisait entendre pour conseiller la douceur, comme elle l'avait fait déjà sous les empereurs romains, mettant en lumière ce principe que la peine devait tendre à l'amendement du coupable (2).

proprement dite ceux qui devaient convertir les races germaniques (surtout Winfried Boniface, zélé champion de la cause de l'Eglise). La sanglante conversion des Saxons par Charlemagne couronne l'œuvre.

(1) Nous trouvons à ce sujet quelques documents dans le discours académique de Gengler, *De l'influence du christianisme sur les anciennes institutions civiles des Germains*. Erlangen, 1854.

(2) Il se trouve dans l'ancien droit national des Bavaois une disposition ainsi conçue : « Aucun crime ne saurait être tenu pour si grave qu'il ne

La situation de la royauté dans l'ordre politique présente aussi de grandes modifications. Les rois, tels que les représente Tacite, étaient loin d'avoir pendant la paix l'exercice d'un pouvoir pleinement indépendant (1). Mais alors ce pouvoir se renforça et, à cet effet, servirent puissamment de nombreuses causes. Le long exercice du commandement des troupes par les chefs, durant la période de l'invasion, avait dû bientôt les habituer à exiger une obéissance plus absolue, telle que la conduite de la guerre la réclame. Le prestige ne fut qu'augmenté par les vastes possessions territoriales qui leur échurent pendant la conquête. D'un autre côté, en présence du double élément de la population, dont l'un était formé par les envahisseurs, l'autre par les habitants du sol envahi, ils ne résistèrent pas à la tentation naturelle d'étendre aussi aux Germains la forme de gouvernement absolu à laquelle les Romains étaient soumis. Ils y réussirent notamment, en très peu de temps, dans les Gaules où les Francs étaient plus isolés. Ajoutez à cet exemple séducteur l'influence que durent avoir les communications avec Rome et l'attachement aux formes de la constitution romaine (2). L'Eglise, enfin, commença aussi à appliquer à la royauté allemande les textes des saintes Ecritures sur l'autorité. Cette conduite de l'Eglise servit moins à rehausser la dignité morale et le prestige de la royauté qu'à en augmenter la puissance. La conscience de la liberté s'éteignit toujours de plus en plus chez le peuple à mesure qu'il perdit le sentiment de ce qu'il se devait à lui-même, et, comme les rois, il ne sut plus respecter les limites du droit. En même temps que la royauté voyait son

puisse être laissé la vie au coupable par voie de grâce, en agissant ainsi pour l'amour de Dieu et pour honorer la mémoire des saints, puisque le Seigneur lui-même a dit : « *Qui pardonne sera pardonné, qui ne pardonne pas ne sera pas pardonné.* » Voyez *Disc. acad.* de Gengler, p. 15. Voyez *lex Bayuv.*, tit. I, c. 7, 3.

(1) Gengler, discours déjà cité, apprécie avec justesse cette situation : « Ils étaient de simples rois de district et leur puissance ne s'étendait guère au delà de celle des chefs des communes des anciens *Vicpati* aryas-indiens, dont le type primitif se conservait certainement dans la monarchie germanique. »

(2) Waitz, II, 128-143.

pouvoir s'étendre, commence la rédaction par écrit ou le perfectionnement des lois destiné à la consolider (Euric, Clovis, Gondobald). Ce n'est plus l'assemblée du peuple mais le roi qui gouverne. Il décide la guerre et la paix, représente la nation à l'étranger, nomme les autorités soit du clergé soit de l'administration séculière et peut les révoquer. Spécialement dans l'administration de la justice, et en ce qui touche l'application des peines, son pouvoir est très étendu. Il est maître de la vie de ses sujets. Le principe germanique, qui veut que la vie de l'homme libre soit inviolable, même en supposant qu'il se rende coupable du plus atroce assassinat, tombe complètement dans l'oubli. Tandis qu'auparavant la direction gouvernementale appartenait à des autorités provenant de l'élection, on la voit alors dévolue aux officiers de la royauté. Le droit de protection du peuple passe également à celle-ci, qui fait alors entrer aussi dans le *mundium* royal ou *mundiburdium*, justement traduit en français par *main bornie*, tous les établissements du clergé (1).

L'antique noblesse germanique, peu nombreuse suivant Tacite, s'était insensiblement éteinte dans les guerres qu'entraîna l'invasion. Les quelques familles qui en restèrent s'étaient retirées dans les deux duchés d'Allemagne et de Bavière. En revanche, il s'en forma une nouvelle qui se recruta dans la suite spéciale du roi et dans les fonctionnaires de la cour ou les ministres proprement dits. Mais en admettant, ainsi que le raconte Tacite, pour les deux royaumes qui lui sont connus, que par la faveur du roi les affranchis peuvent s'y élever jusqu'au-dessus des hommes libres et des nobles (*ibi enim liberti super ingenuos et nobiles ascendunt*), on est autorisé aussi à penser qu'à l'époque dont il s'agit ici des hommes non libres, entrant au service du roi, pouvaient parvenir aux dignités les plus éle-

(1) Voyez § 5. Le mot *mundium*, qui, selon Grimm, l'*Empire allemand*, 447, dérive de l'ancien mot allemand *Munt* ou *Mund* (tous deux du genre féminin), paraît avoir été bientôt confondu avec *Mund*, « bouche ; » nous voyons déjà la *lex Salica*, dans les quatre textes cités par Pardessus, traduire ce mot *Mund* par *verbum* ; ainsi, titre IV, § 5, il est dit : *Si verò puella quæ trahitur, in verbo regis fuerit* ; de même on le traduit encore par *sermo*, comme on en voit un exemple dans la *lex Sal.*, tit. 59 : *Extra sermonem ponere*, c'est-à-dire *proscrire*. Comparez Zöpfl, II, 2, p. 105.

vées. De ces gens de service du roi se composa d'abord principalement la nouvelle noblesse.

Les conditions que présentait la propriété rurale exercèrent une influence désastreuse dans l'empire romain en général, et en particulier dans les Gaules. Elles commencèrent par y détruire l'ancienne organisation germanique des Franks, et de là réagirent sur l'Allemagne (1). Pline dit : *Latifundia perdidere Italiam*. Ce sont ces mêmes *latifundia* qui ruinèrent l'organisation territoriale germanique et le système politique auquel elle servait de base. La constitution de l'Etat germanique était basée sur le partage des terres, d'après lequel chaque famille, composée d'hommes libres, recevait une part suffisante pour son entretien. Le principe fondamental de l'inaliénabilité du patrimoine et du partage égal de la succession entre les fils empêchait la formation de grands domaines. Il en était différemment dans la Gaule dès les premiers temps. Déjà, à l'époque de César, le pouvoir se partageait entre la noblesse et le sacerdoce. Celui qui, à l'origine, avait été libre, ne conservait plus son indépendance politique, et sous le point de vue du droit privé, il était le plus souvent réduit à contracter des dettes. La domination romaine détruisit l'indépendance souveraine politique des deux classes, mais la situation de l'homme qui ne faisait partie d'aucune d'elles ne fit qu'empirer. Il n'était pas seulement sous la dépendance des grands propriétaires du sol ; il avait encore à supporter les lourdes charges de l'impôt romain, ce qui fit que les petits propriétaires se virent de plus en plus réduits, pour y échapper, à devenir colons des grands propriétaires. Les Franks trouvent donc, au moment de leur conquête, la propriété foncière concentrée dans les *latifundia*. Il s'en détacha alors une faible part, qui passa sans doute à d'autres personnes, mais cela n'empêcha pas le mouvement de concentration de faire de nouveaux progrès. Ce mouvement fut dû, par la suite, aux nombreuses donations faites à l'Eglise, qui devint partout, dans les Gaules, le plus riche propriétaire, aussi bien qu'aux seigneurs franks. Ces derniers, pour ne pas se trouver au-dessous des grands propriétaires romains, s'appliquè-

(1) Voyez surtout Roth, ouvrage déjà cité, p. 103.

rent à se rendre maîtres de vastes domaines, soit à l'aide de la faveur du roi, soit en abusant du pouvoir inhérent à la charge dont ils se faisaient investir, soit en pressurant les faibles de diverses manières. Au temps de Charles Martel, de semblables situations s'étaient ainsi développées depuis si longtemps, que la classe des hommes libres, sur laquelle reposait la base de l'antique Etat germanique, avait disparu pour toujours, et fait place à une nouvelle noblesse qui mit sous sa dépendance des hommes auparavant ses égaux. Ces changements ne sont pas toutefois dus au développement de la constitution germanique. Ils témoignent, avant tout, des conditions du sol dans les Gaules. Ils donnèrent naissance et servirent de base au système des bénéfices, lequel, plus tard, aboutit à la féodalité. Ce régime de la propriété passa des Gaules aux pays qui s'y rattachèrent, ayant subi également la domination des Franks. Mais ce régime, sorti de la Gaule, devait, dans l'ordre de la Providence, être à son tour détruit presque complètement par la France à sa première révolution.

§ 3. — *Les institutions publiques durant la période des Mérovingiens.*

Après avoir rectifié l'opinion jusqu'ici prédominante (1), qui

(1) Waitz a le premier, dans son *Histoire de la constitution allemande*, combattu cette opinion, qui, dans les derniers temps, a été émise par Eichhorn, à l'exemple de Montesquieu, et que le premier s'est efforcé de mettre d'accord avec les faits et les données historiques, en faisant rigoureusement la part de tous les éléments. La même opinion a été également réfutée dans tous ses points fondamentaux par Roth (*Histoire du système des bénéfices*, 1850). A ces auteurs, spécialement à Roth, se rattachent les historiens et jurisconsultes modernes, surtout Walter, de même que Léon (*Cours sur l'histoire du peuple allemand*, 1^{er} livre, 1850, p. 380) et Hildebrand (*Manuel de l'histoire de l'Etat et du droit allemand*, 1856, § 37 et 103). La première opinion a pour elle la simplicité de son point de départ. Il paraissait plus naturel que les comites de Tacite et l'institution des comitats des temps ultérieurs se reliassent étroitement dans l'histoire, et que, dès l'origine, s'entrevit le dernier perfectionnement du système des bénéfices et de la féodalité. Mais on voit ici que des éléments isolés ne suffisent pas pour reconstituer la vérité historique, pas plus que les rapports de la vie en

fait du comitat la base de l'union politique, il y a lieu de mettre en relief les principes auxquels se ramenèrent les institutions publiques de cette période. L'Etat frank ne sortant pas originairement des comitats, le lien créé par ceux-ci ne saurait nullement être pris pour le lien fondamental de l'union politique. Il existait un rapport général de dépendance des Romains aussi bien que des Germains vis-à-vis du roi qui engendrait des devoirs égaux à l'égard de celui-ci, de la part de tous les sujets sans distinction de classe et de nationalité, rapport auquel le serment de fidélité venait donner une plus forte sanction. Parmi les Mérovingiens, on ne voyait pas de suite guerrière ou de comitat attaché à un particulier. Le devoir de prendre les armes à l'appel du roi s'étendait également à tous les hommes libres sans distinction de classe et de nationalité. Toutefois, le roi avait une suite spéciale dont les membres approchaient plus près de sa personne que les autres hommes libres d'entre ses sujets, suite qu'il y a lieu, sans doute, de rapprocher, et des *comites* dont parle Tacite, et des vassaux postérieurs qui se rencontrent sous les Carlovingiens. Ceux qui en faisaient partie se nommaient *antrustions*; le serment qu'ils prêtaient au roi était d'une nature spéciale et se distinguait du serment général de fidélité, non dans le fond, mais dans la forme, dans la manière de le prêter (entre les *mains du roi*). Le corps des antrustions n'était pas formé parmi les anciens chefs de suite guerrière, comme on l'a cru dans le passé, mais le roi les choisissait avec leur assentiment parmi les Franks, les Romains et les *lites*. Le principe fondamental qui a donné naissance à l'institution des antrustions paraît avoir été la *trustis dominica*, le devoir de défense spéciale du roi, qui dut entraîner la multiplication des contributions de guerre. Cette conséquence était d'autant plus inévitable que les antrustions étaient plus attachés à la personne du roi, formant sa cour en état de paix, son cortège à la guerre, que, par suite, ils demeuraient dans son palais,

principe. Un important résultat des nouvelles recherches, c'est, en outre, d'avoir donné la conviction que le régime féodal ne saurait être considéré comme un développement nécessaire des principes de l'ancienne constitution germanique.

remplissaient une partie des offices de cour, et étaient préposés à des services spéciaux.

L'état des personnes était réglé d'une manière différente, suivant la nationalité et suivant qu'elles appartenaien à l'une ou à l'autre race des Franks ou aux autres races d'origine germanique, ou enfin à la nation romaine. Il y avait chez les Franks : 1° les hommes libres, parmi lesquels avaient la prééminence quelques familles nobles, *nobiles* (ce qui avait lieu au sein de la plupart des peuplades) à raison de leurs vastes possessions foncières et de l'augmentation d'impôt de guerre qui pesait sur elles ; 2° les demi-libres ou les *lites*, qu'il ne faut pas confondre avec les leudes) supportant, par suite seulement, la moitié de l'impôt de guerre à la charge de l'homme libre ; 3° les non-libres (*servi*), qui servaient de domestiques, exerçaient les métiers, et sur les grands domaines vauquaient, en outre, aux travaux de ferme. Les Franks avaient trouvé dans les Gaules une population indigène qui comprenait une double catégorie : 1° d'un côté étaient les provinciaux, qui avaient adopté complètement les coutumes, la langue et le droit des Romains, et 2° les lètes, ou anciens membres de peuplades barbares auxquels on avait offert de rester dans le pays et de s'y établir, moyennant qu'ils s'obligeassent au service militaire (*laeti Franci, Suevi, Nervii, etc.*) ; parmi ces derniers, il y en avait qui, ayant conservé leur caractère d'origine, leur nationalité, faisaient partie du nombre de ceux régis par le droit salique, tandis qu'on rangeait les autres dans la grande masse des provinciaux. D'un autre côté, dans la population des Gaules comme chez les Franks, on distinguait : 1° le Romain libre, *Romanus possessor* ; 2° le Romain reçu dans la *trustis* du roi (*Romanus conviva regis*), et 3° enfin le colon assimilé au Frank lite, et nommé *Romanus tributarius*. Les Romains et les Germains qui, pour la plus grande partie des droits et des devoirs, se trouvaient placés sur la même ligne, ne tardèrent pas à se fondre, et dans les *Capitulaires* de Charlemagne, il n'est plus fait mention spéciale des Romains, qui sont compris sous la dénomination commune de *Franci*, et s'appellent aussi quelquefois *Rachimbourgs* (pleinement libres comme prenant part à la justice).

A l'occasion de la nature des concessions que firent les Mé-

rovingiens de terres prises sur leurs vastes biens de couronne (1) s'est élevée une question singulièrement intéressante. Ces terres ont-elles été concédées à titre de possession limitée et révocable, ce qui en ferait des bénéfices proprement dits (Montesquieu, Eichhorn et autres), ou de propriété exclusive, comme des donations (Roth), ou enfin ces deux modes de concession ont-ils concouru (Guizot, Pardessus, Laferrière)? La première opinion, adoptée encore le plus généralement, se rattache essentiellement à l'opinion basée sur le système des comitats, d'après laquelle on croyait que l'admission au sein de ceux-ci entraînait nécessairement la concession d'un bien de couronne. Mais en supposant qu'il n'en était pas ainsi, et que les antrustions ne fussent pas seuls à obtenir des concessions, on comprend que celles-ci constituèrent le plus souvent de véritables donations et non des bénéfices (2). Bien plus, on peut soutenir que, même dans le cas où il ne serait pas possible de prouver sûrement l'existence de nombreuses concessions non héréditaires ou viagères, il n'en faut pas moins faire partir seulement des Carlovingiens le système des bénéfices. La raison en est que, sous cette dynastie seulement, ressortent clairement le principe et le but de ces concessions, et que c'est à l'époque de leur règne que se produit un fait entièrement nouveau et de grande importance politique (dont le premier exemple date sûrement de Charles Martel). Ce fait consiste en ce que des grands, simples particuliers, n'ont plus un cortège ou une suite d'hommes non libres, ce qui

(1) Voyez en particulier Roth, p. 203.

(2) Roth dit sans hésiter, p. 210, qu'il paraît en général certain que sous les Mérovingiens il n'y aurait eu que des concessions héréditaires de biens de couronne, c'est-à-dire de pures donations; et Walter, § 70, en ne s'appuyant que sur les données historiques, soutient qu'il n'y eut encore, au temps des Mérovingiens, aucune concession de bénéfices, et que ce qu'on a supposé l'être équivalait à de véritables donations. Toutefois, Roth, p. 358, ajoute qu'on ne saurait soutenir que sous les Mérovingiens il n'ait pu y avoir que des concessions héréditaires de biens de couronne. Je ne saurais considérer la question comme définitivement résolue, en me référant au résultat des dernières investigations de Roth; cependant je suis convaincu, par les raisons développées au précédent paragraphe, que le système proprement dit des bénéfices, avec son caractère nettement tranché, ne fait son apparition qu'avec les Carlovingiens.

arrivait aussi sous les Mérovingiens, mais bien une suite composée d'hommes libres qui prêtent aussi un serment de fidélité au seigneur de la suite (*senior*). En ceci, perçut un nouveau système qui fut justement appelé système des bénéfices, et plus tard régime féodal. Ce régime important doit être étudié de plus près dans ses causes et le développement simultané de ses éléments.

§ 4. — *Origine du système des bénéfices.*

Pour faire comprendre exactement l'origine des bénéfices, il ne faut pas la chercher dans des faits ou des événements isolés; on doit plutôt la relier au principe fondamental de leur institution et à tous les éléments qui coopèrent à sa formation. Les plus nombreuses théories se sont appuyées principalement sur telle ou telle circonstance historique, sur l'ancien système des comitats auquel les bénéfices se rattacheriaient d'une manière directe et, selon nous, d'une manière indirecte; enfin sur l'influence du *precarium* romain. De nos jours seulement, Roth a fait ressortir le nouveau but politique qui se manifeste dans le système des bénéfices des Carlovingiens, ainsi que le lien étroit et le rapport intime qui le rattachent au droit de seigneurie (*seniorat*). Du reste, il faut ici analyser avec plus de soin quelques autres éléments expliqués également par Roth, à raison de leur influence sur l'origine du système des bénéfices (1).

Un coup d'œil d'ensemble sur tous les éléments plus ou moins importants qui ont contribué à former le système des bénéfices nous amène à en formuler l'origine en ces termes : « Un nouveau but politique devient, sous les Carlovingiens, le pivot du système de gouvernement, et ils font servir à l'obtention de ce but

(1) Dans ce qui va suivre, j'ai cherché à présenter tous les éléments essentiels du système des bénéfices dans leur enchaînement logique. Chacun de ces éléments a été expliqué plus ou moins complètement par d'autres, notamment par Roth, qui a fait surtout ressortir le but intrinsèque si important et la forme (droit du seigneur) du système; mais j'ai regretté le manque, chez Roth, d'une bonne méthode qui permit d'apprécier tous les éléments essentiels, eu égard à leur rôle et à leur importance, ce qui était nécessaire pour arriver à caractériser le système d'une manière complète.

les circonstances favorables de l'époque. » Ces circonstances peuvent se résumer ainsi : Ils trouvent des moyens matériels nouveaux que leur procure en grande partie la vaste sécularisation des biens d'église. Ils mettent à profit, d'un autre côté, le *precarium* romain longuement exercé par l'Eglise et qui est proposé comme modèle pour le règlement des rapports des personnes et des biens. Ils font tourner enfin à leur avantage la forme qu'avait revêtue le droit du seigneur, et qui consistait dans un rapport de personne à personne auquel le génie germanique imprime le caractère de la fidélité qui distinguait aussi l'ancien comitat.

Expliquons ici brièvement la nature de ces éléments.

Le nouveau principe politique qui, depuis Charles Martel, se montre au grand jour, c'est de tendre à rabaisser les grands et à les faire rentrer de plus en plus sous la dépendance de la royauté, eux dont la puissance s'était démesurément accrue sous les faibles Mérovingiens (les ducs, parmi eux, s'étaient opposés à l'élévation de Pepin et de ses successeurs); c'est aussi de simplifier le système entier de l'administration gouvernementale, en y introduisant les grands à titre de seigneurs qui, de leur côté, reçurent une plus grande extension de prérogatives vis-à-vis des hommes libres sous leur dépendance. Pour faire prévaloir ces principes, plusieurs buts spéciaux étaient à atteindre, notamment la conservation du système réglant le service militaire et qui avait tant d'importance (1). D'un côté, sans doute, la reconnaissance des seigneurs tendait à affaiblir la puissance royale, puisqu'ils étaient ainsi autorisés à faire valoir

(1) Roth, p. 365, dit : « Avant tout, on s'est efforcé de conserver la constitution de l'armée telle qu'elle se trouvait alors. Une fois que le seigneur fut investi, sur ceux qui faisaient partie de sa maison, des droits que jusqu'alors le comte exerçait comme autorité militaire, l'appel aux armes se simplifia. Le seigneur contractait, au nom de ceux qui étaient sous sa dépendance, l'obligation qui leur incombait de s'acquitter du service militaire; comme il était ensuite tenu de pourvoir aux besoins de ses hommes en tout ce qui concerne les armes, le vestiaire et la subsistance, il devait arriver que beaucoup de pauvres gens qui ne pouvaient parer aux dépenses qu'entraînait le service étaient ainsi amenés à devenir les hommes du seigneur.

à l'égard des sujets du roi des droits qui jusque-là n'avaient été exercés qu'au nom de celui-ci et par ses délégués; mais, d'un autre côté, pour obvier aux dangers qui naissaient d'un tel ordre de choses, on resserra le lien de subordination des seigneurs à la royauté au moyen d'un signe visible, en les astreignant à un engagement d'une nature spéciale (*commende*), et en leur concédant un bien de couronne. Ce genre de concession était donc alors inspiré par un intérêt politique, tandis qu'au temps des Mérovingiens il était fait en récompense de services signalés ou du dévouement, ou encore servait à témoigner de la faveur du souverain (1).

Mais le trésor royal était presque épuisé à raison des prodigalités des Mérovingiens, et par suite ne suffisait plus aux Carolingiens pour atteindre les grands buts qu'ils se proposaient. Au contraire, par suite des riches donations des rois mérovingiens, et bien plus encore, grâce aux fondations de particuliers qui étaient encouragées par des moyens que réprovent les lois positives et morales, le trésor de l'Eglise s'était considérablement accru, à ce point qu'à la fin du septième siècle le tiers de tout le territoire se trouvait concentré entre ses mains (2). Cet état

(1) Ce point, si important pour l'intelligence parfaite du système des bénéfices, a été pleinement élucidé par Roth, p. 358. La collection des biens de couronne à titre de bénéfice est une innovation de l'époque des Carolingiens, non pas tant eu égard au mode de collation adopté, point de vue qui cependant a été trop négligé, qu'en égard au but nouveau à atteindre.

(2) Voyez à ce sujet les renseignements nombreux que donne Roth, p. 253-259. L'art de falsifier les titres était poussé si loin que des trois cent soixante diplômes mérovingiens que cite par exemple Breguigny, cent trente environ sont incontestablement faux. Voyez Roth, p. 257. Même plus tard, quand l'Eglise n'eut plus à craindre la sécularisation de ses biens, les moyens illicites s'accrurent au delà de toute mesure, à tel point que Charlemagne crut opportun de s'exprimer à cet égard d'une manière énergique dans le *Capitulare duplex Aquisgranense anno 811* (Pertz, III, 167), où il est dit, C. 5 : « Inquirendum si ille seculum dimissum habeat, qui quotidie possessiones augere quolibet modo qualibet arte non cessat, suadendo de caelestis regni beatitudine, comminando de æterno supplicio inferni, et sub nomine Dei aut cujuslibet sancti tam divitem quam pauperem, qui simplicioris naturæ sunt, et minus docti atque cauti inveniuntur, si (*sic*) rebus suis expoliant et legitimos heredes eorum exheredant, ac per hoc plerosque ad flagitia et scelera propter inopiam compellunt, ut quasi necessario furta

de choses ne fut pas sans péril pour l'Etat, une masse de personnes, même d'hommes libres, étant amenée par suite des immunités et privilèges dont jouissait l'Eglise à préférer dépendre des fondations ecclésiastiques. D'un autre côté, les intérêts de la religion en souffrirent, puisque l'ambition séculière y trouva un aliment et que la licence des mœurs pénétra dans les cloîtres. Une telle situation avait déjà occasionné le mécontentement (1) de Winfried Boniface, qui prit la résolution d'y remédier. Les fils de Charles Martel, Carloman et Pepin, d'accord, comme on le croit, avec leur ami Boniface (2), conçurent un plan qui devait à la fois tourner à l'avantage de l'Eglise et de l'Etat. D'après ce plan, il fut fait un inventaire des biens de l'Eglise sur toute la surface du royaume, et ils furent ensuite tous sécularisés; mais suivant des modes divers : dans l'Aus-

et latrocinia exerceant. » C. 6 : « Iterum inquirendum quomodo seculum reliquisset, qui cupiditate ductus propter adipiscendas res, quas alium vidit possidentem, homines ad perjuriam et falsa testimonia precio conduit. » C. 7 : « Quid de his dicendum qui quasi ad amorem Dei et sanctorum ossa et reliquias sanctorum corporum de loco ad locum transferunt, ibique novas basilicas construunt et quos cumque potuerint, ut res suas illuc tradant, instantissime ad hortantur. Palam fit hoc ideo factum ut ad aliam perveniat potestatem » (Roth, 253). Charlemagne avait déjà, le premier, essayé de soumettre à l'approbation royale la translation du patrimoine (C. 805, 5, 134), et Louis le Débonnaire défendit au clergé d'accepter des donations qui entraînaient l'exhérédation des parents (C. 817, 7, 207). Mais déjà les privilèges de juridiction dont jouissait le clergé rendaient très difficile d'attaquer les dispositions faites en sa faveur; toute tentative de ce genre était d'ailleurs menacée d'être punie de l'excommunication par presque tous les conciles des sixième et septième siècles (Röth, 254). Montesquieu, *Esprit des lois*, XXXI. 10, estime que, sous les trois dynasties, l'ensemble des biens du royaume a passé plusieurs fois entre les mains du clergé. « Le clergé recevait tant, » dit-il, « qu'il faut que dans les trois races on lui ait donné plusieurs fois tous les biens du royaume. »

(1) Voir la lettre de Boniface au pape Zacharie dans Léon, *Cours*, etc., I, p. 437.

(2) Roth, p. 359, remarque que nulle part ne se trouve la protestation de Boniface, et que certainement il aurait eu le courage de la formuler s'il l'eût crue opportune. Léon, p. 438, ne doute pas que Boniface n'ait été le promoteur d'une telle mesure pour assurer par ce sacrifice le salut de l'Eglise et lui rendre l'indépendance. Sur la sécularisation, voyez plus au long Roth, p. 314-366.

trasié (Carloman), le bien, en certains cas, devait faire retour à l'Eglise; dans la Neustrie (Pepin), une partie du bien était irrévocablement perdue; mais, comme compensation, le clergé reçut, outre les décimes ecclésiastiques, un autre décime pris sur les biens sécularisés (c'est-à-dire un décime et une none). En améliorant la situation de l'Eglise, Boniface contribua aussi à améliorer la puissance de l'Etat. Cette sécularisation, revêtue d'une véritable sanction légale après l'assentiment du clergé réuni en concile, et qui cependant fut ultérieurement considérée par les successeurs de Pepin comme injustice à jamais regrettable, offrait les moyens matériels propres avant tout à faciliter à Pépin l'avènement à la royauté, et en particulier à développer sur une vaste échelle le système des bénéfices.

Après cette sécularisation, il fut possible de conférer des bénéfices royaux, non seulement aux vassaux du roi, mais encore d'une manière générale à tous les seigneurs, et de les attacher au roi par la *commende*. En se reliant étroitement à l'institution des seigneurs déjà existante, et dont les progrès furent encore plus encouragés par les Carlovingiens, le système de bénéfices reçut, en ce qui touche le rapport des personnes, son organisation complète.

L'institution des seigneurs avait pris naissance à la suite de l'augmentation du pouvoir des grands et du joug qu'ils faisaient peser de plus en plus sur les personnes libres de classe inférieure. Celles-ci commencèrent sous Charles Martel, sans rien perdre de leur honneur et de leur liberté, à s'enrôler dans la suite de quelque grand, laquelle jusque-là ne s'était composée que d'hommes non libres. Ces personnes libres se liaient au seigneur, en entrant dans sa suite, par un engagement contracté sous la forme de la commende (*se commendare*) et par le serment de fidélité analogue à celui que prêtaient, au temps des Carlovingiens, les personnes qui se faisaient admettre dans la suite particulière du roi et qu'on appelait *vassi* ou vassaux (1), assimilés ainsi aux antrustions des Mérovingiens. Ces hommes

(1) *Vassus*, en gaélique *uas* ou *uasal* (Léon, 436), signifiait, au temps des Mérovingiens, un non-libre, et, au temps des Carlovingiens, celui qui était attaché à la suite du roi ou du seigneur.

libres, une fois entrés dans la suite d'un grand, devenaient *vassi* ou *vassaux*, et leur chef était appelé seigneur. Les *vassaux* du roi furent plus tard, pour les distinguer, désignés sous le nom de *majores homines*. Mais cette seigneurie et ce vasselage ne supposaient pas nécessairement un bénéfice. L'étendue considérable de terrain dont ils pouvaient disposer poussa le roi et les seigneurs à conférer respectivement à leurs *vassaux* des fonds en jouissance à titre de bénéfices; toutefois il y avait des *vassaux* sans bénéfices et des bénéfices sans *vassaux* (on peut citer pour ce dernier cas des prêtres, des moines, des femmes). Le seigneur contractait seulement l'obligation de protéger le vassal; ce dernier devait dévouement et fidélité au seigneur pendant tout le cours de sa vie. Après la sécularisation des biens d'Eglise, la collation d'un bénéfice, non seulement aux *vassaux*, mais encore aux seigneurs, ne fut pas une règle exclusive, mais plutôt l'élément le plus important et le moyen le plus efficace propre à établir, d'une manière directe ou indirecte, la subordination à la couronne.

La collation d'un bien à titre de bénéfice n'est nullement empruntée au droit allemand. L'idée en est venue du *precarium* romain, mode depuis longtemps déjà suivi par l'Eglise, qui, en règle générale, s'était rattachée au droit romain. Il y avait longtemps que l'Eglise avait introduit au sein des Allemands les concessions de terre sous le nom même de *beneficium* (1). La terre ainsi concédée ne reçut que plus tard le même nom. Cette condition de précarité était singulièrement propre à encourager et à augmenter les donations aux établissements ecclésiastiques, le donateur se réservant pour lui, et souvent pour ses descendants, la jouissance et l'usufruit du bien donné.

Lorsque, à son tour, l'Eglise concédait un terrain, sa propriété exclusive, ou l'ajoutait au bien donné, ce n'était pas une semblable réserve d'usufruit qui avait lieu naturellement, et, au lieu de cette condition, une prestation en retour avantageuse était stipulée.

(1) Dans la loi 14, Dig., *De precario* (43, 26), il est dit : « Magis enim ad donationis et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii conditio. » Ce mot *precaire* est encore plus employé dans la suite, § 5, I, 14, C., *De sacro sanctis ecclesiis* (I, 2). Waitz, II, 198.

En même temps se modifiaient le principe et l'usage traditionnel allemand, d'après lesquels une concession de terres à un autre plaçait ce dernier, vis-à-vis de l'auteur de la concession, dans une certaine situation de dépendance, et faisait encourir, notamment à l'homme libre, une diminution de ses droits de liberté. Du reste, une telle transformation dut s'opérer avant que le système proprement dit des bénéfices, qui n'impliquait pas par lui-même une atteinte à la liberté de la personne, pût être en vigueur. Elle fut due à l'influence du droit romain, qui, pour les mutations n'opérant pas translation réelle de propriété, n'exigeait que le paiement d'une légère redevance, sans admettre aucune autre obligation personnelle.

L'influence de l'Eglise contribua peut-être encore plus à ce résultat. Celle-ci, à qui la religion donne un ascendant si puissant, étant autorisée, comme personne morale, à faire les concessions dont s'agit, elles n'entraînaient dès lors, à part le concours d'autres circonstances, pour celui qui les acceptait, aucune diminution de l'honneur et des droits de liberté, d'où il advint que plus tard, lors de la mise en vigueur du système des bénéfices, la situation légale du bénéficiaire ne fut pas amoindrie.

Ce système reçut l'empreinte du caractère propre de l'esprit germanique. La tendance de cet esprit à fonder sur un lien moral tout rapport juridique entre deux personnes (1) fit donner aussi pour base à un semblable rapport naissant de la collation d'un bénéfice l'obligation morale de la fidélité, d'une part, et celle de la protection, de l'autre. L'ancien système des *comitats*, de même que la forme ultérieure des rapports qui s'établirent entre le roi et les antrustions, servirent moins de type à cette réciprocité d'obligation que l'organisation hiérarchique qui se rattache à l'essence même du génie allemand, appliqué à fonder au sein de la société un système de relations personnelles permanentes.

Du rapprochement de ces éléments et de leur combinaison est sorti le système des bénéfices. Le principe qui lui sert de base est complexe, formé qu'il est du concours de diverses in-

(1) Waitz a également bien apprécié ce point, II, p. 202.

fluences. On ne saurait le considérer comme une institution réellement germanique ni comme un développement naturel des principes de l'ancienne société germanique. L'esprit germanique n'a fait qu'imprimer son caractère propre aux éléments étrangers qui le constituent. Pour être mis en harmonie avec l'état social d'alors, ce système devint, sous les Carlovingiens, une institution politique ayant un but uniforme et général.

Ce système des bénéfices s'éleva aux proportions du régime féodal proprement dit; une fois qu'eut prévalu la coutume qui faisait passer, à titre héréditaire, aux fils et autres agnats du vassal, le bien concédé. Cette coutume fut approuvée ensuite par Charles le Chauve (877), en même temps que sont réglés le rapport personnel entre le seigneur et le vassal, ainsi que les droits et obligations attachés à la propriété féodale. Au dixième siècle, ce genre de bénéfice, soumis aux règles dont s'agit (il en existait encore d'une autre nature), fut désigné généralement sous la dénomination de *feodum* ou *feudum* (1) (*feum* et *feovum* également). Le régime féodal fut donc, sous une forme particulière, un développement du système des bénéfices.

Ce système constitue une partie essentielle de la constitution proprement dite des Carlovingiens, qui va être l'objet d'une étude succincte.

§ 5. — *La constitution des Carlovingiens.*

L'ordre politique et social, tel qu'il fut établi par Charlemagne, soit dans son harmonie avec l'ancienne constitution dont il était un développement, soit dans sa combinaison avec de nouvelles institutions, reposait sur les principes fondamentaux suivants (2) :

(1) L'ancienne opinion, d'après laquelle ce mot dériverait de *fidelis*, doit être rejetée. Il vaut mieux se rattacher à l'étymologie celtique, qui résulte du vieux mot allemand *Feo*, « bien, » en y ajoutant un *d* pour éviter le hiatus de la terminaison latine, de même qu'on le fait dans *Campus Maius* (*Madius*). Voir Philipps, *Histoire du droit*, etc., p. 145. Léon, ouvrage déjà cité, p. 525.

(2) Comparez Eichhorn, ouvrage déjà cité, 1, § 158, et Walter, § 55.

1. *Principes généraux.* — Par suite du rétablissement de la dignité romaine impériale (*renovatio imperii*), l'*imperium mundi*, qui en était inséparable, fut reporté sur la tête de l'Empereur. Mais comme le nouvel empire était chrétien, le pouvoir spirituel, qui s'était constitué, avant tout, indépendant du pouvoir séculier et avait reçu dans le pape un chef suprême, fut détaché du domaine temporel. L'Eglise et l'Etat sont envisagés comme parties d'un seul tout (1), de la chrétienté, pour le bien de laquelle Dieu même a institué deux autorités : l'une tient immédiatement de Dieu ses pouvoirs, suivant le dogme religieux, l'autre d'une manière médiate. Il fut établi de la sorte, pour ainsi dire, deux assises de l'ordre social : le pouvoir spirituel et la monarchie temporelle (qui fut plus tard monarchie féodale), tous deux reposant sur le principe chrétien et germanique de la fidélité. Le domaine temporel fut relié également au domaine spirituel par le lien de la fidélité, et le chef du pouvoir spirituel dut être institué après une entente préalable avec l'empereur, qui était appelé à approuver sa nomination. Les deux ordres se pénètrent, se soutiennent mutuellement et réagissent l'un sur l'autre, à raison des buts divers, moraux et matériels que chacun d'eux poursuit. Ils se développent ainsi parallèlement, de telle sorte que les institutions ecclésiastiques servent de type à la constitution civile.

On ne saurait notamment contester que les synodes n'aient servi de modèle aux diètes de l'Empire, et que les attributions, ainsi que la plénitude de pouvoir que reçurent les comtes délégués, ne fussent réglés sur les pouvoirs de l'évêque dans ses visites pastorales, et le droit de *placitum*, qui leur était dévolu dans leur ressort, sur les attributions des synodes provinciaux.

(1) Voir les citations tirées du concile de Paris, VII, a. 829, dans Eichhorn, § 158. Le pouvoir spirituel fut mis au-dessus du pouvoir temporel dans le concile *ap. S. Macram*, a. 881, can. 1 : « Solus dominus noster Jesus Christus vere fieri potuit rex et sacerdos. Post vero nec rex pontificis dignitatem, nec pontifex regalem potestatem sibi usurpare præsumpsit. Et tanto est dignitas pontificum major quam regum, quia reges in culmen regium sacrantur a pontificibus, pontifices autem a regibus consecrari non possint, et tanto gravius est pondus sacerdotum quam regum, quando etiam pro ipsis regibus in divino redditori sunt examine rationem. »

La diète de l'Empire était le centre du gouvernement, tant pour les affaires du domaine temporel que pour celles du domaine spirituel (1).

1. Dans l'ordre politique, la constitution carlovingienne forme la transition à celle qui, dans son complet développement, porte le nom de féodalité. Le système des bénéfices fut établi d'abord, par intérêt politique, sur une grande échelle, par les Carlovingiens. Charlemagne développa ultérieurement ce système en vue de réaliser un plan complet d'organisation hiérarchique de l'Etat, en faisant de la classe des seigneurs une sorte de degré intermédiaire, de manière à relier tous les seigneurs à l'Empereur, comme étant lui-même le seigneur suprême et le centre où tout viendrait aboutir. La transmission héréditaire des bénéfices, qui, plus tard, servit de base au régime féodal proprement dit, était en opposition avec le but politique fondamental, consistant à faire dépendre tous les membres du centre.

2. La dignité royale était, comme chez les Mérovingiens, héréditaire. Toutefois, Charlemagne établit la nécessité de l'approbation des grands à chaque nouveau règne, ainsi que celle de l'intervention du peuple (sans en déterminer la forme). La puissance royale de l'Empereur avait un triple but : la protection de tous ceux incapables de se protéger eux-mêmes, de l'Eglise surtout et de ses ministres, des veuves et des orphelins, le maintien de la paix et l'administration de la justice. Les anciens droits germaniques de faire la guerre et la paix, qui appartenaient à la communauté indépendante du peuple, étaient passés au roi. En fait, le roi exerçait aussi une influence sur la législation et sur le gouvernement ecclésiastiques. Ce dernier était confié à l'archiprêtre, et le pape ne pouvait y intervenir que par l'intermédiaire de celui-ci. Certains droits appartenaient également au roi, en ce qui touche la nomination aux évêchés et aux abbayes ; l'administration et la jouissance des biens des ordres monastiques, la juridiction sur les évêques étaient aussi tout au moins exercées sous sa surveillance. Cet ensemble de prérogatives royales était en complet

(1) Eichhorn, § 158.

désaccord avec la doctrine des évêques, qui, dans le domaine spirituel, n'admettent qu'un droit de protection et prétendent faire considérer leur autorité comme pleinement indépendante (1). En outre, le pouvoir royal était en général étendu à beaucoup d'autres matières, à la législation pénale notamment. Toutefois, l'exercice de presque aucune des prérogatives royales ne saurait être censé pleinement indépendant et efficace sans l'intervention de la diète.

3. Situation des sujets.

Non seulement les grands, comme on l'a cru longtemps, mais tous les hommes libres avaient déjà, sous les Mérovingiens, dû prêter au roi le serment de fidélité (*Leudes amio juramentum fidelitatis*), mais seulement à chaque changement de règne et pour toute nouvelle expédition guerrière. Charlemagne se fit prêter, en sa qualité d'empereur, un nouveau serment par tous les hommes libres et décida qu'à l'avenir toute autre personne devenant libre et étant apte au serment devrait immédiatement le prêter.

4. Les fonctionnaires du royaume et dignitaires de la cour.

Lorsque la charge de *major domus* se fut éteinte avec Pepin le Bref, nous voyons à la tête de la chancellerie royale un référendaire; mais bientôt il s'opéra un partage d'attributions; pour les affaires touchant à l'ordre spirituel, on établit un *apocrisius capellanus*, et pour les affaires juridiques, non moins que pour les contestations à porter devant la cour du roi, le *comes palatii*. Il y avait aussi d'autres employés de cour : les *ministeriales* (officiers de service) (2), qui se rencontrent également auprès de tous les grands et qui étaient ou *capitanei* supérieurs, tels que le *camerarius*, en particulier *seniscalcus*; *comes stabuli*, ou bien *capitanei* inférieurs.

5. Les états et les diètes du royaume.

Toutes les affaires importantes du royaume étaient traitées avec le concours des états du royaume. Sous les Mérovingiens, la revue de l'armée, passée sur le *campus martius*, était mise à

(1) Eichhorn, ouvrage déjà cité, § 158.

(2) Voyez à ce sujet l'œuvre principale de Furth, *Les officiers de cour*, 1836.

profit pour arrêter avec les grands de l'Etat des projets de loi et autres décisions et les faire approuver par le peuple. C'est ainsi que Pepin, en l'année 755, fit, dans le mois de mai (*campus madius*), une revue de l'armée dont le besoin se faisait sentir pour une expédition. Pour les affaires du royaume, l'usage était de tenir deux assemblées annuellement; à la première, qui ordinairement correspondait au *campus madius*, devaient se présenter tous les états du royaume, c'est-à-dire tous les grands de l'ordre spirituel et de l'ordre séculier, les évêques, les abbés, les comtes et autres fonctionnaires supérieurs; le reste des vassaux et les officiers de cour n'étaient appelés que pour ajouter à la splendeur de la diète et se bornaient à apprendre les décisions rendues sans pouvoir prendre part aux délibérations. Les évêques et abbés d'un côté, les comtes et autres grands de l'autre, délibéraient séparément ou réunis s'ils le préféraient. Le roi, si le désir en était exprimé, pouvait aussi avoir séparément avec les délibérants des conférences confidentielles. Du reste, les décisions prises par les évêques et abbés dans les matières n'intéressant que l'ordre spirituel avaient besoin, comme toutes les autres, de la sanction du roi. La décision de la diète approuvée par le roi (*capitulare*), était signée par tous les membres présents. La seconde assemblée, en automne, était uniquement consacrée à l'expédition des affaires moins urgentes et moins importantes, ou à une délibération anticipée sur les affaires de l'année suivante. Cette réunion se composait seulement des seigneurs, c'est-à-dire de tous ceux qui étaient unis au roi par le lien de la *commende* et de quelques autres personnes de l'ordre clérical ou laïque en qui celui-ci avait une confiance spéciale (1).

6. Les comtes délégués.

L'institution des comtes délégués (*missi dominici*) eut sous Charlemagne une grande importance. Déjà, sous les précédents rois carlovingiens, des délégués avaient été envoyés sur tous les points du royaume pour assurer la stricte observation des règlements de la monarchie. Charlemagne, tout en supprimant dans la plus grande partie du territoire la charge de duc, qui

(1) Eichhorn, § 161.

offrait des dangers pour la royauté, employa le ministère des comtes délégués pour surveiller les provinces et assurer l'exécution des réformes par lui introduites. Dans chaque ressort de délégation (*missaticum*), on trouvait habituellement un évêque et un comte, le premier préposé aux affaires religieuses et ecclésiastiques, le second aux affaires temporelles. La mission des comtes délégués s'étendait à toutes les branches de l'administration. Le soin de convoquer les diètes provinciales rentrait par suite dans leurs attributions. Il leur appartenait spécialement de pourvoir à une administration régulière de la justice, et dans ce but, ils tenaient en différents lieux et pendant quatre mois de l'année, une session judiciaire.

La constitution des districts subit sous Charlemagne de graves modifications. D'après l'ancienne organisation territoriale, le royaume des Franks était divisé en circonscriptions cantonales ou districts, dont chacun, en règle générale, était gouverné par un comte que le roi désignait (*grafio*) (1), *comes*, nommé aussi *judex*, préposé à l'administration de la justice et au service militaire. Tout comté se divisait en *centenæ*, dont les chefs (*centenarius tunginus*) étaient appelés *hunnæ*; les *centenæ*, à leur tour, se subdivisaient en marches (*marcæ*), plaines, circonscriptions dont les membres formaient avec leur président, une commune. Les comtes, pris en règle générale par le roi parmi les propriétaires établis dans le ressort même du comté, devinrent bientôt si puissants qu'ils constituèrent une véritable cour plénière avec les officiers du roi (ministériels), et étendirent leur droit de vasselage sur beaucoup de personnes qui se mettaient sous leur protection. Depuis le neuvième siècle, à la qualité de comte se trouva attachée en règle générale une dotation fixe comme *res* ou *pertinentia comitatus*, ou bien la possession de bénéfices irrévocables. Charlemagne apporta à cette organisation des modifications particulières. Il établit d'abord d'un côté que, pour

(1) Le mot *Graf* doit être considéré, avec Léon, *Histoire des coutumes allemandes*, p. 345, comme ayant une origine celtique. Il vient du mot *grav*, « couper, » « inciser, » ou encore « écrire. » Cette racine se rencontre dans d'autres mots des langues indo-européennes, par exemple dans *γραφειν*, ainsi que dans le mot allemand *Graben*, « creuser. » *Graf* signifie donc un écrivain supérieur, une sorte d'écrivain public.

le besoin de l'administration, trois grandes assemblées seraient tenues annuellement auxquelles seraient obligés de se présenter tous les hommes libres de la circonscription; de l'autre, il transforma en sessions judiciaires les assemblées qui avaient lieu jusque-là en dispensant les hommes libres de la commune (*rachimbourgs*) du devoir d'y prendre part. Ce devoir ne fut plus imposé qu'aux échevins (*scabini*), lesquels étaient élus par les délégués du roi, mais avec le concours des comtes et du peuple.

Dans l'organisation judiciaire telle qu'elle fut réglée depuis Charlemagne, on distinguait, pour chaque comté, de basses et hautes juridictions, les premières tenues par les vicaires ou centeniers, les autres par le comte et son représentant (*vicecomes*). Dans ces dernières seulement, il était statué sur la vie et la liberté, sur les grands crimes et sur la propriété des fonds de terre et des serfs.

La levée militaire fut réglée à nouveau par Charlemagne, et il fut fait ici une situation privilégiée aux grands de l'ordre laïque et du clergé, mais les adoucissements introduits par Charlemagne en faveur des plus pauvres de la classe des hommes libres ne firent qu'accélérer la décadence de celle-ci et refroidirent beaucoup l'ardeur guerrière. D'un autre côté, les comtes usaient, à l'égard de cette classe, d'une multitude de vexations, en les appelant soit à l'armée, soit à siéger aux assemblées judiciaires, de telle sorte que les hommes libres de la classe infime se virent forcés d'abandonner, à titre onéreux ou gratuit, leur propriété au comte, plus souvent encore aux établissements religieux et aux couvents. Ainsi disparut insensiblement la plus grande partie des hommes libres, et ce qu'il faut remarquer surtout, c'est que des portions très nombreuses du territoire se transformèrent en biens d'église et de couvent, ce qui agrandit considérablement le droit de seigneurie des évêques et abbés et contribua par suite à développer leurs tendances envahissantes (1).

7. Les immunités (2).

A l'aide des immunités, l'Eglise, le fisc et les grands de l'or-

(1) Walter, § 124, 132.

(2) Id., § 103.

dre séculier eurent au sein de l'organisation administrative générale, eu égard à la gestion de leurs biens, une situation particulière et qui eut dans la suite de graves conséquences puisqu'elle servit de base à la suprématie territoriale. Les couvents et les établissements religieux, de bonne heure exemptés des impôts publics et placés sous la protection particulière du roi, qui en confia l'exercice à un préposé spécial, obtinrent le droit de faire administrer par leurs propres soins la justice civile et criminelle dans l'étendue de leurs possessions. Parmi les préposés à ce service se trouvait le défenseur (*advocatus*), l'officier de justice proprement dit, lequel devait être nommé avec le concours du comte et du peuple. Dans leurs possessions, le fisc et les grands de l'ordre séculier exercent de semblables droits.

La civilisation, sous beaucoup de rapports, fit de remarquables progrès. Dans la sphère du droit, en général, la personne et la propriété sont unies par des liens plus solides et l'esprit de communauté propre au Germain se montrait dans la formation d'associations de divers genres, pour le soulagement de la misère (notamment de sociétés d'assurances contre l'incendie, contre les naufrages). D'un autre côté, l'instruction et l'éducation religieuse se perfectionnaient beaucoup, et des établissements de refuge et de bienfaisance, sous la direction spéciale de l'Eglise, couvraient de leur protection les pauvres, les veuves, les orphelins, les serfs et les voyageurs.

SECONDE ÉPOQUE

DEPUIS L'AN 888 JUSQU'À L'ÉTABLISSEMENT DE LA PAIX PERPÉTUELLE
EN 1495.

§ 1. — *L'empire allemand considéré comme monarchie féodale.*

Considérée dans son ensemble, cette époque présente une vaste coordination hiérarchique de tous les rapports de la vie, de toutes les conditions sociales reposant sur ce principe fondamental que chacun, depuis les sommités religieuses et politiques jusqu'aux couches inférieures du peuple, ne doit pas dépasser la sphère propre qui lui a été assignée pour l'exer-

cice de ses droits et l'accomplissement de ses devoirs. Cette époque présente, en outre, dans des sens divers, un développement des oppositions et des variétés de principes qu'elle renfermait à l'état de germe. De même que le caractère de chacune des races exerce immédiatement et sous beaucoup de rapports une action prépondérante dans la fondation des nouveaux duchés, de même la suprématie territoriale, qui prend sa source dans les droits d'immunités et privilèges accordés aux grands du clergé et de l'ordre séculier, s'élève à l'encontre de la suprématie impériale, ce qui ouvre la voie en Allemagne à une pluralité de pouvoirs. De cet état de choses, mal défini à l'origine, naît l'antagonisme et la lutte entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel; et comme dans ce conflit prédomine toujours de plus en plus le mobile terrestre du clergé, on finit par en appeler à une réforme de l'Eglise dans son chef et dans ses membres sous l'influence de la réaction naturelle de l'idée chrétienne mieux comprise. L'élément populaire se fortifie dans les cités qui tirent leur prospérité de l'industrie et du commerce et commence, avec succès, la lutte contre la noblesse, qui, dégénérant en un système organisé de violence et d'abus de la force, opprimait rudement le peuple. Finalement, se révèle l'antagonisme entre le droit romain, d'un côté, qui progressait toujours et répondait mieux à une partie des besoins nouveaux de l'état social, et le droit germanique, de l'autre, perdu dans les divisions féodales, presque frappé de stérilité et subissant des déviations multipliées. Tous ces conflits n'amènèrent à aucune conciliation. Ils finirent plutôt par procurer la victoire tantôt à l'un, tantôt à l'autre des principes opposés (1).

(1) Il me paraît ici convenable de présenter dans une note, sous forme d'aperçu sommaire, l'histoire des événements politiques de cette période : Après la dissolution de l'empire des Carolingiens, en 888, régnèrent d'abord Arnolphe (888-899), fils naturel de Carloman, et son fils Louis le Petit (900-911), appelés les bâtards carlovingiens. Ensuite fut librement choisi pour roi le duc des Franks, Conrad 1^{er} (912-918), et à partir de son règne l'Allemagne est ainsi devenue un empire électif. Après sa mort, parvinrent au trône des rois de la race saxonne : le puissant monarque Henri 1^{er} (919-936), son fils Othon 1^{er} dit le Grand (936-974), qui, en sa qualité de successeur des Carolingiens, se fit de nouveau attribuer la cou-

§ 2. — *L'organisation intérieure de l'Empire.*1. *Le gouvernement de l'Empire.*

Malgré la dissolution de l'empire carlovingien, l'esprit qui

ronne, de telle sorte que ce principe, qu'en étant couronné le roi devient Frank, reprend son empire. Plus tard, il se fit nommer roi des Lombards et couronner empereur par le pape Jean XII, en 962. Il fut, dès lors, reconnu en principe que l'élection du roi d'Allemagne comprend aussi celle de l'empereur romain, ce qui coupa court à la prétention des papes de disposer à leur gré de la couronne impériale. Ils conservèrent seulement le droit de contrôle sur la régularité et la validité de l'élection, et, en cas de doute à cet égard, le droit de la confirmer ou de l'annuler (Walter, ouvrage déjà cité, § 162). A partir de ce moment, la couronne impériale et celle d'Italie restèrent attachées à la couronne d'Allemagne. Cette union fut, pour cette dernière, la source de nombreux embarras; mais il est hors de doute qu'elle fut, d'un autre côté, une cause essentielle de civilisation et de grandeur, de même qu'elle fit au-dehors une puissante diversion à l'absence de progrès à l'intérieur. L'Empire gagna peu sous les rois qui suivirent, sous Othon I^{er} le fils, Othon II (974-983), son fils Othon III (983-1002), Henri, duc de Bavière, leur parent et dernier rejeton de la maison de Saxe, comme aussi sous Henri II (1002-1024), mis au nombre des saints parce qu'il avait su, par de nombreuses concessions, s'assurer les faveurs du clergé. Sous les empereurs saxons l'empire allemand avait gagné en étendue de territoire; mais le pouvoir ne s'était pas fortifié. Les charges féodales des ducs et des comtes étaient avec le temps devenues héréditaires. Les libertés communales se perdirent en grande partie et trouvèrent un refuge pour l'avenir dans les cités qui s'élevèrent, et durent en partie leur prospérité à la faveur impériale (Othon le Grand). La dynastie saxonne s'étant éteinte, la couronne passa à la maison des Franks Saliens, de 1024-1125, qui fournit des monarques puissants, mais en même temps trop absolus : Conrad II (1024-1039), qui unit à l'Empire le royaume de Bourgogne, son fils Henri III (1039-1056), lequel forma le projet de fonder la monarchie impériale héréditaire et d'élever le pouvoir de l'Empereur au-dessus de celui du pontife romain; son fils Henri IV (1056-1106), lequel s'engagea dans un déplorable conflit avec Grégoire VII. Ce pape, qui tendit de toutes ses forces à affermir la puissance papale et à faire considérer le pouvoir séculier comme une concession émanant du chef suprême du spirituel, s'opposa à ce que les évêques reçussent l'investiture du pouvoir laïque et veilla à l'observation rigoureuse du célibat. Sous Henri V (1106-1125), la querelle des investitures se termine par le fameux concordat de Worms, conclu avec le pape Calixte II en 1122 (*concordatum calixtinum*). En vertu de ce concordat, les évêques et les abbés durent être élus librement par le clergé

faisait sa vie survécut encore quelque temps au sein de l'ordre nouveau. La chrétienté fut considérée comme une vaste communauté, dont les deux chefs, l'Empereur et le pape, devaient, de concert, assurer le bonheur en se prêtant une assistance mutuelle, sans qu'aucun d'eux sortît de la sphère de ses propres

et institués, en ce qui concerne leurs fonctions spirituelles, par le pape; mais ils durent aussi recevoir leur investiture de l'Empereur eu égard à leurs possessions temporelles. Henri V étant mort sans laisser de postérité, Lothaire le Saxon, de Supplinbourg, fut d'abord élu roi (1125-1137) au préjudice du plus proche parent de Henri, Frédéric de Hohenstaufen; mais après la mort de Lothaire les Hohenstaufen arrivèrent au pouvoir (de 1138-1254). Conrad III (1138-1152) compromit son pouvoir aux yeux de l'Allemagne en renouvelant la lutte entre les Hohenstaufen (*Wiblinger*, Gibelins), et les Welfes (Guelfes) et en s'engageant dans la seconde croisade. Son petit-fils, Frédéric 1^{er} Barberousse (1152-1190), se montre puissant et richement doué, mais en même temps cruel; il chercha avant tout à rehausser le prestige de la royauté en Allemagne en subjuguant l'Italie, fit établir par des juriconsultes, dans la diète tenue en 1158 dans les champs de Roncaglia, ses droits de suprématie tels que les fixait le code de Justinien; mais il entra en conflit avec le pape, fut la cause d'un schisme dans l'Eglise et mourut à la troisième croisade. Son fils Henri VI lui succéda; mais son règne fut de courte durée (1190-1196). Après lui, son frère, Philippe de Souabe (1197-1208), se vit opposer Othon de Brunswick, fils de Henri le Lion; mais ce prétendant périt en 1218 après avoir subi une grande défaite. Déjà, antérieurement, en 1212, le fils de Henri VI, Frédéric II, avait été reconnu par la plupart des princes comme souverain légitime. Ensuite lui furent opposés comme empereurs: Henri Raspe de Thuringe (1246-1247) et Guillaume de Hollande (1247-1250). Frédéric II, le plus distingué des Hohenstaufen, puissamment doué, aimant la science et l'art, mais presque antichrétien et de mœurs déréglées par suite de son éducation à demi sarrasine, se trouva en lutte continuelle avec la papauté, voulut faire de l'Italie le centre de son empire, et affaiblit, en Allemagne, le pouvoir royal, ayant fait de nombreuses concessions aux princes ecclésiastiques et séculiers, dans le but d'assurer l'élection de son propre fils Henri. Ce fut un grand pas fait vers l'établissement de la suprématie territoriale et vers l'amoindrissement du royaume, qui se réduisit à un état fédératif. Son fils, Conrad IV (1250-1254), donna lui aussi toutes les préférences à l'Italie. A sa mort se produisit le malheureux interrègne (1254-1274), durant lequel quelques princes étrangers, Richard de Cornouailles et Alphonse de Castille, portèrent le titre d'empereur. Tandis que dans l'empire des princes et évêques se disputaient la suprématie territoriale, les chevaliers et leurs vassaux se transformaient en coureurs d'aventures. L'anarchie, le droit du plus fort, *Faust Recht*, « droit du poing, » régnait sans partage. A cette situation

attributions. Mais cette sphère, n'ayant pas été nettement déterminée sous le rapport moral et juridique, il en résulta plusieurs conflits qui compromirent beaucoup le bonheur de la chrétienté.

La situation respective du pape et de l'Empereur fut modifiée

intolérable cherchèrent à remédier les ligues formées par plusieurs cités. On peut citer, comme les plus célèbres, la ligue hanséatique et celle des cités rhénanes. L'élection de Rodolphe 1^{er} de Habsbourg (1273-1292) releva l'Empire. Ce monarque se montra aussi énergique que prudent et désireux d'entretenir de bonnes relations avec le pouvoir spirituel. A sa mort, son fils Albert fut mis de côté et le choix se porta sur Adolphe de Nassau (1292-1298). Mais ce dernier fut vaincu par Albert, qui régna de 1298 à 1308. Ce monarque, par sa dureté, fut cause de la fondation de la confédération helvétique, et il fut tué par son neveu, Jean de Souabe (le Parricide), auquel il avait enlevé l'héritage que lui avait laissé son père en Souabe. Son successeur fut Henri VII de Luxembourg (1308-1313), qui unit la Bohême à l'Empire et dont l'avènement fut célébré en Italie par Dante dans son écrit sur la monarchie. A sa mort, les sept princes électeurs, l'Electeur palatin, les Electeurs de Mayence, de Trèves, de Cologne, de Bohême, de Saxe et de Brandebourg, qui s'entendaient d'ordinaire pour l'élection, occasionnèrent une guerre de succession, les uns ayant élu Louis de Bavière (1313-1347), les autres Frédéric d'Autriche (1313-1330).

La persistance des papes Jean XXII et Benoît XII à maintenir la bulle d'excommunication lancée contre Louis détermina les princes électeurs à se réunir en une sorte de conclave, en 1338; ils y annulèrent l'interdit qui pesait sur l'Allemagne et proclamèrent solennellement que la royauté et l'Empire comme pouvoirs suprêmes viennent directement de Dieu et non du pape, que par suite il n'est pas besoin que les rois et les empereurs fussent confirmés et couronnés par le pape. Mais la scission qui eut lieu entre eux amena l'élection d'un autre empereur de la maison de Luxembourg, Charles IV, fils de Jean, roi de Bohême, lequel ne fut universellement reconnu qu'après la mort de Louis. Charles IV (1347-1378) se préoccupa avant tout d'étendre le pouvoir de sa maison. Il fit décréter la loi de l'Empire connue sous le nom de Bulle d'or, en 1356, qui attribuait exclusivement aux sept princes électeurs le droit d'élire l'Empereur et réglait leur rang respectif. Il s'appliqua uniquement au gouvernement de ses Etats héréditaires; il y fonda, en 1348, à Prague, l'université. Son administration, impuissante et impropre à assurer l'exécution des lois, ramena le règne de la force brutale, surtout sous son fils Wenceslas, qui lui succéda (1378-1408). Celui-ci, restant en Bohême où il régna en tyran, se livra à toutes sortes de débauches et abandonna entièrement à lui-même l'empire allemand. Ce fut alors que les cités de la Souabe, de la Franconie et des contrées rhénanes formèrent une ligue dite de *Souabe* contre la noblesse adonnée au brigandage, laquelle

à la suite du triomphe remporté par le premier dans la querelle des investitures. Tandis qu'antérieurement, l'Empereur, du moins d'après l'opinion prédominante, était censé le soutien de la puissance spirituelle, il se vit alors placé dans un état d'infériorité relative vis-à-vis du pape dont il reconnut le droit à la prééminence (1).

forma de son côté des ligues de chevaliers. Lorsque les princes électeurs eurent déposé Wenceslas, en 1480, ils élurent Robert le Palatin (1400-1410), qui ne put rétablir la bonne harmonie ni dans l'ordre laïque ni au sein du clergé, dont la réforme en Bohême avait Jean Huss pour promoteur. Son successeur, Sigismond (1410-1437), frère de Wenceslas, mit fin à la guerre des Hussites, qui s'était déclarée après que Jean Huss et Jérôme eurent été livrés au bûcher (1415 et 1416). Toutefois, il se vit forcé par le manque d'argent à céder au burgrave de Nuremberg, Frédéric de Hohenzollern, la marche de Brandebourg. Tel fut le commencement du royaume de Prusse. La maison de Luxembourg s'étant éteinte avec Sigismond, son gendre, Albert II d'Autriche (1438-1439), fut couronné empereur. Quoique élective, la couronne, à partir de ce moment, et sauf une courte interruption survenue sous Charles VII le Bavaurois (1742-1745), demeura constamment assurée à la maison des Habsbourg d'Autriche. Albert, dans le cours de son règne de peu de durée, put faire preuve de sa bonne et ferme volonté de rétablir l'ordre dans l'Empire; mais son neveu, Frédéric III, qui lui succéda (1440-1493), ne sut pas continuer son œuvre. Sous son long règne, les Turcs, après s'être emparés de Constantinople, avancèrent en conquérants jusque dans les Etats héréditaires d'Autriche; la Hongrie et la Bohême se choisirent des rois indigènes, et le bouleversement de l'Empire fit sentir de plus en plus le besoin d'une nouvelle constitution. Celle-ci fut établie sous Maximilien I^{er} (1493-1519), lequel convoqua à la diète de Worms les seigneurs de l'ordre laïque et ecclésiastique ainsi que les délégués des cités pour arrêter les bases d'une constitution destinée à prévenir le retour des troubles, mais qui eut en même temps pour résultat d'affaiblir la puissance impériale. C'est alors que fut fondée la paix perpétuelle. Il fut défendu de faire usage d'armes pour se défendre, sous peine d'être mis au ban de l'Empire. Dans le but d'aplanir les difficultés ou contestations qui peuvent s'élever entre les princes de l'Empire fut fondée la chambre de l'Empire. Un peu plus tard l'Empire fut divisé en dix cercles, Autriche, Bavière, Souabe, Franconie, principauté électoral de Rhin, haut Rhin, Westphalie, haute Saxe, basse Saxe et Bourgogne, ce qui ne fit qu'augmenter la puissance des seigneurs du territoire. Après la malheureuse guerre contre les conjurés, la Suisse, par la paix de Bâle, en 1499, fit reconnaître son indépendance vis-à-vis de l'Allemagne.

(1) A cette infériorité relative, l'auteur du *Miroir de Saxe au treizième siècle* fait allusion dans sa doctrine bien connue des deux épées. — Sur ce

L'idée de domination universelle attachée à l'Empire ne put jamais prévaloir en Occident. La Lombardie et la Bourgogne seules demeurèrent unies à l'empire allemand, et les princes de Hongrie, de Pologne et de Bohême devinrent vassaux de l'Empire.

Le chef suprême du Saint-Empire romain allemand, c'est le roi élu suivant l'usage, à Aix-la-Chapelle, par les trois évêques du Rhin réunis et ensuite couronné ordinairement empereur par le pape. Il est le premier seigneur suzerain des vassaux de l'Empire, le chef supérieur dont relèvent les officiers de l'Empire, l'arbitre suprême des cités et villages. Chargé de veiller au maintien et d'assurer l'exécution de la loi, il conserve à chaque classe et à chaque condition ses prérogatives et ses libertés traditionnelles. Il est, en outre, le défenseur des veuves, des orphelins, des pauvres et de tous autres qui ont besoin d'assistance. De concert avec les Etats de l'Empire, il rend les ordonnances et décrets nécessaires et donne sa sanction aux règlements et traités les plus importants ou qui touchent à l'intérêt général.

C'est en son nom que se rend la justice; il dispose des *régales de l'Empire* qu'il peut céder à titre de fief (ce qui a été l'occasion de libéralités répandues à profusion sur les princes, les seigneurs et les cités de l'Empire). Comme empereur, il est constitué d'une manière toute spéciale le protecteur de toute la chrétienté, *dominus mundi*, chargé de défendre la foi et l'Eglise en tout lieu. Il a un rôle influent dans l'élection du pape et prend part à la convocation des conciles généraux. Mais la hauteur de sa dignité ne saurait élever l'Empereur au-dessus de la loi. S'il violait la loi de l'Eglise, il pouvait être soumis aux pénitences publiques ecclésiastiques et même excommunié; au cas de violation de la constitution, il pouvait être mis en accusation par les princes et traduit devant leur juridiction, que présidait le comte palatin du Rhin. Encourait-il la peine de mort, il devait être déposé avant que le jugement fût rendu (1). Pour son élection,

point de vue consultez aussi le *Droit politique allemand*, de Dönnig, p. 479 et suiv. Walter, § 228, n'a fait ressortir que l'opinion qui a prévalu ultérieurement.

(1) Walter, § 228 et 229.

le droit d'y concourir reste concentré sur la tête de peu de personnes. Dans le principe, on y procédait en faisant présenter un candidat par les grands dignitaires et vassaux de l'Empire, candidat qui devait ensuite être agréé par le peuple rassemblé, lequel exprimait son assentiment en levant les mains. Mais, finalement, l'élection à deux degrés se perdit et avec celle-ci disparut la coopération du peuple. Le droit d'élection fut restreint aux sept princes électeurs seulement, droit qui leur fut solennellement confirmé par la bulle d'or de 1356. Parmi ces princes, trois appartenaient au clergé : c'étaient les archevêques de Mayence, de Trèves et de Cologne, et les quatre autres à l'ordre séculier : le comte palatin du Rhin, le duc de Saxe, le margrave de Brandebourg et le roi de Bohême.

II. — Changements dans la constitution provinciale (1).

Le triomphe du principe de l'hérédité des charges de l'Empire, contraire à la constitution carlovingienne, amena de grands changements. Des trois institutions importantes, les délégués du roi, les margraves et les comtes palatins, la première n'avait pu se soutenir. Le réveil et la recrudescence de l'esprit de nationalité de chacun des peuples dont se composait l'Empire amenèrent la reconstitution des duchés. Le rétablissement des ducs, qui se produisit d'une manière différente chez chaque peuple d'origine diverse, déplaça le centre de direction gouvernementale qui passa aux provinces. Les ducs exercèrent alors une partie des attributions des anciens délégués. Devant la puissance des ducs dut tomber aussi le pouvoir des comtes palatins qui, à l'origine et lorsque cessèrent les fonctions des délégués, représentaient le roi pour assurer le cours de la justice et surveiller la gestion des biens et revenus de l'Empire. Il y avait sans doute au treizième siècle les comtes palatins de Saxe, de Bavière, de Franconie et de Souabe; mais ils n'exerçaient plus aucun pouvoir sur les territoires des princes, et leur charge elle-même transformée n'était plus qu'une principauté ordinaire. Le comte palatin du Rhin, seul, conserva une principauté privilégiée et les droits attachés à une charge de l'Empire. Parmi les margraviats, deux méritèrent à peine une attention

(1) Walter, § 163 et suiv.

spéciale dans l'histoire : celui de la marche orientale ou royaume d'Autriche, fondé par Charlemagne pour protéger les régions du bas Danube, et la marche de Brandebourg, qui n'a que des communications lointaines avec les marches créées par Charlemagne sur la rive gauche de l'Elbe, pour opposer une barrière aux Slaves (1). Mais comme la charge de duc, en devenant héréditaire, pouvait compromettre non seulement la suprématie de l'empereur, mais même celle des autres grands vassaux immédiats de l'Empire, tels que les évêques, les comtes et les seigneurs, ceux-ci s'efforcèrent, soit en empiétant sur les pouvoirs des ducs, soit en suivant la tendance générale d'alors à l'organisation de gouvernements séparés, de réunir à leurs charges les droits même inhérents au duché. De semblables efforts furent encouragés successivement par les empereurs, dans le but d'affaiblir la puissance des ducs. C'est ainsi que les comtés devinrent héréditaires, une fois surtout qu'il y fut attaché d'une manière permanente et irrévocable des bénéfices. Les titulaires des évêchés et des abbayes virent augmenter leurs possessions dans une mesure considérable, ce qui contribua à les faire sortir de leur sphère spirituelle et à les jeter beaucoup trop dans la sphère des intérêts temporels (2). Recevant l'investiture du roi à raison des régales attachés à leur charge, investiture qui s'opérait par la remise de l'anneau et du bâton pastoral, ils semblaient également relever du roi pour leurs fonctions spirituelles. De là s'éleva la querelle des investitures (qui fut apaisée en 1122 par le Concordat de Calixte; voir p. 333 et suiv., note). Par suite de ces changements, nous voyons tous les grands du clergé et de l'ordre séculier, à partir de la fin du douzième siècle, répartis en deux classes principales, un peu plus tard désignés sous le nom de princes et seigneurs. L'une comprend ceux qui exerçaient les droits de duc, qu'ils en portassent ou non le nom et qui, par suite, étaient immédiatement unis à l'Empire; l'autre, ceux qui ne se trouvaient pas dans ce cas.

(1) Walter, § 164.

(2) Id., § 177.

III. — L'origine de la suprématie territoriale :

De la réunion des droits de duc proprement dits avec les immunités et privilèges conférés aux grands du clergé et de l'ordre laïque et de l'hérédité des fiefs et comtés est sortie la suprématie territoriale (1). Par lettres patentes de l'empereur Frédéric II (1220 et 1230) furent confirmés les privilèges déjà obtenus. Les droits inhérents à la suprématie territoriale consistaient à rendre la justice, à protéger ou à défendre ceux qui se trouvaient établis sur le territoire, à lever des troupes. L'administration des finances et le recouvrement de l'impôt en étaient aussi une dépendance, puisque le seigneur du territoire percevait les revenus des domaines, le produit des régales, les amendes et impôts sans avoir besoin de recourir aux Etats, et avec leur concours obtenait des subsides ou une nouvelle levée d'impôts (*stiura*, renforcement). Le seigneur du territoire avait sa cour et ses officiers de cour comme l'Empereur. Il tenait également des assemblées composées de tous les membres de sa cour et les diètes provinciales, ces dernières spécialement destinées à aplanir les conflits entre les grands et à rendre la justice à ceux qui recouraient spontanément à sa juridiction. Le concours des grands était exigé pour le règlement de toutes les affaires importantes (2).

IV. La féodalité (3) devint le lien général d'union de toutes les parties du territoire. Le régime féodal de l'Empire a dû sa naissance, comme on l'a remarqué, à la conversion des grandes charges en bénéfices, des titulaires de ces charges en vassaux et à leur transmission héréditaire, qui en fit oublier insensiblement la nature et les amena à se confondre avec le bénéfice ou le fief lui-même. Les fiefs de l'Empire étaient alors, en se référant aux institutions du douzième siècle, les duchés, les margraviats, les comtés palatins et provinciaux, ainsi que les comtés immédiatement unis à l'Empire, s'ils n'étaient pas donnés en propriété. Il faut y ajouter aussi les principautés locales, les juridictions, les droits du seigneur banneret et au-

(1) Eichhorn, § 299 et suiv. Walter, § 195.

(2) Walter, § 263.

(3) Id., § 238.

tres régales. Du reste, sur chaque point du territoire, la féodalité fit des progrès considérables. Les oppressions, qui allaient en augmentant au milieu du cours permanent des hostilités, le besoin qui se faisait sentir d'une protection plus efficace avaient amené beaucoup d'hommes libres à céder leurs biens à des grands du clergé ou de l'ordre séculier, sous la réserve de certains droits, ou à leur payer une redevance sur le bien dont ils restaient alors propriétaires. Ajoutez à cela que les plus pauvres, parmi les hommes libres, voulaient ainsi se soustraire au service militaire, pour eux très pesant. Par suite de leur remplacement s'augmenta le nombre des hommes d'armes non libres, comme aussi il y eut plus d'hommes libres qui embrassèrent l'état militaire, et servaient comme vassaux moyennant la concession de bénéfices. C'est par ce dernier moyen que plusieurs biens ecclésiastiques et beaucoup de dîmes retournèrent à des laïques (1). Les grands possesseurs de biens eux-mêmes, qui étaient obligés de servir dans la cavalerie lorsque l'armée commença à se recruter difficilement, préférèrent, vu l'augmentation d'honneurs et d'avantages qu'ils y trouvaient, devenir les vassaux de quelque seigneur, moyennant la concession qu'ils leur faisaient de leur bien à titre de fief. Ce mouvement fut si général au sein du régime féodal, et s'étendit bientôt dans de si grandes proportions aux fiefs de l'Empire et autres, qu'on finit par essayer d'y rattacher les seigneuries allodiales elles-mêmes sous le titre de fiefs du soleil (2). Les fiefs qui n'étaient pas attachés à des charges de l'Empire furent transformés insensiblement, par la force de la coutume, en fiefs héréditaires. En Italie, l'hérédité fut érigée en loi par Conrad II, en 1037, à la suite d'une décision de la diète tenue à Pavie. Cet empereur se montra aussi, en Allemagne, favorable à un tel principe qui finit par y prévaloir, comme coutume, à partir du douzième siècle. Les vassaux devinrent de cette façon moins dépendants de leurs seigneurs, et, en général, il

(1) Walter, § 193.

(2) Cette expression, « fiefs de soleil, » se réfère à une ancienne idée religieuse sur l'origine de la propriété. Voyez l'article de Menzel dans la *Revue germanique*, 1855, 1^{er} cahier.

fut ainsi opposé une entrave au pouvoir arbitraire des seigneurs et apporté un remède aux funestes conséquences qui en découlaient.

Les officiers de service. — D'importants changements se produisirent dans cette classe. Les officiers de service, que l'on rencontre déjà du temps de Charlemagne et qui formaient une classe à part tout à fait distincte de celle des hommes libres d'un côté, et des hommes non libres de l'autre, se divisaient en trois catégories : 1^o les officiers de l'Empire, qui, de tout temps, dépendaient de l'Empire ou qui étaient attachés au service du prince nommé empereur, votaient et délibéraient avec les princes dans les diètes de l'Empire ; 2^o les officiers des princes ecclésiastiques des couvents et des abbayes, qui, venant immédiatement après ceux de l'Empire, avaient entre eux même rang ; 3^o les officiers des princes, comtes et seigneurs de l'ordre séculier, dont le rang était inférieur. Les changements qui se produisirent alors dans l'ancienne situation des membres de cette classe furent le résultat des concessions, à titre irrévocable, en leur faveur, de nombreux bénéfices, à mesure que s'étendit le régime féodal, dans le cadre duquel finit par rentrer leur service. Vers la fin du treizième siècle, l'opposition tranchée entre leur classe et celle des hommes libres disparut, et, au seizième, le service des officiers ne subsista plus même de nom (1).

Les charges de l'Empire et de la cour (2). — La charge la plus haute de l'Empire était celle d'archichancelier, conférée ordinairement à l'un des trois évêques du Rhin, et qui, finalement, passa d'une manière permanente à l'archevêque de Mayence. Le service ordinaire de la chancellerie n'était pas fait par lui-même, mais bien par un vice-chancelier qu'il nommait. Les quatre grandes charges de cour de la période précédente,

(1) Walter, § 211, ajoute : « après avoir heureusement pendant plusieurs siècles concouru à relever la servitude, à faire progresser les lumières et les mœurs, à établir dans les rapports de subordination une règle plus empreinte de moralité et plus en harmonie avec la dignité humaine, et à développer enfin un système régulier d'administration et d'organisation territoriale. »

(2) Walter, § 230 et suiv.

celles du sénéchal, du maréchal, de l'échanson et du chambellan, à partir du treizième siècle, furent attachées d'une manière permanente à certaines principautés; mais ces offices de cour n'étaient qu'exceptionnellement remplis par les titulaires en personne, et ceux par qui ils se faisaient remplacer se maintinrent dans l'exercice de la charge et insensiblement se l'approprièrent à titre héréditaire, de telle sorte qu'à côté de l'archimaréchal nous trouvons une charge héréditaire de maréchal.

Les Etats de l'Empire (1), que l'Empereur convoquait aux diètes et dont il devait réclamer le concours ou obtenir l'assentiment toutes les fois qu'ils étaient en droit d'intervenir, se divisaient en trois classes, comprenant les princes, les comtes, les seigneurs, et auxquelles vinrent s'ajouter, au treizième siècle, les délégués des cités de l'Empire. Aux diètes de l'Empire se trouvaient souvent unis des synodes ecclésiastiques. Les attributions respectives n'étaient pas encore bien déterminées; mais au quinzième siècle s'établit la coutume qu'à la diète les princes électeurs formaient à eux seuls un premier collège, les autres princes, comtes et seigneurs un second, et les députés des cités de l'Empire un troisième. En outre, l'Empereur tenait souvent des diètes de cour et de princes (*conventura curiæ*) formées par la réunion d'un petit nombre de grands, dans le but d'expédier des affaires de peu d'importance ou de préparer celles qui devaient être portées aux Etats.

Le système militaire de l'Empire, à commencer par l'antique appel aux armes, subit de graves modifications, par suite de la diffusion du régime féodal. La milice féodale constitua dès lors la partie la plus essentielle de la nouvelle organisation. L'état de cavalier servit de transition à l'ordre des chevaliers. La collation du droit de seigneurie impliquait une subordination, et, le plus souvent, l'obligation du service militaire. La nation parut alors divisée uniquement en deux classes : l'une formée de ceux qui prenaient part aux guerres de l'Empire et aux expéditions lointaines, et l'autre de ceux qui restaient pour cultiver la terre, mais qui, en leur qualité de tenanciers ou soumis à la protection d'autrui, étaient grevés de redevances et

(1) Eichhorn, § 290 et 435. Walter, § 235 et suiv.

corvées, et ces derniers échangeaient facilement leur situation contre une autre qui les rendit dépendants de la cour, à mesure qu'augmenta l'oppression des plus faibles par les plus puissants. D'après la nouvelle organisation du système militaire, chaque Etat de l'Empire devait fournir son contingent composé de ses hommes-liges, de ses officiers et vassaux. Ces contingents étaient distribués et venaient se ranger par ordre sous chacune des sept oriflammes de l'armée. Un état de rôle de l'Empire précisa plus tard d'une manière plus exacte le nombre des contingents que devaient fournir les Etats de l'Empire, et dont l'équipement, ainsi que la subsistance, étaient mis à leur charge. Un impôt général de guerre, levé dans tout l'Empire à l'occasion de la guerre des Hussites, en 1427, et qui fut connu sous le nom de denier commun, n'eut pas de bon résultat (1).

Les cités (2). — Une heureuse impulsion fut donnée à l'organisation des cités. Sous leur influence devaient se développer les éléments de vitalité d'un ordre nouveau propre à seconder le mouvement intellectuel et industriel et appelés à être autant d'instruments employés à reconquérir les principes germaniques de liberté et d'autonomie et à renverser les institutions du moyen âge. La constitution de ces cités eut une origine allemande, et on ne doit pas y voir, comme on le crut plus tard, une continuation du régime municipal romain, puisque les cités, sur les bords du Rhin et du Danube, fondées sous les Romains, perdirent leur constitution première pendant l'invasion (3). C'est seulement dans le cours des dixième et onzième siècles que les cités germaniques se reconstituèrent à l'aide d'éléments indigènes, toutefois d'une manière différente. On doit en distinguer trois sortes eu égard à la nature du pouvoir public qui, à l'origine, a présidé à leur fondation : les cités épiscopales, les cités royales ou impériales et les cités territoriales qui se formèrent plus tard.

(1) Eichhorn, § 291. Walter, § 200, 249, 253 et 431.

(2) Eichhorn, § 310 et suiv. Walter, § 212, 224.

(3) Voyez surtout l'œuvre principale d'Hégel, *Histoire de la constitution des cités d'Italie*, 1847. 2^e partie, et l'article de la *Revue mensuelle générale* (Kieler), 1854, p. 166.

La constitution des cités épiscopales; résidences d'évêques, fut réglée sur les privilèges et immunités que ceux-ci obtinrent pour elles. Les cités royales ou impériales durent pour la plus grande partie leur origine aux châteaux et résidences royaux et aux lieux fortifiés du royaume. Les cités territoriales se formèrent de différentes manières en tombant sous la dépendance d'un seigneur investi des droits de comte. Le régime de ces cités de diverses sortes fut laissé, dans le principe, à l'arbitraire des évêques, des préposés du roi ou des seigneurs; leurs membres, autrement dit les citoyens, ne purent le plus souvent se faire représenter que par des échevins. Toutefois, elles gagnèrent si rapidement en force et en puissance, que déjà aux douzième et treizième siècles, elles ont réussi, à force de demandes, à obtenir un collège de conseillers, des consuls, des jurés et ensuite des bourgmestres nommés à l'élection. Au dehors, elles formèrent entre elles des ligues (v. p. 334, note). Leur état de prospérité leur permit souvent de profiter de l'état de gêne financière des princes pour acquérir des biens hors de leur périmètre et gagner ainsi les droits de seigneurie et de juridiction inhérents à la possession de ces biens. D'importants changements se produisirent dans le régime intérieur des cités à partir du quatorzième siècle, par suite de l'extension et de l'augmentation de puissance de la classe industrielle qui réclamait aussi sa part des libertés conquises (1). Les métiers s'étaient constitués depuis le douzième siècle en ligues, compagnies ou corporations qui ne pouvaient être maintenues que du consentement du seigneur de la cité, de même que leurs présidents à l'origine étaient nommés par lui ou par le conseil de la cité. Mais au treizième siècle, les corporations de métiers obtinrent presque généralement le droit d'élire elles-mêmes leur chef ou patron. Des luttes opiniâtres et souvent sanglantes engagées à cette occasion, et qui tournèrent finalement à l'avantage des corps de métiers, eurent pour résultat de leur faire assigner un rôle important dans l'administration de la cité. Le plus souvent, en effet, ces luttes amenèrent le changement de l'ancienne constitution municipale et l'introduction d'un élément nouveau des

(1) Walter, § 222.

corps de métiers, de telle sorte que ceux-ci obtinrent au sein du conseil un nombre déterminé de places ou formèrent une section à part.

Aux progrès religieux, moraux et intellectuels, diverses voies furent ouvertes.

L'esprit religieux, mieux dirigé et ayant plus d'influence que ne pouvaient lui en donner ses représentants, trop souvent égares à la poursuite d'intérêts temporels, pénétra insensiblement tous les éléments de la civilisation, droit et Etat, science, arts et métiers. Il fut en pratique la source de nombreux bienfaits, et, à part quelques écarts ou déviations, fit éclater sa puissance et sa merveilleuse fécondité. Le pouvoir croissant de la papauté, qui fut grandement favorisé par les décrétales pseudo-isidorienne, contrebalança souvent lui-même, par son action salutaire, la rudesse de mœurs, la prédominance des intérêts temporels et de l'égoïsme, et opposa aussi, à plusieurs reprises, une entrave au relâchement de mœurs du clergé. Les grandes possessions de ce dernier, toutefois, furent pour lui une tentation perpétuelle de sortir de sa sphère spirituelle. Les croisades eurent de grands résultats. Sans compter l'essor que prit le commerce par suite de la découverte de nouvelles voies de terre et de mer, du rapprochement et des communications plus faciles entre les peuples, l'unité morale de la chrétienté se révéla ainsi dans tout son jour et cette idée pénétra tous les esprits où elle s'affermir profondément. Il en fut ainsi de la guerre de Troie, qui mit en évidence l'unité morale de la Grèce. D'un autre côté, le but extérieur, proprement dit, la prise de possession du saint-sépulcre et de la Terre-Sainte n'ayant pas été atteint, cet échec au dehors amena la conscience à rentrer en elle-même et à se tourner vers les choses saintes. A côté de la doctrine rigoureusement scolastique, se manifesta la tendance à un mysticisme qui s'insinuait jusqu'aux profondeurs de l'âme (Bonaventure, mort en 1274). La renaissance de l'étude de l'antiquité donna une plus forte impulsion à l'investigation des sources dans le domaine de la théologie. Les universités (Paris, Prague, 1348) (1), devinrent les centres d'un mouvement intel-

(1) Vienne (1363); Heildelberg (1386); Cologne (1388); Erfurt (1392); Leip-

lectuel plus indépendant. La direction meilleure donnée à l'esprit moral et religieux, qu'alimentaient des études scientifiques plus profondes, fit imprimer un blâme sévère aux tendances séculières du clergé, et comme on n'en tint aucun compte et que la démoralisation des cleres ne fit qu'augmenter, on entendit bientôt retentir au sein de l'Eglise le cri universel qui appelait une réforme dans son chef et dans ses membres. Mais à ce surcroît d'impulsion donné à l'affranchissement intellectuel par la science, se joignit aussi le désir d'agrandir la sphère de la liberté juridique et de renverser partout les entraves qu'y opposait la féodalité. Ce mouvement libéral fut accéléré d'une manière décisive par l'introduction du droit romain, qui se montrait dans toutes ses dispositions favorable à la liberté personnelle.

TROISIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS L'ÉTABLISSEMENT DE LA PAIX PERPÉTUELLE (1495), JUSQU'A LA DISSOLUTION DE L'EMPIRE (1806).

Cette période présente d'un côté le maintien des éléments opposés qui s'étaient déclarés dès le siècle précédent; de l'autre, le développement des éléments de la civilisation qui minèrent par la base le système tout entier, et finalement en amenèrent la ruine à la faveur d'événements qui se produisirent à l'étranger. C'est ainsi que fut alors consolidée la suprématie territoriale des seigneurs en opposition avec les droits de la couronne. Cette opposition d'éléments dans l'ordre politique donnait la main à une autre de l'ordre religieux, à laquelle elle servait de point d'appui. Si, en effet, la suprématie territoriale n'eût pas prévalu antérieurement, il aurait été bien difficile à la Réforme de prendre pied et de faire de si rapides progrès. De son côté, la Réforme réagit à son tour dans un sens favorable à la conservation de ce droit des seigneurs et trouva dans le nou-

zig (1408); Rostock (1415); Louvain (1426); Mayence (1441); Griefswalde (1456); Bâle (1459); Fribourg (1460); Trèves (1472); Ingolstadt (1472); Tubingue (1477); Francfort-sur-l'Oder (1506).

veau royaume de Prusse, à mesure qu'il s'agrandissait, la base la plus large d'opérations. A l'étranger, l'Empire se montra très affaibli, miné qu'il était par des troubles incessants à l'intérieur. L'étranger s'immisçait de plus en plus dans les affaires de l'Allemagne. Ajoutez à cela que plusieurs princes allemands acceptèrent des couronnes à l'étranger (le prince électeur de Saxe, Auguste II, celle de Pologne en 1697, le prince électeur George de Hanovre celle d'Angleterre en 1714). Menacé du côté de l'Est par les Turcs, l'Empire abandonna à la France des portions importantes de territoire; heureusement que l'Empereur put s'appuyer sur sa maison, composée de puissants vassaux. On peut d'ailleurs leur rendre cette justice, et il en fut ainsi plusieurs fois, que, malgré la tendance incontestable de tous les princes à pourvoir au bien particulier de leurs Etats, les vassaux de la maison de l'Empereur, lequel ne pouvait être raisonnablement tenu de sacrifier à la couronne le bien de ses vastes Etats héréditaires, protégèrent l'Empire contre les entreprises du dehors et tinrent en respect les autres puissances européennes. L'histoire de l'Allemagne est plutôt, à cette période, celle des Etats isolés; mais, en dépit de l'affaiblissement politique et des nombreuses guerres, pour la plupart soutenues sur le territoire allemand, on ne saurait méconnaître le progrès continu, pendant ce temps, des lumières, de la moralité et du bien-être matériel. Tandis qu'en Angleterre et en France, les deux extrêmes opposés se développaient, dans l'une la liberté civile et politique, dans l'autre le pouvoir de l'Etat, l'Allemagne faisait rayonner d'une foule de centres les lumières d'un progrès se répandant sur une plus vaste échelle et embrassant, dans de plus justes proportions, toutes les branches de l'activité. La culture intellectuelle ne put que gagner, et son influence grandir avec les universités mieux organisées, et devenues, grâce à la Réforme, plus nombreuses, ce qui leur permit de se constituer finalement sur de nouvelles et plus solides bases (Halle, Gottingue).

Mais par-dessus tout, l'apparition du vaste système philosophique, le premier qu'ait produit le génie allemand (Leibniz, Wolf), eut un grand retentissement dans le monde de la science et seconda puissamment le mouvement social.

La philosophie s'éleva, en face de l'Etat et de l'Eglise, comme une troisième puissance indépendante, aspirant à gouverner le monde, et demeura, dans l'ordre intellectuel, le vrai principe réformateur qui suscita et encouragea partout les efforts tendant à améliorer les institutions civiles et politiques; la législation civile, encore plus la législation criminelle, favorisant et faisant prévaloir partout les vues humanitaires. La Révolution française arrêta, en quelque sorte, le cours paisible de ce développement naturel; mais elle aplanit pour l'avenir les voies vers la centralisation politique. Ce résultat fut obtenu pour l'Allemagne par la médiatisation de centaines de principautés ecclésiastiques et séculières sur la décision rendue par les députations de l'Empire en 1803, sous l'approbation de la France et de la Russie. Ce fut la première secousse imprimée par la Révolution et dont l'effet fut irrésistible. Cette secousse ébranla et renversa les institutions du moyen âge, l'organisation féodale de la propriété et de l'industrie, et finit par amener, en 1806, la chute de l'Empire. A sa place, s'éleva, en 1815, le nouveau système de confédération d'Etats dont les inconvénients et les lacunes firent sentir bientôt le besoin d'un lien plus fort, propre à tenir unies les diverses parties de l'Allemagne et à rendre à celle-ci son ancienne puissance politique (1).

L'organisation de l'Empire et la constitution territoriale doivent être soigneusement distinguées à cette époque.

A. *L'organisation de l'Empire. Le principe fondamental.* — L'Empire présenta toujours, d'une manière plus tranchée, la forme d'une confédération d'Etats reliés chacun l'un à l'autre par le lien féodal. Déjà, antérieurement, les seigneurs avaient

(1) Depuis le commencement de cette période jusqu'à la dissolution de l'Empire, règnent : Maximilien I^{er} (1493-1518); Charles V (1519-1558); Ferdinand I^{er} (1558-1564); Maximilien II (1564-1576); Rodolphe II (1576-1612); Mathias (1612-1619); Ferdinand II (1619-1637); Ferdinand III (1637-1657); Léopold I^{er} (1657-1705); Joseph I^{er} (1705-1711); Charles VI (1711-1740), avec lequel s'éteint la dynastie des Habsbourg. Après le court interrègne durant lequel fut élu empereur le prince électeur de Bavière, Charles-Albert, sous le titre de Charles VII (1742-1745), l'époux de Marie-Thérèse se fit nommer empereur (1745-1764); Joseph II (1764-1790); Léopold II (1790-1792); François II (1792-1806).

conquis plusieurs garanties consacrant leur droit de suprématie territoriale ; tels étaient les privilèges appelés *de non evocando* (1370), et, plus tard, l'institution d'une juridiction de l'Empire, qui devait être exercée par l'Empereur conjointement avec les Etats ; ajoutez-y enfin la répartition du territoire en cercles (réduits à dix depuis 1521), qui comprenaient chacun un composé de plusieurs provinces. Mais tout cela n'était qu'un prélude à la charte élective soigneusement motivée, présentée par les princes électeurs, en 1521, à Charles-Quint. Par là fut assigné définitivement à l'Empire le caractère d'état fédératif, caractère qui reçut finalement une sanction internationale par le traité de paix de Westphalie en 1648, garantissant aux seigneurs de province leur suprématie (souveraineté). Dès lors, le droit public de l'Empire et le droit public territorial restèrent distincts et furent l'objet de travaux séparés, lors de la lutte engagée sur le terrain de la science entre les fauteurs des droits de César et les fauteurs des droits des princes.

A partir de Ferdinand Ier, l'Empereur ne fut plus couronné à Aix-la-Chapelle, mais au siège de l'élection, à Francfort-sur-le-Mein. Charles-Quint, en 1530, fut le dernier qui fut couronné par le pape comme empereur romain et roi de Lombardie. Après lui, ses successeurs se nommèrent *empereurs romains* élus, et le titre de *roi romain* ne servit plus qu'à désigner le successeur de l'Empereur qui était élu d'avance. Les droits de l'Empereur se restreignirent toujours davantage, tandis que s'augmentaient ceux des Etats de l'Empire. L'idée qu'on se faisait anciennement de la toute puissance impériale, *plenitudo potestatis*, avait disparu. Les droits (1) de l'Empereur étaient, d'une part, ceux qu'il se réservait (*jura reservata*) soit sans condition, soit avec l'assentiment des princes électeurs, et, d'autre part, ceux qu'il ne pouvait exercer que conjointement avec les Etats, tels que le pouvoir législatif. Les droits impériaux réservés étaient ceux de *veto* absolu dans la législation de l'Empire, d'exercice de la souveraineté féodale de l'Empire (comme *prodominus*), de représentation de l'Empire à l'extérieur ; ce dernier droit était toutefois soumis à certaines restrictions en ce qui touche la con-

(1) Walter, § 318.

clusion des traités et les déclarations de guerre. Il faut y ajouter la faculté de nommer les comtes palatins et le personnel du conseil des cours de l'Empire, d'octroyer des titres et privilèges, de conférer des privilèges aux universités (la dernière privilégiée fut Gottingue en 1733), consistant dans la collation des grades académiques et la création de notaires impériaux.

A la tête des affaires de l'Empire se trouvait, comme auparavant, le prince électeur de Mayence en sa qualité d'archichancelier de l'Empire; mais celui-ci se faisait représenter à la cour de l'Empereur par un vice-chancelier. L'ordre des affaires fut réglé par Ferdinand I^{er}, en 1559, de telle sorte que celles de l'Empire étaient séparées de celles ayant trait aux Etats héréditaires : les premières étaient dévolues au conseil de l'Empire tel qu'il existe actuellement, fonctionnant en sa double qualité de conseil de l'Empereur dans toutes les affaires d'intérêt général ou féodal ou rentrant dans le pouvoir gracieux, et de cour de justice représentant l'Empereur au nom duquel se rendent les jugements. Au contraire, le tribunal des chambres de l'Empire se composait pour la plus grande partie de la représentation des Etats, mais ne présentait pas une bonne organisation et la marche de l'instruction des affaires y était extrêmement embarrassée (1).

Les princes électeurs, dont le nombre fut porté par le traité de Westphalie de sept à huit, plus tard, en 1691, à neuf, et réduit derechef à huit, par suite de l'extinction de la maison de l'Electeur de Bavière en 1777, nombre qui se maintint jusqu'en 1803, virent apporter par ce même traité des restrictions à leurs privilèges pour le maintien desquels ils avaient encore renouvelé, en 1555, l'alliance électorale. Ces restrictions résultaient de la disposition par laquelle la plus grande partie des affaires de l'Empire était dévolue aux diètes auxquelles devaient concourir tous les Etats.

Les Etats de l'Empire. — Il y avait, d'un côté, des seigneuries relevant immédiatement de l'Empire sans avoir le droit de figurer aux Etats; tel était le cas de la chevalerie de l'Empire,

(1) Une vérification faite en 1772 par l'empereur Joseph II de la situation du tribunal des chambres de l'Empire établit qu'il y avait un arriéré de 61,233 affaires.

assez nombreuse et réunie en corporations, et de l'autre, il y avait, en sens inverse, des seigneuries tombées sous la suzeraineté d'un prince et dont les titulaires n'avaient pas cessé de faire partie des Etats. Des trois cent trente-quatre seigneuries provinciales qui se comptaient au commencement du dix-neuvième siècle, il n'en restait que deux cent soixante-six, dont les titulaires eussent droit d'être représentés aux Etats. Cette situation fut complètement changée par la décision des députés de l'Empire en 1803, en vertu de laquelle toutes les possessions du clergé, à l'exception de trois seulement, de même qu'aussi toutes les cités de l'Empire (moins Augsbourg et Nuremberg et les quatre actuelles), urent sécularisées et cessèrent, par suite, de relever immédiatement de l'Empire.

L'assemblée de l'Empire se divisait en trois collèges ou curies : 1^o celui des princes électeurs ; 2^o celui des princes, comtes et seigneurs ; 3^o celui des cités de l'Empire. Un décret de la diète de l'Empire, *suffragium imperii*, ne pouvait résulter que de l'accord des trois collèges et de l'approbation de l'Empereur. Dans chaque collège, en règle générale, la décision était prise à la majorité des voix ; toutefois, en matière religieuse, il fallait l'unanimité des voix, et, à défaut de celle-ci, une *itio in partes* était accordée. La diète de l'Empire, à laquelle aux seizième et dix-septième siècles l'Empereur et les Etats se rendaient souvent en personne, ne se composa plus que de délégués à partir de 1803, époque où elle s'ouvrit à Ratisbonne et devint dès lors permanente, ce qui ne fit qu'embarrasser encore davantage l'expédition des affaires. Les Etats catholiques et les Etats appartenant à la communion évangélique se réunissant pour la protection de leurs intérêts religieux respectifs étaient distribués en deux groupes formant chacun, soit à la diète, soit au sein de l'Empire, un corps spécial (*catholicorum evangelicorum*) : le premier, sous le directoire de Mayence électorale, le second, sous celui de la Saxe électorale.

Le système militaire et financier, l'organisation judiciaire et administrative de l'Empire, allèrent de plus en plus en s'affaiblissant. L'armée de l'Empire, qui se composait de petits contingents, souvent même incomplets, et consistant spécialement, depuis les guerres des Hussites, en troupes mercenai-

res, ne conserva quelque importance qu'à raison de la levée des troupes que faisait encore en cas de guerre l'Empereur dans ses possessions héréditaires ; les finances de l'Empire se bornaient au produit de l'impôt qu'on appelait *mois romains*, produit qui, d'après le recensement fait pour l'année 1521, se porta en totalité à 128,000 florins et à partir de 1737 ne fut plus que de 58,280. La chevalerie de l'Empire consentait un *subsidium caritativum*. Il était fait une situation déplorable à l'administration de la justice, exercée concurremment par le tribunal des chambres de l'Empire et par le conseil de l'Empire, le premier formant un tribunal supérieur d'appel pour les États médiats de l'Empire. Cette situation empira encore plus par la double raison que, d'un côté, les seigneurs de province virent s'étendre toujours davantage en leur faveur un *privilegium de non appellando*, cas où leur juridiction comprenait forcément trois degrés (1), et que de l'autre, le pouvoir d'exécution était souvent suspendu entre les mains de l'Empereur en cas de recours de la part du succombant à la diète de l'Empire, ce qui, finalement, passa à l'état de coutume. La police administrative de l'Empire était frappée d'impuissance en dépit des trois ordonnances impériales apportant des améliorations (la dernière date de 1577) et qui se rapportaient spécialement à la surveillance des mœurs (le luxe des vêtements, la mendicité, le blasphème, etc., etc.) et en outre au système monétaire.

B. *La constitution territoriale.* — Sur toute l'étendue des territoires de province, les seigneurs, notamment depuis la paix de Westphalie, s'étaient élevés à une souveraineté presque absolue (aujourd'hui appelée *jus territoriale*, *jus superioritatis*, suprématie territoriale). La bulle d'or avait établi, à l'égard des princes électeurs séculiers, l'ordre de primogéniture pour la transmission héréditaire de leur charge, qui devait passer à l'aîné, à l'exclusion des autres. Enfin, cette règle fut adoptée par les autres princes, et finit aux dix-septième et dix-huitième siècles par être introduite dans toutes les maisons faisant partie des États de l'Empire. Les seigneurs obtinrent, pour la conservation et la garantie de leurs possessions, le droit de contracter

(1) Zöpfl, II, p. 221.

des alliances avec les puissances étrangères, de conclure la paix ou de faire la guerre, pourvu qu'il ne fût pas porté, par là, préjudice à l'Empereur et à l'Empire. Ils eurent aussi la faculté d'envoyer auprès de ces puissances des ambassadeurs; de plus grandes prérogatives encore vinrent s'ajouter à celles-ci, pour les Etats protestants, par suite de la réforme du système ecclésiastique et universitaire. A cette extension de droit, la législation de l'Empire, et à l'intérieur les Etats provinciaux, n'opposaient qu'une bien faible digue. Les droits de ces Etats, à part les nombreuses différences qu'ils présentaient dans chaque pays, eu égard aux privilèges et usages traditionnels, consistaient généralement à consentir les impôts nécessaires, souvent aussi à gérer les finances, même parfois à se réunir en assemblée. Ces droits furent de plus en plus restreints dans la suite des temps, et à ce résultat contribua l'influence incontestable du régime absolu introduit en France à partir de Louis XIII et de Louis XIV. En l'année 1670, la diète fit la proposition formelle à l'empereur Léopold 1^{er} de concéder aux seigneurs un droit illimité, d'imposer leurs sujets, *jus collectandi*; mais l'Empereur opposa son *veto* à une telle proposition. La chute de l'empire allemand entraîna aussi celle des Etats provinciaux, et ce n'est que dans l'acte de fédération de 1815 qu'on les retrouve mentionnés à l'article 13. En revanche, le système militaire s'améliora dans chaque Etat, et spécialement dans la Prusse, laquelle servit de modèle aux autres. Le système financier se perfectionna également par l'introduction de la taxe sur les denrées, qui représenta pour les classes privilégiées ce qu'on appelle l'impôt indirect. La police administrative, à l'intérieur, fit aussi des progrès.

APPENDICE.

L'empire germanique, dix fois séculaire, cessa de subsister, lors de la fédération des Etats du Rhin, réalisée le 12 juillet 1806, sous le protectorat de Napoléon, et dans laquelle entrèrent tout d'abord seize princes allemands. Ce fut alors le 16 août 1806, qu'on vit l'empereur François II, après une noble déclaration, renoncer à la couronne impériale germanique. Après avoir se-

coué le joug de la domination française, les princes souverains et les cités libres de l'Allemagne formèrent, le 8 juin 1815, l'alliance indissoluble connue sous le nom de confédération germanique (1), réunion fédérative, tendant à assurer la sûreté de l'Allemagne à l'intérieur et à l'extérieur, ainsi que l'indépendance et l'inviolabilité de chacun des Etats qui la composent. En même temps, l'acte de confédération garantissait aux sujets des Etats confédérés certains droits, tels que l'égalité des droits civils et politiques pour les membres des trois communions chrétiennes (art. 16); une constitution provinciale (art. 13, et actes définitifs du traité de Vienne, art. 54); une administration régulière de la justice (traité de Vienne, art. 29, droit de recours à raison du deni de justice), le droit d'acquérir la propriété foncière dans tous les Etats de la Confédération (art. 18) et de transférer son domicile d'un Etat dans l'autre. La Confédération eut aussi pour objet, mais d'une manière indirecte, de pourvoir aux moyens qui, sans rentrer dans la sphère propre de ses attributions, tendaient toutefois à assurer le bien-être matériel et les progrès intellectuels de l'ensemble des Etats confédérés ou du peuple allemand. L'organe central de la confédération est l'assemblée fédérale siégeant à Francfort-sur-le-Mein, dans laquelle l'Autriche, aux termes de l'acte (art. 5), a la présidence, et la Prusse la vice-présidence. A l'assemblée, sont représentés tous les membres de la Confédération, chacun séparément ou réunis en divers groupes, de telle sorte que dix-sept plénipotentiaires ont dix-sept voix. S'agit-il d'établir ou de changer des lois fondamentales de la Confédération, de prendre des décisions ou des mesures intéressant la constitution fédérale, et de régler toutes autres questions d'intérêt général, telles que la sanction à donner à une déclaration de guerre ou à un traité de paix, l'admission d'un nouveau membre dans la Confédération (art. 6, et traité de Vienne, art. 12); dans tous ces cas, l'assemblée fédérale se constitue en un *plenum* de soixante-neuf voix, qui sont réparties suivant les proportions établies entre

(1) Les lois fondamentales de la confédération germanique sont l'acte de fédération du 8 juin 1815 et les importantes clauses additionnelles afférentes au traité de Vienne du 15 mai 1820.

les dix-sept plénipotentiaires, eu égard à l'étendue différente de territoire des Etats. Quant aux lois fondamentales, aux institutions touchant aux bases mêmes de la Confédération (*jura singulorum*) ou aux affaires religieuses, aucune décision valable ne peut être prise à la majorité des voix seulement, ni en assemblée restreinte ni *in pleno* (art. 7).

Cette Confédération, sorte de milieu entre une fédération d'Etats et un Etat fédératif, devait se transformer, par suite des ébranlements de 1848, en un véritable Etat fédératif. Une tentative dans ce sens échoua principalement pour n'avoir pas tenu compte des exigences les plus impérieuses du temps présent. Toutefois, on ne saurait méconnaître le besoin irrésistible d'un lien plus puissant entre les Etats pour assurer à la Confédération une plus grande influence à l'étranger, et accroître à l'intérieur sa tranquillité et sa prospérité matérielle. Que l'échec éprouvé soit dans l'avenir un enseignement salutaire, et contribue à convaincre que ni des théories abstraites, ni des vues exclusives ou réminiscences historiques, ne sauraient être données pour base à la fondation d'un nouveau système ou régime politique, mais qu'il faut, avant tout, l'appuyer sur une intelligence claire et une connaissance exacte de son temps et de ses besoins.

SECONDE SUBDIVISION.

COUP D'OEIL HISTORIQUE SUR LES SOURCES DU DROIT.

§ 1^{er}. PREMIÈRE ÉPOQUE.

LES SOURCES DU DROIT JUSQU'À LA CHUTE DE LA MONARCHIE DES FRANKS (1).

I. *Sources du droit en général.* — Avant l'invasion de l'empire romain, les races germaniques ne connaissaient pas de loi écrite, à l'exception des Goths (selon la relation de Jornandès). De

(1) Eichhorn, 1, § 29, 44 et § 142, 157; Zöpfl, 11, 1, § 1, 20; Walter, § 136, 152.

quelle manière toutefois se conservait la mémoire du droit, était-ce par signes ou par adages ? C'est là un point resté obscur. C'est à la suite de l'invasion qu'elles furent amenées à avoir des lois écrites. Une semblable coutume s'explique soit par la crainte de ne plus conserver trace du droit d'origine, soit par la nécessité de fixer les nouvelles relations entre les vaincus et les vainqueurs, relativement à la propriété. Elle s'explique encore par la nécessité de modifier, dans les matières importantes, à mesure que le niveau du bien-être matériel s'élevait, les amendes pénales; et enfin par l'adoption du christianisme, qui réclamait une réforme des principes du paganisme auxquels le droit se rattachait étroitement. La rédaction, à défaut d'une langue écrite originale qui fût avancée, eut lieu, dans un latin plus ou moins corrompu et mêlé à beaucoup de mots techniques des langues germaniques et des nouveaux dialectes romains (sauf pour les lois anglo-saxonnes écrites, pour la majeure part, dans la langue mère). De telles compilations, approuvées dans l'assemblée du peuple, sont appelées : *Leges barbarorum*, par opposition aux *leges romanæ*, qui subsistaient dans l'ancien empire romain de l'Occident pour les populations non germaniques, telles que la *lex romana Visigothorum*, *breviarium Alaricianum* et la *lex romana Burgundiorum*. Les vainqueurs appliquaient encore aux vaincus ce qu'on a appelé le statut des droits personnels ou des droits d'origine, chaque race étant jugée selon son droit propre; par suite, les vaincus des provinces romaines et le clerc généralement, une fois que toute différence de nationalité et de classe eut été effacée (1), furent jugés selon le droit romain.

Les compilations des lois germaniques faites par des prêtres et des habitants des provinces, et où déjà se rencontrent des traces de droit romain, ne sont pas toutefois arrivées jusqu'à nous dans leur forme primitive, mais avec beaucoup de modifications et additions postérieures. Ce fut notamment Charle-

(1) Dans les procès, il convenait que les parties en cause fissent connaître, par une expresse *professio juris*, le droit qui les régissait. Il est à remarquer qu'en 824 les habitants de Rome durent déclarer expressément à quel droit ils se soumettaient.



magne qui, dans le but de fixer les règles du droit, encore très incertaines, se fit envoyer les textes contenant les lois diverses appliquées au sein des populations de chaque partie de l'Empire, et, après avoir fait rédiger et mettre en ordre soigneusement tous ces textes de lois, en présenta une copie à la diète de 802. Ce fut lui qui fit rédiger les lois non encore écrites, et qui, par la suite, en y ajoutant, contribua à les améliorer (1). Ces lois diverses ont trait spécialement au droit pénal, et plus encore au règlement de l'impôt militaire, des amendes pénales, aux châtimens corporels infligés au perturbateur de la paix publique, au droit public du roi et de ses employés, aux intérêts de l'Eglise et à la procédure judiciaire. Le régime de la famille, l'ordre de succession et la propriété n'y sont l'objet que de courtes dispositions. Il en est de même des contrats et obligations, qui n'y sont envisagés que sous leurs rapports les plus généraux. C'est ce qui explique comment, dans beaucoup de matières, continuait à subsister un droit coutumier non écrit. Ces droits nationaux révèlent plusieurs principes de droit commun qui dérivent de leur parenté d'origine (2). Toutefois, l'originalité des races se reflète dans des modifications importantes qu'offrent respectivement ces droits nationaux. C'est ainsi que, dès l'origine, le système juridique allemand présente, à côté des principes de droit commun, d'autres d'une nature toute spéciale et qui lui appartiennent en propre.

II. — *Les droits nationaux envisagés isolément* (3).

1^o La *lex Salica* (4). — Le droit le plus ancien qui était en

(1) Walter, § 140.

(2) Zöpfl, II, 20, énumère divers principes comme étant communs à tous les droits nationaux : par exemple, la conception du tout harmonique de l'État pris comme ordre juridique. Cette idée moderne est tout au moins absente de la *lex Visigoth*. Nous y trouvons encore les idées de sûreté publique, d'impôt, de guerre, de peine, du *mundium*, de la tutelle, de la propriété, et ainsi de suite. Le régime auquel sont soumis les biens des époux et le droit de succession présentent au contraire la plus grande divergence.

(3) Ces droits nationaux, dans les derniers temps, ont été l'objet d'études profondes de Gaupp, Richthofen, Waitz, surtout Merkel. Ce sujet est plus amplement traité dans les œuvres d'Eichhorn, Zöpfl, Gengler, Walter.

(4) Les meilleures éditions : *Loi Salique*, etc., par Pardessus, Paris, 1843; Waitz, 1846; Merkel, 1850.

vigueur dans la moitié septentrionale de la France fut recueilli par écrit avant la conversion des Franks au christianisme, ensuite retouché par Clovis, en 511, et au neuvième siècle traduit dans l'ancien allemand. Dans cette loi se trouve une *glossa*, laquelle, à raison du continuel emploi du mot *malb* (*Malberg*, « lieu du jugement »), est appelé la glose malbergique, et tenue par quelques-uns pour celtique (Léo, Duméril, Waitz); d'autres (J. Grimm, *Histoire de la langue allemande*, n° 20 et suivants) la croient écrite dans l'ancien frank.

2° La *lex Ripuaria* ou *Ripuariorum*, qui se trouvait principalement en vigueur le long des bords du bas Rhin, et qu'on suppose avoir été écrite à l'instigation du roi austrasien Théodoric II (511 à 534), fut reçue par Dagobert I^{er} et augmentée de fragments tirés de la loi Salique. C'est dans le pays du bas Rhin, vraisemblablement sous Charlemagne, que fut commencée, avec le secours de la loi Ripuaire et des *Capitulaires*, une compilation juridique spéciale dans le droit cantonal de Xantner.

3° La *lex Burgundiorum*, sous le nom de *lex Gundobalda* (loi Gombette), qui était en vigueur depuis la Gaule méridionale jusque dans la Suisse, fut rédigée par écrit, vers l'an 500, sous le roi Gundobald. — Au contraire, pour la partie de la population du sud de la Gaule régie par le droit romain, le *Breviarium Alaricianum* était en usage, et il s'étendit de là jusqu'à la Gaule septentrionale.

4° La *lex Alamannorum*, dès le principe, recueillie, vers l'an 550, sous le nom de *pactus*, reçut la forme de loi sous Clotaire II (613-638). Elle fut complétée sous Dagobert I^{er} (mort en 638), revue et corrigée sous le duc Lanfred (mort en 730), et soumise par Charlemagne à une meilleure rédaction.

5° La *lex Bajuvariorum* est aussi compilée sous Dagobert I^{er}, mais formée d'un antique *pactum* et de plusieurs dispositions tirées du code wisigoth (de la collection de Reccarède et de la loi des Allemands).

6° Les *leges Longobardicæ*, recueillies à l'origine par le roi Rotharis (643), reçurent des additions de Grimoald (668), de Luitprand (712-744), de Rachis (746) et d'Astolphe (748-754). Vers la fin du onzième siècle, elles furent coordonnées métho-

diquement et commentées en trois livres, sous le nom de Lombarde.

7° La *lex Angliorum et Werinorum, hoc est Thuringorum* (Thuringiens, selon Muller et Waitz Thuringiens du bas Rhin) est dans tous les cas postérieure au temps du paganisme, et révisée à la diète d'Aix-la-Chapelle (802); elle présente, d'une manière saillante, un mélange d'éléments de droit anglo-vériens, franks et saxo-frisons (Gengler, p. 165).

8° La *lex Frisionum* et 9° la *lex Saxonum* sont écrites toutes deux sous Charlemaigne.

10° La *lex Wisigothorum* est supposée avoir été écrite sous le règne d'Euric (466-484). Elle est refondue sous Reccarède I^{er} (586-601). Chindaswind (642-652) publia un nouveau code, corrigé par son successeur Receswind, obligatoire pour les Wisigoths et les Romains. Une révision nouvelle fut opérée par les soins d'Egica (701) et de Witiza (710). Un tel code, désigné également sous le nom de *Forum judicium*, resta longtemps en usage. Au treizième siècle, sous Ferdinand III (1234), il s'en fit encore une traduction espagnole (dans l'ancien castillan) sous le nom de *Fuero juzgo (forum judicium)* (1).

11° Les lois anglo-saxonnes, depuis la fin du sixième siècle jusqu'au onzième (2).

III. — Les Capitulaires (3).

Les ordonnances frankes applicables aux provinces et à l'ensemble du royaume, nommées *Constitutiones, edicta, etc.*, au temps des Mérovingiens, depuis les Carlovingiens *Capitula capitularia*, furent rendues par les rois, soit seuls, soit assistés de l'assemblée du royaume, même du peuple tout entier, et écrites en langue latine. Elles ont trait spécialement à l'organisation administrative et judiciaire, à l'application des peines, à la levée des troupes, à la sûreté et à la moralité publique, à l'Eglise et à

(1) Voyez chez Gengler, p. 135, les diverses opinions sur ce code étendu; ce dernier dénote, en outre d'un degré plus avancé de civilisation, la tendance à diviser l'unité du pouvoir de même que l'esprit d'intolérance.

(2) Publiées dans la langue primitive avec une traduction de Schmidt, p. 832.

(3) La meilleure édition critique des *Capitulaires* se trouve dans Pertz, *Monum. German. hist.*, t. III, 1835; t. IV, 1837.

l'enseignement, à l'industrie et au commerce, aux finances et aux dépenses d'entretien de la cour. En fait d'originaux et de copies officielles, il n'en reste aucune, à l'exception de deux petits fragments. Les recueils des *Capitulaires* qui nous sont parvenus sont donc pris sur des copies postérieures. Une première collection fut faite par les soins de l'abbé Ansegise (827) en quatre livres. Une collection postérieure due au diacre de Mayence Benoît Levita (845) comprend la plus grande partie, non seulement des *Capitulaires*, mais encore des sources du droit romain et ecclésiastique.

IV. — *Les formules.*

Les formulaires pour l'application du droit forment le prélude à l'élaboration scientifique de celui-ci. Parmi les collections de formules, la plus importante est celle en deux livres du moine Marculfe (*Chartæ regales* et *Chartæ pagenses*), publiée vers l'an 600. Les autres formulaires qu'on a peu à peu découverts reçoivent tantôt le nom de la localité pour laquelle ils furent destinés ou dans laquelle leur découverte a eu lieu (*Arvernenses*, *Alsaticæ*, 3; *Sangallenses*, etc.), tantôt prennent le nom de celui qui les a publiés (*Baluzianæ*, *Lindembrogii*, etc.).

§ 2. — DEUXIÈME ÉPOQUE.

LES SOURCES DU DROIT DEPUIS 888 JUSQU'À L'ÉTABLISSEMENT DE LA PAIX PUBLIQUE EN 1495.

A cette époque le droit public continua à être réglé par les lois des rois franks auxquelles s'adjoignirent celles de l'Empire au moyen âge. Elles se rapportent principalement à la paix publique et aux peines encourues pour y avoir porté atteinte, mais touchent peu au droit privé (1).

Pour les rapports du droit privé, il s'opéra insensiblement un changement radical dans les sources : le système du droit personnel prit un caractère éminemment local, et au quator-

(1) Les documents encore subsistants pour cette époque, mais qui s'arrêtent à 1313, ont été recueillis dans le 4^e livre (2^e) des *Monumenta Germaniz*.

zième siècle le droit national fut transformé en droit territorial. Les compilations latines des droits nationaux, lesquelles ne contenaient, en outre, le plus souvent, que le droit pénal, restaient étrangères au peuple. Les rapports civils étaient de plus réglés par le droit de coutume non écrit, qui demeura aussi, coordonné ou non, la source la plus importante du droit. Ce fut à cette même époque que se perfectionna le droit féodal, que s'affermir le droit canon et que fut adopté le droit romain.

En se référant aux sources, il convient de traiter séparément du droit privé et féodal allemand, du droit féodal longobard et du droit canon.

I. — Les sources du droit privé allemand doivent se diviser en sources du droit commun et sources du droit spécial.

A. — Les sources du droit commun sont les lois de l'Empire et en particulier les recueils de droit.

a). — Les lois de l'Empire ne traitaient qu'incomplètement du droit civil, de la procédure et du droit pénal.

b). — La source la plus importante se trouve dans les recueils connus sous le nom de livres de droit (1) composés par des particuliers, et dans les commentaires du droit en vigueur qui, pour la plupart, faisaient autorité en justice. De semblables œuvres juridiques, composées à une époque où la suprématie territoriale n'était pas encore suffisamment prépondérante pour localiser le droit, se réfèrent au droit commun prenant sa source dans le sentiment national. Ce sentiment était resté presque inaccessible à l'influence du droit étranger, bien que ce dernier soit mêlé et confondu, sous beaucoup de rapports, avec les droits locaux. Ces œuvres de compilation s'accomplirent alors presque toutes, comme si l'on pressentait les entraves qui allaient être apportées en Allemagne au progrès du droit national par l'invasion du droit romain. Voici les recueils juridiques dont s'agit :

1. Le *Miroir de Saxe* (2), qui se divise en droit territorial

(1) Walter, § 297 et suiv. Zöpfl, II, 1, p. 106 et suiv.

(2) L'édition complète et la meilleure du *Miroir de Saxe*, du *Droit territo-*

et féodal saxon, a été composé, au moins pour ce qui concerne le droit territorial, par un chevalier et préfet d'Anhalt, *Eike de Reggow* (1), vraisemblablement vers 1226 (d'après Walter, § 297, entre 1231 et 1235). L'ordre dans lequel se présentent les matières n'est pas régulier, mais l'exposition ne laisse pas d'avoir du mérite, eu égard à la précision et à l'enchaînement logique des parties. Quoique fait pour la Saxe, il a pour fondement le droit commun. Le droit territorial fut, vers 1340, l'objet d'une glose dont l'auteur paraît avoir été le noble chevalier de Buch. Déjà, antérieurement, il avait fait paraître une introduction à la procédure, sous le titre de *Manuel du droit territorial*, commentaire des attributions des échevins, qui fut complété, dans la deuxième moitié du quatorzième siècle, par un manuel de droit féodal. Le droit féodal de Saxe, dont le même auteur, appelé par les éditeurs *auctor vetus de beneficiis*, traita probablement tout d'abord en vers latins, en se référant au droit territorial, fut traduit en allemand par ses propres soins; mais les textes furent complétés et soumis à une élaboration plus indépendante. L'ancienne œuvre, écrite en latin et avec quelques légères additions seulement, fut encore traduite en allemand d'une manière toute spéciale vers la fin du treizième siècle. Cette version fut appelée, à raison du lieu où se conserve le manuscrit, le droit féodal de Görlitz.

2. Le *Miroir dit de Souabe*, recueil de droit territorial féodal qui porte dans les manuscrits le nom unique de droit provincial et féodal, et ne fut appelé que plus tard droit des empereurs, fut l'œuvre d'un auteur inconnu. Ce dernier, qui

rial et féodal est celle de Honeyer, 2^e éd., 1842-44, 2 vol. Une édition bien soignée avec une traduction excellente est celle de Sachsse, 1848.

(1) Plusieurs, parmi lesquels Walter, § 297, admettent que ce recueil a été d'abord écrit en latin et traduit ensuite en allemand; d'autres le contestent encore. Il n'est resté du moins d'une traduction latine aucune trace qui soit parvenue jusqu'à nous. Du texte allemand, nous possédons d'anciens manuscrits qui présentent des dialectes divers afférents à la basse, à la moyenne et à la haute Allemagne, ainsi que des traductions en latin, en hollandais et en polonais, mais d'une date assez ancienne. Ce recueil fut la source du droit de la noblesse dans la Livonie. Le *Miroir de Saxe* est encore aujourd'hui en vigueur dans beaucoup de pays, principalement dans le royaume et duché de Saxe.

élabora également le droit féodal en le réformant, se proposa d'élever un droit commun au-dessus de tout droit territorial, en se rattachant au *Miroir de Saxe* sous sa forme la plus ancienne, sauf à le modifier et à le compléter par le droit romain, par celui de l'Allemagne du Sud, qu'il connaissait, par le Brachylogie, par le droit canon, par les droits nationaux spécialement, par les lois des Bavaois et des Allemands, par les capitulaires et les lois de l'Empire. L'œuvre tout entière parut entre 1276 et 1281. Dans l'exposition et l'élocution fait défaut la précision juridique du *Miroir de Saxe*. Le *Miroir de Souabe* sert de base au recueil de droit qui se fait remarquer par sa méthode scientifique : *Droit particulier pour la province de Frise*, avec l'appendice *Des droits de cité*, par Robert de Frise (1328).

3. Le petit recueil du *Droit des Empereurs*, d'un auteur inconnu, publié vraisemblablement vers l'an 1400, écrit originairement dans le dialecte du haut allemand, avait pour objet de présenter le droit commun de l'Empire, et peut-être, par cette raison, donne trop souvent ses préférences au droit frank; mais il est de peu de valeur.

B. — Les sources du droit local sont les sentences, les droits de province, les droits de cité, les droits de redevances et corvées.

a). — Les témoignages (1) ou les attestations émanées des échevins seulement ou du juge également, et même des hommes éclairés d'une circonscription, relativement au droit qui s'applique dans cette circonscription, les décisions rendues, celles des cours supérieures surtout forment une source permanente du droit et renferment une grande partie du droit commun.

b). — A mesure que l'organisation territoriale se perfectionna, les droits de province furent recueillis sous des formes diverses et pour servir à des buts divers. Il en fut ainsi justement des droits des Frisons (2), sorte de droit national qui

(1) Sentences recueillies par Grimm (1840-1842), formant jusqu'ici trois livres.

(2) Sur les trois divisions qu'ils présentent, voyez Walter, § 304. La meil-

permet au peuple de conserver intactes les anciennes institutions, en présence du régime féodal envahissant. Par suite, ces derniers droits offrent une grande importance pour reconnaître le progrès de l'élément purement germanique du droit. D'un autre côté, le droit de province dut son perfectionnement soit aux lois rendues par les seigneurs du territoire avec l'assentiment de leur diète, soit aux recueils juridiques qui en étaient le complément et qui renfermaient les coutumes territoriales. A cette catégorie appartient le droit territorial autrichien, composé probablement vers l'an 1300, qui traite sommairement de l'organisation judiciaire, de la procédure, du droit féodal, du droit pénal et du droit de succession (1). Il en est de même du droit territorial des régions rhénanes, de celui de Berg, tous deux du quatorzième siècle, et de l'ancien droit bavarois de 1346 (2).

C). — *Les droits de cité* (3). — De même que le système municipal fut pour le moyen âge l'élément de vie par excellence, de même aussi, dans les droits importants de la cité, le génie allemand s'est donné un libre cours et a déployé une énergie proportionnée aux circonstances et besoins. Les premiers développements furent dus aux privilèges octroyés par les empe-

leur édit., *Sources des droits des Frisons*, avec le vocabulaire de K. de Richthofen, 1840, in-4°.

(1) Il a été imprimé dans les *Reliquia Ludewig*, etc., t. IV, 1, 23 (il contient 57 paragraphes), et dans les *Visiones Senckenberg*, p. 213-268. Comparez Zöpfl, II, 1, p. 152.

(2) Publié dernièrement, en 1834, à Fribourg. Collection IV, 387, 498.

(3) Les plus importants droits des cités sont : le droit de Cologne, qui s'est formé avant 1120 et sur lequel ont été modelés ceux de beaucoup d'autres cités ; le droit municipal de Lubeck, antérieur à 1170, soumis à différentes rédactions, et qui s'est étendu à plusieurs autres cités, même à Reval, cité formée par une colonie de Lubeck ; celui de Magdebourg (1188) s'est répandu dans la Silésie, dans la Bohême et la Moravie. Les statuts de Gözlar, en 5 livres, publiés avant 1360 (édition et œuvre de Göschen, 1846), sont très complets, comme le droit municipal d'Augsbourg de 1276, le droit municipal de Prague (édition de Rössler, vol. 1, 1845 ; le 2^e vol., 1853, contient le droit municipal de Brünn, le droit municipal de Bamberg du quatorzième siècle, recueilli par Zöpfl). Les plus récentes collections des droits de cité sont celles de Gaupp, 2 vol., 1851-1852, et de Gengler, 1852.

reurs ou les seigneurs, et destinés à maintenir ou à faire reconnaître les prérogatives des cités. Sur la base de ces privilèges se développa spontanément le droit afférent à tout régime municipal. A partir du douzième siècle, ils furent augmentés de nouveaux privilèges, du droit d'élection accordé aux membres de la commune, du droit de juger et de prononcer des sentences accordé aux échevins. L'ensemble de ces franchises fut souvent soumis à l'approbation du seigneur suzerain; mais, dans la suite, elles reçurent un nouveau développement, le droit romain y aidant le plus souvent, et gagnèrent en ce sens à être révisées.

4. Les droits féodaux, comprenant les redevances et le service des corvées, si importants pour bien apprécier le régime des paysans, furent presque tous rédigés sous forme de sentences.

II. — *Le droit féodal longobard, Libri feudorum.* — Le droit féodal s'est formé généralement de la tradition pour une partie, et, pour l'autre, des lois impériales (qui, dans la Lombardie en particulier, ont été rendues, avec le concours des Etats, dans le champ de Roncaglia), en même temps que des sentences des cours féodales, notamment de la cour de l'Empire; il reçut en Lombardie une première rédaction scientifique, et ce droit féodal longobard, adopté en même temps que le droit romain, eut en Allemagne la même force de loi obligatoire.

Les *Libri feudorum* longobards sont eux aussi des travaux de particuliers qui, successivement augmentés ou modifiés, et réunis en un tout, obtinrent force de loi. Ces *Libri* sont formés de trois parties constitutives qu'on fit entrer dans le cadre des livres actuels. Tout d'abord et en remontant à une époque antérieure à 1137, il parut un traité qui présentait le droit féodal eu égard à ses différences d'avec le droit romain, et qui forma la base du premier livre de la compilation définitive. On s'en réfère ici à l'opinion de Gérard Nègre, consul de Milan, contemporain de Frédéric 1^{er}; mais il n'y a aucune preuve qu'il ait pris part à la rédaction de ce livre. Nous trouvons ensuite deux traités, peut-être vers 1188, du consul milanais *Obertus ab Orto* (sous Frédéric 1^{er}), sur la nature, l'acquisition et la perte du fief qui, réunis en un tout et augmentés de suppléments,

forment aujourd'hui *Feud. II*, t. 1^{er}, 27. Finalement, vers le milieu du douzième siècle, on y adjoignit une compilation des coutumes féodales, des sentences des échevins, des lois impériales de Lothaire II et de Frédéric I^{er}. Le tout était déjà connu à Bologne, antérieurement à 1166, sous le nom de *Consuetudines* ou *Liber feudorum* et fut commenté par Bulgarus († 1166) et par Pillius († vers 1207). Ce recueil fut encore augmenté des constitutions impériales, surtout par les soins d'Ugolin († 1253), qui en fit un appendice à ajouter à la suite des neuf collections des Nouvelles, ce qui fit donner à cet appendice le titre de *decima collatio*. Jacob d'Ardizone, vers 1230, fit plusieurs autres collections, désignées sous le titre de *Capitula extraordinaria* (1). L'œuvre tout entière, à l'exception des *Capitula extraordinaria*, fut enrichie par Jacob Colombi, vers 1240, d'une glose détaillée qu'Accurse reproduisit, presque sans y rien changer, dans la *Glossa ordinaria*. Le tout, avec les gloses, fut reçu en Allemagne comme appendice au droit romain.

III. — Le droit canon, c'est-à-dire le droit élaboré par l'Eglise romaine catholique et sanctionné par son autorité est arrivé, à cette époque, à son plus grand développement dans le *Corpus juris canonici*. Il se rapporte principalement, mais non d'une manière exclusive, aux affaires ecclésiastiques. L'Eglise n'avait pas seulement droit de juridiction dans les affaires de l'ordre spirituel ou dans celles qui présentaient un côté religieux, dans les questions par exemple relatives à la validité d'un mariage, aux testaments; mais le clerc avait, en outre, une situation privilégiée et ne relevait que de l'Eglise dans plusieurs affaires purement civiles (par exemple, les actions personnelles, les actions en revendication d'un immeuble ou d'un fief); et la juridiction pénale ecclésiastique s'étendit même, plus tard, aux crimes qui furent qualifiés de vices touchant à l'ordre ecclésiastique ou de vices rentrant dans la classe des péchés. Il en fut d'autant plus ainsi que planait une plus grande obscurité sur

(1) Ces *Capitula extraordinaria* furent recueillis par Cujas dans son édition des *Libri feudorum*, qu'il divisa en cinq livres. Une semblable division fut, dans la suite, abandonnée; et, dans les récentes éditions, le quatrième livre suit immédiatement le second.

les vrais rapports de l'Eglise et de l'Etat. Cet état de choses répondait d'ailleurs au principe adopté par l'Eglise dans le droit canon, à partir d'Innocent III (1200 dans le *C. novit.*, 13, † *De judic.*, 2, 1), principe d'après lequel toute action civile aurait pu être déférée à la juridiction ecclésiastique en tant qu'elle résulterait d'un péché de rétention injuste de la chose d'autrui, ce qui aurait fini par amener l'absorption de l'ordre civil dans l'ordre religieux (1). Le droit canon, même aux temps les plus favorables, n'a donc jamais pu recevoir sa pleine exécution. Lors de la séparation des Eglises, il perdit son autorité pour la communion évangélique dans toutes les matières se rattachant à la constitution propre de l'Eglise. Il demeura toutefois une source de droit commun dans plusieurs matières du droit civil pour lesquelles il établit souvent des règles différentes de celles du droit romain, et surtout dans la procédure en général.

Pour les sources du droit canon, on peut distinguer en règle générale trois époques : la première date du commencement de la communauté chrétienne jusqu'au recueil du moine Grätien (1151); la seconde se termine au *Corpus juris canonici*; la troisième se prolonge jusqu'à nos jours.

A la première époque, nous voyons que ce qui forme l'élément principal du droit ecclésiastique, en dehors du dogme des saintes Ecritures et du symbole de Nicée (325), ce sont les décisions des conciles, les décrétales (*epistolæ decreta rescripta*) des papes et les compilations qui en sont formées, notamment celle de Denys le Petit, abbé romain († 538); la collection appelée isidorienne ou le recueil espagnol, à la rédaction duquel prit part saint Isidore de Séville († 636), et le recueil pseudo-isidorien, qui fut publié très vraisemblablement dans le diocèse de l'archevêché de Mayence, vers 840 (2).

A la seconde époque se forme et s'achève le *Corpus juris canonici*. Ce *Corpus*, formé d'une série de recueils du droit ecclé-

(1) Walter, § 601, *Le droit territorial*, par exemple, le *Miroir de Saxe*, III, 87, § 1, ne reconnurent pas ce principe; ils en défendirent plutôt l'application, donnant à cette prohibition une sanction pénale.

(2) Les différentes opinions sur les décrétales pseudo-isidoriennes sont complètement exposées dans Gengler, p. 411-424.

siastique qui ont exclusivement fait autorité dans la pratique comme sources du droit canon ecclésiastique, présente les quatre parties ci-après :

1^o Le *decretum Gratiani* (de 1151), moine de Bologne, décret qu'il appelle lui-même *discordantium canonum concordia*. Ce fut un travail entrepris à un point de vue spécial, un mélange d'extraits des saintes Ecritures, des Pères de l'Eglise, des canons, des décrétales, y compris les pseudo-isidorienne, du droit romain et des *Capitulaires*, le tout accompagné de quelques annotations (*dicta et partes Gratiani*). Le recueil de Gratien, à l'exception des *dicta*, fut commenté par les jurisconsultes de Bologne, en même temps que le *Corpus juris*, de Justinien, et eut par suite la même autorité. Le décret se divise en trois parties (*partes*) : la première et la troisième se divisent d'une manière uniforme en *distinctiones*, et celles-ci, à leur tour, se subdivisent en *canones*. La seconde, au contraire, comprend trente-six *causæ*, espèces juridiques donnant lieu à des *quæstiones* diverses, à la solution desquelles servent les *canones*. Parmi les questions, la troisième, afférente à la *causa 33* (*De pænitentia*), se subdivise en sept distinctions (on cite, par exemple, *can. 2*, *caus. 9*, *quæst. 1*) ; pour la troisième, comme pour la première partie, le genre de citation est analogue, sauf à y comprendre le supplément *De consecratione*.

2^o La collection des décrétales, dûment publiée par Grégoire IX (1234), et destinée à l'usage des universités de Bologne et de Paris, est l'œuvre de Raymond de Pennafort, qui l'entreprit sur l'ordre de Grégoire. Elle est connue sous le nom de collection des *Extravagantes* et se marque par la lettre x (*extra*), parce qu'à cette époque toutes les sources de droit canon qui n'étaient pas renfermées dans le décret de Gratien étaient dites *extra decretum Grat. vagantes*. Le recueil se divise en cinq livres (*judex, judicium, clerus, connubia, crimen*), ceux-ci en titres, parmi lesquels on comprend les *capita* ou *capitula* (une citation est par exemple ainsi conçue : *Cap. 1, X, De fide instrum., 2, 14*).

3^o Le *Liber sextus decretalium* est un simple supplément des cinq livres du recueil Grégorien publié par Boniface VIII (1298), et se divise également en cinq livres et en titres (Voici, par exemple, le mode de citation : *Cap. 1, De electione, in VI, 1, 6*).

4^o Les cinq *libri Clementinarum* (S.-C. *constitutionum*), publiés par Clément V (1313), contiennent principalement les décisions du concile de Vienne (1311) et les propres décrétales de ce pape, en cinq livres et cinquante-deux titres (ainsi l'on cite *Clem. I, De electione*, 1, 3).

Ces quatre recueils, qui ne tardèrent pas, comme la collection de Justinien, à être enrichis d'une *glossa ordinaria* par les soins, notamment, de Bernard de Parme (1268), forment le *Corpus juris canonici clausum*. Les additions postérieures (*Extravagantes Joh. XXII* et *Extrav. communes*) ne font nullement autorité (1).

IV. — *Adoption du droit romain.* — A cette époque se rattache l'adoption du droit romain, qui rencontra néanmoins beaucoup de résistance (2) et s'opéra, non par la voie législative, mais plutôt sous la forme de droit de coutume. Plusieurs causes extérieures concoururent à ce résultat, en outre de celles se rattachant aux tendances intellectuelles d'alors (dont il a été question p. 255). Il faut mettre en première ligne la croyance que l'empire romain était renouvelé en la personne de Charlemagne; la législation de Justinien, à ce point de vue, parut être celle d'un prédécesseur, et des empereurs tels que Frédéric I^{er} se reportaient aux constitutions des Empereurs romains qu'ils considéraient comme leurs ancêtres. Il faut tenir compte, en deuxième lieu, de l'application du droit romain par le clergé, enfin de l'influence de l'école des juristes de Bologne depuis le milieu du treizième siècle, et de l'introduction dans le conseil des cours, et plus tard dans les tribunaux dont ils faisaient

(1) La dernière bonne édition du *Corp. jur. can.* est : *Corpus juris canonici*, etc., éd. Æm. Lud. Richter, Leipzig, 1833, 2 vol. in-4^o.

(2) Sur cette résistance, voyez Kraut, *Introduction au cours sur le droit privé allemand*, § 27; Zöpfl, II, p. 178; Hillebrand, *Droit privé allemand*, p. 26. Luther et Ulrich de Hutten (ce dernier dans son poème satyrique *Nemo*) combattirent l'influence des jurisconsultes romains. L'empereur Maximilien I^{er} n'aimait pas non plus les juristes (qui mettent habituellement en avant les écrits et opinions de Barthole et de Balde comme des oracles infailibles). Sur les remontrances des Etats provinciaux, voyez Kraut, ouvrage déjà cité. Contre un semblable système se prononça énergiquement la noblesse bavaroise (1499). Voyez Hillebrand, ouvrage déjà cité.

partie, de juristes versés dans le droit romain. Toutes ces circonstances avaient déjà concouru à faire adopter le droit romain, lorsque le dernier pas dans cette voie fut fait par l'érection en tribunal de la chambre de l'Empire, laquelle se trouvait composée de seize juges, dont huit devaient être docteurs en droit étranger, et les autres, chevaliers, étaient certainement censés les champions du droit allemand. Les seize étaient obligés de jurer, en prenant les saints à témoin, de juger conformément au droit commun ainsi qu'à celui de l'Empire et d'observer également les règlements, statuts et coutumes appliqués dans les principales seigneuries et juridictions et dont l'autorité eût été reconnue par les membres de cette chambre. L'application du droit étranger ne tarda pas non plus à se généraliser au sein de cette juridiction de la chambre de l'Empire; le droit romain obtint bientôt la prépondérance et dut, par suite, dorénavant, exercer une action décisive sur les juridictions territoriales.

§ 3. — *Troisième époque, de 1495 aux temps modernes.*

A cette époque où se montre le tendance à l'individualisme, les sources générales du droit deviennent toujours de plus en plus rares. La puissance de l'Empire était affaiblie, et le peuple restait étranger à la formation du droit, une fois qu'on eut adopté le droit romain et la procédure écrite et secrète du droit canon. Ce dernier perdit sans doute, au point de vue dogmatique, son autorité parmi les protestants, n'en conservant que dans les matières étrangères à la hiérarchie et au dogme, et spécialement dans la procédure civile. Le droit romain ne tarda pas à l'emporter tout à fait. Les savants juristes le considérèrent bientôt comme le droit écrit propre à l'Empire, de telle sorte qu'on exigeait des parties qui demandaient l'application de coutumes contraires à ce droit la preuve péremptoire qu'elles étaient encore en vigueur. D'un autre côté, des institutions du droit allemand même, bien que radicalement différentes du droit romain, étaient ramenées aux règles de celui-ci, ce qui les dénaturait et en faisait disparaître l'originalité, de telle sorte qu'en se développant elles se sont tellement incorporées en quelque sorte à l'élément juridique et à la vie pratique, qu'il est même

aujourd'hui impossible de les détacher sans détruire l'harmonie du système.

Envisageons de plus près à cette époque la législation, le droit de coutume, la science juridique et les récentes codifications.

I. — *La législation.*

A. *La législation de l'Empire.*

Comme lois importantes de l'Empire (1) il convient de mentionner : le règlement d'organisation du tribunal de la Chambre de l'Empire (la onzième révision encore importante de ce règlement date de 1555 et la dernière rédaction de 1613) : c'est ce règlement dont l'application s'étend, autant que possible, aux juridictions de différents territoires; l'ordonnance sur le notariat de 1512; l'ordonnance du droit pénal ou criminel (*Constitutio criminalis Carolina*) de Charles-Quint (1532), laquelle toutefois ne fut pas mise immédiatement en vigueur en présence des protestations des Etats de l'Empire, mais que l'influence de la science fit accepter insensiblement dans la pratique; les ordonnances de police de l'Empire de 1530, 1548, 1577; la paix de Westphalie, également importante au point de vue du droit international *I. P. O.* (*Instrumentum pacis Osnabrugensis*), qui garantit le libre exercice de la religion dans les diverses provinces de l'Empire, et consolida la propriété pour l'avenir de tous les biens ecclésiastiques possédés au 1^{er} janvier 1624. La dernière phase de séparation de l'Empire, *R.* (*Recessus*), a une grande importance pour le droit de procédure allemand. De 1633 au 6 août 1806, durant la session permanente de la diète à Ratisbonne, intervinrent plusieurs décisions impériales, des règlements sur le droit d'éligibilité et de représentation aux Etats, ou sur l'exclusion de ce droit. Le décret principal de la députation de l'Empire, du 23 février 1803, établit d'une manière définitive la sécularisation et la médiatisation, à partir de

(1) Les collections des lois de l'Empire sont, jusqu'en 1736, celle appelée de Senkenberg; de 1747 jusqu'en 1794, une collection méthodique de Gerstlacher; 1788-1794 (en 11 vol.; la 10^e partie contient le droit privé). Un recueil complet et présentant une bonne coordination des matières est celui d'Emminghaus, *Corpus juris germ. tam publici quam privati*, 2 vol., 1844.

la fondation de la Confédération germanique. Depuis 1816, les protocoles de la Confédération commencent à recevoir une publicité officielle, mais encore incomplète. Les décisions qui en émanent ne sont susceptibles de recevoir leur exécution qu'à dater de leur promulgation dans les différents Etats.

B. — La législation territoriale, abstraction faite des recueils de droit coutumier que l'autorité publique fit rédiger séparément pour chaque localité, se présentait en quelque sorte comme auxiliaire principal destiné à concilier le droit romain et le droit allemand en faisant cesser leur antagonisme, ce qui ne pouvait avoir lieu qu'en donnant une prépondérance marquée au droit romain. Les lois territoriales se rapportent surtout, les unes à l'administration et à la police, les autres à la procédure dans le droit privé; elles ont pour objet spécial de régler le mariage et la tutelle, souvent aussi le droit féodal (1).

Les droits municipaux furent réformés, comme ils l'avaient été déjà à l'époque antérieure par les adeptes du droit romain, de telle sorte que les anciens statuts laissèrent souvent peu de traces. Le droit de Lubeck de 1586 forme une heureuse exception (2).

II. — Le droit coutumier se montre efficace, dans la procédure judiciaire, par la pratique du tribunal de la Chambre de l'Empire; dans le droit pénal et dans la procédure criminelle, par la pratique de corps opinants dont l'importance ne fit que s'accroître en Allemagne, c'est-à-dire des collèges de juristes, des corporations universitaires et de quelques juridictions municipales supérieures; mais son influence fut restreinte, l'ordonnance de droit criminel (1532) s'étant prononcée en faveur de la procédure écrite en matière criminelle. Benoit Carpzow († 1666) fit adopter spécialement par les tribunaux le règlement de procédure criminelle de Charles-Quint (on suppose qu'il aura signé plus de vingt mille sentences capitales, dont une foule prononcées dans des procès de sorcellerie). Dans les matières du droit privé la coutume allemande modifia plusieurs institutions importantes

(1) Gerber, § 22, nous donne, après l'essai de Kraut et autres, un aperçu plus développé sur le système des lois territoriales.

(2) Voyez cette modification des droits municipaux dans Gerber, § 24.

du droit romain, modification qui fut habituellement désignée sous le titre d'*Usus modernus Pandectarum* ou de *praxis* (I. R.) *in foro germanico*. Cette coutume manifesta encore davantage son influence dans l'amélioration des institutions juridiques purement allemandes, telles que la communauté conjugale des biens, les pactes de succession, le bail à mi-fruit et à colonage des fonds ruraux et dans le droit commercial.

III. — La science du droit allemand parcourt en général les mêmes phases de développement que le droit romain. La première phase commence avec Curing († 1681), qui s'attacha plus que tous ses devanciers à faire énergiquement ressortir l'indépendance propre au droit allemand et son cachet national. L'étude plus profonde des sources du droit romain, inaugurée en France par Cujas, et qui se propagea de là en Allemagne, fit connaître et mieux saisir le côté distinctif du droit allemand. Les professeurs du droit naturel, qui ne montraient aucun culte exclusif pour le droit romain, secondèrent, sous plusieurs rapports, le développement de la science juridique allemande. Thomasius, qui refusa de reconnaître, en beaucoup de matières, l'autorité du droit romain, s'adonna à une étude approfondie du droit allemand (1). La philosophie juridique de Wolf se montrait favorable au système allemand. A partir du commencement du dix-huitième siècle, l'étude du droit privé allemand dans les universités, grâce à l'initiative de Georges Beyer († 1707), devint indépendante de celle du droit romain. Ce fut un premier pas qui assura le progrès continu vers une indépendance toujours plus grande. La transition à l'époque moderne est marquée par la nouvelle méthode que Runde inaugure en 1791 dans l'étude du droit privé allemand en s'attachant à la nature des

(1) C'est l'école de Halle qui a fait le plus pour le développement du droit allemand, sans compter Thomasius. Samuël Stryk (1710) (*Usus modernus Pandectarum*), Ludewig († 1743), Gundling († 1729), Heineccius († 1741), qui a marqué par ses *Antiquitates juris*; Putter, Selchow, Rudloff, Tabinger, méritent aussi une mention spéciale. Les auteurs les plus distingués d'ouvrages sur le droit féodal sont : Schilter († 1705), Struve, Stryk, H. de Cocceji, Heineccius, Maskow, Westphall († 1792) et surtout Böhmer (1797), dont les *Principia juris feudalis præsertim longobardici* (1765, 7^e édit. 1819) acquirent une grande autorité.

choses. A mesure que les rapports publics se développèrent, le droit politique allemand fut l'objet d'une étude assidue et féconde (1). Le droit ecclésiastique subit à cette époque, plus que le droit politique allemand, l'influence des nouvelles tendances philosophiques. La Réforme avait transféré aux seigneurs du territoire le suprême gouvernement de l'Eglise; par suite, trois différents systèmes furent proposés pour régler les rapports de l'Eglise avec l'Etat : l'ancien système épiscopal ou de délégation, le système territorial combattu surtout par Thomasius, et plus tard le système collégial. On donna bientôt pour base un droit naturel ecclésiastique aux lois positives de l'Eglise. Dans les pays catholiques, le pouvoir de l'Etat se rendit plus indépendant, parvint à réaliser en partie de grandes innovations. Ce progrès de l'Etat vers l'indépendance fut secondé au sein de l'Eglise catholique même et sur le terrain des doctrines par un nouveau système, dû à l'évêque suffragant de Hontheim à Trèves, bien connu sous le nom de *Justus Febronius* († 1773); et ainsi on se trouva en présence de deux systèmes radicalement opposés : celui du pape et celui des évêques, eu égard à la situation faite au pape vis-à-vis de l'Eglise.

Le droit pénal ne reçut au fond aucune amélioration; l'impulsion vers un système pénitentiaire plus conforme à l'humanité partit de l'étranger (Beccaria).

La nouvelle ère s'ouvre avec Kant, fondateur d'une méthode philosophique qui exerça une si grande influence sur le droit pénal politique et international; elle fit, dans la suite, une part de plus en plus large à l'histoire. Ces nouvelles tendances sont représentées par Eichhorn sur le terrain du droit allemand avec autant d'éclat que par Savigny sur le terrain du droit romain. L'histoire de l'empire et du droit allemand par Eichhorn, œuvre éclairée par une méthode sûre et d'une ordonnance parfaite, fut bientôt suivie de son travail dogmatique sur le droit privé allemand, travail qui laisse voir toute la sagacité de cet esprit

(1) Les auteurs qui ont traité du droit politique allemand et qui méritent une mention spéciale sont : Ludewig († 1743), Gundling († 1729), Röhmer († 1749), Schmauss († 1757), Maskow († 1700), Seukenberg († 1768), de Moser († 1798), Putter († 1807), Häberlin († 1808), Schlüzer († 1809).

(3^e édit., 1845). Une fois qu'elle eut reçu cette vigoureuse impulsion, la science juridique allemande prit un essor de plus en plus libre dans toutes les directions. L'histoire du droit dut encore être soumise à une élaboration plus profonde et qui tient plus compte des sources, par cela même qu'on fut amené à rectifier quelques erreurs importantes d'Eichhorn. Les droits nationaux, de même que les sources de la deuxième époque, furent l'objet de nouvelles investigations plus approfondies (1). Le droit privé, grâce à la pénétration plus complète des sources, put être constitué en un tout régulier et traité suivant une méthode plus rigoureuse se rapprochant de celle adoptée pour le droit romain (2). La dernière tentative fort ingénieuse de Gerber, de traiter le droit allemand selon la méthode logique du droit romain offre un puissant stimulant et ouvre la voie à une étude plus profonde des institutions propres à faire ressortir plus complètement l'originalité du droit allemand. La doctrine philosophique de l'Etat réagit sur l'étude du droit public allemand combiné avec le droit fédéral (3). La science du droit

(1) Les histoires du droit les plus remarquables ont été plusieurs fois mentionnées dans notre ouvrage.

(2) Les auteurs des traités sur le droit privé qui méritent, après Eichhorn, d'être signalés sont : Mittermaier, Philipps, Maurer, Brecher, Wolf, Beseler, Renaud, Gerber, Hillebrand, Bluntschli, Walter; des essais dont Orloff et Kraut ont relevé le mérite sont dus à Weisse et à Diek. Le droit commercial a été traité spécialement par Pöhl (1828-1834, 4 vol.), par Thöl (1847, 2^e édit. 1852) et en dernier lieu par Brinkmann (1855). Les travaux sur les législations spéciales ont aussi de l'importance. Le manuel de Wachter sur le droit privé en vigueur dans le royaume de Wurtemberg, comprenant jusqu'ici 2 vol. (1839-1851), mérite entre autres une mention spéciale; c'est là, eu égard au droit commercial, le premier essai qui a été fait pour mettre au fond le droit romain en harmonie avec le droit allemand et les faire concourir au même but. Il y eut aussi des traités spéciaux sur des matières importantes : d'Albert (sur la garantie, 1828); de Deiters (sur le régime conjugal de la communauté de biens, 1831); de Krant (sur la tutelle, 1835, 1847); de Dunker (sur les charges réelles, 1837, et sur la toute propriété, 1843); de Beseler (sur les pactes de succession, 1835, 3 vol.).

(3) Le droit allemand politique et fédéral fut traité spécialement par Zöpfl, qui fut amené à sacrifier en partie son premier point de vue (3^e édit., 1853), sans compter quelques œuvres sur la confédération des Etats du Rhin par Klüber, Zachariæ, Gönner et autres. L'œuvre de Klüber (1817,

pénal subit une grande et salutaire réforme, due à l'application des principes mieux approfondis de la philosophie du droit et de la psychologie, ce qui amena la formation de nouvelles législations pénales (1) et l'amélioration du système d'emprisonnement. La procédure criminelle, dans ces temps, subit de son côté une réforme capitale, grâce à l'introduction, dans toutes ses phases, du principe de l'accusation et de la défense, des débats oraux et de leur publicité, quoique l'institution du jury ne se généralisât pas ou fût même supprimée. A l'étude du droit ecclésiastique fut appliquée une méthode historique plus profonde, à mesure que le sentiment religieux reprit sa vitalité et son énergie (2). Dans le catholicisme, de même qu'au sein du protestantisme, se manifeste la tendance à donner à la constitution ecclésiastique des formes plus durables et à la rendre plus indépendante de l'Etat; mais cela n'empêchera pas de s'appliquer à faire prévaloir le véritable esprit chrétien supérieur aux diverses formes et de maintenir dans leur intégrité, comme ayant une égale importance, les droits de l'Etat, lequel ne comporte qu'une seule et même communauté juridique dont tous les particuliers sont membres au même titre. Des concordats (Bavière, 1817; Autriche, 1851), ou traités avec la cour romaine (Prusse, 1821; Hanovre, 1829; la province ecclésiastique du haut Rhin, 1821 ou 1827), cherchèrent à déterminer avec plus de précision les rapports de l'Eglise catholique avec l'Etat.

4^e édit., 1840) est conçue dans un sens éminemment libéral; celle de Zachariæ (1841; 2^e édit., 1853) fait une plus large part à l'élément historique et tient plus compte des rapports naturels. Lanzizol et Mirus, pour la Prusse; Mohl, pour le Wurtemberg, et surtout Pözl, pour la Bavière, ont composé des traités sur les constitutions particulières des Etats.

(1) Sur le droit pénal, les systèmes auxquels il a donné lieu et les auteurs de ces systèmes, voyez plus loin la section qui traite du droit public. Les codes modernes du droit pénal et de procédure criminelle sont signalés par Warnkönig, *Encyclopédie*, p. 385.

(3) Parmi les auteurs protestants, il faut ici mentionner: Eichhorn, *Principes fondamentaux du droit ecclésiastique catholique et protestant*, 2 vol., 1833, et Richter, *Manuel du droit ecclésiastique catholique et protestant*, 4^e édit., 1853. Du côté catholique se trouvent Walter, *Manuel du droit ecclésiastique de toutes les communions chrétiennes*, 10^e édit., 1846; Phillips, *Droit ecclésiastique*, 3^e édit., 1855.

IV. — *La codification ou les nouveaux codes.* — A partir du milieu du dix-huitième siècle, se manifeste presque partout en même temps la tendance à la codification des lois. Cette tendance fut secondée par les progrès que fit l'étude du droit naturel, progrès qui avaient laissé entrevoir la possibilité de ramener les matières juridiques, dans une bonne méthode à des principes généraux. Elle fut favorisée, d'un autre côté, par ce besoin d'organiser à nouveau, qui se faisait alors sentir, par ces formes gouvernementales devenues prépondérantes qui veulent tout absolument régler, s'étendant du bas au plus haut degré de l'échelle sociale, en même temps que par cet esprit d'individualisme visiblement inhérent déjà aux droits territoriaux qui tend à isoler les gouvernements, esprit qui prévaut surtout au sein des grands Etats; enfin, cette tendance est due surtout aux inconvénients inhérents à la confusion des monuments législatifs et à l'instabilité juridique en résultant, inconvénients auxquels des souverains éminents et comprenant aussi bien les besoins de leur siècle que Frédéric le Grand et Marie-Thérèse, cherchèrent à remédier.

Nous trouvons tout d'abord en Bavière, sous le prince électeur Maximilien Joseph III, un *Codex criminalis* (1751), *judicialis* (1753) et ensuite un *Codex civilis Maximilianus*, tous élaborés par le chancelier de Kreittmayer, qui les commenta et en fit un extrait. Le droit commun se maintint comme étant subsidiairement applicable, tandis que les législations qui suivaient furent appelées à refuser au droit commun toute autorité, même subsidiaire.

En Prusse, Frédéric le Grand avait immédiatement, après son avènement au trône chargé le grand chancelier Sam. de Cocceji de préparer un droit commun territorial allemand qui s'appuie uniquement sur la raison et sur les constitutions provinciales. Un projet de ce genre, ainsi que l'essai d'un nouveau règlement de procédure furent imprimés de 1748-1751. Mais ils ne répondirent pas à l'attente générale. Le grand chancelier de Karmar fut plus tard chargé de préparer un nouveau travail. Un nouveau règlement judiciaire fut publié dès 1781. Dans la suite, il reçut des améliorations et des augmentations et parut sous le titre de règlement judiciaire général pour les Etats prus-

siens (1793). Il parut aussi un autre essai de codification générale (1784-1789), dû à Suarez, lequel fut publié en 1791 pour être mis en vigueur le 1^{er} juin 1792. Mais ce travail fut soumis à une révision (1794), et il fut suivi de la publication du droit territorial général pour les Etats prussiens, lequel devait avoir force exécutoire le 1^{er} juin 1794. Le droit territorial comprend le droit public et privé, par suite le droit pénal commercial, abolit l'ancien droit commun tout en laissant subsister les droits provinciaux, dont on devait faire une collection, ce qui n'eut lieu toutefois que pour la Prusse orientale (1).

Dans l'Autriche, l'impératrice Marie-Thérèse nomma en 1758, une commission législative. Un projet en huit volumes (1767), élaboré par Azzoni en 1767 ne fut pas approuvé. Après plusieurs travaux, auxquels prirent part successivement Horten et de Kees, parut, sous Léopold II, un projet complet dû au président de Martini, déjà renommé comme professeur de droit naturel (1794-1796), projet divisé en trois parties et qui obtint force de loi en 1787 dans la Galicie. Il fut soumis, sous l'empereur François I^{er}, à une révision à laquelle procéda le rapporteur de la commission aulique de Zeiler, publié le 1^{er} juin 1811, comme code civil général pour les Etats héréditaires de la monarchie allemande et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1812. Dans la suite, ce code reçut force exécutoire dans le royaume Lombard-Vénitien et dans la Dalmatie le 1^{er} janvier 1816, et le 1^{er} mai 1853 dans la Hongrie, la Croatie, la Slavonie, la Serbie et le Banat de Tenès, de telle sorte qu'il est devenu aujourd'hui, pour tout l'Empire, le code civil général (2). Le droit commun fut ainsi abrogé. En 1769, parut un nouveau règlement de procédure criminelle, la *Constitutio criminalis Theresiana*, et sous Joseph II, un nouveau règlement de procédure (1781). Une loi pénale de 1787, rendue par cet empereur et un règlement de procédure criminelle de 1789 ont été, en 1803, remplacés par un nouveau code de crimes et délits, code qui, en 1835, dut être complété

(1) Voir plus de détails sur l'histoire de la codification prussienne dans Blume, p. 132.

(2) Sur l'histoire de la formation du code civil général, voyez le commentaire de Stubenrauch sur le code civil général, vol. 1, 1854.

par une ordonnance sur les contraventions légères. Le 27 mai 1852, fut publié un nouveau code sur les crimes, délits et contraventions, pour être mis en vigueur le 1^{er} septembre de la même année. La dernière ordonnance de procédure criminelle est du 29 juillet 1853.

Outre ces trois codes allemands, il convient de mentionner le code civil français (1) de 1804, qui reçut quelques modifications en 1807 et fut alors publié sous le titre de code Napoléon. La raison en est, qu'il se trouve en vigueur dans tout le pays allemand situé au delà du Rhin, dans la plus grande partie de la province de Prusse sise sur la rive gauche du Rhin, dans le duché de Bade (où il se confond avec le droit territorial); mais c'est surtout parce que dans beaucoup de matières il contient plus de droit germanique que tous les codes allemands réunis.

Pour le fond et la disposition des matières, ces codes diffèrent beaucoup :

Le code bavarois devait se réduire à une coordination plus savante des éléments divers qui constituaient le droit commun. Cette œuvre, sous le rapport de la méthode, pour le temps où elle a paru, ne laissée pas d'avoir du mérite; mais elle se trouve bien en arrière des codes ultérieurs. Aussi, depuis plusieurs années, prépare-t-on un nouveau code civil pour la Bavière.

Le code prussien et le code autrichien se distinguent tous deux par la clarté d'exposition et par la concision. Le plan est toutefois différent : tandis que le droit territorial, comprenant en soi toutes les sphères du droit, ne se contente pas d'établir les principes généraux et les déductions essentielles, mais s'engage bien avant dans la réglementation des espèces, remplissant ainsi plutôt le rôle de la science que celui d'un code, le code autrichien a trop suivi la voie opposée. Il n'a fait que poser les principes généraux et en déduire les conséquences les plus fondamentales, laissant sans solution plusieurs questions con-

(1) Au code civil a été joint celui de procédure civile en 1806; celui de commerce en 1807; celui d'instruction criminelle en 1808; le code pénal en 1810. La loi du 28 avril 1832 modifia essentiellement le code pénal et le code d'instruction criminelle. L'histoire de la codification française est résumée par Eschbach, *Encyclopédie juridique*, 2^e éd., 1846, p. 279-294.

traversées, n'éclaircissant même pas suffisamment des idées importantes (telles que celles de la possession, des diverses espèces de prescription de la propriété, etc.), ne précisant pas assez nettement des règles générales. Le code français tient un plus juste milieu, tout en laissant à désirer trop souvent sous le rapport de la justesse des idées et de la précision des définitions, par suite de la tendance à la généralisation inhérente à la langue française.

Envisagé au fond, dans ses rapports avec le droit germanique et avec le droit romain, le code français fait prévaloir d'une manière marquée, dans plusieurs matières, l'élément germanique à un plus haut degré que les autres législations (1), ce qui s'explique par ce fait, que les rédacteurs du code se sont référés aux coutumes, spécialement aux coutumes de Paris, pour la plupart d'origine germanique. Le droit territorial prussien (2) repose aussi, dans son ensemble, sur les principes du droit allemand. L'influence de ce dernier droit se fait également sentir et a laissé son empreinte prédominante dans les dispositions générales de cette législation territoriale. De même, son caractère d'originalité se manifeste dans plusieurs institutions empruntées au droit romain, ou, dès le principe, communes au droit romain et au droit allemand. Le code autrichien ne présente pas, dans son ensemble, une séparation aussi radicale d'avec le droit romain que la législation territoriale de Prusse,

(1) Ceci a été mis admirablement en lumière par Zöpfl dans l'article, *l'Élément germanique dans le code Napoléon*, inséré dans la *Revue de droit*, de Reyscher et Wilda, 1841, vol. 5, 1^{re} livraison, et *Histoire de l'Etat et du droit allemands*, II, p. 198. Voyez aussi Gaupp, *l'Avenir du droit allemand*, p. 65. Il faut aussi, dans ce code, considérer comme dérivant du droit germanique les principes sur la puissance paternelle et maritale, la maxime : *Le mort saisit le vif* et la saisine héréditaire, le point de vue d'après lequel l'héritier *ab intestat* est censé le seul véritable héritier, de telle sorte qu'on ne saurait concevoir d'héritier testamentaire dans le sens romain ; mais qu'il n'y a uniquement que diverses espèces de légataires et que toute la doctrine des dispositions de dernière volonté peut se ramener à celles des donations. Ajoutons enfin la théorie du régime conjugal de la communauté dite légale et ainsi de suite.

(2) Voir à ce sujet plus de développement dans Gaupp, ouvrage déjà cité, p. 42-62. Voyez aussi Löher, *Le système du droit territorial prussien*, 1852.

et l'influence des théories du droit naturel s'y fait visiblement sentir ; toutefois, dans quelques matières, on voit encore prédominer d'une manière tranchée, les principes du droit allemand (1).

Les codes ont produit des effets salutaires, surtout dans la pratique, il faut le reconnaître, bien qu'ils n'aient pas répondu à toutes les espérances qu'ils avaient fait naître tout d'abord ; ils ont essentiellement contribué à affermir l'assiette juridique, et même à propager la connaissance du droit au delà du cercle des juristes dans les classes éclairées. Le peuple français est redevable à ses codes des grands progrès de l'unité nationale, comme aussi de la clarté que revêt, dans tous les esprits, l'idée du droit (2). La publicité des débats judiciaires est surtout destinée à assurer à tout pays ce dernier avantage, et cette publicité, qui produit la diffusion des connaissances juridiques, ne saurait pas plus rencontrer d'obstacle en matière civile qu'en matière criminelle. Dans le domaine de la science, il se produisit tout d'abord malheureusement une réaction trop brusque contre le droit antérieurement en vigueur en Allemagne, contre le droit commun. C'est dans une mesure très inégale que s'est déployée l'activité de la science dans les différents pays, en France, sur la plus vaste échelle ; en Prusse et en Autriche, dans des limites plus restreintes. La mission par excellence de la science est de rapprocher de ses anciennes sources communes ce droit positif, en lui conservant son cachet propre d'ori-

(1) Au droit allemand se rattachent les principes plus larges, mais non suffisamment précisés sur la possession et sur la propriété, l'idée de la prescription qui se détache et est distincte de celle de l'usucapion, la règle allemande, *la main doit saisir la main*, applicable à la revendication de choses mobilières, quoiqu'un peu modifiée par le principe de la *bona fides* du possesseur actuel, le principe que la chose promise demeure aux risques et périls de celui qui est obligé de la livrer jusqu'à la livraison, et le refus d'action pour les dettes de jeu ; l'assimilation de la cession des créances à un mode direct d'aliénation ; le rejet de la maxime romaine, *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (§ 554-556), spécialement l'ordre de succession reposant sur l'ancien système de parenté allemand, eu égard à l'hérédité *ab intestat* (§ 730 et suiv.).

(2) Paroles de Blume, *Encyclopédie*, p. 130, par lesquelles il exprime le regret que l'Allemagne ne jouisse pas de semblables avantages.

ginalité (1), c'est-à-dire en se tenant aussi éloigné du retour au pur système romain que du retour au pur germanisme, de manière, avant tout, à tenir un juste compte des besoins du siècle actuel et des progrès de la vie et du commerce.

Le résumé de l'histoire des sources peut donc se formuler en ces termes :

1° Il y a un droit public allemand commun à tous les Etats confédérés de l'Allemagne. La source la plus importante est donc aujourd'hui le droit fédéral. Les lois précédentes de l'Empire ne peuvent plus être considérées comme obligatoires. Deux décrets de l'Empire seulement font exception, comme constituant en même temps des traités internationaux, la paix de Westphalie de 1648 et la décision souveraine des légations de l'Empire de 1803.

2° Le droit public des divers Etats de la Confédération repose non seulement sur le droit fédéral, mais encore sur les lois de l'Empire, en tant que celles-ci se sont maintenues en vigueur, comme constituant le droit territorial commun ; il repose de plus sur les lois et les constitutions locales, ou sur les traités.

3° Le droit ecclésiastique varie selon les confessions. Le droit

(1) Un semblable travail de rapprochement a commencé à se produire en Prusse à partir de l'ouverture du cours de Savigny sur le droit prussien, qui a eu lieu à Berlin pendant les mois d'hiver 1819-1820. Les œuvres les plus importantes sur le droit privé qui ont suivi cette tendance sont : *l'Exposition du droit civil prussien*, 2^e édit., 1838, par Bornemann, le *Droit des obligations*, 1836, par Koch. Ce dernier auteur dit dans sa préface : « Il convient de rattacher le droit prussien aux principes du droit commun et de cesser de séparer le rameau du tronc, parce qu'autrement il serait nécessairement frappé de stérilité et finirait par se dessécher complètement en dépit de toutes les ressources de l'art s'il n'était planté et ne se développait dans un sol propice. »

En France, l'étude de l'ancien droit a dû être reprise par plusieurs, tels Klimrath (d'Alsace), Laboulaye, La Ferrière. En Autriche, la nécessité de prendre pour base le droit commun a été reconnue également, notamment par Jos. Unger, qui traite de la marche du développement de la jurisprudence autrichienne dans les *Annales de Schleiter sur la science du droit et de la législation allemande*. Un premier essai satisfaisant de ce genre est fait aujourd'hui par Jos. Unger, dans le *Système du droit privé général autrichien*, 1^{er} vol., 1856. Toutefois l'auteur montre trop souvent des préférences exclusives pour le système et les opinions des romanistes.

canon demeure, même pour les protestants, une source de droit commun.

4° Il existe un droit commun privé allemand qui se rattache à un ensemble de principes juridiques communs à tous les Etats allemands; il se compose de coutumes écrites et non écrites, des lois de l'Empire, des données de la pratique judiciaire, comme aussi de celles de la science, qui contribue essentiellement à le perfectionner.

5° Les codes des divers Etats doivent continuer à se rattacher au droit commun, et bien qu'ils doivent être à leur tour soumis avant tout à une révision, ils n'en constituent pas moins une condition première indispensable et un germe fécond pour la formation future d'un code civil général allemand.

DEUXIÈME DIVISION.

TABLEAU DU DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DES RAPPORTS APPARTENANT ESSENTIELLEMENT AU DROIT PRIVÉ, DES MODIFICATIONS QUI Y ONT ÉTÉ APPORTÉES PAR L'ADOPTION DU DROIT ROMAIN ET DE L'ÉTAT QU'ILS PRÉSENTENT ACTUELLEMENT (1).

Les rapports essentiellement inhérents au droit privé allemand se sont développées à l'origine en harmonie avec la manière propre dont les peuples en général et les races auxquelles ils appartiennent concevaient la vie et le droit. Ces rapports présentaient, par suite, un cachet original; mais ils ont été modifiés dans leur essence par le droit romain et, à l'époque moderne, par les principes de la philosophie du droit et de l'économie sociale.

Nous devons ici présenter d'une manière sommaire le tableau de ce développement pour les parties essentielles du droit privé, sans distinguer ici le droit commun des droits particuliers.

I. *Rapports juridiques des personnes.* — La personne, point

(1) Zopfl, vol. II, 2, p. 233 et suiv. Walter, 359 et suiv. Warnkönig, p. 416 et suiv.

de départ et aboutissant de la constitution du système juridique, a été, dans l'état primitif de civilisation et du droit des anciens Allemands, mieux comprise, eu égard à sa double essence juridique et morale, à sa liberté et à sa dignité, que dans toute autre législation. La religion chrétienne était destinée à enraciner plus profondément dans l'âme cette idée de la personnalité et à lui assigner un but supérieur. L'invasion, qui amena plus que toute autre cause les races allemandes à l'adoption du christianisme, devait entraîner par ses conséquences l'abaissement de la personnalité. L'extension de la souveraineté, la transformation de la possession, l'établissement du système des bénéfices auquel succéda le régime féodal, la conversion en fief de la propriété allodiale, l'assimilation des hommes libres aux non-libres, toutes ces diverses circonstances avaient finalement contribué à augmenter les liens de dépendance personnelle et du servage. De là aussi la compression de tout libre essor intellectuel. L'adoption du droit romain opéra une réaction salutaire. La Réforme releva dans le domaine intellectuel la liberté de la personnalité. La philosophie approfondit davantage l'essence de l'homme et de l'humanité ; par sa juste conception de l'homme, elle sut faire reconnaître la dignité morale et juridique ainsi que la liberté politique de la personne, en même temps que furent brisés tous les liens qui enchaînaient son indépendance. Il faut demander aujourd'hui aux influences combinées de l'ancien système germanique, du véritable esprit du christianisme et de la philosophie, de faire progresser de plus en plus dans tous les rapports moraux et juridiques le respect de la personnalité.

Le sexe produisait, dès l'origine, d'importants effets dans les rapports juridiques basés sur le *mundium*, effets qui furent encore poussés plus loin sous l'influence du système civil et politique du moyen âge. La tendance dans le droit privé à traiter les deux sexes sur le pied d'égalité parfaite, favorisée sous plusieurs rapports par le droit romain, est presque partout, de nos jours, acceptée et légalement consacrée.

Dans l'ordre moral et juridique, l'honneur était pour la personne du plus haut intérêt, attendu qu'honneur et droit s'impliquent l'un l'autre, ce qui fait que ces deux termes sont souvent employés dans les livres de droit du moyen âge comme

équivalents. Les diverses sortes d'atteintes portées à l'honneur et au droit entraînaient, pour leur auteur, selon leur degré, des suites juridiques plus ou moins graves : telles sont la perte de l'estime publique, de l'honneur, de la capacité juridique, sans parler de la mise au ban de la société (1), qui équivalait à l'anéantissement de la personnalité ou à la mort civile. Après l'adoption du droit romain, on crut retrouver dans la note d'infamie romaine l'équipollent d'une semblable déchéance et on cherchait à rattacher cette dernière à l'idée romaine. Le système allemand s'est maintenu toutefois avec sa nature propre, et malgré le grand changement que présentent les mœurs, il peut encore lui être donné de faire revivre plusieurs de ses principes disciplinaires, notamment dans les classes et corporations.

Des différences de condition sont déjà admises par Tacite (p. 287. et 288) : il distingue les libres et les non-libres, comprenant dans la première classe les libres de naissance (*ingenui*) et les nobles (*nobiles*), dans la seconde les esclaves (*servi*) et les affranchis (*libertini*). L'invasion avait grandement contribué à augmenter le nombre des non-libres et la diversité des liens de servitude, de même que la noblesse s'était constituée sur de nouvelles bases, et, avec le système des fiefs et bénéfices, présentait à son tour plusieurs degrés. A partir du douzième siècle se forma aussi, dans les cités, une bourgeoisie libre. Vers la fin du treizième siècle avait prévalu, au sein de l'ordre des laïques, la distinction entre la noblesse, la bourgeoisie et les paysans, qui formaient trois classes séparées. A partir du quinzième siècle, on distingua encore, outre la haute noblesse ou celle des Etats de l'Empire et la basse noblesse, à laquelle appartenait la chevalerie, celle qui était conférée par diplômes, de même que la noblesse personnelle attachée à la dignité de docteur en droit. La bourgeoisie, elle aussi, comportait plusieurs classes de degrés différents, et les paysans présentaient aussi entre eux des différences dont les effets se sont maintenus jusque dans les derniers temps. Il y avait des paysans jouissant de la pleine propriété de leurs fermes et qui ne relevaient pas d'un bailliage ; des paysans ayant également cette

(1) Gerber, § 39.

même propriété, mais soumis à une protection seigneuriale et tenus de l'impôt; des paysans libres qui tenaient une ferme à titre de bail perpétuel ou temporaire, ou des paysans demi-libres, obligés à l'impôt (*lassbauern*), qui étaient dans les mêmes conditions que les *lètes*, et finalement des paysans serfs, placés pour un temps ou à perpétuité sur une ferme ou sur un fonds (1). Le manque de règles écrites, du contrôle de l'opinion, joint à la tendance générale à opprimer le faible, fit que plusieurs furent rejetés dans la classe inférieure, contrairement à tout droit.

Ces différences de classe, sous l'influence du droit romain, de la philosophie du droit et de l'économie nationale ont presque entièrement disparu; le principe de l'égalité civile a prévalu. La haute noblesse subsiste encore aujourd'hui, seulement comme classe privilégiée. Elle se compose exclusivement des membres des maisons régnantes, ainsi que d'anciennes familles faisant partie des Etats de l'Empire, et dont le droit a été consacré (acte fédéral, art. 14). Dans les autres conditions, les classes basées sur la naissance se transforment en celles basées sur la différence des professions, et ces dernières sentent chaque jour davantage le besoin d'un droit spécial pour le développement des rapports inhérents à leur nature propre.

Dès l'origine, la division des personnes en physiques et juridiques a eu, dans le droit allemand, la plus grande importance. A mesure que les liens sociaux se resserrèrent, la tendance à l'organisation communale imprima aux personnes juridiques allemandes une physionomie particulière, en même temps qu'elle en multiplia le nombre et la diversité. Aux anciennes communes que formaient les circonscriptions territoriales, les marches et provinces, se joignirent les communes des cités avec leurs corporations. Le droit canon y joignit des communautés paroissiales, des cloîtres et couvents, et l'époque moderne a créé, de son côté, de nombreuses sociétés commerciales, industrielles, scientifiques ou morales. Le droit romain, avec son double élément opposé de *communio*, où les individus, formant chacun une personne juridique, constituent autant de sujets du droit,

(1) Walter, 434, 439.

et d'*universitas*, où le sujet du droit est l'unité juridique, ne saurait répondre, à lui seul, aux exigences du système allemand. Ce dernier comporte beaucoup de communautés et sociétés au sein desquelles la personne juridique, aussi bien que les membres isolés, ont chacun leurs attributions et leurs droits réglés respectivement (voir livre II, 1^{er} vol.).

II. — *Rapports juridiques eu égard aux choses.* — 1^o Les diverses sortes de choses. — Dans le droit allemand, prévalut de bonne heure la distinction entre les objets à demeure fixe et ceux susceptibles de se transporter d'un lieu à un autre, c'est-à-dire entre les immeubles et les meubles, surtout dans le droit de famille et de succession, et elle s'est conservée dans le droit commun actuel, de même que dans les droits particuliers. Tandis que l'individu avait un pouvoir absolu sur les meubles et pouvait en disposer selon son bon plaisir, la propriété immobilière, surtout quand il s'agissait d'aliénation ou de transmission par succession, comportait beaucoup de restrictions, et il était tenu compte des intérêts de la famille aussi bien que de l'intérêt public. L'adoption du droit romain a fait prévaloir, en outre des deux catégories opposées de meubles et immeubles, d'autres divisions des choses, déterminées avec une grande rigueur de précision.

2^o Rapport juridique de la personne eu égard aux choses. — Depuis les temps les plus reculés, les Allemands connaissaient un droit d'appropriation portant uniquement sur les biens meubles, les cours et bâtiments de ferme, mais non sur les terres ou champs qu'on ne détenait qu'à titre de possession transitoire (p. 285 et suiv.). Après l'invasion, et par suite de la conquête, il se forma une propriété vraiment libre et héréditaire sur la portion de terre, *sors*, assignée à chaque homme libre; elle s'appelait *alleu* (1). Sous ce même nom, toutefois, on désignait aussi le patrimoine laissé par le défunt, et même l'ensemble des biens qui pouvaient être jouis à titre de propriété (2) De

(1) Walter, § 500. Grimm, *Empire allemand*, p. 493, fait dériver le mot *alleu* de *al* (*all*, tout), et *od* (bien), c'est-à-dire « tout propre, » « tout à fait propre; » d'autres, tels que Phillips, *Droit prussien*, I, p. 396, veulent y voir le mot *loos* (Huth), *sors*.

(2) Eichhorn, § 57. Walter, § 500.

cette identification des idées de patrimoine et de propriété ressort le véritable caractère du droit allemand qui admet une propriété portant sur des droits : de là, dans les sources, l'emploi du mot *proprium* (*Eigen*), sens qui est resté attaché à cette expression dans le langage usuel et a passé même dans les nouveaux codes (1). Comme notion distincte de la propriété, l'idée de possession n'a pas tardé à se formuler (garantie, *Gewere*), et elle s'est développée dans un sens très différent de celui qu'elle comportait dans le droit romain. Lorsque le droit romain fut adopté, la théorie romaine de la possession avec ses plus rigoureuses conséquences fut admise dans le droit commun et en fit partie intégrante. Toutefois, l'acception juridique allemande ne s'est pas perdue avec le mot qui y répondait ; mais elle est restée en usage dans les transactions et a reçu d'importantes applications dans les nouveaux codes. Nous ne relèverons ici que les différences caractéristiques que présente, eu égard au droit romain, la garantie allemande (*Gewere*) dont la nature est encore fortement controversée (2) parini les germanistes. Ces différences consistent en ce que la garantie allemande porte sur le droit lui-même (d'où résulte qu'il ne saurait être ici question de sanction juridique de la possession simple et de l'usuca-pion proprement dite comme aussi en ce que la notion de garantie est prise dans un sens étendu analogue à celui de propriété. La garantie *Gewere* (de *wern*, *wehren*, « *defendere* ») qu'on doit avoir soin de distinguer de *gewahr*, *geware*, « *garantie*, » en matière de vente, à raison de vices de la chose, n'a, à l'origine, d'autre sens que celui de la protection publique à laquelle a droit le propriétaire, et, par suite, signifie également la protection ou la défense de soi-même. Comme cette garantie de protection, aux époques reculées, n'a lieu que pour les fonds de terre, elle se conférait, par le moyen de l'assignation ou de l'investiture (*vestitura*), et le rapport ainsi créé entre la chose et la personne

(1) L'expression a ce sens dans le code autrichien, § 553.

(2) Les nouvelles investigations approfondies furent inaugurées par l'œuvre d'Albert, *La garantie comme base de l'ancien droit réel allemand*, 1828. Une bonne monographie, dans laquelle sont appréciées les diverses opinions, émane de Sandhaas, auteur des *Controverses sur le droit germanique*, 1852. Comparez Walter, § 493-495.

investie s'appela garantie, *Gewære*, nom qui, dans la suite, s'applique au fond lui-même. On dut bientôt reconnaître que l'investiture ne suffisait pas pour assurer le droit. La possession d'une chose pouvant être obtenue au moyen d'une investiture illégitime, on pouvait ainsi posséder une chose à titre de propriété sans en avoir été régulièrement investi, ou, à l'inverse, avoir obtenu l'investiture sans être devenu réellement propriétaire. De là vint qu'au moyen âge la garantie ne signifia plus que le rapport de la personne à la chose garantie par le droit, bref, la protection du droit. Par là on peut s'expliquer, en mettant de côté le point de vue romain sur la possession (1), comment la garantie s'applique à un rapport quelconque de la personne à une chose à protéger, surtout la possession immédiate d'un corps certain. Elle s'applique également à tous les cas où il s'agissait de protéger un droit juridique d'une personne à une chose, de telle sorte que le locataire, l'emprunteur, le créancier gagiste, le dépositaire et jusqu'au possesseur d'un objet volé, obtenaient garantie en tant qu'ils étaient protégés contre toute atteinte arbitraire. Elle s'étendit finalement à la propriété, en tant que celle-ci constituait un droit sur une chose à protéger, et ce fut là ce qu'on appelle, à proprement parler, garantie. Il pouvait se faire que plusieurs personnes fussent, à des titres différents, en rapport avec une chose; de là il résulte qu'il y eut, à l'occasion d'une seule et même chose, des garanties différentes. Il y avait, par exemple, une garantie pour la

(1) Les nombreuses difficultés et obscurités que présente la question de la garantie, telle qu'elle est posée aujourd'hui, me paraissent provenir de ce que les auteurs, à leur insù même, se rattachent aux idées du droit romain sur la possession. Mais il faut considérer, dans le système allemand, la garantie d'un point de vue presque diamétralement opposé. Tandis que dans la théorie romaine prédomine toujours en fait le rapport subjectif d'une personne à une chose, l'élément objectif de la protection ressort tout d'abord dans le système allemand. Le rapport des personnes à une chose peut au fond différer en droit. *Gewære* est en général la protection d'un droit réel ou présumé sur une chose, qu'elle soit, en tout ou en partie, au pouvoir de l'ayant droit. Ce pouvoir se rapporte sans doute à la détention corporelle; mais il n'a rien de corporel et peut s'exercer sur les droits incorporels (droits à une chose), directement et sans qu'il soit besoin de recourir à l'idée romaine de la quasi-possession des droits de cette sorte.

propriété, une autre pour l'emphytéose : de même, dans un droit de gage constitué sur un fond de terre, le créancier a une garantie sur la chose, tandis que le débiteur conserve la possession (1). Par là, on s'explique que la garantie, de même que l'idée de propriété, fut également appliquée aux droits personnels, aux créances qui consistent dans des prestations renouvelées, telles que des redevances perpétuelles, des rentes. Le principe de la garantie s'applique ainsi, d'abord aux immeubles et ensuite aux meubles ; mais, dès le principe, elle porta aussi sur les droits eux-mêmes. La manière dont on envisage, dans le système allemand, la garantie, laquelle ne se pose pas comme un simple fait en face du droit, fit qu'à l'origine, ce système n'admit pas d'interdits purement possessoires (2), quoiqu'au cas de dépossession ou de spoliation violente on eût recours à des moyens expéditifs de procédure. Ce ne fut que plus tard, à partir de 1281, et sous l'influence combinée du droit romain et du droit canon (action en réintégrande), qu'on commença à faire une distinction entre l'action possessoire et l'action pétitoire. D'un autre côté, la possession d'an et jour, c'est-à-dire d'un an, six semaines et trois jours (celle qu'on a appelée *juste garantie*), ne put servir de fondement à une prescription proprement dite, la possession devant être corroborée par le serment, lequel impliquait le droit ; d'où il est résulté, dans la suite, qu'avec la suppression du serment la prescription a dû se réaliser, pourvu que, préalablement, l'intention de celui qui l'invoque se soit dûment manifestée en justice. Lors de l'adoption du droit romain, la théorie de la possession fut universellement reçue ; mais la théorie allemande se conserva dans plusieurs droits locaux et, dans son sens le plus large d'application, elle a passé dans les trois codes les plus récents.

Les rapports spéciaux juridiques portant sur les choses se sont développés dans des sens divers.

(1) Le principe fondamental inhérent au droit romain, principe d'après lequel plusieurs personnes ne sauraient posséder une chose *in solidum*, a dû être modifié en ce qui touche le droit de gage, le créancier gagiste ayant les interdits possessoires, quoique le débiteur conserve la possession requise pour l'usucapion.

(2) Walter, § 496 et suiv.

Voici, après l'invasion, l'aspect que prennent les formes juridiques de la possession foncière.

Il y a : 1^o La propriété libre (*alleu*), qui comportait le droit sur tout ce qui se trouvait à la superficie ou à l'intérieur (1), ce qui contribua à développer l'idée de la suprématie territoriale, autrement dit d'un pouvoir de protection sur tous ceux qui habitaient dans l'enceinte du territoire (colons ou arrière-colons); 2^o la possession fondée sur une concession émanée du propriétaire légitime, concession qui se manifestait suivant des formes diverses. La plus antique de ces formes, c'est la concession des dépendances de la ferme, moyennant prestations et redevances fixes, lesquelles formaient l'assiette d'un droit de ferme (*jus curiæ*). Il y avait encore la concession par des fondations et couvents à titre temporaire ou héréditaire, ou celle faite à des officiers de service (officiers de seigneur), et, plus tard, la concession réglée par le droit féodal. Les deux principales espèces de possession, l'une basée sur l'alleu, l'autre sur la concession du propriétaire, servirent de base à ce régime de la propriété féodale, tel que l'adoptèrent, par la suite, les Etats, la noblesse, le citadin et surtout les paysans.

Le propre du droit allemand se révèle, eu égard aux biens immeubles, par les diverses sortes de propriété qu'on appelle propriété pleine et propriété démembrée (Voyez livre II, 1^{er} vol.).

L'idée de pleine propriété a été sans doute combattue, dans ces derniers temps, par quelques auteurs (Hasse, Dunker, Gerber), qui partent du point de vue romain de la propriété et, sous l'influence d'une logique rigoureuse, mais purement formelle, ne pénètrent pas assez l'essence même des rapports; mais cette idée de pleine propriété sort du fond le plus intime et de l'originalité la plus profonde du caractère et du système allemands. Cette pleine propriété, formée originairement par l'*almende* (marche commune, bois ou pâturage), s'est, plus tard, étendue et réalisée sous d'autres modes, surtout dans le droit de famille. Il faut noter ici, comme caractéristique, cette idée, conforme au point de vue organique, que *le tout* (la commune, la communauté), aussi bien que les individus, ont droit à la

(1) Walter, § 486 et suiv.

propriété, suivant des modes divers. L'idée de la propriété démembrée (1), d'après laquelle l'un a sur un fond de terre le domaine utile, l'autre le domaine direct, a sans doute un fondement naturel, mais elle n'a été développée que par la théorie. Un semblable ordre d'idée est dû à une méprise des glossateurs qui, sans se rendre suffisamment compte du sens attaché dans le droit romain à ces idées d'*actio directa et utilis*, se référant à l'emphytéose, admirent pour l'emphytéose, comme pour le fief, un *dominium directum et utile*, d'où vinrent, en traduisant, les expressions de propriété directe et utile. Ces idées furent depuis appliquées aux fiefs, à l'emphytéose, à la propriété de la superficie, de même qu'aux biens ruraux, qui sont soumis au même régime que les biens emphytéotiques.

L'acquisition de la propriété (2) s'opérait directement, suivant un mode synallagmatique et par prescription, comme aussi par voie de succession, comme nous le verrons plus tard. Dès le principe ou à l'origine, on acquérait, cela se comprend de soi-même, tous les produits que quelqu'un retirait d'une matière qui lui appartenait ou de son propre sol, etc., ou ce que le vassal, le serf ou l'emphytéote retirait du sol d'autrui. De même l'appropriation de certaines choses, telles que celles n'appartenant à personne, par exemple les animaux sauvages, les abeilles, se réalisait sous certaines conditions par l'occupation. Il y avait aussi des conditions spéciales requises eu égard aux fruits qui pendaient ou tombaient sur le fond du voisin pour qu'ils devinssent la propriété de ce dernier. Il en était de même quant à l'acquisition des fruits, au cas de retour du fief ou bien

(1) L'idée du démembrement de la propriété est rejetée par les germanistes partisans du système romain. Gerber, par exemple, est donc amené à considérer comme étant non des démembrements de propriété, mais des droits sur la chose d'autrui, la jouissance d'un bien moyennant des cens féodaux et redevances foncières, le droit de l'emphytéose, du colon, etc. Et ici on se demande involontairement s'il n'y a pas quelque chose d'anormal, au point de vue historique et politique, de voir ceux qui possédaient des droits sur la chose d'autrui en devenir véritables propriétaires, par suite, de sa transformation en *alleu*, vu l'impossibilité de les forcer par voie de contrainte à remplir leurs engagements.

(2) Walter, § 507-513.

emphytéotique. On appliquait l'adage : *Qui sème recueille, etc.* La propriété sur les biens meubles se transférait par la simple tradition, moyennant la condition préalable d'un accord de volontés ou d'un contrat bilatéral. Pour les immeubles, au contraire, outre le contrat (achat, échange, donation), la cession de la propriété devait encore être faite en justice ou, tout au moins, en présence de témoins, condition indispensable pour que la propriété fût aliénée et transférée. Ce système de la cession judiciaire de la propriété et de son insertion dans les registres publics devint peu à peu général.

L'acquisition par prescription était basée sur ce principe que le propriétaire, au bout d'un certain laps de temps, était censé avoir fait abandon de son droit. Sur ce système de l'abandon présumé et de la prescription, on ne trouve que quelques dispositions isolées, de telle sorte que le droit romain eut ici à remplir une grave lacune.

Pour la revendication de la propriété des choses mobilières (1), le droit allemand n'autorisait pas contre tout détenteur la rigoureuse *rei vindicatio* romaine; mais, selon les circonstances, il distinguait plutôt deux actions, selon qu'une chose était passée dans les mains d'autrui avec ou sans la volonté du possesseur légitime. Dans le premier cas, l'ayant droit avait seulement une action personnelle (la créance) contre celui qui a reçu et qui était éventuellement tenu de réparer le dommage, par exemple dans le prêt à usage, le louage, l'affectation à titre de gage, le dépôt d'après la maxime : *Main doit défendre main*, ou suivant cette autre adage : *Chacun doit chercher ce qui lui appartient où il l'a laissé*. Au contraire, dans le cas de perte involontaire, par exemple s'il s'agissait de choses volées ou perdues, on autorisait l'action réelle contre tout tiers détenteur, laquelle s'appelait prise d'avance (*Anfang, Anevang*), le demandeur commençant par prendre.

L'adoption du droit romain a fait prévaloir les principes qu'il contient sur l'acquisition de la propriété et sur la revendication judiciaire de celle-ci. Mais, de même que dans l'acquisition des immeubles, l'observation du principe allemand de la publicité

(1) Walter, § 502-506.

est assurée par la nécessité d'insertion dans le registre terrier, de même aussi, dans la revendication des meubles (1), nous constatons l'autorité de l'adage : *Main doit défendre main*, au moins dans les droits locaux. Du reste, la propagation des principes du droit romain sur la propriété a essentiellement contribué à affranchir la propriété foncière des liens de servage ou de vasselage et des autres charges qui pesaient sur la classe agricole, telles que les dimes, les corvées et autres services réels. Elle a eu aussi pour résultat de convertir partout de plus en plus en *alleu* les fiefs, en ruinant les bases mêmes de leur institution.

Il y avait peu de servitudes dans l'ancien droit germanique. Le droit romain leur a servi exclusivement de règle. Toutefois, pour garantir le droit de servitude, l'insertion dans les livres fonciers a été ici encore prescrite le plus souvent dans les droits locaux.

Pendant longtemps, les juristes avaient assimilé à tort aux servitudes les charges réelles du droit allemand, les considérant comme *servitutes quæ in faciendo consistunt*. Ces charges, qui impliquent un démembrement de la propriété, c'est-à-dire des obligations attachées d'une manière permanente à la possession d'un fonds, consistant surtout dans la prestation de redevances foncières, de dimes, corvées, etc., ont donné lieu à de grandes controverses portant sur leur caractère juridique. Elles ont pour la plus grande partie été abolies (2).

Dans le droit de gage (3), le droit allemand admettait, dès les premiers temps, dans le but d'assurer le paiement d'une dette, le nantissement ou la remise d'une chose mobilière à titre de gage. En cette matière, la théorie romaine du gage accompagné de mainmise réelle fournit la règle dominante. Sous le titre

(1) Il en est de même dans le code civil autrichien, § 367, sauf qu'on tient compte de la *bona ou mala fides* de la part du tiers possesseur. Dans le droit français, nous voyons aussi l'adage : *Les meubles n'ont point de suite*. Bluntschli, *le Droit prussien*, 1, p. 360. D'où dérive aussi le principe : *En fait de meubles la possession vaut titre*.

(2) Les diverses opinions sur ce point nous sont présentées par Gerber dans un ordre logique, § 168, et Walter, *Droit prussien*, § 149.

(3) Walter, § 532-538.

d'investissement, on admit une cession en gage de fonds immeubles autorisée par justice, en vertu de laquelle les créanciers étaient appelés, suivant la nature diverse de leurs droits, à prendre possession de ces fonds. Mais à partir du treizième siècle, on établit, pour les fonds immeubles, un autre genre de nantissement qui n'exigeait ni possession, ni jouissance : je veux parler du droit réel résultant uniquement de la cession judiciaire et de l'insertion dans les registres publics, droit engendrant la garantie correspondant à l'hypothèque romaine qui y servit de base. Le système hypothécaire romain a été toutefois essentiellement amélioré par le principe juridique allemand de la publicité, lequel a été encore plus développé par les législations modernes et rattaché plus étroitement à celui de la spécialité. Ainsi une hypothèque, par la seule inscription sur un registre public (livre foncier, etc.), peut produire effet contre les tiers, et d'un autre côté, en vertu de la spécialité, toute hypothèque peut être inscrite seulement pour une somme exactement déterminée et sur un fonds nettement spécifié, de telle sorte qu'un créancier ne saurait avoir d'hypothèque générale, mais seulement peut obtenir plusieurs hypothèques spéciales.

III. — *Rapports juridiques eu égard aux actions ou le droit des demandes* (1). — 1° *Principes généraux*. — Le système allemand des obligations, par suite du long assujettissement de la propriété foncière, lequel avait fini par être général et s'était régularisé sous différentes formes, ne s'est pas élevé au-dessus des règles et formes élémentaires des transactions. L'état florissant des cités et de leur commerce au moyen âge amena sans doute à faire une étude plus consciencieuse des théories générales et des règles pratiques des transactions. Mais ce progrès sérieux fut interrompu par l'adoption du droit romain, lequel offrit tout d'un coup, dans son système perfectionné des obligations, ce qui, en Allemagne, aurait pu n'être que le résultat d'un développement graduel. Le droit romain fit donc autorité absolue en cette matière ; seulement, on a été amené ici à s'écarter en plusieurs points du droit romain. Le système allemand envisage,

(1) Sur cette partie générale, voyez surtout Beseler, § 117, Bluntschli, § 110.

en effet, à un autre point de vue, l'obligation en général, ainsi que le contrat dans plusieurs de ses espèces, se rattachant ainsi d'ailleurs aux plus anciennes traditions juridiques. Ce point de vue peut encore aujourd'hui, en se traduisant dans de sages règles pratiques, ouvrir la voie à de nouveaux perfectionnements.

L'obligation étant conçue, dans le système allemand, comme un lien juridique entre deux personnes, on doit avant tout poser comme condition essentielle leur indépendance respective et tenir aussi grand compte de l'élément matériel (objectif). Par là est assurée une plus grande liberté dans la formation des rapports de la vie et dans le cours des transactions. Mais de là aussi le danger inévitable qu'on méconnaisse dans l'application le vrai rapport existant entre les personnes et les choses. Le droit allemand ne trouve aucune difficulté à admettre qu'une personne agisse pour une autre. De même qu'il autorise facilement la représentation en matière d'acquisition d'un droit personnel d'obligation, de même il admet aussi le transport de la créance elle-même et non pas seulement de l'*actio* comme le droit romain. Ce point de vue n'a pas été sans influence sur la possibilité de rattacher une créance ou une obligation à un fonds, en ce sens qu'il pût être grevé d'une manière permanente, quel qu'en soit le détenteur, et par suite a permis d'établir les charges réelles auxquelles le droit romain reste complètement étranger. Il a amené de même, dans les derniers temps, en assurant la libre cession de la créance, à créer les obligations au porteur et finalement même les actions au porteur (de telle sorte qu'une société ne connaisse pas même ses membres qui changent continuellement), ce qui a contribué malheureusement, de la manière la plus décisive, à développer l'agiotage, si funeste au point de vue moral et économique. Il convient de remédier à cet inconvénient en se rattachant à un point de vue sous lequel l'obligation doit être conçue comme devant répondre le plus possible aux besoins du commerce, sans que la personne s'efface ainsi complètement derrière la chose qui fait l'objet de l'obligation (1).

(1) Les inconvénients pratiques dérivant de la fausse idée qu'on se fait de la nature de ces sociétés ont été déjà mis en relief dans ma *Philosophie*

Parmi les obligations qui peuvent se diviser dans le droit allemand en obligations dérivant du contrat, du délit ou de l'état des personnes, nous ne nous occuperons ici que des premières.

2° *Contrats* (1). — La force obligatoire et la validité des contrats ne furent, dans le système allemand, attachés à aucune forme déterminée de contrats, mais résultèrent du libre accord des parties (*une parole, un homme*), quoiqu'on trouvât bon de représenter par un symbole, la conclusion définitive du contrat (serrement de main, rupture de tige). Pour en assurer une preuve, les contrats, le plus souvent, étaient passés devant témoins ou par écrit. Lors de l'adoption du droit romain, le formalisme inhérent à ce droit ne prévalut pas dans les contrats. Il en fut de même de la distinction du droit romain en contrats emportant la sanction civile et en *pacta*, qui n'en comportaient point dès l'origine, mais auxquels une action fut attachée par les préteurs et les empereurs. Elle resta absolument ici sans influence. On écarte également, en principe, la division en contrats réels, qui ont en même temps un nom particulier (*mutuum commodatum, depositum pignus*) et en contrats innomés, parmi lesquels étaient spécialement rangés l'échange, le *precarium*. On repousse aussi la distinction en contrats verbaux (stipulation), contrats littéraux et contrats consensuels (*emptio et venditio, locatio et conductio, mandatum et societas*). Il ne faut pas toutefois, comme le font quelques-uns, admettre sans restriction que, d'après le droit commun actuel, tous les contrats sont consensuels. Il y a des contrats qui, par leur essence, sont réels, comme les contrats appelés de ce nom dans le droit romain, se formant par la remise d'une chose d'un côté et l'obligation de restituer de l'autre, quoique la simple promesse de donner cette chose puisse également produire une action. La stipulation romaine n'a jamais été en usage. Le contrat littéral se présente sous sa véritable forme dans le contrat *de change*.

du droit, 1^{re} édit., 1839, 2^e édit. allem., 1852, p. 564. Le sujet mérite, plus que tant de matières du droit romain, d'être traité d'une manière approfondie, et en tenant compte de tous les rapports juridiques essentiels.

(1) Walter, § 521-538. Bluntschli, *le Droit prussien*, § 112 et suiv.

Comparé au droit romain, le système allemand afférent aux contrats présente plutôt, aux yeux de tout observateur impartial, le caractère du mépris de la forme, tendance favorisée par une théorie abstraite du droit et de l'Etat qui s'efforçait partout d'atteindre la substance isolée de la forme, l'idée séparée de sa représentation concrète. Les codes modernes ont, toutefois, subordonné la validité de certains contrats à leur rédaction par écrit. Les théories générales sur le *dolus*, la *culpa*, l'ignorance, l'erreur, le support des risques, etc., qui reçoivent leur application dans les contrats, n'ont pas été encore méthodiquement déduites par les germanistes (1) des sources juridiques du moyen âge. Elles s'écartent au reste, en plusieurs points, de droit romain, en tenant compte des rapports d'une manière plus complète.

Les contrats spéciaux les plus importants sont l'achat, où, pour la vente d'immeubles, se rencontre surtout le droit de réméré ou de préférence; l'échange, qui est traité, dans son ensemble, d'après les principes de l'achat; le bail à loyer et à ferme, le dépôt, le prêt à usage, le prêt sans intérêts (*ad beneficium*), tel qu'il se présentait souvent, et le prêt avec intérêts. Dans ce dernier cas, la prohibition du droit canon, relativement aux intérêts tenus pour un gain illicite, à raison de sa source immorale, l'état de gêne d'autrui, prévalut et se maintint jusqu'au seizième siècle. Au contraire dut se développer l'achat autorisé de rentes ou redevances (2), qui présentait beaucoup plus d'avantages au débiteur, vendeur de la rente, grevant le plus souvent un fonds, surtout à raison de la non-exigibilité du capital par le créancier acheteur de la rente. Vers la fin du seizième siècle, plusieurs lois locales commencèrent à autoriser le prêt à intérêt, et l'achat de rentes disparut toujours de plus en plus après la guerre de Trente ans et la

(1) Platner a commencé heureusement à le faire dans son œuvre, *Sur le développement historique du système et du caractère du droit allemand* (2^e vol., 1854, contenant les théories générales du droit). La continuation de ce genre d'études montrera jusqu'à l'évidence que les Romains, dans cette partie du droit des obligations, n'ont pas pénétré jusqu'à la véritable nature des choses, comme le pense Stahl, *Philosophie du droit*, II, fin.

(2) Beseler, II, § 127; Walter, § 525, *Droit prussien*, 266.

crise financière qui en résulta, de telle sorte qu'il ne s'est presque plus conservé nulle part. A sa place il y a d'autres contrats équivalents, tels que la collation d'un bénéfice, la constitution d'une pension alimentaire et la constitution de rente viagère. Ceux-ci sont une continuation de l'ancien contrat du précaire, par lequel on donnait son bien à une église, en se réservant, pour le restant de ses jours, une pension alimentaire sur ce bien. Les contrats de garantie ou d'assurance n'ont commencé qu'à l'époque moderne à se développer. Il en est de même surtout du contrat de change. Les donations, en général, étaient constatées par écrit. Une forme générale, suivant laquelle on s'obligeait d'une manière irrévocable à donner ou à faire quelque chose vis-à-vis d'autrui, consistait dans la promesse solennelle de tenir sa parole (*fidem facere*), qui équivaut à la stipulation romaine. L'obligation résultant des contrats avait d'abord pour garants et pour répondants les biens, ensuite la personne elle-même, ce qui fait qu'au moyen âge on rencontre encore la servitude pour dettes, à laquelle fut substituée plus tard l'incarcération pour dettes. Les garanties d'accomplissement de l'obligation étaient, les unes personnelles, telles que la promesse de s'engager temporairement le cas échéant au service d'autrui, l'otage (*obstagium*), la présentation de cautions; les autres réelles, telles que la constitution de sûreté sous la forme du *pignus (vadium)*, ou de l'engagement des fonds de terre; finalement aussi, dans certains cas, la mise en gage du mobilier. Le contrat de louage des domestiques et autres attachés à la personne ne présente pas seulement, dans le système allemand, un caractère juridique, mais est surtout réglé par l'éthique.

Le droit de société allemand se sépare aussi d'une manière radicale de la *societas romana*, parce qu'il comporte un lien plus fort entre les membres qui renferment leur liberté dans de justes limites, et qu'il produit un tout se manifestant au dehors sous une forme plus unitaire. Je ne veux pas parler seulement des importantes sociétés industrielles que nous rencontrons en Allemagne, telles que la société en nom collectif, la société en commandite et la société par actions, qui ont revêtu chacune des formes spéciales dans les temps modernes, et doi-

vent se perfectionner en mettant de plus en plus leur constitution avec tous les rapports de l'ordre moral et économique qu'elles embrassent. Le système allemand s'est montré plus fécond en produisant les associations pour lesquelles l'élément de la fortune n'est pas le but, mais sert uniquement de moyen à l'obtention d'autres buts qu'elles se proposent d'atteindre, tels que les buts de l'ordre intellectuel, religieux et moral. La société par essence la plus étroite, embrassant toute l'existence, et qui est à elle-même son propre but en tant qu'elle forme le lien éthique par excellence, c'est la famille.

IV. — *Le droit de famille* (1).

La famille, considérée déjà par les Germains, dans les temps qui ont précédé le christianisme, comme une étroite communauté morale, juridique et politique, s'entendait, au sens restreint, de la famille propre de l'individu; dans un sens plus large, au contraire, on y comprenait également la parenté, c'est-à-dire un ensemble de familles particulières, reliées entre elles et se rattachant à un auteur commun. La puissance de ce lien de famille se montrait dans l'établissement de l'état de paix et de guerre, dans le sacrifice religieux au foyer des ancêtres, dans la vengeance par le sang, dans la composition et le combat; elle se manifestait aussi dans la tutelle de droit des membres de la famille, dans le régime des biens se rattachant à leur origine ou provenance, dans le système tout entier de droit de succession, et surtout dans l'ordre légal de parenté qui forme la base de ce droit de succession.

Le mariage fut considéré par les Germains comme un lien sacré formant la base naturelle et morale de l'ordre tout entier de droit et de l'Etat: de là *Ewa*, *Ea*, signifiant à l'origine « lien juridique, » plus tard « mariage, » *Ehe* (voyez p. 282, note). Le dogme chrétien ne fit qu'y ajouter la sanction religieuse supérieure. Dès l'instant que le mariage fut envisagé comme sacrement, le droit y afférent dut être soumis à la juridiction du clergé. Sous l'influence de la Réforme, la juridiction compétente, en matière de mariage, revêtit un caractère éminemment séculier, tout en restant aux mains du clergé, et,

(1) Walter, § 453 et suiv.; Bluntschli, II, § 144 et suiv.

dans les pays allemands catholiques, on distingue mieux le double côté religieux et civil de l'institution. En France, la Révolution conduisit à une séparation radicale de ces deux éléments, en exigeant que le mariage civil précédât l'acte religieux, but qu'on s'efforça d'atteindre dans d'autres pays pour prévenir les conflits avec les autorités du clergé. Opérer dans une mesure convenable cette séparation, c'est là une tâche très importante qui reste encore à accomplir.

La tutelle allemande se rattachant au *mundium* ne constitua pas, dès le principe, au même degré que la *manus et potestas* des Romains, un pouvoir absolu, mais plutôt, présentant un caractère moral, elle se ramenait à une obligation de protection et de représentation. Il en était ainsi de la tutelle du mari sur la femme pendant le mariage, de la tutelle du père sur les enfants, ou des proches parents mâles pubères sur les orphelins impubères et sur les femmes non mariées. De même qu'à l'origine la protection du peuple s'étendait sur toutes les sphères, protection qui fut remplacée plus tard par celle du roi, de même cette dernière donna naissance à l'institution allemande de la tutelle de l'autorité supérieure. La tutelle s'est perfectionnée à des degrés divers, eu égard à ses diverses espèces. La tutelle sur les femmes non mariées perdit déjà de son importance au moyen âge, surtout sous l'influence du droit romain, qui ne l'admettait pas. La tutelle du mari sur sa femme s'est maintenue, sans doute, dans le droit des statuts : toutefois, les femmes qui jouissent de la plénitude de leurs droits sont aujourd'hui reconnues, dans la plupart des Etats allemands, comme ayant une capacité juridique entière. La tutelle sur les mineurs fut réglée selon les principes du droit romain, très perfectionné en cette matière, à partir de son adoption, sauf le maintien de l'institution allemande de la tutelle de l'autorité, de telle sorte que la tutelle est, avant tout, censée intéresser l'ordre public.

Le droit qui régit les biens des époux, si l'on se réfère aux premiers temps mentionnés par Tacite (p. 291), s'est développé depuis, en partie dans un sens indépendant, en partie sous l'influence du droit romain. Le plus ancien régime conjugal était déterminé par le *mundium*, compétant au mari tant que durait

la vie des époux; celui-ci obtenait par là un droit général d'administrer tous les biens et était tenu de pourvoir aux besoins du ménage. A la mort de l'un ou l'autre époux, les droits du mari étaient à l'origine plus étendus que ceux de la femme. Le bien immeuble appartenant en propre à la femme passait sans doute à ses parents consanguins en leur qualité d'héritiers, mais les meubles restaient ordinairement au mari comme étant sa propriété; il en était de même de ce qui avait été acquis pendant le mariage. La veuve obtenait la jouissance et l'administration de ses immeubles propres; elle pouvait aussi retirer son avoir mobilier en tant qu'il subsistait en nature; dans la suite, surtout dans les cités, le droit de le recouvrer dans tous les cas lui fut assuré. Elle recevait en outre le *douaire*, gain nuptial (*Morgengabe*) (p. 291) que le mari avait donné ou promis à la femme, et souvent aussi une pension alimentaire. Dans la dernière période du moyen âge prévalut un second système, celui de la communauté des biens. Dès les premiers temps on le voit adopté en France (il figure notamment dans la coutume de Paris, d'où il a passé dans le code civil à titre de régime légal) (p. 381). Il domine surtout dans les cités où la communauté de biens encourageait le crédit commercial et industriel. Avec le droit romain se réalise aussi la mise en vigueur du régime dotal, qui se combinait de plusieurs manières avec le plus ancien système allemand. On peut ainsi aujourd'hui distinguer trois régimes principaux : 1° celui de réunion des biens (1) où l'avoir des deux époux, sans se confondre, est réuni dans la même main et soumis à la gestion ainsi qu'à la jouissance du mari; 2° celui de la communauté des biens, qui peut être universelle, sans restriction, lorsque tous les biens des époux sont communs, ou particulière, s'il n'en tombe qu'une partie dans la communauté (par exemple les acquisitions faites durant le mariage) (communauté d'acquêts); 3° le régime dotal des Romains modifié de diverses manières.

(1) Cette dénomination, comme l'observe aussi Bluntschli, convient mieux que celle d'unité ou de communauté extérieure des biens employée par quelques autres, puisque l'unité présuppose un lien bien plus étroit qu'il ne saurait l'être dans le cas en question.

V. — *Droit de succession* (1).

Le caractère du droit de succession allemand, qui dès le principe se rattache à une union plus étroite entre les membres de la famille, a été sans doute modifié par l'adoption du droit romain; mais il n'a rien perdu toutefois de son originalité à plusieurs égards.

Modes divers de succession. — Les testaments étaient inconnus aux Germains avant l'invasion. A la mort du particulier, le droit de la famille à laquelle il avait appartenu était immédiatement reconnu. Après l'invasion et l'adoption du christianisme on rencontre des testaments, lesquels tout d'abord, du moins autant qu'on peut en juger, étaient faits dans l'intérêt de l'âme (2) et pour assurer son salut. Ils contenaient, par suite, des dispositions en faveur des pauvres ou de l'Eglise (qui le plus souvent appliquait les règles du droit romain favorable aux testaments). Ce n'est que plus tard que le testament est envisagé comme faculté de disposer d'une partie du patrimoine, avant tout du mobilier. Toutefois on était encore sous l'empire du principe que Dieu et non l'homme fait l'héritier, principe qui continuait à s'appliquer au premier ordre de succession *ab intestat*, basé sur les liens du sang et de la famille; et même après l'adoption du droit romain, les rôles restent complètement intervertis entre la succession légale et la succession testamentaire. Tandis que dans le système romain le testament est la règle et la succession *ab intestat* l'exception, dans le système allemand, au contraire, là règle est la dévolution naturelle de la succession aux membres de la famille; d'où découlent des conséquences importantes. — Les pactes sur la succession ne furent admis qu'à partir du seizième siècle par la jurisprudence, qui se prononça dans le sens de leur validité (3) en s'appuyant sur la théorie de la validité générale des contrats, de manière à se rattacher toutefois à des formes allemandes analogues.

La succession elle-même ne fut pas assimilée, comme l'avait

(1) Walter, § 539 et suiv. Bluntschli, II, § 186 et suiv.

(2) Bluntschli, *le Droit prussien*, II, § 90.

(3) L'œuvre principale, sur ce sujet, est celle de Beseler, *Théorie des pactes de succession*, 3^e p., 1835. Comparez Walter, *le Droit commun*, § 549 et suiv., et *le Droit prussien*, § 444 et suiv. Bluntschli, ouvrage déjà cité, § 194.

fait le droit romain, à une unité de patrimoine et à une personne juridique (*universitas rerum*); mais, au contraire, elle se divisait et comportait divers modes de succession, eu égard à la nature différente du bien, suivant qu'il s'agissait, par exemple, d'un *alleu* ou d'un *fief*, et eu égard aux deux éléments divers, meubles et immeubles, qui formaient le patrimoine. L'héritier était tenu des dettes du défunt jusqu'à concurrence de l'actif de toute la succession ou d'une partie seulement du mobilier (*Miroir de Saxe*). La transmission de l'hérédité ne s'opérait pas, comme dans le droit romain, par la déclaration d'adition de l'hérédité, mais de plein droit, en vertu de la maxime : *le mort saisit le vif*. Toutefois il était permis à l'héritier de renoncer au droit dont il était saisi naturellement en répudiant la succession. Eu égard à ces deux points et aux conséquences qui en découlent (1), l'adoption du droit romain amena toutefois plusieurs changements. Pour les testaments, il ne fut besoin de recourir à aucune institution d'héritier (2), sauf le cas où il ne se trouvait pas d'héritier naturel. Leur contenu consistait en legs. Les causes d'exhérédation mentionnées dans la nouvelle 115 de Justinien ne tardèrent pas à être légalement reconnues. Du reste la déchéance du droit de succession était encourue sans qu'il fût besoin d'une déclaration expresse de la part du *de cuius*, au cas de violation grave des devoirs de piété envers lui. L'ordre de succession légale se réglait ordinairement sur le degré de proximité des parents et des descendants. A partir du quinzième siècle, sous l'influence des romanistes, fut introduite la division des héritiers en quatre catégories ou séries, conformément à la nouvelle 118; de telle sorte que tous les héritiers d'une série subséquente étaient exclus par ceux de la précédente aptes à succéder, et que dans chaque série le parent au degré le plus proche était appelé en première ligne, sans préjudice du droit de représentation compétant au moins aux enfants. Toutefois

(1) Sur ces conséquences importantes, voyez Bluntschli, II, p. 380.

(2) Jusqu'ici on n'a entendu encore, dans le code français, par héritier, que l'héritier *ab intestat*; les autres héritiers testamentaires s'appellent légataires (art. 1002 et suiv.). De même aussi les testaments sont, avec les donations, rangés et traités sous un seul et même titre.

l'ancien ordre de succession allemande s'est maintenu dans plusieurs pays (1). En même temps, dans le droit germanique, se conserva un genre spécial de succession pour les fiefs (succession féodale), pour les biens patrimoniaux (surtout parmi la haute noblesse) et pour les *fidéicommiss*. Pour ces deux espèces de biens, on appliqua les règles inhérentes au droit d'aînesse (dans lequel on distinguait encore, suivant l'ordre de naissance, un second et un troisième degré), qu'il s'agit d'un majorat ou de tout autre bien seigneurial; et quant aux biens retouriers, ces mêmes règles étaient aussi applicables lorsque l'ordre de succession était le même que dans les deux cas précédents.

VI. — *Justice et procédure civiles* (2).

Le système judiciaire, aussi longtemps qu'il demeura allemand, fut essentiellement caractérisé par ce principe que la justice était administrée sous la direction de l'autorité, mais avec la participation du peuple. Avant l'invasion, le prince (p. 289) présidait le tribunal formé par l'assemblée de district. Depuis cette époque, chez les Franks, au service de la justice était préposé un *centenarius* ou *tunginus* (Hunne). Elle était rendue dans le *mallus* (*Malbert*, « session judiciaire ») de la centène, de telle sorte que la décision émanait des hommes libres de la communauté réunis en conseil (*rachimburgi* selon Grimm, *Empire allemand*, p. 775, *consilium ferentes*), dont sept siégeaient étant assis et les autres debout. Plus tard, au centenier fut substitué le comte et son vicaire, lesquels parcouraient le pays accompagnés du centenier du lieu. Charlemagne créa l'institution des échevins, laquelle, selon l'opinion de plusieurs, existait avant lui. Ils formaient (3) un ordre se recrutant d'une

(1) Il est encore maintenu dans le code civil général autrichien (lequel, § 731, détermine six lignes), d'où résulte l'ordre de succession le plus simple et le plus conforme à la loi naturelle.

(2) Maurer, *Histoire de l'ancienne organisation judiciaire germanique, en particulier bavaroise*, 1824. Unger, *l'Ancienne constitution judiciaire allemande*, 1842. Zöpsl, II, 2, p. 386. Walter, § 574.

(3) Echevin, *scabinus*, d'après Grimm, *Empire allemand*, p. 775, vient de *scapan*, « ordinaire, » « decernere, » ou de *scaphan*, « creare, » *schaffen*, et du dérivé *scephjan*, « haurire. » D'autres, et en dernier lieu Léon, *Hist. de l'empire allemand*, 524, ont certainement par erreur fait dériver *scabinus*

manière permanente dans la classe des hommes libres propriétaires de fonds (l'homme libre seul pouvait être échevin), et occupaient les sièges des sept rachimbourgs. La procédure était basée sur la comparution personnelle des parties, bien qu'on admit l'intervention des avocats (*prolocutores*). En ce qui touche l'administration de la preuve, il faut poser, en principe, que chaque partie ne pouvait témoigner que des faits accomplis ou non accomplis dans sa sphère propre d'action, et que le juge était tenu de s'en tenir aux témoignages produits quand ils présentaient des garanties suffisantes de sincérité et de vérité. Les moyens de preuve étaient, avant tout, le témoignage émané de la partie dans sa propre cause et affirmé par serment. A l'appui, on invoquait souvent, comme dans la procédure criminelle, le témoignage d'autres personnes qu'on appelait adjoints au serment, cojurateurs, lesquels affirmaient à leur tour, par serment, non que la déposition était vraie, mais que, dans leur conviction, la partie qu'ils assistaient était incapable de prêter un faux serment. En outre du serment, on avait encore recours aux jugements de Dieu, aux duels ou autres épreuves. En dehors du serment, on attachait aussi une grande importance aux titres ou actes par écrit, et la preuve par témoins était également très répandue (1). La décision sur le droit appartenait exclusivement au juge et non au comte et à son lieutenant, qui dirigeait simplement l'instruction. Les appels du jugement déférés par exemple au comte lui-même, comme aussi les recours pour déni de justice, paraissent avoir été autorisés dès la plus haute antiquité. De même il fut permis, par la suite, à chacune des parties, à tout échevin et à tout tiers, dans l'intérêt de l'une d'elles, d'attaquer la sentence rendue et de soumettre le procès à un tribunal supérieur (*Miroir de Saxe*, 11, 12). Un tel système judiciaire, malgré la suppression des districts et le morcellement des comtés, se maintint

du mot latin *scamnum* (vieux français *eschame*), le « banc, » c'est-à-dire ici le banc judiciaire.

(1) Sur l'ancien système de preuves germaniques, les opinions sont très diverses. Voyez Walter, § 632, le dernier écrit qui traite bien cette matière est celui de Sachse : *Le système de preuve du droit allemand*, etc., 1855.

à peu près intact jusqu'au quinzième siècle, époque à laquelle une réforme radicale fut opérée par les influences combinées du droit canon et du droit romain. Grâce au développement de la juridiction ecclésiastique, à laquelle étaient déférées beaucoup d'affaires civiles, avait été adoptée une autre procédure, c'est-à-dire l'instruction écrite et l'instruction secrète se rattachant principalement au système de la preuve romaine. Cet exemple fut suivi également depuis le quinzième siècle par les juges séculiers. Outre la procédure ordinaire, il s'en forma alors une autre appelée sommaire, sur le modèle de la procédure romaine et canonique. De nombreux bienfaits en sont résultés, on doit le reconnaître. La procédure reçut des formes plus scientifiques : les jugements de Dieu et les duels tendirent à disparaître ; le serment se réduisit à un simple moyen de preuve, et il fut prêté selon les règles du droit romain. Mais à côté de ces avantages se fit sentir en même temps le grave inconvénient de la disparition de la publicité et de la multiplicité ou de la complication excessive des écritures.

Le dernier décret de l'Empire, de 1654, servit de base, en Allemagne, au nouveau système commun de procédure civile. Par là se trouva abolie, en général, la procédure sur requête, et fut introduit le principe fondamental de la nouvelle procédure, le principe de la citation ou de l'ajournement. Dans quelques pays, ce droit commun de procédure a été modifié sur plusieurs points : en Bavière (1753), par le *Codex juris iudiciarii* ; en Autriche, par le règlement judiciaire de 1784 ; en Prusse, par l'ordonnance de 1793, réglant dans son ensemble l'organisation judiciaire. Depuis le retour en France aux formes germaniques, de la publicité et des débats oraux qui ont prévalu définitivement dans le code de procédure de 1806, on sent grandement, en Allemagne, la nécessité de semblables réformes, et depuis 1848 elles ont été réalisées dans plusieurs Etats où la procédure elle-même a reçu plusieurs autres améliorations.

VII. — *Droit pénal et procédure criminelle* (1).

A mesure que le droit pénal allemand se développe, on re-

(1) L'œuvre principale est de Wilda, le *Droit pénal des Germains*, 1842.

marque que le point de vue sous lequel la peine est envisagée se modifie. Ce n'est plus le point de vue du droit privé qui domine, mais celui du droit public. Au lieu d'avoir un caractère avant tout extérieur et de l'atteindre dans ses biens, la peine frappe principalement la personne elle-même. Nous voyons plus complètement ici ressortir le côté subjectif du crime, autrement dit ce qui dépend de la volonté propre de l'agent, et le côté objectif, ou ce qui est indépendant de cette volonté, par cela même qu'on distingue le crime consommé et la tentative, etc. Nous assistons encore à la formation de certaines juridictions pénales prenant leur source dans l'ancienne procédure populaire, à la transformation de l'ancien système de preuve qui présente tant de rigueurs et se trouve lié à des superstitions religieuses, ou qui s'adapte aux anciennes mœurs et à une organisation sociale qui ne subsiste plus. Mais ici se présente l'institution encore pire de la torture, dont il faut détourner les yeux pour arriver à un système de procédure plus logique et plus équitable. Un mouvement rétrograde est marqué par l'abandon de la procédure d'accusation, de la publicité et de l'instruction orale. L'amélioration décisive ne se produit toutefois qu'à l'époque moderne, grâce à l'heureuse influence sur le droit pénal des principes plus humains propagés par la philosophie, et à l'impulsion donnée par cette dernière à la transformation théorique et pratique du système pénal tout entier. On voit ici également s'inaugurer les réformes tendant, dans l'application, à assigner un autre but à la peine (système pénitentiaire sous ses formes différentes), et qui ont laissé bien loin derrière elles la théorie purement juridique, restée étroite et stationnaire.

Les changements principaux dans le droit pénal se produisirent par suite de l'adoption du christianisme, de l'accroissement du pouvoir de la royauté et des grandes perturbations dans les rapports de la vie occasionnées par l'invasion. Ils furent dus, d'un autre côté, à l'établissement des juridictions pénales ecclésiastiques, à l'adoption de la procédure combinée du droit ro-

main et du droit canon et à la prépondérance de la procédure inquisitoriale. Il faut aussi tenir compte ici du règlement de justice pénale de Charles-Quint, et finalement de l'influence de la philosophie, déjà signalée, et qui alla toujours en augmentant.

Avant l'invasion, la peine, comme chez les Romains, présente, dans le système des compositions où elle se réduit à des réparations pécuniaires, un caractère juridique éminemment privé (p. 296). On distinguait néanmoins les crimes contre l'Etat et ils étaient punis de mort. Le règlement juridique tient compte de tous les rapports essentiels. La vengeance et le combat, qui ne sont pas les bases fondamentales de l'ancien droit pénal germanique, comme quelques-uns (Rogge) l'ont cru, avaient leurs règles propres. Après l'invasion, le système des compositions forme encore la base des droits nationaux; mais ce système, commode pour le riche, par suite des changements considérables survenus dans les rapports économiques, et de l'exhaussement marqué du taux des amendes, pesait de tout son poids sur le pauvre, lequel, à défaut de paiement, devait encourir une peine corporelle, même la mort. Les perturbations de la tranquillité publique, et en même temps les attentats contre le roi, se montrent plus fréquents; les graves méfaits, tel que le vol et le meurtre, sont punis de mort. Dans les *Capitulaires* prévaut le principe du talion, qui n'est pas d'origine germanique, mais fut tiré de l'Ancien Testament (Ecriture sainte), alors que les lumières du pur esprit chrétien qui, dès les premiers temps, avait fait dominer le but moral de la peine, s'obscurcirent de nouveau au milieu de la barbarie de cette époque. On voit appliquer un droit pénal cruel et qui prodiguait les peines corporelles et la peine de mort, droit qui est resté en vigueur jusqu'à l'époque moderne. A ce mal s'ajouta bientôt le mélange du christianisme avec la superstition païenne (ordalies, sorcellerie). Avec le développement de la juridiction ecclésiastique, le pouvoir de punir s'accrut aussi. Celle-ci ne se contenta pas, en effet, d'infliger des pénitences, mais encore retint certains cas qui lui parurent constituer des crimes contre la religion, notamment l'hérésie, et prononça contre les auteurs de ces crimes des peines sévères. Dans les juridictions ecclésiastiques se forma alors,

sur le modèle de celle de Rome, la procédure pénale du droit canon, qui fit prévaloir l'Inquisition. C'est en Italie que ce système de procédure reçut ses premiers développements (1). Il passa ensuite, avec le droit romain, en Allemagne, et y amena de grands changements. Le droit canon fit sentir, sans doute, son action salutaire, soit en répandant des idées plus justes sur la responsabilité du coupable et sur le degré de la faute (l'Eglise voyait, avec raison, dans le crime, la manifestation du degré d'immoralité de l'agent), soit en propageant ce principe, qui n'est que trop négligé dans la pratique, que la peine devait tendre plutôt à l'amélioration et à l'amendement du coupable (2). Mais il se produisit aussi de graves inconvénients : la procédure inquisitoriale remplaça insensiblement l'ancienne procédure d'accusation, qui s'introduisait, à l'origine, par des accusateurs privés, et, dans la suite, d'office et par le *centenarius* pour les grands crimes, ce qui se rencontre déjà au temps des Mérovingiens.

Dans le système de la preuve, il s'opéra encore de plus grands changements. Les jugements de Dieu, contre lesquels les papes s'étaient souvent prononcés résolument, mais longtemps en vain, et sans pouvoir se faire écouter même par le clergé, tombèrent peu à peu en désuétude. Le duel fut également aboli. On ajouta toujours moins de foi, en l'état des mœurs du peuple, au serment par lequel on se purgeait de l'accusation. La procédure des sept, c'est-à-dire de l'accusateur (avec les six confirmateurs par serment), se trouvait, selon les

(1) Les juristes patriciens en Italie dont les œuvres continuèrent encore, pendant tout le cours du seizième siècle, à être en Allemagne les principales sources du droit pénal sont : Alb. Gandinus († vers 1284), *De maleficiis*; Jac. de Bellovisu († vers 1330), *Pract. Jud.*; Angelus Arretinus, *De maleficiis*, 1842; Hippol. de Marsiliis (au seizième siècle); *Practica criminalis*. Dans ces œuvres la torture est considérée comme un moyen de preuve ordinaire. Au seizième siècle, les écrits de Clarus († 1575, à Milan), ainsi que la *Praxis rerum criminalium* des criminalistes des Pays-Bas, Damhouder, 1582, eurent une grande influence. Voyez les suppléments de Bièner à l'*Histoire de la procédure inquisitoriale*, 1827, et Mittermaier, la *Procédure criminelle allemande*, etc., 1^{re} p., § 16.

(2) Mittermaier, *Sur la théorie du droit pénal*, de Feuerbach, édit. 14, p. 11.

circonstances, un moyen de preuve qui présentait tantôt trop de difficultés et tantôt trop d'incertitudes pour amener la condamnation de l'accusé. Ici s'était révélée une lacune en matière de preuves. Au lieu d'y remédier en étendant la preuve par témoin et par indices, on eut recours, à l'exemple des Italiens, à la torture. Appliquée seulement à l'égard des esclaves selon le droit romain, mais étendue déjà aux serviteurs (*servi*) suivant les droits populaires (1), — triste signe du joug spirituel et matériel sous lequel ce siècle était courbé, — la torture, dans son application, fut soumise à des règles générales. D'abord ébranlée par la philosophie (Thomasius), renfermée dans de plus étroites limites par Frédéric II (1741), elle fut définitivement abolie par Marie-Thérèse (1776). La doctrine fondée sur le droit canon (2) établissait cinq formes de procédure : l'accusation (par des particuliers ou d'office), la dénonciation, l'inquisition (encore peu en usage dans les tribunaux séculiers), la purgation destinée à rétablir la bonne réputation et affectant la forme de la procédure introduite par l'accusateur et ses auxiliaires, et enfin la purgation à raison des crimes notoires, et en usage pour le flagrant délit. A ces procédures s'en joignirent d'autres propres aux tribunaux des *Wehmes* (3), qu'on voit, spécialement en Westphalie, fonctionner d'une manière indépendante des seigneurs, et où se conserve, comme dans les tribunaux impériaux, la publicité jusqu'au quatorzième siècle, après lequel l'instruction devint secrète. Mentionnons enfin une tache ineffaçable et la honte de ces temps, les procès de sorcellerie, qui, tout d'abord, donnèrent lieu à des peines arbitraires, et dans la suite, vers 1230, à la peine de mort par le feu, laquelle était

(1) Voyez loi Salique, t. II, 3; *l. Burg.*, t. 2; *Edict. Theod.*, § 100 et *l. Visigoth.*, VI, 1 et 2. Dans les statuts des cités italiennes la torture fut établie bien avant de l'être en Allemagne. On la rencontre déjà en Allemagne, au quatorzième siècle, dans quelques cités; dans la plupart des localités, elle ne fut introduite qu'au seizième. Voyez Mittermaier, ouvrage déjà cité, § 15. Le droit canon ne fut pas, dans le principe, favorable à la torture. Biener, ouvrage déjà cité, . 74.

(2) Chez Ulrich Teugler, *Miroir laïque*, part. III. Voyez Walter, p. 178.

(3) Voyez Wachter, *Appendice à l'histoire allemande, notamment à l'histoire du droit pénal allemand.*

infligée, à la même époque, aux hérétiques. La diversité et les conflits soit des législations soit des juridictions, surtout le chaos que présentait la procédure, notamment eu égard à la preuve, réduisirent la justice pénale à un état si déplorable, que les Etats de l'Empire eux-mêmes reconnurent l'urgence d'y remédier. La législation de quelques pays prit l'initiative. Une importance toute spéciale doit être attachée au règlement d'organisation judiciaire et de droit pénal pour l'évêché de Bamberg, dû à Jean de Schwarzenberg (1507), lequel servit de base à l'ordonnance de droit pénal de Charles V (1532), qui est appelée *Caroline* (1).

Cette *Caroline*, quoique contenant encore tant de dispositions cruelles, fut cependant un progrès, comparativement à ce que la barbarie, la superstition et le fanatisme avaient fait du code pénal; mais n'ayant pas été érigée en loi, elle n'obtint pas des juristes l'attention qu'elle méritait (2). La *Caroline* essaie de combiner le droit pénal allemand avec le droit pénal romain. Le droit pénal y revêt un caractère d'intérêt public. Le système des compositions est rejeté; la procédure d'accusation continue à se maintenir comme base, mais, dans les dispositions ultérieures, elle cède presque entièrement le terrain à la procédure inquisitoriale. Dans l'application des peines, on tient compte principalement de l'élément objectif, de telle sorte que la tentative est moins punie que le crime consommé, l'auteur principal moins que le complice. La torture fut maintenue, tout en étant renfermée dans des limites étroites, et elle ne s'employa plus comme moyen de preuve.

Thomasius, et quelques autres, animés du même esprit, firent entendre les premiers les voix de la raison et de l'humanité contre les procès de sorcellerie et la torture. Ce fut seulement,

(1) Zöpfl, *l'Ordonnance de justice pénale de Charles V avec celles de Bamberg et de Brandebourg*, 1832; et *l'Ancien droit de Bamberg comme source de la Caroline*, 1839.

(2) Wachter remarque qu'elle fut rendue alors qu'elle ne répondait plus aux mœurs et qu'elle reçut ses plus grands perfectionnements alors qu'on pensait à l'abolir, ce qui prouve combien il est rare que les jurisconsultes s'appliquant à la pratique comprennent les rapports de la vie et les besoins de leur siècle.

toutefois, dans la seconde moitié du dix-huitième siècle, surtout par suite de l'œuvre de Beccaria, qu'un nouvel esprit d'humanité pénétra dans la législation et dans la pratique, et inspira toutes les réformes. La science vit agrandir sa sphère d'indépendance, grâce à la philosophie moderne, à partir de Kant. A l'époque nouvelle, inaugurée surtout par Feuerbach, dont l'influence, sous quelques rapports, ne laisse pas d'être funeste (depuis 1799), on s'est livré à des investigations philosophiques et psychologiques plus profondes qui ont porté principalement sur le but et la mesure de la peine, sur la distinction des actions punissables en crimes et délits, sur le *dolus* et la *culpa*, sur la tentative et le crime consommé, sur l'auteur principal et le complice, et on a défini plus exactement les différents crimes et délits. Les nouveaux codes de lois pénales ont dû profiter la plupart des conquêtes de la nouvelle science. La procédure pénale a été enfin essentiellement améliorée à son tour. L'ancien système d'accusation, après une longue lutte, finit par l'emporter; la publicité de l'instruction et les débats oraux furent reconnus comme base fondamentale, l'institution du jury introduite seulement dans quelques Etats. La science du droit pénal, après la nouvelle impulsion donnée par la philosophie, inclina trop vers l'abstraction et vers le rationalisme formel. Cette tendance la mit sans doute à même de se livrer à une analyse exacte des idées et d'apporter à ses définitions une rigueur logique de précision, en dégagant en même temps d'études psychologiques plus profondes plusieurs éléments importants qui rentrent dans le droit pénal. Toutefois, faute de concevoir le véritable lien d'union du droit et de la morale qu'elle envisagea isolément, et pour faire ressortir seulement leur distinction et séparation, elle ne sut pas découvrir le rapport non moins important de la peine à un but moral, et laissa subsister en doctrine la barrière élevée entre eux. Kant, en partant de cette séparation entre le droit et la morale, a fait fausse route et a cru trouver le vrai but de la peine dans le talion emprunté au degré le plus infime de la civilisation, et qu'il justifiait par un principe de logique, l'équivalence entre l'acte coupable et la peine. De même aujourd'hui, sauf quelques exceptions, dans cette foule de théories exclusives sur le

but de la peine et qui ne sont absolues qu'à raison de leur caractère entièrement abstrait, on ne s'est pas affranchi de cette illusion qu'en matière pénale il est permis de séparer, à l'égard du criminel, le droit de la morale, l'élément juridique de la volonté d'avec l'élément moral (ce qu'on reconnaît toutefois n'être pas possible dans le jugement du crime), de détacher en un mot, au sein de la société, l'ordre juridique de l'ordre moral. Une science du droit aussi exclusive rendait impossible toute amélioration essentielle dans la pratique. Cette amélioration fut due à un peuple qui, tout en marchant dans la voie du progrès général, a su conserver plus vivant, dans ses institutions, le véritable esprit du christianisme et la vraie morale qui y est inhérente. En Amérique, l'établissement du système pénitentiaire fut le point de départ de la réforme juridique et morale (1) en matière pénale. Il est le seul (2) qui réponde aux exigences de la vraie humanité et de l'esprit chrétien tel qu'il s'est manifesté dans les premiers temps, et parfois encore dans le droit canon. Ce système pénitentiaire, dans ses différentes formes (3), mais qui n'a atteint nulle part encore sa perfection,

(1) L'amélioration du coupable ne constitue pas le but tout entier de la peine, mais seulement l'un des côtés essentiels y afférents. Ce but se ramène plutôt à la restauration de l'ordre moral et juridique, eu égard à toutes les bases de cet ordre, qui ont été ébranlées, et doit être envisagé, par rapport, soit à l'Etat, soit à l'auteur du délit, soit au tiers lésé (indemnité). Voyez Röder, 1846, *Sur les fondements juridiques de la théorie de l'amendement*, et ma *Philosophie du droit*, p. 421 et suiv.

(2) Dans la petite cité d'Auburn (Etat de New-York), fut construite, en 1821, la première prison cellulaire.

(3) Les deux formes principales sont : le système d'Auburn avec la séparation des prisonniers de nuit et le travail en commun durant le jour sous la règle du silence. Le système pensylvanien comportait la séparation absolue de nuit et de jour et la visite régulière des prisonniers par certaines personnes pouvant, par leur caractère, exercer sur eux une bonne influence, et le système pensylvanien nouvellement amélioré, tel qu'il est pratiqué à Pentonville (en Angleterre, dans le voisinage de Londres). Sur le système pénitentiaire, voyez les écrits cités par Mittermaier dans le *Manuel de Feuerbach*, § 149, spécialement Beaumont et Tocqueville, *Du système pénitentiaire*, 1833, traduit par Julien, et un autre ouvrage de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, conditions morales de l'Amérique du Nord*, 2 vol., 1839. Ducpétiaux, *Des progrès de la réforme pénitentiaire*, Bruxelles, 3 vol.,

s'est développé rapidement et fonctionne à des degrés divers dans l'Amérique du Nord, la Suisse, la Belgique, l'Angleterre, dans quelques Etats allemands (Bade, aujourd'hui même en Prusse). Il est bien loin d'être relâché, comme l'ignorance a voulu souvent le faire croire, et pourvu que, dans la manière dont il sera réglé par la loi, il présente moralement une rigueur salutaire, il doit être envisagé comme propre à réaliser le but final d'amendement assigné au droit pénal, but qui doit être le principal objet des méditations de la science, pour être définitivement reconnu, par la suite, comme l'unique principe servant ici de guide.

THOISIÈME DIVISION.

DES LÉGISLATIONS ANALOGUES DES PEUPLES NON ALLEMANDS
APPARTENANT A LA RACE GERMANIQUE, OU QUI SONT
FORMÉS PAR DES ÉLÉMENTS DE CETTE RACE (1).

Les législations de ces peuples, comme celles des Anglais et des peuples du Nord qui restèrent inaccessibles à l'influence du droit romain, font ressortir le droit germanique dans toute sa pureté, et peuvent surtout servir de guide dans les recherches historiques qui doivent fournir la base d'un système juridique allemand. D'un autre côté, en admettant qu'elles aient subi l'influence du droit romain et qu'elles leur doivent leur développement, comme les législations de Flandre, de Hollande, de France et d'Italie, il peut être utile de les connaître pour comparer ce qu'elles présentent d'analogie dans leur perfectionnement.

1838, et *Mémoire sur les prisons*, 1845; *Sur le droit pénal et sur les établissements pénitentiaires du prince Oscar* (roi de Suède), 1841; de Würth, *Les plus récents progrès du système cellulaire*, etc., Vienne, 1844.

(1) Voyez les riches documents indiqués dans les *Principes de droit pénal allemand*, de Mittermaier, 7^e édit., 1847, § 43; Maurenbrecher, *le Droit pénal*, 2^e édit., 1840, § 102-110. Voyez encore Zöpfl, ouvrage déjà cité, II-I, p. 160-176, *Encyclopédie*, Warnkönig, à des endroits divers.

LES LÉGISLATIONS DES PEUPLES DE RACE GERMANIQUE NON ALLEMANDS.

A. — *Les législations de la Scandinavie septentrionale.*

Les législations des trois royaumes, le Danemark, la Suède, la Norvège et l'Islande, présentent une grande concordance entre elles. Ce droit fut ici confié à la mémoire d'hommes adonnés spécialement aux études juridiques et qui étaient élus par le peuple (*Lagman*). Les premiers recueils juridiques furent composés par eux et ne tardèrent pas à être mis en vigueur, sous forme de codes, par les rois du pays. Ces codes font partie des monuments les plus importants de l'ancien droit germanique.

1° Le droit du Danemark (1) est celui qui a le plus de rapport avec le droit allemand; il est contenu dans plusieurs recueils. Nous trouvons d'abord le *Canuti magni jus aulicum* de 1036, le code de Schoonen, vers 1165; ou, à une date encore plus rapprochée, le droit de Seeland, 1170, sanctionné sous Eric Menved († 319), comme renfermant des dispositions nouvelles; et le *Low* des Jutes, de 1241, qui est encore en vigueur, en partie, dans le Schleswig. Le nouveau code danois (*Danske lov*) de Christian V, de 1863, a peu d'importance pour le droit allemand.

2° Les antiques recueils du droit suédois sont le *Westgothslag*, appelé aussi *Lumbslag*, avec un commentaire du texte datant de 1160 et 1190. Ce recueil fut en partie la source de l'*Ostgothslag* du treizième siècle; le *Uplandslag*, approuvé l'an 1296, et le *Guthalag*, pour l'île de Gothland, datent du commencement du onzième siècle.

3° Le droit de Norvège est contenu dans le *Gulating-Lov*, *seu jus commune norwegicum*. La dernière rédaction s'est opérée en 1267, sous le roi *Magnus* dit *Lagabatur*, « le réformateur de la loi. »

4° Le droit de l'île d'Islande, habitée vers la fin du neuvième

(1) Voyez à cet égard : *Esquisses fondamentales de l'histoire du droit de Danemark*, par Kolderup Rosenvinge, traduites en allemand par Hormeyer, 1825. La 2° édit. danoise, de 1834, n'est pas traduite.

siècle par les Normands, branche du droit norvégien, fut pendant longtemps transmis par voie de traditions; il fut écrit, en 1118, par les soins d'un juriste, Haflid, et nommé *Haflid Skra* (*schranne*, c'est-à-dire *forum judicium*). Depuis le dix-septième siècle, il reçut le nom islandais de *Gragas*, c'est-à-dire *Oie vieille*, à raison de son antiquité. Après la réunion de l'Islande à la Norvège, l'an 1216, pour la première fois, fut introduit par le roi Hakon le rigoureux *Hakonsbok*, et par son fils Magnus le *Jonbok*, lequel resta depuis en vigueur. Le recueil dit *Gragas* (1), eu égard à sa rédaction et à son contenu, forme un tout distinct et ne peut être mis en parallèle qu'avec la *lex Visig.* (Voyez p. 360).

B. — *Le droit anglais* (2).

A partir de la conquête de l'Angleterre par les Anglo-Saxons, les lois anglo-saxonnes (écrites dans l'ancien dialecte allemand), constituèrent une source importante, avec la prépondérance absolue du système et du droit germaniques. Depuis la conquête des Normands, nous voyons apparaître, au douzième siècle, un code qui a cela de remarquable, qu'il présente un tout régulier et scientifique, et qu'il ne tient compte que de l'élément germanique : *Tractatus de legib. et consuetudinib. regni Angliæ*. Ce code fut attribué au jurisconsulte anglais Glanvilla († 1190), et par suite aussi désigné sous le même nom, *Glanvilla*; mais la science juridique de l'auteur devait être attribuée, en partie, à la connaissance du droit romain enseigné à Oxford par le professeur Vacarius, de 1149 à 1170, mais qui cessa de l'être sous le roi Etienne, lequel prohiba cet enseignement. Les œuvres postérieures sur le droit anglais sont de Bracton, de Horne, du treizième siècle; de Littleton, du quatorzième siècle; et, dans

(1) Il fut publié dans le texte original avec la traduction latine, par Schlegel (*Gragas*), c'est-à-dire *Codex jur. Island. antiq.*, 1819. Voyez aussi Maurer, *Additions à l'histoire du droit du nord de l'Allemagne*, 1852, 1^{er} cahier, l'origine de la race islandaise et sa constitution.

(2) Phillips nous en a donné une précieuse exposition dans *l'Histoire du droit et de l'Etat anglais*, 2 vol., 1827. Sur l'œuvre très récente de Michel Kemble, *Les Saxons en Angleterre, histoire, etc.*, et sur les *Rapports juridiques anglo-saxons*, voyez les bons articles de R. Maurer dans la *Revue critique de légis. et de jurisprudence*, vol. 1.

les derniers temps, celle de W. Blakstone, *Comment on the laws of England*, un vol. 1782), laquelle fut autorisée dans la pratique. A partir du treizième siècle, paraît s'être établie en Angleterre la distinction entre le *common Law* et le *statute Law*, auquel servent de base quelques décisions souveraines.

C. — Dans la Flandre (1), les lois saliques se maintinrent longtemps en vigueur. Dans la suite, vers le milieu du treizième siècle, et depuis, le droit romain fait prévaloir son influence. Dans les Pays-Bas réunis ou dans la Hollande, le droit germanique a su maintenir ses propres institutions et conserver une plus grande indépendance vis-à-vis du droit romain, qui ne laisse pas d'y pénétrer et d'être cultivé par des juristes distingués.

D. — Le droit helvétique des cantons allemands s'est conservé presque entièrement à l'abri de l'influence du droit romain. Aussi, est-il, plus que tout autre, propre à jeter du jour sur le droit allemand. Tout canton a ses lois propres (2). Dans les derniers temps, plusieurs cantons ont reçu de nouveaux codes.

E. — Le droit des provinces russes de la Baltique (3) est allemand, y ayant été importé par des colonies allemandes : il comprend les lois de la Livonie, de la Courlande et de l'Esthonie.

F. — Le droit de la nation saxonne dans la Transylvanie, nation qui est, en grande partie, formée de colonies venues des Pays-Bas, est, au fond, un droit allemand (4). Aussi, le code ci-

(1) Voyez Warnkönig, *Histoire de l'Etat et du droit de Flandre jusqu'à 1303*, 3 vol., 1835-42. Defacqz, *Ancien droit belge*, 1841.

(2) Voir les documents y afférents dans Mittermaier, ouvrage déjà cité, note 7. Il faut signaler aussi l'*Histoire de l'Etat et du droit de Zurich*, par Bluntschli, 2 vol., 1839, laquelle, comme l'a remarqué Mittermaier, peut servir d'histoire du droit pour tous les cantons de Suisse qui ont un droit allemand.

(3) Un traité méthodique de ces droits nous est donné pour la première fois par Bunge, auteur de l'ouvrage intitulé : *Le droit de Livonie et d'Esthonie*, 2 vol.

(4) Voyez le *Droit territorial des Saxons de la Transylvanie*, de Schuler, 1855, et son histoire du droit de cette contrée.

vil général autrichien y a-t-il été introduit, dans les temps actuels, depuis le 29 mai 1853.

II

LE DROIT GERMANIQUE DANS LES ETATS ROMAINS.

A. *France* (1). — Depuis 888, la France n'a plus été sans doute extérieurement rattachée à l'Allemagne par le lien politique; mais, au fond, la communauté de droit, entre elles, a continué à subsister. A partir de la conquête des Gaules par les Franks, se maintint la différence qui s'était établie dès cette époque entre les provinces méridionales, où le droit romain avait jeté de profondes racines, et la plupart des provinces du Nord où le droit germanique fut en vigueur.

Cette distinction des pays de droit écrit et des pays de coutume, s'est perpétuée jusqu'au code Napoléon. Dans ces derniers pays, le droit coutumier indigène subit sans doute, avec le temps, l'influence du droit romain; ce dernier ne put toutefois obtenir, dans la pratique, la même autorité. En vertu d'une loi de Charles VII, de 1453, les Coutumes (droit du territoire et des cités) furent recueillies par écrit. Il faut faire ressortir, comme anciennes sources du droit germanique ayant une haute importance historique :

1^o Le code des Croisés, de 1099; qui a dû le jour à une influence éminemment française, code destiné au nouveau royaume de Jérusalem, *assises de Jérusalem*, soumis, dans la suite, à une nouvelle révision, et qui est resté en vigueur jusqu'à la chute de ce royaume. 2^o Les Coutumes de Normandie (vers 1270); 3^o Les Coutumes de Bourgogne, un peu après cette dernière date; 4^o Les Coutumes de Paris, qui ont fourni le plus fort contingent aux rédacteurs du code, et qu'il est très important de consulter, pour l'interpréter sainement (avec le très utile commentaire de Ferrière, de 1670). Parmi les ordonnances des

(1) Voir les documents y afférents dans Mittermaier, ouvrage déjà cité, note 11.

rois, les *Etablissements* de saint Louis présentent une importance toute spéciale (dernière édition, Beugnot, 1822).

B. — En Italie (1) où le droit germanique se combina, à l'origine, avec le droit romain, ce qui eut lieu dans l'Italie supérieure, de même que dans les *leges Longobardicæ* (p. 359), les *Constitutiones regni Siciliae*, par lesquelles Frédéric II se proposa de restaurer l'ordre juridique profondément ébranlé, présentent une importance toute spéciale pour l'étude du droit germanique. Dans celles-ci, on ne saurait méconnaître l'influence réellement considérable du droit romain auquel elles se réfèrent, ainsi qu'au droit lombard envisagés comme sources subsidiaires, sans qu'on puisse toutefois laisser dans l'ombre le caractère de code germanique qui appartient à cette collection, et dont les éléments se retrouvaient au sein de la population française normande qui avait émigré en Italie.

En Espagne (2), où la *lex Visigoth.* et le *Fuero juzgo* en dérivant (voyez p. 360) formait la base fondamentale du droit; tandis que les cités obtinrent de très bonne heure des statuts spéciaux (*Fueros*) (Léon en avait déjà en 1020), nous voyons la loi des *Sept Parties* promulguée sous Alphonse IX (*Ley de las siete partidas*) dans laquelle le droit romain se trouvait fortement amalgamé avec le droit germanique et avec l'ancien droit coutumier espagnol. Cette loi, très complète, est encore aujourd'hui en vigueur dans l'Espagne. Elle établit aussi pour la succession au trône, le principe en vertu duquel les parents, au degré de cognats y sont appelés, principe qui a motivé l'avènement de la dynastie actuelle. Le projet d'un nouveau code civil parut en 1851.

(1) Voir les documents y afférents dans Mittermaier, note 4. L'étude de l'histoire du droit est poursuivie avec ardeur en Italie. On doit surtout signaler les œuvres du comte Sclopis (*Storia della antica legislazione del Piemonte*, Torino, 1833, et *Storia della legislazione italiana*, 2 vol., 1844). En outre, Rosa, Gregorio, *Sur la Sicile*; Cibrario, *Sur la Savoie*; Troya, Torti, Bonnini, Filippini, Albini, Lafarina, Zobi et autres.

(2) Voyez les ouvrages y afférents, dans Mittermaier, note 8, pour l'histoire du droit espagnol. On compte comme œuvres marquantes, dans les derniers temps, celles du comte Tejada, de Navarro Zamorano, de Sempere, d'Orto, de Zerrata, d'Atiquerra et autres.

- Dans le Portugal (1), où le droit se confond avec celui de l'Espagne dans les premiers temps, la *lex Visigoth.* se maintint en vigueur jusqu'au onzième siècle. A celle-ci, vinrent s'ajouter, dans la suite, les lois des Cortès, émanées en premier lieu des Cortès de Lamego, 1143. La collection des lois ne commença à s'opérer que plus tard, sous Jean I^{er}, en 1433, et fut achevée en 1445, sous le règne d'Alphonse I^{er}. Pour la rédaction de ce code, les sources auxquelles on eut recours furent le droit de Justinien, les *Siete Partidas* et le droit canon.

APPENDICE.

DES SOURCES QUI PRÉSENTENT LE PLUS D'IMPORTANCE POUR L'HISTOIRE DU DROIT DES PEUPLES SLAVES (2).

L'histoire du droit des peuples slaves, jusqu'ici trop peu traitée par les jurisconsultes slaves, offre un grand intérêt parce qu'il s'agit, d'un côté, du droit d'une souche considérable de la race indo-européenne, et qu'il paraît exister, d'un autre côté, une grande similitude entre l'ancien droit slave et l'ancien droit germanique.

Pour connaître l'antique droit russe (3), l'unique source, jusqu'ici la principale, quoique très pauvre, c'est la *Pravda ruska* (code russe), lequel contient la collection écrite du droit coutumier, composée en dix-sept articles, vers l'an 1020, pour la cité de Novogorod principalement. Ce code fut sanctionné par le grand prince Jaroslaw (1019-1054). Il s'y rencontre plusieurs

(1) Voyez les ouvrages y afférents dans Mittermaier, note 8. Rapprochez aussi la bonne *Histoire du Portugal*, de Schäfer, 2^e vol., 1839.

(2) Jusqu'ici, le document principal à consulter pour le droit des divers peuples slaves, c'est l'*Histoire du droit slave*, de Maciejowski, professeur à Varsovie, traduit en allemand du polonais par Buss et Nawroki, 1835, 39, 4 vol., ouvrage de valeur, mais, suivant l'opinion d'archéologues slaves compétents, contenant plusieurs assertions hasardées.

(3) L'œuvre principale est Ewerson, *Le plus ancien droit des Russes*, Dorpat, 1826. Il est bien également de consulter Reutz, *Essai sur les phases historiques du développement de la constitution de l'Etat et du droit des Russes*, Mittau, 2^e vol., 1829.

dispositions qui correspondent si exactement aux principes du droit germanique (vengeance par le sang, *Wehrgeld*, « composition » qu'on fut amené, dans le passé, à en chercher les sources dans les *leges barbar.* ou du moins (opinion en faveur de laquelle militent plusieurs circonstances) dans le droit scandinave. Mais il n'y a aucune difficulté d'admettre que ces dispositions aient une véritable origine germanique si l'on tient compte des similitudes que la constitution de la cité de Novogorod présentait déjà avec celle des cités allemandes avant l'établissement de la colonie allemande, quoiqu'elle ait dû son développement ultérieur à l'élément slave (on trouve également une grande concordance entre la constitution des communes rurales slaves et celles des anciennes communes germaniques). La domination des Mongols entrava et suspendit le cours de ce développement du droit. Une fois qu'elle eut été renversée, les seigneurs commencèrent à exercer un despotisme effréné, détruisant les anciennes franchises des cités et réduisant les paysans à la condition de serfs.

Ivan Vasiliévitch élabora, en 1467, un code *Zacony*, qui fut révisé par Vasiliévitch IV et reçut le nom de *Sudebnik*, « le code judiciaire.

Le czar Alexis Michaélovitch fit faire une compilation du droit russe en vigueur.

Pierre le Grand conçut le plan d'un code russe où les matières furent régulièrement coordonnées. Mais ce plan ne fut réalisé que par l'empereur Nicolas I^{er}. Le code pour l'empire russe fut promulgué l'an 1833, mis en vigueur en 1835. Il contient en 8 livres (15 volumes) l'ensemble du droit public administratif et politique, le droit civil et pénal, la procédure civile et criminelle.

Le plus ancien droit de Pologne (1) est, au fond, le même que celui de la Russie. L'adoption du christianisme et le droit canon adoucirent les mœurs et fortifièrent le pouvoir royal. Les juridictions ecclésiastiques firent tomber les tribunaux du peuple et

(1) L'œuvre principale est de Lelewel, *Droit originaire civil et pénal de la Pologne jusqu'au temps des Jagellons* (polonais et allemand), Varsovie, 1828. Voyez dans Mittermaier, ouvrage déjà cité, les autres auteurs qui en traitent.

le droit national se perdit. La puissance et l'orgueil de la noblesse ne firent que s'accroître. Depuis 1230, l'influence du droit allemand devient sensible, surtout celle du *Miroir de Saxe* et du droit de Magdebourg; la confusion des lois s'augmenta. Ce fut Casimir le Grand, le premier († 1370), qui, ayant rétabli avant tout un peu d'ordre à l'intérieur, fit promulguer à la diète de Wislika (1347) un recueil de lois. Pour la Lithuanie, il fut fait un code (1529), et, plus tard, un code général pour tout l'empire.

Le droit slave de Bohême, de même que le droit de la Moravie (1) demandent pour leur étude de nouvelles et profondes investigations.

Parmi les Slaves du Sud et principalement les Serbes et les Croates, lesquels émigrèrent de la Russie méridionale, les Serbes ont joué le rôle le plus important. Leur plus grand roi, Etienne Douchan, publia, en 1349, une loi *Zakony ustaw* (loi et ordonnance) qui se distingue entre tous les monuments juridiques du moyen âge par un cachet d'élévation.

Les Hongrois (2), dont l'origine présente encore toujours une certaine obscurité, mais qui appartiennent vraisemblablement à la race finnoise, comptent une série de rois législateurs, à partir d'Etienne le Saint († 1038), lequel, à ce qu'il paraît, leur donna une constitution et une législation calquées sur le modèle de celles des Français. Pour l'histoire du droit et de l'Etat de ce peuple, on a besoin de pousser encore plus loin la recherche des sources.

(1) Voyez Maciejowski, I, p. 262 et 228 et suiv. Schaffarick, *Antiquités slaves*, 1836, et les documents cités dans Mittermaier. Le plus ancien droit de la Moravie, celui que contient spécialement la collection des lois de 1197-1228 du roi Ottokar, se trouve dans les recueils des *Jura primæva Moraviæ*, coordonnés en 1787 par les Bénédictins.

(2) Voyez sur le droit hongrois, Wenzel, *De fontibus juris privati Hungarici*, Pesth, 1836; Virozil, *Encyclopédie*, Bude, 1852, p. 170, comme aussi les *Specimina juris publici Hungariæ*, du même auteur, 1848 et 1851.

CHAPITRE FINAL.

APPRÉCIATION RÉSUMÉE DU DROIT ALLEMAND, DU POINT DE VUE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT, ET EXPOSITION DES BASES D'UNE LÉGISLATION CIVILE QUI SOIT ÉSSENTIELLEMENT EN HARMONIE AVEC LES PRINCIPES DU DROIT ALLEMAND.

§ 1^{er}. — *Appréciation du droit allemand* (1).

Les philosophes et les jurisconsultes se sont efforcés, dans les derniers temps, de faire ressortir l'esprit du droit romain et le rôle important qu'il a joué dans l'histoire universelle. Cette méthode n'a été appliquée que bien imparfaitement encore dans l'étude du droit germanique, et, toutefois, ce dernier est le type par excellence d'une race qui a accompli la transformation de l'ancien monde et rempli jusqu'ici, dans l'histoire, une mission élevée. Le droit allemand, après l'adoption du droit romain, a été vraiment réduit à la condition du vaincu. Aussi, malgré les études et le culte de prédilection dont il a été l'objet dans les temps modernes, n'a-t-il pu conquérir encore l'autorité dont jouit son rival. Toutefois, un avenir plus grandiose s'ouvre devant lui, si au lieu de conserver ses formes actuelles, dont la plupart sont usées, il développe les principes supérieurs, éminemment féconds, qu'il recèle. Le droit romain, par le perfectionnement de ses formes et son exacte terminologie, a donné une impulsion décisive à la science juridique et inspiré un grand attrait pour elle, semblable, on pourrait dire, au culte passionné de l'art. Mais l'esprit bien supérieur du droit

(1) Sur les œuvres de Schmidt et de Röder, voyez p. 211 et 212, note. L'appréciation que nous donnons ici est un simple essai destiné à déduire, du génie national lui-même, les éléments originaux les plus importants du droit allemand, et à en former, en les reliant, un tout organique. Cette étude fait assurément ressortir un rapport plus étroit d'affinité entre le droit allemand et la philosophie juridique de Krause, à laquelle Röder s'est également rattaché, de même qu'à plusieurs égards les systèmes de philosophie juridique de Fichte et de Kant, même encore d'Hégel, sont incontestablement plus en harmonie avec le droit romain.

allemand, ainsi que ses principes, plus en harmonie avec les rapports de la vie, doivent être mis en lumière par une étude plus profonde de l'histoire et de la philosophie du droit et affermis par un complet développement des formes qu'ils comportent. A cette condition, il exercera une propagande salubre dont les influences vivifieront de plus en plus le corps social, en faisant pénétrer plus profondément dans les âmes les principes d'humanité et de moralité.

Le droit allemand, où se reflète dans toute sa pureté le caractère du peuple allemand, ne saurait se comprendre qu'autant qu'on pénètre au plus intime de la vie de ce peuple. Ce caractère a sans doute subi, dans la suite des temps, une certaine altération due à l'action extérieure d'influences étrangères; mais il n'en est pas moins resté toujours assez vivace pour transformer l'élément étranger et, y retrempeant son énergie, s'assurer la prépondérance à son tour.

Le caractère du peuple allemand, tel que nous l'avons déjà résumé (p. 277), toujours marqué de l'empreinte d'un génie aussi vaste que profond, se reflète dans la manière dont ce peuple conçoit le but de la vie et en poursuit l'accomplissement. Ce n'est point une logique abstraite, une analyse subtile poussée aux dernières limites qui lui donne l'intelligence de ce but, mais bien plutôt une raison supérieure, qui saisit le lien harmonique entre les rapports de la vie. Retrempeant son énergie morale aux sources d'une liberté qui garantisse l'honneur et la dignité humaine, et sachant en même temps soumettre cette liberté aux exigences d'une communauté réglée et de l'ordre objectif, il n'a jamais perdu de vue les biens et les buts supérieurs de l'humanité; mais, plutôt, il s'est toujours efforcé de ramener la vie humaine à un tout harmonique et régulier, en envisageant dans leurs rapports de connexion intime et de dépendance réciproque les biens essentiels, les buts et sphères de l'activité. Doué d'une faculté de profond discernement, qui lui permet de saisir sous leur côté distinctif toutes les manifestations de l'existence, il a su faire une plus juste part à l'influence que les lois de l'ordre physique et moral et celles qui président au développement historique exercent dans la formation de l'ordre social. Sa tendance naturelle à former un tout organique, dans lequel tous

les membres se prêtent un appui mutuel, tendance qui peut très bien s'allier étroitement avec le respect de l'individualité, a donné naissance à un riche épanouissement de la vie sociale en communautés et confréries. Elles ont fait prévaloir le vrai principe du droit dans sa corrélation intime avec la loi morale, principe duquel ne relèvent pas seulement les devoirs négatifs, mais encore les devoirs positifs. On doit toutefois relever ici plusieurs côtés faibles et défectueux de l'organisation civile et politique du peuple allemand, provenant justement de la multiplicité des mobiles auxquels il obéit. C'est ainsi qu'il a montré souvent un penchant aux brusques innovations, l'amour de la singularité, un manque de décision et d'esprit de suite, ainsi que l'inaptitude à reconnaître les moyens les plus directs et la voie la plus facile pour arriver au but. Toutefois, si certains peuples ont atteint un plus grand perfectionnement dans des branches spéciales de la civilisation, il n'en est pas moins vrai que le peuple allemand surpasse encore jusqu'ici tous les autres dans tout ce qui touche à l'organisation sociale proprement dite.

Considérons maintenant les traits les plus essentiels du caractère allemand, tels qu'ils se sont accusés dans le cours de l'histoire et dans les institutions civiles et sociales.

I. — Dans l'histoire du peuple allemand, la multiplicité des directions et des buts qu'il a poursuivis n'a permis à aucune tendance exclusive, dans l'ordre intellectuel, politique ou religieux, de prendre la prépondérance jusqu'au point d'ébranler les bases mêmes de l'état social. Sans doute, aux différentes époques prévaut, suivant les circonstances ou besoins, telle ou telle direction exclusive; mais le génie national offre toujours un contre poids assez puissant et demeure assez vivace pour reprendre son empire en temps opportun. Trois principales époques se sont jusqu'ici produites dans l'histoire de la race germanique, et elles présentent chacune un cachet distinctif: Dans l'une, prédomine la liberté; dans l'autre, le principe de l'ordre et de l'organisation. A la dernière, s'opère la conciliation entre le premier principe, qui, après bien des luttes et des déviations, reprend le dessus et le second, mission par excellence et but final à accomplir dans la science et dans la vie. L'époque la plus reculée à laquelle on ait pu remonter avant l'inva-

sion, est incontestablement caractérisée par la prépondérance du principe de la personnalité et de la liberté individuelle. Il n'en est pas moins vrai que l'ancien mot germanique signifiant en droit le lien (*Ewa*), peut s'appliquer ici à l'établissement des conditions essentielles de la vie commune correspondantes à la simplicité des rapports. L'invasion, et par suite la transformation de l'ancien régime de la propriété germanique, le changement opéré dans les mœurs et les institutions, l'adoption du christianisme, l'accroissement de la puissance royale, toutes ces causes ne tardèrent pas à faire prévaloir le principe d'un nouvel ordre à la fois civil, politique et religieux. Elles favorisèrent l'établissement d'un nouveau système gouvernemental auquel l'ancien régime de liberté dut céder le terrain. Le moyen âge chercha à réaliser le plan, grandiose dans sa conception, d'une organisation hiérarchique des rapports de la vie, comprenant à la fois dans un même cadre, l'Etat, l'Eglise et toutes les autres branches particulières de l'activité. Dans cette organisation, chaque membre, chaque classe devait avoir sa fonction déterminée ainsi que sa sphère d'action, ses droits et ses devoirs (voyez p. 324 et suiv.). Mais, l'insuffisance des lumières, l'imperfection et la grossièreté des institutions amenèrent souvent des conflits et comprimèrent toute liberté dans l'ordre intellectuel, religieux, civil et politique. Au moyen âge, le régime féodal, avec les autres conditions économiques qui lui sont inhérentes, forme les plus larges et les plus solides assises de l'état social. Le système des bénéfices et plus tard des fiefs, n'est nullement, comme nous l'avons montré (p. 317), une institution purement germanique. Il fut amené par la décadence et la dissolution des rapports inhérents au régime social et économique des Celtes et des Romains dans les Gaules; mais, le génie organisateur du Germain a su s'approprier les restes de ce régime pour en former les bases plus solides d'un ordre nouveau, en appliquant le *principe du lien* au régime de la propriété foncière. La féodalité et l'ancien état de sujétion de la propriété du sol, ne seront certes regrettés par aucun de ceux qui possèdent le sentiment et le respect des droits de la personnalité humaine et qui sont initiés aux conditions économiques du présent. Il faut, toutefois, rendre à la féodalité la jus-

lice qui lui est due dans l'histoire. Pour qui l'envisage sans préjugé, ce régime de la propriété foncière fut, relativement pour la société d'alors, la meilleure institution du moyen âge. Il est l'expression de l'ancien esprit germanique s'attachant à conserver et à transmettre aux familles, par voie de succession, la propriété immobilière, cette base naturelle de tout ordre politique. Ces institutions féodales ont eu, pour le moins, le mérite incontestable d'avoir, pendant plus de mille ans, maintenu dans d'assez bonnes conditions le régime agricole avec une classe nombreuse de cultivateurs qui conserve encore sa vigueur première. Placez en regard les résultats qu'ont produit les principes romains de la libre administration et disposition de la propriété foncière, notamment en France, où ils ont été complètement mis en application depuis cinquante ans. Une dette écrasante (1) pèse actuellement sur la classe agricole, de telle sorte qu'à moins de prompt remède, elle ne pourra échapper à un sort pareil à celui qu'elle éprouva à Rome et dans les provinces romaines, par suite de la surcharge de dettes. C'est de ce côté que l'ordre politique est le plus menacé. La classe agricole avait sans doute, au moyen âge, à supporter de rudes charges; mais elles ne laissaient pas toutefois d'être, dans une certaine mesure, en proportion avec la capacité du grevé,

(1) D'après le dernier document officiel, la propriété foncière serait aujourd'hui grevée de douze milliards de dettes hypothécaires, et le développement qu'a pris dans ces derniers temps l'institution du crédit mobilier, qu'on s'efforce d'établir dans les Etats allemands, aura les mêmes résultats que l'affectation hypothécaire amenant, en outre de l'ébranlement moral dans tant de branches, une tendance à contracter des emprunts par spéculation, tendance qui déjà, en France, s'empare des populations rurales.

Des historiens et des publicistes français de notre temps ont voulu ne voir qu'une institution d'origine germanique dans le système féodal que des historiens, même comme Guizot, *Cours d'histoire moderne*, leçon 4, ont envisagé à un point de vue encore trop exclusif. L'émancipation ou l'affranchissement de ce régime serait dû au réveil du génie celtique qui aurait prévalu lors de la première Révolution. Dans tous les cas, on peut dire que la Révolution a fait naître un ordre nouveau qui ramène tout droit à son tour à l'ancien régime gaulois de la chevalerie et du servage, avec cette seule différence que les chevaliers modernes sont les chevaliers de l'argent et de l'industrie.

tandis qu'avec le système de la propriété actuelle, conçue d'une manière abstraite ou absolue et en ce sens qu'elle soit susceptible d'être indéfiniment grevée, il peut arriver que la dette excède la valeur même du fonds, par suite, que le débiteur se voie, bien plus qu'autrefois, exposé à subir l'expropriation et réduit à quitter sa maison et son champ. Sans doute, dans l'ancien système, certains biens (la plupart emphytéotiques) pouvaient être affectés au paiement des dettes et sujets par suite à l'expropriation, mais une grande partie, les biens de colons surtout, ne comportaient pas une telle affectation. Au cas de mauvaise exploitation, le bail à colonage pouvait être sans doute résilié; toutefois, l'intérêt public ne permettait pas que le propriétaire pût alors reprendre la libre disposition du bien ou l'unir à un autre; il devait le concéder à un nouveau colon aux mêmes conditions, ou du moins à des conditions qui ne fussent pas plus onéreuses. Par ce moyen, sur de solides bases, s'était établie une forte classe agricole, tandis qu'aujourd'hui, en appliquant de plus en plus le système abstrait d'engagement indéfini de la propriété foncière, et en donnant pour base au régime de celle-ci les principes inhérents au droit absolu de propriété chez les Romains, on verra bientôt se développer une nouvelle espèce de haut domaine au profit des nouveaux rois de la finance et des maîtres du capital. Ceux-ci pourront à leur gré exproprier, morceler, réunir les exploitations selon leur intérêt du moment, et réduiront bientôt la classe agricole au rôle infime de serviteurs et journaliers (1).

(1) Walter après avoir, § 491, fait ressortir de quelle manière la coutume et la loi ont pourvu à la conservation de la petite propriété rurale et d'une forte classe agricole, apprécie en ces termes les conditions du nouveau régime, inaugurées par l'émancipation de cette classe : « Déjà, pendant que cette réforme (émancipation des paysans), suivait son cours, la classe agricole a été appauvrie par le morcellement des fonds, entraînée à hypothéquer par la facilité des emprunts hypothécaires, et, par suite, réduite à un état réel de dépendance vis-à-vis du créancier. De là surgit une nouvelle espèce de haut domaine : le cultivateur se vit forcé, comme par le passé, pour le paiement des intérêts, d'offrir une partie de son travail ; au cas de retard dans ce paiement, l'ancienne saisie-gagerie, si simple, ou la résiliation du contrat, fut remplacée par une procédure d'exécution dispendieuse et non moins rigoureuse, et ainsi la grande liberté promise se réduisit en par-

L'emprunteur (débiteur) est un esclave de la corvée, suivant un dicton allemand par lequel se formule une vérité qui s'adresse au simple bon sens, et le système qui ne met aucune borne aux emprunts aurait pour conséquence finale le retour à l'ancien servage romain et gaulois et entraînerait l'Etat lui-même à sa ruine. Il s'en faut beaucoup qu'en exprimant une telle opinion, on appelle la restauration des anciennes institutions féodales ou qu'on veuille exclure d'une manière absolue tout engagement du sol. Cet examen comparé doit seulement faire ressortir, dans toute son importance pratique pour le temps actuel, le vrai système du droit allemand. Il s'agit, d'un côté, de la nécessité de se préoccuper de l'intérêt public qui, pour tout Etat, exige que la classe agricole ne soit pas trop surchargée de dettes; d'un autre côté, je veux parler de certaines bornes qui doivent être posées à la faculté indéfinie de grever la propriété foncière, de telle sorte que la liberté de cette propriété soit au fond entendue dans son sens véritable, comme ayant pour limite et pour règle l'intérêt public aussi bien que celui des familles agricoles, comme se rapprochant par le but des fidéi commis de famille (1). L'étude du droit allemand et de son histoire doit aussi servir à remettre en honneur ce que les formes de l'ancien régime, déjà abolies ou destinées à l'être, présentaient de meilleur et à poser ainsi des bornes au principe d'arbitraire absolu du droit romain. La tâche par excellence de l'époque moderne, c'est de concilier le principe de liberté avec les conditions d'un ordre objectif, où les membres divers, les buts et les sphères d'activité isolés, se

tie à une chimère. On peut prévoir aujourd'hui que dans un temps prochain se réalisera cette double alternative : ou la classe agricole sera réduite, par suite des dettes contractées et de l'expropriation, à un état de simples colons ou journaliers, ou bien l'on se verra amené à opérer progressivement la réduction des hypothèques. Mais pour éviter la nécessité de cette dernière injustice, il faut poser des bornes à la constitution même des hypothèques.

(1) Voyez, livre III, *Le droit des classes spéciales*, où je crois avoir donné, à propos du droit propre aux cultivateurs, quelques indications qui ont de l'importance pour un nouveau règlement juridique des conditions de cette classe.

rattachent à une communauté et à un but général supérieur. Le droit romain ne saurait guère contribuer à l'accomplissement de cette tâche. Son utilité pouvait d'abord se faire sentir quand il s'agissait d'affermir la conscience du droit et d'en assurer le libre exercice ; le but n'a été que trop dépassé. Ses principes, consacrant la liberté absolue de l'individu et son droit illimité de disposition dans toutes les branches du droit privé ne tarderaient pas à produire le démembrement de nos classes et leur morcellement indéfini, à ouvrir toutes les issues à l'individualisme et à ramener une désorganisation du corps social semblable à celle de Rome. Ou n'a déjà que trop inculqué à la nation allemande les éternels principes de droit universel, de raison écrite, de liberté et de souveraineté du peuple, et on s'attache surtout continuellement à faire pénétrer ces principes dans l'esprit des générations nouvelles, comme s'ils devaient assurer pour toujours le bonheur des Etats. Et cependant le bien des sociétés demande que ces principes soient en partie sacrifiés, en partie limités essentiellement dans leur application. Le droit allemand, qui ne peut tenir dans le cercle étroit des idées romaines et dont on ne saurait détruire la force propre d'organisation, est le seul qui puisse préparer les voies à l'accomplissement du but. A cette œuvre peut concourir aussi l'histoire du peuple allemand, laquelle montre qu'il a marché plus que tout autre dans le sens du vrai progrès. Cette histoire ne présente pas de soulèvement populaire occasionné par les exactions usuraires des riches. Aucune classe de prolétaires n'y fait retentir, comme à Rome, le cri de *panem et circenses* ; on n'y voit pas non plus de souveraineté démocratique des masses aboutissant ensuite au despotisme des empereurs. A ces extrêmes pourraient seuls entraîner les principes du droit civil et politique des Romains, et ils ont en partie ouvert la voie qui y conduit. Le droit allemand a partout, au contraire, subordonné l'individu et sa liberté aux règles d'une communauté qui les limite ; basée dans les différentes branches de l'activité sur la coopération de chaque membre, agissant directement par lui-même, ou indirectement par représentants, cette communauté présente l'enchaînement organique des fonctions qui assure entre les membres et le tout un échange réciproque d'influence.

C'est ainsi que la famille, la commune, la corporation, l'Etat, reçoivent une organisation qui permet à chaque sphère d'activité, à chaque classe et profession de conserver ses prérogatives propres et sa liberté, et de concourir, dans un ordre harmonique, à l'administration des affaires publiques. C'est le droit allemand, nous le voyons par l'histoire, qui maintiendra l'organisation allemande, si la souveraine Providence permet à notre peuple, encore plein de vie, de marcher en avant dans la voie du progrès régulier des institutions publiques.

II. — Si nous considérons actuellement le droit allemand en lui-même, en tant qu'il reflète les traits principaux du génie et du caractère allemands, nous y verrons prédominer avant tout la loi organique, l'idée supérieure de la synthèse. Cette loi se révèle dans l'harmonie intime du principe subjectif de la personnalité et de la liberté avec l'ordre objectif, dans l'enchaînement de toutes les fonctions du corps social et dans la tendance continue à s'agréger ou à s'organiser, qui se manifeste surtout par la formation des corporations. C'est en vertu de cette loi que l'ordre juridique se montre relié par des liens étroits à l'ordre naturel et moral, que chaque rapport se trouve réglé en harmonie avec tous les autres qui lui servent de limite, que le respect de l'individualité personnelle est assuré en même temps que celui des sphères d'activité, que la propriété immobilière est ramenée à s'encadrer avec les rapports et buts des personnes auxquels elle se subordonne, n'étant à l'égard de celles-ci qu'un simple moyen matériel. Sur elle repose la corrélation intime du droit privé et du droit public, lesquels ne font que se fortifier l'un l'autre, tout en conservant chacun leur originalité propre. Enfin, à sa lumière, nous voyons tous ces divers éléments du système se relier eux-mêmes les uns aux autres, s'impliquer mutuellement et former un tout organique.

1^o Le principe harmonique du droit allemand se montre dans l'union intime de l'élément subjectif de la capacité et de la liberté juridiques découlant de la personnalité et de la volonté indépendante, avec une règle et une discipline ayant leur base dans l'ordre objectif créé par Dieu et qui maintiennent le lien entre les membres libres de la communauté. Sans doute, ces

deux éléments sont arrivés tour à tour, à différentes époques, à dominer chacun exclusivement, en outrepassant leurs vraies limites; au moyen âge surtout, la liberté a été souvent enrayée et opprimée par la règle extérieure. Toutefois, le principe de liberté a jeté de si profondes racines dans le droit allemand, et le principe du lien et de l'harmonie se manifeste en même temps d'une manière si éclatante dans le règlement de tous les rapports, que l'esprit prévenu seul peut ne voir, dans le droit allemand, tantôt que l'élément subjectif, tantôt que l'élément objectif (1). C'est justement l'union de ces deux éléments en un tout harmonique qui constitue le fond du génie et du droit allemand. Sans doute, on pourrait être porté à attribuer tout au moins la prépondérance à l'élément subjectif, en se rappelant, d'un côté, les idées des anciens Germains sur la liberté, la part considérable faite au principe de la personnalité dans les droits nationaux et au moyen âge, et, de l'autre, ce qu'attestent les sources juridiques, l'arbitraire dans les contrats, l'autonomie et la concession de privilèges ou prérogatives sous la forme de franchises. Toutefois, le principe du lien ou de l'harmonie et de la loi basée sur les rapports objectifs, en même temps qu'elle les règle, ne fait pas moins sentir son action d'une manière énergique. On voit ainsi se former, avant tout, un enchaînement continu de droits et de devoirs, tout droit étant limité par les devoirs, et le devoir, à son tour, servant de limite aux droits. Sous les divers régimes de la vie commune, la liberté de l'individu se montre, à plusieurs égards, restreinte par les liens naturels de famille, surtout en ce qui touche les aliénations et les donations. Les familles se trouvent aussi plus intimement unies entre elles par les liens d'association de la commune et, sur une plus grande échelle, du district. C'est surtout dans le régime de la classe agricole que le lien féodal et le principe de subordination acquièrent le plus de puissance et d'ex-

(1) Ainsi Zöpfl, II, 2, p. 2 et suiv., ne veut voir dans le pur droit allemand que la prépondérance de l'élément subjectif ou de la liberté; dans le droit romain, au contraire, ce qui est une erreur radicale, la prédominance de l'élément objectif. Schmidt, dans son œuvre, adopte l'opinion opposée.

tension. Enfin se consolida le système des corporations et des diverses branches de la vie commune, de telle sorte que la loi d'association, sous ses aspects multiples, joue le rôle supérieur et prépondérant. C'est par cette loi de synthèse harmonique, qui se manifeste dans toutes les branches de l'activité, que le droit allemand se distingue profondément du droit romain, qui présente partout, soit dans ses règles et préceptes, soit dans sa méthode, le caractère analytique. Dans le système allemand domine la raison qui unifie, coordonne, concilie les oppositions, examine, ce qui fait que l'individuel n'est souvent pas suffisamment envisagé en soi et se trouve ramené à des règles générales. Dans le système romain règne, au contraire, la faculté qui opère par voie d'analyse matérielle et de recomposition (p. 249). De là lui vient sa perfection technique, qui, à travers la multitude de cas ramenés à des règles formelles ou abstraites, ne laisse guère apercevoir le manque, au fond, de principes supérieurs.

2^o Le droit allemand s'harmonise avec une organisation de tous les rapports de la vie sociale et s'y adapte lui-même en les réglant. Le génie allemand, comme nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois (p. 232 et suiv.), dépassant la sphère purement civile et politique, a rayonné dans tous les sens; il a su s'appliquer à la poursuite de tous les biens de la vie, embrasser tous les buts sociaux ou humanitaires, et, pour l'accomplissement de chacun d'eux, créer des organes spéciaux. Il eut pour auxiliaire la puissance croissante de l'Eglise, qui, ne tardant pas à se poser vis-à-vis de l'Etat comme indépendante, devait de bonne heure élever la vie sociale au-dessus de celui-ci. Sous cette influence s'ouvrit une libre carrière à son essor, et, partant, à ce mouvement spontané de formation d'associations qui se produisit naturellement, indépendamment de toute autorisation de la part de l'Etat. C'est ainsi que fut créé un riche système de corporations, surtout dans les branches de l'industrie et du commerce. Mais partout le droit s'attribua le pouvoir de régler toutes les branches de l'activité sociale, tout en ayant soin de tenir compte de la nature propre de chacune d'elles. On s'efforça ainsi d'opérer une réglementation de tous les rapports du droit public et du droit privé, de l'Eglise, de

l'Etat, de l'agriculture et des branches diverses de l'industrie, etc., non en se référant à des principes abstraits, mais au fond même et au but des rapports et institutions. Le droit allemand présente, par suite, les caractères d'un organisme répondant à l'organisme social, dans lequel chaque membre conserve sa personnalité distincte et sa liberté, et se trouve en même temps rattaché par certains liens à tous les autres membres et avec le tout. Il en est bien autrement du génie et du droit romain. Ne tendant l'un et l'autre qu'à la réalisation de buts de vie extérieurs et d'un ordre inférieur, assurant la prépondérance au mobile de l'intérêt personnel et obéissant à des règles abstraites, ils se sont appliqués à tout faire entrer comme de force dans un cadre le plus possible uniforme, à emboîter ou à agencer tous les rapports du droit privé et public dans une sorte de machine (1) ayant pour ressorts les règles et formules. Pour que le droit allemand conserve son caractère original, il faut bien se garder de le refouler dans le cadre étroit de quelques formes inflexibles du droit romain. Pour son perfectionnement et son adaptation aux nouveaux besoins, on ne doit jamais perdre de vue qu'il est nécessaire que le droit soit tiré de l'essence même et du but de tout rapport de la vie. Il faut avoir soin en même temps, en réglant ce rapport, de le mettre en harmonie avec tous les autres, qui le conditionnent de manière à faire cadrer le système organique du droit avec le système correspondant des rapports de la vie, des buts et conditions inhérents à celle-ci (2).

3° C'est par l'essence du caractère allemand que s'explique aussi l'instinct si vivace de sociabilité qui s'est révélé par une si riche production d'associations de toute espèce. Quand, d'une part, se montre un ardent attachement à la liberté et le respect de l'individualité propre et de celle d'autrui, d'autre part la reconnaissance d'un ordre supérieur et la volonté de se subordonner à un but commun, il est naturel que se manifeste également la tendance à se compléter mutuellement en formant

(1) Comparez, p. 251, note 2, le tableau présenté par Jhéring.

(2) Voyez, à ce sujet, ma *Méthodologie du droit*, au commencement du livre II, 1^{er} vol.

une société réglée. Sous l'influence de ce mobile qui s'est révélé de si bonne heure dans le monde germanique, la personne fut rattachée à la personne par une union étroite. Le lien moral de la fidélité, avec ses conséquences légales, opéra cette union, fortifia les liens que forment naturellement entre eux les membres d'une famille ou d'une réunion de familles, établit au sein du canton et du district, constitués eux-mêmes en communautés, les liens importants d'une union civile et politique entre leurs membres. C'est à ce mobile enfin qu'est due, depuis le moyen âge, la formation de toute espèce d'associations industrielles, commerciales, scientifiques, enseignantes, religieuses et morales. Dans ces associations se montrent réunis les deux éléments : la personnalité individuelle et la communauté résultant du but. Cette union, qui constitue l'originalité de la nation allemande, donne au droit son véritable caractère, de telle sorte qu'en règle générale les membres, aussi bien que la communauté morale, paraissent avoir également des droits et des devoirs. Par cette raison, il ne faut pas juger le système des corporations allemandes sur le type des deux institutions au fond opposées du droit romain : je veux parler de l'*universitas personarum* et de la *societas*, qui exprimait une réunion de personnes dans un but déterminé.

Il y a autant de différentes sortes d'association qu'il y a de buts divers à atteindre. Du reste, le trait caractéristique de l'association allemande, c'est qu'elle ne se rapporte pas seulement aux intérêts matériels, mais encore aux intérêts moraux, et régit ainsi l'activité morale. Beaucoup d'espèces d'associations garantissent, par des règlements disciplinaires, l'honneur et la pureté des mœurs. Il en est de même en ce qui touche l'assistance à donner aux infirmes, aux veuves et aux orphelins. C'est surtout un noble trait du génie allemand et des mœurs juridiques qui en découlent de ne point envisager la propriété sous son côté absolu et indépendant des personnes, mais bien plutôt de relier, au sein d'une communauté, les rapports de la propriété avec les autres rapports personnels et moraux.

La propriété est ainsi considérée comme servant simplement de support à ces derniers rapports ou, tout au moins comme

leur étant subordonnée (1). Eu égard au régime de la propriété foncière et dans le système de la féodalité, le lien de la fidélité et les devoirs réciproques qui en naissaient constituaient l'élément moral le plus important, et en ce qui touche les autres rapports de la classe agricole, les personnes étaient rattachées aussi les unes aux autres par des relations morales, juridiques et politiques dont les avantages ou inconvénients sont encore aujourd'hui mis en question. Il en était de même, et ce système de relations était poussé encore plus loin, au sein des corporations qui, presque partout, présentaient un double côté par lequel elles se rattachaient à l'ordre économique et à l'ordre moral et même intéressaient le droit public. Le riche épanouissement de la vie de la cité en corporations, maîtrises et jurandes, n'a pas moins contribué que le régime de la propriété foncière à donner aux institutions allemandes leur force et leur consistance. Le progrès matériel, sous cette double influence, a été sans doute considérablement entravé et presque réduit à néant par les inconvénients attachés à la nature du lien qui comprimait trop la liberté; mais il y a eu cet avantage que la situation des personnes s'est maintenue assez prospère à travers les siècles. Le nouveau principe de la liberté individuelle, qui a maintenant envahi le domaine du commerce et de l'industrie, tend à détruire de fond en comble les anciennes corporations, et dans plusieurs pays même, il a déjà remporté sur elles une victoire

(1) Il faut tenir pour excellente et pour conforme à l'esprit du vrai système allemand la proposition faite dans la Chambre prussienne des seigneurs par l'un des membres, et soumise à une commission qui en recommanda l'acceptation à la Chambre le 12 avril 1856. Par cette proposition, le gouvernement était prié d'examiner si les possesseurs de voies ferrées, de fabriques, etc., ne pourraient pas être légalement tenus à fournir plus que ce que les lois actuelles exigent pour la taxe des pauvres, eu égard aux secours à donner aux ouvriers qu'ils emploient et à leurs familles. Le commissaire du gouvernement avait démontré, il est vrai, au sein de la commission, que la plupart des grands établissements industriels, en Prusse, pourvoient à la subsistance de leurs ouvriers, que vers la fin de 1854 des caisses de secours pour les artisans, commis et ouvriers de fabrique étaient organisées dans 500 communes et que 2,622 de ces caisses avaient distribué des secours à 246,000 personnes. Malgré ces observations, la proposition ne fut pas moins accueillie par la Chambre des seigneurs.

complète. Si ce principe devait être suivi jusqu'au bout, la liberté ne tarderait point ici, comme partout où elle domine en maîtresse absolue, à se détruire par ses propres excès. Elle ne ferait que devenir l'esclave d'autres puissances et servirait alors d'instrument à la domination du capital qui, ne rencontrant dans ses envahissements aucun frein, finirait par amener la ruine des diverses classes de la société. La société ne doit donc pas se laisser aller aux tendances de l'individualisme qui engendre le morcellement indéfini. Il faut, au contraire, qu'en se rattachant fortement au principe encore vivace des corporations elle se consolide sur les bases de l'éthique, de la morale et du droit. L'intérêt public, d'un autre côté, demande qu'on s'attache à maintenir dans son intégrité l'institution allemande des corporations, de telle sorte que dans les rapports essentiels elle ne puisse pas être modifiée arbitrairement et soit réglée par la voie législative. L'égoïsme industriel trouverait sans doute ici préférable, comme il l'a fait si longtemps, d'appliquer exclusivement les règles du contrat romain de louage, d'ouvrage et d'industrie, de n'employer les ouvriers qu'aux conditions déterminées par la concurrence, de les renvoyer suivant le bon plaisir, et, en cas de besoin de secours, de se remettre du soin de leur venir en aide à la charité publique ou à la caisse des pauvres. Mais par cela même que déjà en Allemagne le louage des domestiques présente des conditions meilleures inhérentes à l'observation de plusieurs devoirs moraux, il serait tout à fait injuste, inhumain et contraire au droit allemand de traiter aussi durement la classe ouvrière. C'est le devoir de la législation, en ce qui touche les corporations et sociétés industrielles, d'établir pour règle dans leur nouvelle constitution qu'à l'exemple de ce qui avait lieu autrefois dans les corps de métiers, il sera pourvu aux besoins des ouvriers et de leurs familles par l'organisation de caisses de secours, destinées à leur venir en aide dans tous les cas de nécessité, dans les maladies, les chômages ou dans le cas où ils laissent des veuves et des orphelins. Une organisation sur ces bases, conforme à l'esprit du droit allemand, serait la meilleure garantie contre les dangers qui menacent le plus nos institutions civiles et sociales, et les bienfaits en résultant dépasseraient tous ceux qu'on a pu jamais attendre

de l'application des doctrines quelconques du droit romain.

4° *L'élément naturel dans le droit allemand.* — De même que le génie germanique se distingue du génie romain par une plus profonde conception de la vie de la nature avec laquelle il aime à s'unir de la manière la plus intime, manifestant cette union dans l'art et la poésie, et cherche plutôt à rendre cette vie dans toute sa spontanéité et sa vérité originale qu'à se conformer aux règles et formes de l'art; de même dans le droit allemand se révèle aussi un respect plus profond pour l'ordre naturel. Tout d'abord, on aperçoit quelque chose de plus conforme à la nature dans la marche du droit allemand. Celui-ci, en effet, jusqu'à l'adoption du droit romain, fut bien moins le fruit de l'élaboration réfléchie, l'œuvre de la législation, de la jurisprudence ou de la doctrine que le produit spontané de l'ensemble de la vie et des mœurs nationales. Le développement du droit romain n'obéit point aux lois de la croissance naturelle (p. 232), bien que le contraire ait été admis par l'imagination poétique du Germain. Le droit allemand, au contraire, paraît dans sa marche se conformer à ces lois, en tant qu'on entend par là la continuité du travail de formation et la création spontanée des lois par l'ensemble de la nation et par ses principaux organes. Depuis l'adoption du droit romain et la faveur accordée par là à l'augmentation des pouvoirs de l'Etat, on a vu toujours prévaloir de plus en plus, jusqu'à l'époque moderne, une tendance à la centralisation et à l'absolutisme, qui n'a eu d'autre contre-poids que la prétention des masses à la souveraineté absolue, sous le régime démocratique. Dans la formation et le perfectionnement du système juridique, il est conforme aux exigences du génie et des mœurs germaniques que le droit, ainsi que la loi, ne tirent leur origine ni d'un pouvoir supérieur, ni des couches inférieures de la société, mais bien plutôt qu'ils soient le produit du concours de tous les organes naturels de la nation, agissant directement ou d'une manière indirecte par voie de représentation. C'est ainsi que se trouve modelé sur les lois de la nature le caractère d'organisme, le principe de ramification qui s'est maintenu dans la formation du droit allemand et doit encore, dans l'avenir, se développer davantage. L'ordre naturel est, avant tout, respecté dans le droit allemand. Nous voyons la

première société naturelle, la famille, être déjà, dans l'ancienne législation allemande, la base de plusieurs rapports juridiques (p. 401). La famille allemande ne comporte pas la distinction artificielle entre les agnats et les cognats, distinction qui reposait avant tout sur le principe de la puissance paternelle et qui ne fut supprimée par Justinien qu'en matière de succession. Le lien du sang, celui qui fait remonter directement à l'auteur commun, est dès le principe, dans le droit allemand, la base fondamentale. Les degrés de la parenté en seconde ligne sont souvent mis en parallèle avec les membres du corps humain (1). Le *mundium* allemand, quoique se rapprochant par sa signification de la *manus romana*, n'exprime pas un pouvoir proprement dit, mais bien plutôt le devoir de protection répondant à la position naturelle qu'occupent au sein de la famille ses divers membres. En ce qui touche le droit de propriété, les obligations et les successions, on voit régner d'une manière exclusive la distinction naturelle si importante des choses en immeubles et en meubles. Les premières, en effet, forment, eu égard à leur nature, le lien qui rattache l'individu à la famille et à l'ensemble de la société; les secondes répondent davantage aux rapports privés inhérents à la personne individuelle. La santé de corps et d'esprit avait, dans le droit allemand, une plus grande influence sur la capacité juridique des personnes que dans le droit romain. Cette prédominance de l'élément naturel doit faire admettre que dans le droit public ce qu'on entendait en Allemagne par suprématie territoriale tirait son origine du *mundium*, tutelle exercée par le propriétaire sur les habitants de son domaine, et compris d'une part, dans la suite, les droits territoriaux, tels que ceux de juridiction patrimoniale attachés aux biens de chevaliers; d'autre part, des devoirs nombreux d'assistance à l'égard des pauvres résidant dans le domaine. Enfin se manifeste, dans les adages du droit allemand, le penchant du peuple à représenter les rapports juridiques par les rapports naturels.

5° *L'élément moral dans le droit allemand.* — L'appréciation exacte de cet élément important présuppose une exacte et claire

(1) *Miroir de Saxe*, art. 4.

connaissance de ce qui constitue le caractère propre de la moralité et du droit et des différences qui ne permettent jamais de les confondre dans la théorie et dans la pratique.

D'un point de vue exclusif, on a considéré, d'un côté, le droit allemand comme entièrement pénétré par l'élément moral et on lui a fait une gloire très équivoque d'avoir érigé les rapports moraux en rapports juridiques; d'un autre côté, on lui a reproché de confondre le droit et la moralité. Mais, en se plaçant au point de vue dont nous avons parlé plus haut, nous devons également épargner au droit allemand un éloge et un blâme de ce genre. Il est vrai qu'il a tenu un plus juste compte que le droit romain de l'élément moral; mais, le principe de moralité dont on fait honneur au droit allemand n'est autre en réalité que le principe positif du droit auquel n'ont pu s'élever jusqu'ici une philosophie superficielle du droit et la jurisprudence positive. L'élément moral proprement dit et l'élément positif du droit n'en doivent pas moins être distingués avec soin; ce que nous pouvons faire ressortir encore ici d'erechef, vu l'importance du sujet. La moralité, en tant que forme subjective de la réalisation du bien, désigne la manière dont le sujet, considéré dans sa faculté morale, l'exerce à l'égard du bien, et se révèle dans les motifs de l'action, les dispositions intimes de la conscience qui y répondent. C'est de l'exercice de cette faculté que le droit fait abstraction tant qu'il ne se traduit pas au dehors, et il faut même dire que la plus sévère inquisition de la conscience ne réussirait pas à découvrir sûrement toutes les opérations qui se réfèrent à cet exercice. Une action a-t-elle été en réalité déterminée par un mobile purement moral, tel que la bienfaisance, la reconnaissance; c'est là une question dont la solution dernière, difficile d'ailleurs, est toujours laissée à l'appréciation de l'agent lui-même. Mais, dès l'instant que le mobile se manifeste au grand jour par un acte extérieur, cet acte, auquel le mobile moral s'attache nécessairement, continuant à en former en quelque sorte jusqu'à sa réalisation le germe ou noyau spirituel, présente toujours en même temps un côté légal, respectivement aux personnes, aux conditions, ou autres éléments avec lesquels il se trouve extérieurement en contact.

C'est ainsi qu'une action inspirée par le mobile de la reconnaissance peut être envisagée en droit sous d'autres rapports. On peut se demander, par exemple, s'il n'en résulte pas une violation des devoirs moraux d'un autre genre dont l'agent était tenu envers les siens. Dans toute action, il faut donc distinguer un côté moral interne et un côté juridique externe. Considérée sous ce dernier aspect, elle est dans un milieu de relations qu'il appartient au droit de régler. D'un autre côté, l'élément moral peut encore être essentiellement constitutif d'un rapport de la vie; et alors, il faut qu'on l'admette nécessairement et qu'on le présume avant tout pour le règlement juridique, mais le contraire est-il évident et clairement prouvé, en d'autres termes la violation de l'élément moral se traduit-elle dans une action extérieure; cette dernière comporte, par cela même, une suite juridique. C'est ainsi que l'élément moral de la fidélité est essentiellement inhérent au mariage, en même temps qu'elle est une condition de ce rapport, laquelle est nécessairement présumée jusqu'à ce que le contraire résulte d'actes extérieurs; et dans ce cas, la suite juridique est qu'on peut faire prononcer la séparation ou le divorce. Si l'on considère à ce double point de vue le droit allemand, on n'y voit nulle part une confusion, mais seulement une alliance intime du droit avec la moralité. C'est ainsi que dans le droit allemand on fut amené à apprécier d'une manière encore plus exacte, et suivant une distinction plus juste eu égard à leur effet juridique, plusieurs des éléments inhérents aux déterminations de la volonté, tels que l'erreur et la faute dont le droit romain commença à tenir compte à partir des préteurs seulement (1). Les motifs moraux proprement dits sont d'ailleurs considérés par le droit allemand comme placés en dehors de la sphère juridique, mais on ne saurait en induire qu'on puisse justement autoriser en droit ce qui est immoral. Une proposition telle que celle-ci, *in emendo a vendendo naturaliter concessum est sese in vicem circumscribere*, est tout à fait contraire à l'esprit allemand, quelle que soit l'interprétation mitigée qu'on lui donne. Il n'est pas vrai de dire qu'il autorise, mais seulement qu'il tolère, c'est-à-dire

(1) Comparez Platner, *Esquisse historique du droit allemand*, 1854.

ne peut empêcher certaines immoralités à raison de la liberté morale de l'homme dont il faut aussi tenir en droit un grand compte. Toutefois, il cherchait à les renfermer dans des limites précises, et admettait pour elles des suites juridiques en y attachant la perte de l'honneur. Ainsi, en matière de propriété, le droit allemand exige de l'acquéreur qu'il agisse honorablement, et un bénéfice excessif qui pourrait être considéré comme le résultat de la fraude suffirait pour faire exclure cet acquéreur de la corporation dont il serait membre. Il exige également, dans un grand nombre de cas, que l'on fasse un usage moral de ses droits. La prescription paraît destinée à punir les négligences qu'on apporte à l'exercice de ses droits. La déchéance des droits de métayer, s'il s'agit de biens ruraux, peut aussi être encourue comme peine en cas de mauvaise exploitation. Certaines vertus morales sont enfin considérées comme nécessairement inhérentes à un rapport. Il'en est ainsi, en particulier, de la fidélité et de l'honneur, qui s'y rattachent étroitement. Le droit allemand exige d'une manière absolue que l'on tienne fidèlement sa promesse (1), et, quoiqu'il attache aussi de l'importance aux formes, il n'a jamais admis, toutefois, comme le droit romain, la distinction *in contractus stricti juris et bonæ fidei*. Il exige la fidélité toutes les fois qu'une personne engage sa personne envers une autre, chose que le droit romain n'a jamais connue : je veux parler de la fidélité du mari et de la femme, du vassal et du seigneur féodal, du serviteur envers le maître, de la fidélité dans l'accomplissement des devoirs qui incombent à chacun à raison de sa position, de ses fonctions ou de son rang. L'honneur qui, au sein d'une communauté d'hommes libres n'est que le résultat et le reflet de la conformité au devoir et qui se règle en particulier sur le rang et sur la vocation, constitue sous plusieurs rapports, dans le système allemand, la condition de l'obtention, de la jouissance et du maintien des droits. A une époque peu civilisée et sous l'empire de malheureux préjugés, on a considéré autrefois, comme n'ayant ni hon-

(1) Sur la fidélité considérée comme lien juridique entre les contractants, dans le système allemand, voyez Stobbe, *Histoire du droit allemand sur les contrats*, 1855.

neur ni réputation à sauvegarder, des personnes qui ont plus tard été réhabilitées par les progrès de la civilisation et de l'humanité. On n'en doit pas moins tenir pour certain, en principe, que dans toute communauté, grande ou petite, l'honneur et l'honorabilité sont une base essentielle et forment en même temps la meilleure garantie d'une conduite conforme au droit. Le système allemand faisait prévaloir l'honorabilité dans toutes les associations (témoin le proverbe : Les magistratures et professions doivent être exemptes de tache et avoir la pureté des colombes), et confiait le pouvoir disciplinaire à l'égard de leurs membres à des autorités choisies dans leur sein. L'application d'un semblable système peut encore de nos jours produire l'action la plus salutaire pour l'amélioration de notre société. Pour être membre de l'Etat aussi bien que de toute société particulière, d'une classe, confrérie ou corporation quelconque, une condition fondamentale est requise : cette condition, c'est l'honorabilité de conduite.

L'Etat est, en droit, le gardien de la moralité publique universelle. Mais il est loin de suffire à cette tâche. Il faut encore que chaque association particulière, chaque classe et corporation de métiers veille à ce que leurs membres accomplissent les devoirs spéciaux qui leur incombent. Telle fut l'origine du pouvoir et de la justice disciplinaires pour toutes les professions, toutes les branches du service public, pour les classes des commerçants et des industriels, pour les corps enseignants et établissements d'éducation, pour les avocats et médecins, non moins que pour tous ceux livrés aux travaux intellectuels dans les diverses sphères de la littérature et de la presse, ou qui en livrent les produits à la circulation. Par là, on ferait revivre une juridiction morale que les Romains possédaient dans leur censure, complément essentiel de leurs institutions, mais présentant uniquement le caractère abstrait de fonction spéciale et distincte se rattachant à l'unité centrale de l'Etat (voir p. 224 et suiv.). Mais cette juridiction, dans le système allemand, serait organisée sur des bases plus pratiques et bien mieux proportionnées, étant instituée dans toute association pour assurer la coopération régulière de chaque membre, et ayant une sphère d'attributions analogue à celle des tribunaux.

6° Un bien plus grand intérêt pratique s'attache dans le système allemand à ce qui constitue la conception positive du droit, laquelle, par suite de la prépondérance du droit romain et de l'ancien droit naturel, qui s'y relie, a été presque entièrement bannie du domaine de la science juridique à l'époque moderne. Le droit romain qui prend uniquement pour point de départ la personne individuelle et sa volonté, envisageant comme étant en antagonisme avec elles toutes les autres personnes et volontés, dut nécessairement s'en tenir à la conception négative du droit, d'après laquelle celui-ci consiste uniquement à limiter la liberté. Le droit allemand, au contraire, considère, dès le principe, le particulier comme membre d'une ou de plusieurs communautés, et du caractère seul de la communauté, abstraction faite de la liberté individuelle, infère avec raison des devoirs juridiques. Dès les premiers temps, chez le peuple allemand, les individus sont rattachés étroitement les uns aux autres par les liens de la famille, de la parenté, de la commune. Plus tard, le régime politique et social tout entier se modèle sur une communauté de secours et d'assistance qui est en même temps une garantie de paix et de sécurité. Le christianisme, avec son dogme de la providence divine, dogme qui devait servir de base, en pratique, à des institutions sociales de prévoyance (p. 30) n'a pas été ici sans influence. Toutefois, le génie germanique avait déjà tracé la marche à suivre. Dans l'empire allemand, il y avait devoir de protéger toutes les personnes incapables de se défendre elles-mêmes (p. 337) et, dans la suite, le seigneur féodal fut considéré comme exerçant les fonctions de haute tutelle. L'Etat allemand était donc investi d'une manière générale d'une sorte de mission providentielle consistant à pourvoir aux besoins de toutes les personnes nécessiteuses; un semblable régime de tutelle et d'assistance fut organisé dans toutes les associations et corporations particulières. C'est ainsi que dans les corps de métiers on établit cette règle fondamentale, que les membres devaient se prêter mutuellement une assistance fraternelle en tout ce qui était juste et utile. Dans tous les cas où une personne était rattachée à une autre par un lien durable, lors même que ce fût à l'occasion d'une chose, il était conforme au génie allemand qu'elles fus-

sent tenues, l'une envers l'autre, à remplir des devoirs à la fois moraux et juridiques. Le système féodal et les modes divers du régime de la classe agricole en fournissent la preuve. Dans toutes les sociétés qui poursuivent des buts communs permanents, les membres sont reliés entre eux d'une manière encore plus étroite (et eu égard à l'ensemble des rapports de la vie. De ce nombre furent sans doute les corps de métiers (lesquels, dans les temps les plus reculés, auront été vraisemblablement des associations restreintes à la communauté du culte) surtout les sociétés commerciales et industrielles. Aussi, chaque corporation, sous le rapport religieux, avait-elle son patron. Sous le rapport politique, elle constituait une association ayant des droits et des devoirs politiques. Au point de vue moral, elle exerçait le pouvoir disciplinaire sur ses membres, et eu égard au droit positif, elle était chargée de pourvoir aux intérêts et au besoin des veuves, des orphelins et des infirmes. Dans chaque corporation, le maître, à son tour, était en étroite union avec ses ouvriers et ses apprentis, auxquels il se rattachait par des liens de l'ordre moral et juridique. Dans ce système ordonné de relations se montre le caractère organique du droit allemand. De même que dans la nature, le tout se retrouve dans l'être individuel, et que cet être se rattache au tout par toutes ses faces, de même aussi, dans la société envisagée comme un tout, chaque corporation particulière, chaque organe, tout en conservant sa sphère distincte et indépendante, rentre dans le système de toutes les autres branches de l'activité sociale et ne forme qu'un avec le tout. C'est ainsi que les individus, la famille, la corporation, la commune, l'Etat conservent respectivement leur indépendance, tout en se reliant étroitement. De même que la famille n'absorbe pas l'individu et n'est pas non plus absorbée par la corporation, de même cette dernière ne l'est pas non plus par l'Etat; ces différents degrés d'organisation sociale ne font plutôt que répondre aux degrés de progression de la vie et au besoin de plus en plus grand de secours propre à compléter son développement. Il suit de là, que toute association vraiment conforme au but de l'humanité et envisagée du point de vue de ce but, imposera des devoirs juridiques positifs qui, comme les devoirs négatifs, doivent être, sans doute, accom-

plis avant tout, avec une intention morale, mais qui, à défaut, le seront également, au besoin, par voie de contrainte. Il faut de nouveau faire revivre, pour satisfaire aux nécessités de notre temps, cette conception positive du droit inhérente au système allemand. Ce sera un honneur pour notre époque, que les fondateurs de sociétés commerciales et industrielles, de leur plein gré, et n'obéissant qu'à l'inspiration morale, créent des institutions de secours et de prévoyance pour leurs ouvriers et employés. Mais il y a là, en même temps, un devoir juridique à l'accomplissement duquel l'Etat doit veiller en sa qualité de gardien général du droit. Il est, en outre, conforme aux principes généraux de l'éthique que partout où des hommes sont employés d'une manière permanente dans une branche de travail et qu'ils y consomment presque toute leur activité, on ne les traite point comme de simples machines intelligentes qui doivent s'user à la peine, mais bien avec humanité et en s'efforçant de pourvoir, sous le rapport moral et juridique, à tous les besoins et intérêts inhérents à la nature humaine. C'est là aussi le précepte positif du droit qui découle de l'éthique et dont la sanction, réglée convenablement dans toutes les branches de l'activité sociale, peut de nouveau consolider les bases de l'ordre social principalement ébranlées par les tendances égoïstes de l'individualisme et remédier à plusieurs maux qui ne font chaque jour que s'aggraver.

7^o L'ordre naturel, moral et juridique est et paraît sous plusieurs rapports, dans le droit allemand, comme une sorte de dépendance du plan divin universel. Ce point de vue, qui se laisse déjà apercevoir dans l'ancien système religieux et juridique allemand, a été mis en pleine lumière par le christianisme. Tout droit, de même que toute vérité, d'après le dogme chrétien, viennent de Dieu. La justice divine régit cette vie et la rattache à une vie future. De cet ordre supérieur, l'ordre créé par la liberté humaine doit recevoir son plus haut degré de consistance et de solidité, sa mesure et son but, ainsi que sa véritable consécration. Mais l'homme, en vertu de son être immortel, reflet de l'être divin, n'a pas uniquement des droits émanant de la constitution politique ou de la volonté nationale : il a encore des droits innés que peuvent nier les anciens et mo-

dernes pafens , mais que le chrétien respectera comme fondement indestructible de toute l'organisation sociale. Ce rapport de tout droit à Dieu et au plan divin se révèle dans la pratique sous un double rapport : tout droit, quel que soit le point de vue subjectif sous lequel l'envisage la liberté humaine , constitue essentiellement par sa nature , dans le sens le plus élevé , une sorte de mission donnée par Dieu, que chacun doit accomplir sans doute librement , mais dont l'exercice entraîne une responsabilité devant Dieu et la conscience, lors même qu'il n'en serait pas encourir devant les hommes. De ce point de vue supérieur objectif du droit, il suit naturellement que tout droit est donné pour l'accomplissement de certains devoirs , et que tout droit implique des devoirs. C'est ainsi que les parents exercent à l'égard de leurs enfants une charge qui leur est confiée par Dieu , et qui comprend des droits et des devoirs déterminés. C'est ainsi que le propriétaire est censé gérer un bien qui lui est confié par Dieu pour son usage personnel et pour assurer l'accomplissement de ses devoirs envers autrui. A l'instar d'autres peuples , les Germains , à l'époque la plus reculée, faisaient aussi remonter l'origine de la propriété foncière à une concession divine et au soleil lui-même (la dénomination ultérieure de « fief du soleil , » p. 341 , se rattache à une semblable croyance) , et l'on peut même soutenir, qu'en principe, la propriété foncière allemande a éminemment conservé le caractère d'une charge qu'exerce, dans son intérêt et celui de sa famille, le possesseur. Ce dernier agit , à son insu , sous l'empire de ce principe, comme il est facile de le reconnaître dans le fidéicommiss de famille allemand , qui relève plus du droit réel que du droit de succession, et qui se distingue nettement de la substitution fidéicommissaire du droit romain (1). Dans le sens le plus élevé , l'Empire même fut une charge conférée par Dieu , de l'exercice de laquelle l'Empereur pouvait avoir à rendre compte devant la juridiction des princes. A cette conception supérieure objective du droit, que fera encore mieux ressortir

(1) C'est la remarque que fait aussi Gerber dans son beau traité sur le fidéicommiss de famille allemande, inséré dans les *Annales pour l'exégèse du droit*, vol. 2, p. 52.

une philosophie éthique de celui-ci, il faut que l'époque moderne se rattache pour opérer dans la pratique des réformes efficaces. Dans le droit privé, où l'élément subjectif de la liberté doit demeurer prédominant, cet élément, par cela même, comporte plusieurs limitations juridiques, et il en est ainsi partout où un exercice abusif de la liberté se manifestant extérieurement se heurte contre un intérêt social. Dans le droit public, au contraire, on doit considérer tout droit comme une fonction, comme une charge à laquelle sont attachées des obligations juridiques. Tout droit politique de l'individu doit être envisagé comme une fonction qui lui est conférée eu égard à son rang et dans un intérêt public. Ainsi les droits d'électeur, de juré, etc. doivent être tenus, non pas seulement pour des prérogatives politiques, mais bien pour des obligations; bien plus, il faut considérer la charge suprême du souverain, lors même qu'elle ne puisse entraîner aucune responsabilité dans le régime des institutions modernes, non seulement comme un ensemble de droits, mais encore de devoirs, ce que doit du moins clairement révéler la lumière du sens moral.

8° Du principe d'organisation de la communauté intime de la vie aux divers degrés, base fondamentale du système juridique allemand, découle cette maxime, extrêmement importante, que dans le règlement de tout rapport juridique, il faut tenir compte des autres rapports sur lesquels ce règlement peut influer. Le droit romain forme ici encore le plus complet contraste à raison de son absolutisme radical; il envisage chaque règle, chaque disposition en soi, les séparant de toutes les autres et en développe les conséquences d'une manière exclusive. Dans le système allemand, les règles de droit ne tirent pas d'elles-mêmes leur raison d'être, mais elles se mesurent et se modèlent sur l'ordre naturel et moral, sur l'ordre divin supérieur. En se référant à cet ordre, on découvre une corrélation intime entre les préceptes juridiques et les rapports de la vie. Dans l'ordre social, tous les hommes vivent, non seulement les uns avec les autres, mais aussi les uns pour les autres; ils sont membres d'un seul et même tout; reliés entre eux et au tout par des liens organiques, ils influent les uns sur les autres, et, par suite, sur le tout qui réagit sur eux à son tour. Ainsi est pris en considéra-

tion cet échange d'influence dans le règlement juridique de chaque rapport, pour lequel il est nécessaire qu'il soit tenu compte de tous les autres rapports sur lesquels ce règlement est censé devoir influencer. Cette nécessité comporte un double point de vue : d'un côté le droit, comme nous venons de l'expliquer, prend en considération tous les autres éléments de la vie, surtout les éléments moraux ; d'un autre côté, tout rapport de la vie se répercute en quelque sorte dans d'autres qui ont avec lui de l'affinité et se met pour ainsi dire à l'unisson avec eux, de telle sorte qu'ils contribuent, à leur tour, à le déterminer. C'est ainsi que la parenté consanguine dans le droit allemand a une large sphère d'influence qui s'étend aux relations morales et juridiques, au régime de famille, au conseil de famille et ainsi de suite ; de même dans le droit qui régit les biens des familles on tient compte de la parenté. Le droit qui régit le rapport de la propriété, surtout de la propriété foncière (1), manifeste également cette prise en considération des autres rapports. Dans le régime de la propriété, il est tenu compte des divers liens de famille, du voisinage, des liens qui rattachent à la commune et à l'Etat ; et comme la propriété foncière rentre ainsi dans la sphère des rapports publics, on exige la publicité pour sa transmission. Quant à la propriété mobilière, on a, au contraire, bien plus égard, pour son règlement juridique, aux rapports du commerce suivant la maxime : *Main doit défendre main* (p. 394). Dans le droit des

(1) Sandhaas qui, dans ses *Traité germaniques*, 1852, où le sujet est traité à fond, a mis en lumière plusieurs des plus profonds principes du droit allemand, exprime, à la page 19, l'opinion « que le droit réel allemand implique cette idée qu'on doit assurer par la propriété les conditions d'une existence raisonnable, non pas uniquement à une partie des sujets d'un Etat, aux possesseurs actuels peut-être, mais bien à tous les membres de la société juridique et spécialement aux générations futures. » Il regarde aussi comme entraînant de fâcheux inconvénients cette mise en oubli complète de l'intérêt des contemporains et de la postérité pour ne voir que l'intérêt du propriétaire actuel, telle que la comportait le droit romain ; et, dans ses conclusions, il fait justement ressortir cette vérité : que dans le système allemand il est sans doute assigné des limites au droit du particulier, mais que ce dernier n'est jamais supprimé entièrement et qu'on a autant de respect pour l'indépendance de la personne individuelle que d'égard à l'intérêt général.

obligations, on n'envisage point l'engagement d'une manière abstraite et en lui-même, mais bien eu égard à la formation possible du lien juridique, de telle sorte que pour un contrat bilatéral il n'est pas besoin, dans le droit allemand, qu'il intervienne deux contrats séparés, comme l'admet à plusieurs égards la théorie du droit romain. L'obligation même peut aussi se référer à l'intérêt des tiers : c'est ainsi qu'il est loisible de stipuler en faveur des tiers, de transporter la créance à des tiers. C'est justement à raison de cette prise en considération d'éléments généraux ou spéciaux, à laquelle les rapports eux-mêmes donnent lieu, qu'il existe dans le droit allemand plusieurs obligations dérivant de conditions ou rapports objectifs qui sont sanctionnés par la loi. Ce principe, l'adaptation du droit aux rapports, conduit dans le système allemand à reconnaître pleinement le vrai caractère organique du droit. Ainsi, le droit étant un règlement des rapports de la vie et ceux-ci se conditionnant mutuellement, on ne saurait régler l'un sans tenir essentiellement compte de tous les autres qui s'y rattachent, et plus on analyse profondément les rapports de la vie humaine, mieux ils seront réglés eu égard aux liens nombreux et étroits par lesquels ils se relient entre eux. Le droit allemand n'a pas toujours apporté ici un juste discernement : il a admis plusieurs limitations de la liberté qui ne sauraient être légitimées ; mais le principe même qui le dirige est irréprochable et présuppose simplement la connaissance exacte des rapports mêmes de la vie.

9° Le droit allemand a aussi mieux saisi et fait ressortir en général, d'une manière plus complète, l'essence de toute institution juridique de quelque importance et des rapports auxquels elle sert de base, approfondissant ainsi en même temps davantage la corrélation entre l'essence et la forme. De même que le génie allemand est toujours plus enclin à pénétrer l'essence intime, le fond, l'idée, le principe d'une chose, ce qui peut souvent nuire à la manifestation extérieure, à la forme, même à la représentation, de même le droit allemand pénètre aussi plus immédiatement au fond des choses. On s'en aperçoit déjà à la manière dont il se rattache à l'ordre naturel et moral. L'essence est, d'un autre côté, analysée d'une manière plus com-

plète, et eu égard à toutes ses corrélations essentielles. C'est là une conséquence de la tendance du génie allemand à embrasser le tout, laquelle se manifeste par l'universalité des points de vue inhérents à sa manière de concevoir et par la multiplicité des buts poursuivis. Le droit romain, avec ses principes fondamentaux déjà en eux-mêmes exclusifs, ne détermine presque toujours un rapport que par le côté le plus saillant, l'analysant sous ce côté avec une rigueur manifeste; mais il arrive ainsi dans beaucoup de cas qu'il heurte la vérité et le bon sens naturel et qu'il se voit ensuite forcé de remédier aux conséquences de vues exclusives et de rentrer dans le vrai en ayant recours à des détours, à des exceptions, à de fausses analogies (quasi-contrat, quasi-délit) et à d'ingénieuses fictions. Le droit allemand, au contraire, par sa tendance à mieux pénétrer et à embrasser plus complètement, sous tous ses aspects, l'essence des choses, se trouve d'avance mis à l'abri de semblables déviations et, par suite, n'est pas non plus dans la nécessité d'avoir recours à des détours. Le droit allemand n'admet point pour la famille de rapport artificiel, tel que celui d'agnation et de suite (*sui juris*), fondé sur le principe de la puissance. Il n'a besoin, par suite, en matière de succession, de recourir ni à la *bonorum possessio*, qui repose sur une fiction, ni pour l'adition immédiate de l'hérédité à la fiction de *hereditas quæ personæ vice fungitur*. De l'essence seule de la communauté humaine, il déduit la faculté pour une personne d'en assister une autre en justice ou d'agir pour elle et de la représenter, partant, n'a nul besoin de ramener la gestion d'affaires sans mandat à un quasi-contrat, et ainsi de suite. Le droit allemand est donc, en général, plus conforme à l'ordre naturel; c'est un droit simple qui va immédiatement au fond des choses et qui tire ses règles des rapports eux-mêmes. Par là on s'explique aussi que le fond prévalant sur la forme, cette dernière n'a qu'un rôle secondaire. Relativement à la forme, ce droit présente, à travers quelques imperfections, une supériorité véritable sur des points importants. On ne saurait dire du droit allemand que la forme lui fasse absolument défaut. Dans le cas où les formes ont le plus d'importance, s'il s'agit d'établir un nouveau rapport juridique, de lui donner de la consistance et

de lui assurer des conditions de durée, il en tient compte encore plus que le droit romain, tout en restant étranger aux distinctions purement subtiles et non inhérentes au fond même des choses, distinctions qu'il n'a pas même admises à l'époque où le droit romain prévalut. La poursuite du droit en justice ne fut, d'un autre côté, jamais entravée par un système étroit et rigoureux, tel que celui des actions romaines. Le droit canon qui, sur plusieurs points, s'inspira du génie germanique, commença à adoucir la *rigor juris civilis*, et lors de l'adoption du droit romain en Allemagne cette *rigor* ne fut pas admise. Ce qui manque au droit allemand, c'est l'application d'une logique rigoureuse aux définitions et aux principes juridiques. Sans doute, on découvre encore ici beaucoup de données précieuses pour la science en approfondissant les sources juridiques du moyen âge; mais le droit romain n'en a pas moins conservé dans cette matière, sous beaucoup de rapports, une influence réformatrice efficace, de telle sorte que son étude peut encore être d'un effet salutaire pour fortifier l'élément logique et faire progresser la science.

10° Le droit allemand n'a naturellement admis en aucune façon, dans la pratique, un droit abstrait de propriété. Le droit romain révèle, dans toute leur énergie, l'égoïsme et l'esprit de cupidité propres au Romain par cette prépondérance du droit de propriété, lequel domine tous les autres rapports. Le génie germanique a, au contraire, partout subordonné la propriété aux personnes, en la faisant servir à l'accomplissement de leurs buts. Aussi la propriété est-elle, dans le droit allemand, soumise à un régime qui diffère selon les positions sociales des personnes, leur rang ou leur état; et c'est à raison de ces liens étroits, qui rattachent le droit de propriété à la personne, que ce droit est réglé dans le système allemand, comme nous l'avons déjà remarqué en tenant compte des autres rapports moraux et personnels.

11° On ne voit pas enfin, dans le droit allemand, de séparation abstraite entre le droit privé et le droit public. Cette division ordinaire, qui a un caractère purement formel (p. 134, 1^{er} vol.), ne saurait, en principe, embrasser le cadre tout entier des rapports, chaque personne physique et morale devant être

considérée sous tous les rapports essentiels, personnels et réels du droit privé et du droit public. Aussi, dans le système allemand, l'individu, la famille, la corporation, la commune sont-ils envisagés eu égard à leurs rapports publics. Le droit romain, en laissant prendre constamment le dessus à l'égoïsme des intérêts privés, a toujours perdu de plus en plus le caractère de publicité qu'il possédait à l'origine. Dans le droit allemand, ce caractère a été, au contraire, toujours de plus en plus prononcé. Les familles, les classes, les corporations rentraient dans la sphère du droit public; relativement à la propriété foncière, on applique également, sous plusieurs rapports, le principe de la publicité. Ce fut la base d'un système hypothécaire efficace, tandis que le droit romain a échoué dans tous les essais d'amélioration sur ce point pour n'avoir pas pris pour base le principe de la publicité. Il faut conserver au droit privé ce caractère de publicité et en assurer le développement, de telle sorte que la part pour laquelle le droit public entre dans le droit privé étant destinée à protéger l'exercice de ce dernier tout autant qu'à le renfermer dans de justes limites, puisse maintenir l'équilibre entre l'intérêt particulier et l'intérêt général.

12^o Dans ces traits principaux, se trouve exprimée ce qu'on peut appeler *la nature des choses*, laquelle a été mise le mieux en lumière par le droit allemand, et tenue spécialement par les germanistes à partir de Runde, pour le principe fondamental de la méthode scientifique. Mais, avec une formule aussi vague, on n'arrive pas encore à un sûr critérium. Pour préciser le sens de cette expression, *nature des choses*, et le mettre en harmonie avec l'esprit du droit allemand, pour pouvoir le faire servir à l'explication d'une institution ou d'un rapport juridique, il faut embrasser par le regard tous les éléments ou traits fondamentaux du droit allemand et en assurer le développement ultérieur par la philosophie du droit.

De ces traits fondamentaux du droit allemand, que nous venons d'exposer brièvement, il résulte évidemment que son étude est importante en général et peut contribuer à développer la sûreté du discernement juridique. On n'obtient pas l'intelligence du droit allemand en l'envisageant seulement dans les

institutions juridiques particulières, pour plusieurs desquelles on pourrait dire qu'elles se sont survécues en quelque sorte, et qu'avec le temps elles ont fini par s'user. Mais, il faut surtout s'attacher à étudier les principes fondamentaux dont il est permis de retrouver les traces mêmes dans ces institutions qui entraînent le progrès d'une manière fâcheuse. On arriverait ainsi à reconnaître que le droit allemand, plus que tout autre, présente les caractères d'un droit naturel, se rattachant étroitement à la véritable philosophie juridique, et par suite, on ne peut plus propre à développer le vrai sens juridique, à inculquer le respect pour l'ordre naturel et moral; on verrait qu'il peut enfin le mieux faire pénétrer dans les esprits cette conviction que le droit comme but s'adresse sans doute à la liberté humaine, mais doit s'harmoniser avec l'ordre objectif divin des rapports de la vie qu'il faut par suite étudier et régler sagement eu égard à tous leurs aspects. Le droit romain a assurément contribué au développement du droit en Allemagne, dans le sens que nous avons plus haut indiqué : mais, par sa doctrine, qui, faisant abstraction de l'ensemble des buts éthiques de la vie ne prend en considération que le sujet, sa volonté et son libre arbitre, il a favorisé partout une sorte d'indépendance absolue des sphères de l'activité. Il a aussi encouragé puissamment les efforts destructeurs de l'individualisme, qui, pour bouleverser les rapports de la vie, trouve dans ce droit les meilleures armes et, par l'égoïsme, coulant, pour ainsi dire, de tous ses pores, comprime l'esprit d'équité. Aussi, à défaut d'études approfondies de la philosophie juridique, préalables ou jointes à l'enseignement de ce droit, peut-on prévoir d'avance que l'esprit de la jeunesse, en qui tout bon germe aura été étouffé, sera impuissant à s'élever à toute conception supérieure du droit. L'étude du droit allemand, par suite, à condition de ne pas se perdre dans la masse confuse des documents historiques, mais de mettre plutôt en relief les principes supérieurs fondamentaux dont l'application ne pourra que se perfectionner encore dans l'avenir, est appelée à redresser les tendances propagées par le droit romain et par l'école des romanistes. Ajoutons que, moyennant son alliance étroite avec une philosophie juridique qui lui soit le plus appropriée, elle est aussi destinée à conso-

liser le mieux les bases d'une nouvelle législation civile en Allemagne.

Dans cette esquisse rapide, nous ne pouvions que faire ressortir les caractères les plus importants du droit allemand, et partant les différences essentielles qui le séparent du droit romain. Dans la comparaison de ces deux systèmes juridiques, il ne faudrait pas toutefois obéir à cette idée préconçue qu'il y aurait entre eux une opposition radicale de principes. Encore moins doit-on se laisser entraîner dans le sens opposé par la vue de quelques analogies qu'ils présentent jusqu'au point de ne plus tenir compte de leurs différences (1). Le droit romain et le droit allemand sont avant tout les droits de deux vigoureuses souches de la race aryenne, unies à l'origine et qui, à leur berceau, témoignent d'une certaine communauté dans leurs idées et leurs institutions (amour de la liberté, régime meilleur de la famille, droit de succession *ab intestat*, prédominance de la publicité dans le droit, etc.) Le monde romain qui, à l'origine, était renfermé dans des bornes si étroites, avec l'extension de la nationalité romaine et l'impulsion donnée au progrès de la civilisation, secoua par la suite dans la sphère du droit, le joug des vieilles formes qui l'enchaînaient, agrandit son horizon et se prêta à une alliance plus intime avec l'ordre moral. Toutefois, le droit allemand a une véritable supériorité et doit obtenir la prééminence. Il en est de ces formations progressives du droit comme du développement progressif des peuples en général.

(1) L'œuvre récente de F. de Hahn, *Conciliation des principes du droit romain et du droit germanique*, 1856, repose sur un point de vue erroné de ce genre. L'auteur, en faisant ressortir les nombreux points qui leur sont communs, réussit sans doute mieux que ses devanciers à faire disparaître ce qu'a de trop radical l'opposition supposée entre les deux droits : mais il n'a ni posé ni résolu la véritable question, qui ne porte ni sur leur identité ni sur leur contraste absolu, mais qui a seulement trait au principe qui les sépare. A moins qu'on n'approfondisse le principe du droit même et ses éléments les plus essentiels, on n'arrivera jamais à obtenir un vrai criterium qui permette d'apprécier et de comparer sûrement les principes du droit inhérents aux deux systèmes. L'œuvre déjà citée de Röder, dont fait spécialement mention un des jurisconsultes et praticiens les plus distingués, W. Bornemann. *Le développement du droit en Allemagne et son avenir*, a de bonne heure montré la voie qui doit conduire à cet heureux résultat.

Les races principales, bien que ramenées à l'unité de l'espèce humaine à raison de leur constitution physique et intellectuelle, au fond identique, n'en forment pas moins une série de degrés qui part de la race noire ou à long visage et dont le terme supérieur est la race caucasique ou à visage ovale, tandis que la race mongole ou à large visage constitue le terme moyen (p. 8). De même aussi, les peuples qui appartiennent à l'une de ces races principales présentent encore une série de degrés, et les civilisations qui se succèdent suivent une marche ascendante. C'est en vertu d'une loi semblable, que le droit romain et le droit allemand marquent les degrés distincts du développement de la vie et du droit, tels qu'ils résultent de la différence du génie national. Sans méconnaître la grandeur du peuple romain, on peut soutenir que le génie germanique témoigne de facultés supérieures, réalisant sous plusieurs rapports, l'alliance du sens artistique et philosophique propre au génie grec avec l'esprit pratique et positif du romain. Par suite aussi, les peuples de race germanique étaient visiblement destinés, dans le plan supérieur de la Providence, à rajeunir le monde européen en marchant en avant des autres peuples, auxquels ils se mêlèrent en partie, et à s'assimiler avec le temps la civilisation grecque et romaine pour retremper leur propre vigueur. C'est ainsi que les races germaniques se font remarquer dès le principe, dans la sphère du droit, par un esprit de plus large synthèse qui savait mieux tenir compte de tous les rapports essentiels et les combiner. Cet esprit manquait, toutefois, de la rigueur d'analyse des Romains et il eut beaucoup à gagner, dans la suite, à cet égard. Il n'en contribua pas moins éminemment à développer les institutions civiles et le droit, en même temps que, grâce à lui, le règlement juridique de plusieurs rapports fut débarrassé de tout ambage et mis plus en harmonie avec leur propre nature. La différence essentielle entre le droit romain et le droit allemand n'implique pas en conséquence des oppositions tranchées; ce qui la constitue, c'est plutôt une prédominance de certains principes dans le droit allemand qui ne font pas, toutefois, absolument défaut dans le droit romain, de telle sorte qu'il n'y a d'autre différence que celle de la mesure, de la proportion dans lesquelles les éléments juridiques se trouvent com-

binés et entrent dans la composition du système. Mais, ces rapports de mesure et de proportion répondent à la différence des idées et des mobiles de la volonté qui amène, chez les deux peuples, une manière toute différente d'envisager et de poursuivre les buts de la vie. C'est ainsi que diffère par exemple chez ces peuples, le rapport du droit privé au droit public; c'est ainsi encore que la succession *ab intestat* allemande, mise en regard de l'institution testamentaire romaine, présente de nombreuses et importantes différences. De même aussi, la fidélité a une portée bien plus large, un sens bien plus profond que la *bona fides* dans le droit romain. Le juriconsulte doit donc, pour la distinction des différents droits nationaux, procéder de la même manière que le physiologiste, qui distingue les races et les peuples d'après les proportions différentes des éléments de leur constitution physique (en particulier de la conformation de la tête). Ainsi, le droit allemand se distingue du droit romain, non point par des formes périssables, mais par le fond propre du génie national envisagé dans l'ensemble de ses aptitudes; il n'a pu se combiner avec lui, comme l'enseigne l'histoire, qu'en lui faisant subir des modifications essentielles. De même que la civilisation allemande a progressé, grâce à l'amélioration des rapports de la vie et à l'extension du commerce; de même aussi le temps approche où le génie allemand, une fois débarrassé des entraves qui s'opposent à son essor, des institutions et des rapports juridiques surannés pourra, avec plus de succès que dans le passé, secondé par l'élan scientifique de nos jours, préparer, ne serait-ce que dans une certaine mesure, l'unité de législation plus en harmonie avec les besoins du temps.

§ 2. — *De la nécessité d'une nouvelle législation civile (codification) (1).*

C'était une mission digne de Leibniz, représentant le plus

(1) Sur ce sujet, voyez Thibault, *De la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne*, 1814; en sens contraire, voyez l'écrit de Savigny, *De la mission de notre temps en matière de législation*, 1814. Parmi les écrits

distingué du génie allemand, et qui ouvrit partout de nouvelles voies, aussi éminent en philosophie que dans les sciences pratiques, d'être en Allemagne le premier promoteur de l'unité de législation (1). La tâche que Leibniz lui-même ne put accomplir de son vivant fut poursuivie après lui et menée à terme sous l'influence de ses doctrines de philosophie du droit, que Wolf et d'autres se chargèrent de développer de plus en plus. Aucune philosophie du droit n'avait été en Europe accueillie avec autant d'empressement que celle de Leibniz-Wolf; nulle, d'ailleurs, ne méritait plus de l'être et ne présentait un caractère plus noble, plus moral et plus empreint d'humanité. Cette philosophie avait aussi trouvé une telle

modernes, dont la plupart, favorables à la codification, parurent en 1818. notons ceux de Geib, Heimbach et autres; Sintenis, *De la question des codes civils*, 1835, écrit dans lequel, à l'occasion de la présentation d'un projet d'un code civil pour la Saxe, il est fait allusion aux controverses auxquelles ont donné lieu les codes modernes pour détourner de toute codification. On peut bien dire de cet auteur, à en juger seulement par les innombrables questions controversées qui figurent dans son *Droit civil pratique général*, qu'il voit la paille dans l'œil d'autrui et ne s'aperçoit pas de la poutre qui est dans le sien; et ce reproche serait d'autant plus mérité que les projets par lui proposés pour l'amélioration des études du droit, tels que ceux de faire rédiger un manuel sanctionné par l'autorité gouvernementale et de faire trancher les controverses par la loi, présentent tous les inconvénients d'une législation sans en assurer les avantages, en même temps que le premier pourrait être le moyen le plus sûr d'en finir avec la science. Pour la codification, voyez W. Bornemann, *Le développement du droit en Allemagne et son avenir, eu égard surtout à la Prusse*, 1856, œuvre qui contient également des projets de codes.

(1) Voyez les écrits de Leibniz concernant la réforme de la jurisprudence, *Leibnitii opera omnia* ed. Dutens, t. IV. Le *Corpus juris* ne devait plus faire autorité comme loi, mais seulement comme raison écrite, ou, pour parler le langage des Français, aurait conservé l'autorité du grand docteur t. IV, p. 269 : « fateor optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos vim legis sed rationis, et ut Galli loquuntur, magni doctoris, et ex illis aliisque patrii etiam juris, usuque præsentis, sed imprimis ex evidenti æquitate novus quidem codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publicâ concinnetur. » Malgré ce tribut d'éloges que Leibniz paie au droit romain dans ce passage souvent cité, voyez plus haut, p. 249; il n'en méconnaît nullement les graves défauts comme on le voit dans sa *Ratio corporis juris reconcinnandi*. I. c., t. IV, 235-52, et par la lettre *ad amicum de nævis et emendatione jurisprudentiæ rom.* I. c., p. 230-236.

faveur auprès des plus grands jurisconsultes du dix-huitième siècle, qu'ils considéraient exclusivement le droit naturel comme étant la source la plus riche pour un nouveau Code, méconnaissant l'objet proprement dit et les limites de ce droit. Sous l'influence de cette philosophie furent rédigés le droit territorial prussien, le code civil général de l'empire d'Autriche, et en partie aussi le Code français. Après que l'Allemagne eut secoué le joug de l'étranger, il s'éleva entre deux des jurisconsultes les plus distingués de ce pays, Thibault et de Savigny, la polémique que tout le monde connaît sur l'opportunité d'un code civil général allemand. La victoire momentanée des idées de Savigny (1) fut justifiée par les circonstances du temps, où, par suite du bouleversement des principes et des constitutions politiques, l'on était amené à chercher dans l'histoire le développement progressif de l'élément national. Il dut toutefois arriver, que le fondateur le plus célèbre de l'école historique, lequel a aussi le mérite signalé d'avoir fait ressortir le premier avec force la corrélation intime entre le droit et les conditions de la vie d'un peuple, telles que les manifeste l'histoire, fut justement, dans la polémique en question, celui qui méconnut la part nécessaire et importante à faire, dans une législation, à l'élément national. Il devait, sans doute, s'efforcer de pallier cette contra-

(1) Le jugement porté par Thibault sur les défauts du droit romain n'a pas cessé d'être plein de justesse. Il dit encore plus tard, *Recueil pratique de droit civil*, vol. 21, 3^e livraison : « Il est aujourd'hui évident que le droit de Justinien ne répond plus dans sa partie pratique à nos idées et à nos besoins; nous y voyons, en effet, de déplorables rapports de parenté et de mariage, une pauvre *tutela legitima*, une propriété chancelante et sans base, un système hypothécaire n'assurant aucune sécurité, un droit de succession plein d'anomalies, de subtilités et d'inconséquences, un droit strict d'obligations et la théorie importante de la possession et de la prescription à demi développée ou tout à fait incomplète. Leibniz a aussi reconnu les défauts du droit de Justinien. Il admire sans doute l'esprit subtil des jurisconsultes classiques; mais il déplore la nécessité où ils étaient, par suite de faux principes, d'admettre de fausses conséquences. Et d'ailleurs ne sait-on pas combien les empereurs dans la suite augmentèrent la confusion? assurément il faut beaucoup de patience pour supporter encore le langage des pédants, ne tarissant pas sur la grandeur des Romains (intéressés, durs) et tenant tout ce qui est émané d'eux pour une vérité digne de passer à la postérité.

diction en faisant remarquer que le peuple allemand ne s'était pas borné à accueillir le droit romain, mais qu'il se l'était profondément assimilé, et qu'ainsi ce droit était devenu lui-même droit allemand. Mais, il n'en était pas moins refusé par là au peuple allemand cette faculté d'assimilation vraiment supérieure et cette force originale créatrice, dont l'empreinte est toujours fortement et nettement accusée dans une législation. Toutefois, la Providence permet que les vues et les idées d'une personne, prises à rebours, servent souvent à un but tout autre que celui qu'elle se proposait. C'est ainsi que la cause soutenue par Savigny, champion du droit romain, fit ressortir l'impuissance radicale de ce droit à fonder une législation allemande, de telle sorte que l'Allemagne fut alors préservée du danger de voir se perdre dans une codification l'originalité de son droit, qui serait devenu en quelque sorte romain. Ce fut justement à cette époque, que le droit romain exerça dans la science une domination exclusive, d'autant plus grande qu'elle ne fut plus tempérée par l'*usus modernus*, qui fut alors abandonné.

L'étude du droit allemand était encore très négligée, malgré plusieurs œuvres remarquables qui en traitaient (Runde); ajoutez à cela que le formalisme abstrait de la philosophie juridique de Kant avait justement alors envahi le droit romain; l'œuvre de Thibault sur les Pandectes en fournissait la preuve péremptoire. Il est ainsi hors de doute que, dans une codification, le système romain et le formalisme eussent pris le dessus. L'état de la science ne tarda pas, dans la suite, à se modifier, et de meilleures perspectives se laissèrent entrevoir dans l'avenir. Non seulement le droit romain fut plus approfondi, et, par suite, plus soigneusement distingué d'avec le droit allemand, mais encore la science du droit allemand prit, à partir d'Eichhorn, le plus bel essor, et, depuis, elle a été en constant progrès. La vraie philosophie du droit fut sans doute négligée, et l'on dut faire retomber en grande partie sur elle les erreurs commises par les juristes partisans du droit romain, eux qui avaient méconnu les principes supérieurs de la philosophie en réduisant le droit naturel à n'être qu'un misérable emprunt fait au droit romain. Mais on la vit reparaître sous une autre forme dans le droit positif. Sous l'influence incontestable de la philosophie

de Schelling, Savigny lui-même avait fait ressortir, par opposition à la théorie du rationalisme formel, le développement organique et progressif du droit, et rattaché ce développement, d'une manière plus étroite, à celui des rapports de la vie; par là, il s'assura une nouvelle base philosophique et fut amené, lui aussi, à la différence de plusieurs de ses successeurs, à conserver, dans l'étude du droit romain, une plus grande indépendance de vues et à faire reconnaître, comme étant incompatible avec nos mœurs juridiques, plusieurs des fictions et rigueurs de ce droit. L'étude du droit allemand contribua encore davantage à affermir les tendances meilleures de l'esprit philosophique, ce droit, comme nous l'avons déjà montré, s'harmonisant le mieux avec une philosophie juridique basée sur l'éthique (1). Du reste, c'est surtout dans ces derniers temps que, pour les vrais jurisconsultes, s'est fait de nouveau plus vivement sentir le besoin d'une philosophie du droit plus profonde.

Mais il faut se le demander aujourd'hui, quel a été donc, depuis quarante ans, le résultat, pour la pratique, de cet essor qu'a pris la science du droit, notamment celle du droit romain? a-t-il eu pour effet de faire oublier le besoin qu'on éprouve d'une nouvelle législation, d'y remédier d'une autre manière, ou bien, ce besoin n'est-il que devenu encore plus pressant et plus général? Il serait tout à fait oiseux de revenir ici sur les idées théoriques émises sur la question de codification ou d'en émettre de nouvelles. Il en a été assez parlé dans tous les sens: aux faits seuls il appartient aujourd'hui de décider souverainement. L'état de la jurisprudence, la statistique des controverses élevées dans tous les Etats régis par le droit commun fournissent aujourd'hui la preuve incontestable qu'à la première nécessité, celle de la fixité du droit, laquelle, dans tant de matières, est de plus grande importance que le plus ou moins de mérite au fond des dispositions juridiques, il n'a pas été satisfait, avec les progrès de la science, par une plus notable concordance dans l'*opinio doctorum*, ainsi que Savigny l'avait fait espérer. Il faut bien plutôt reconnaître que le nombre croissant des controverses n'a

(1) L'affinité plus étroite du droit allemand avec la philosophie du droit a plusieurs fois aussi été rappelé par Lüher dans son ouvrage déjà cité.

rendu cette nécessité que plus impérieuse encore et a été la source, en Allemagne, des sévérités de la critique et d'un juste mécontentement (1), de telle sorte qu'il faut songer aujourd'hui à y donner une sérieuse satisfaction. Si dans un cercle restreint de savants on continue encore à se bercer de cette illusion que l'unique remède se trouve dans la science du droit civil, il n'en est pas moins vrai que déjà plusieurs gouvernements ont compris qu'il était juste de déférer au vœu pressant, de remédier à la confusion législative et de faire élaborer des projets de code civil (la Hesse, la Saxe, la Bavière) (2). On voit également les romanistes, même les plus marquants, annoncer comme prochaine l'époque où le droit romain cessera d'avoir force de loi. Cela ne fait plus aujourd'hui question pour tous les esprits non prévenus qui ne méconnaissent pas la loi du progrès juridique; mais on se demande de quelle manière le résultat sera atteint. Les difficultés ne laissent pas d'être ici sérieuses : d'un côté, on n'a pas encore fixé assez nettement les lignes de démarcation qui séparent le droit allemand du droit romain, eu égard aux principes fondamentaux, aux institutions juridiques et à la méthode; d'un autre côté, on a encore trop négligé l'étude d'une philosophie de droit plus profonde, sans laquelle il est impossible de déterminer, avec toute la rigueur désirable, les bases et institutions juridiques les plus essentielles (3). Quant à

(1) Nöllner témoigne grandement de ce mécontentement dans son ouvrage, *Les juristes allemands*, etc., 1854. Cet écrit, quoiqu'il se réduise à une diatribe superficielle mais violente contre l'école allemande des romanistes et contre « tous ceux qui soutiennent, à l'encontre de tout essai de codification, les prétendus avantages du système juridique des Romains (p. 106), » est en même temps un signe du temps alors qu'on réfléchit que dans un court délai cet écrit en est à sa 2^e édition et qu'il fait ressortir encore aujourd'hui l'état déplorable du droit en Allemagne.

(2) Comparez aussi Arndts. *Revue critique*, etc., 1^{er} vol., et les écrits publiés sur le projet du code de Saxe par Wächter, Unger, Beschorner et autres.

(3) Seuffert, qui s'est fait également remarquer d'abord comme jurisconsulte, ensuite comme membre de la Cour suprême de justice (à Munich) et comme écrivain, a, du point de vue pratique, exposé dans un article plein d'intérêt que contient l'appendice de la *Gazette universelle d'Augusta*, 11 juillet 1853 et dans d'autres travaux, l'état actuel des choses et le besoin qui

la marche à suivre et aux limites à se tracer, on paraît toutefois avec raison être généralement d'avis qu'on doit prendre un moyen terme entre le droit territorial prussien qui revêt trop la

en résulte. Nous en reproduisons ci-après les principaux passages : « Il y a trente-neuf ans, y est-il dit, que Savigny a parlé : c'est bien le moment de jeter un regard autour de nous et d'en venir à se demander la réponse à faire à cette question : depuis 1814, notre science a-t-elle été mise plus en harmonie avec les besoins de la pratique, et notre pratique avec les exigences de la science qu'elles ne l'étaient auparavant ? Après avoir remarqué que les trois quarts environ des décisions dont il a pu prendre connaissance aux archives de sa cour n'avaient emprunté aux œuvres doctrinales des cinquante dernières années qu'un élément accessoire et qui influait peu sur le fond des considérants, tandis que sur l'autre quart il n'y en avait qu'un très petit nombre où se traduisait d'une manière efficace l'influence de la nouvelle science et méthode, il continue ainsi : « On a vu s'évanouir en particulier l'espoir qu'une partie considérable des controverses ordinaires devraient sa solution aux efforts de la science en voie de progrès et aux heureux résultats de la méthode historique. Savigny n'a pas non plus rencontré juste quand il a supposé que chez nous, dans la plupart des cas sur lesquels s'élèvent les controverses, on n'a admis, pendant bien longtemps, comme bien fondée qu'une seule des nombreuses opinions qui se sont produites. Les annales judiciaires démontrent qu'au point de vue du droit général les solutions présentent la plus grande diversité. Examine-t-on les décisions qui s'appuient sur les dispositions de tel ou tel droit particulier ; on voit ressortir à un bien plus haut degré les vices que présente cet état du droit civil en Allemagne. Les inconvénients généraux inhérents à la diversité des règles du droit civil en vigueur s'accroissent à mesure que le commerce étend les relations de personne à personne et facilite l'échange des marchandises, à mesure que se développent les intérêts matériels qui envahissent de plus en plus le domaine de la législation et que se multiplient les rapports d'affaires et les relations de familles, qui unissent par des liens toujours plus étroits les habitants des pays régis par des législations diverses. Quel immense progrès et quel prodigieux mouvement ne peut-on point constater dans ces rapports, si on compare le présent avec l'époque où Savigny écrivait sur la vocation du siècle, etc. Il n'y a aucune raison d'entrevoir à l'époque actuelle la possibilité de donner à l'Allemagne une nouvelle législation civile par une union législative qu'embrasserait l'Autriche et la Prusse ou tout au moins la dernière. D'un autre côté, on est arrivé, dans les pays où le droit commun est en vigueur, à se convaincre qu'on doit renoncer à l'espoir de voir se relever tant soit peu et s'améliorer la science juridique, et qu'il faut se borner à pourvoir aux nécessités urgentes du présent en préparant une législation civile complète. Que la conséquence d'une semblable entreprise dût être d'augmenter encore

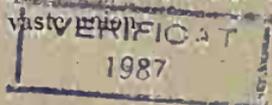
forme d'un manuel d'enseignement et le code autrichien, qui, dans des matières importantes, est trop laconique, en se rapprochant toutefois autant que possible de ce dernier. Malheureusement, il paraît qu'on ne doit plus conserver l'espoir d'avoir un code civil général allemand, que plusieurs Etats prennent séparément l'initiative, et qu'ainsi se formeront, en quelque sorte, plusieurs zones différentes de droit privé conformément aux tendances du particularisme allemand. Quelque nombreux que soient les inconvénients de ce mode de procéder pour la théorie et pour la pratique, on n'en doit pas moins le voir favorablement comme un commencement d'amélioration avec l'espoir que les zones ne tarderont pas à s'agrandir par l'adhésion d'autres Etats, à l'instar de ce qui a eu lieu pour le *Zollverein*, et que, dans un prochain avenir, elles n'en formeront plus qu'une seule. D'ores et déjà il faut avoir soin de ne pas faire entrer dans le droit privé général tous les droits privés spéciaux se rapportant surtout aux rapports de la vie, lesquels n'ont guère subi, en aucun temps, l'influence du droit romain, et qui, de plus en plus développés par le commerce moderne, demandent, de la manière la plus pressante, à être réglés par une loi uniforme. C'est ainsi que déjà dans tous les Etats de la Confédération germanique s'applique un seul et même droit de change. A cette première réforme se rattache immédiatement le besoin qu'on éprouve d'une législation commerciale commune, tandis que le droit industriel privé, qui comprend le droit des

le nombre des législations spéciales, comme on l'a fait pour le droit pénal et criminel, on aurait alors de bonnes raisons, surtout en réfléchissant qu'on ne ferait par là que créer des obstacles à une union législative ultérieure, de détourner de cette entreprise pour le moment, et l'on devrait plutôt recommander actuellement des réformes partielles et la solution des questions controversées (suivant le conseil de Savigny). Mais on est naturellement porté à adopter les nouvelles idées du jour. Le mouvement de réforme provoqué par le besoin général, une fois qu'il aura atteint le but à la satisfaction de tous dans un des Etats, ne tardera pas à se propager et à frayer la voie vers l'unité de législation civile. J'ai naturellement confiance dans le bon résultat des vœux généraux et ne saurai m'empêcher de m'écrier : « Mettez-vous courageusement à l'œuvre et n'épargnez rien pour atteindre ce but. »

branches de la production des matières premières (droit agricole et forestier) et spécialement le droit déjà plus avancé des branches de l'industrie proprement dite, doit commencer à être réglé par les Etats qui ont le plus vaste territoire et qui forment les unions douanières et industrielles les plus considérables. Quant à un droit pénal commun allemand, on ne saurait y atteindre que dans un avenir plus éloigné. Il faut, avant, qu'une philosophie éthique du droit plus profonde mette ici en lumière les principes fondamentaux et détermine surtout, d'une manière complète, le but de la peine en l'envisageant sous tous ses aspects. Ce but, sur lequel on doit essentiellement se guider, le christianisme, l'humanité et la vraie justice le font consister dans l'amendement que cherche à réaliser le système pénitentiaire (dont la rigueur doit aussi se faire sentir) se perfectionnant chaque jour davantage. Mais partout où une nouvelle législation est adoptée, qu'elle soit générale ou particulière, il faut aussi se préoccuper de garantir les progrès constants de la pratique. Ce résultat sera surtout obtenu, sans porter atteinte à la législation, en accordant un pouvoir quasi prétorien aux cours suprêmes de justice ou à une cour de justice commune comme on l'a ainsi appelé, consistant spécialement à statuer souverainement sur les conflits (1).

Il est ainsi impossible de méconnaître que le besoin d'une nouvelle législation se fait sentir aussi bien pour le droit privé général que pour les droits privés spéciaux, droit privé d'industrie, etc. On dispose aujourd'hui de forces qui permettent d'accomplir l'œuvre, et il serait facile de les réunir pour les y faire

(1) Ce moyen de perfectionnement, se rattachant étroitement à la législation, est recommandé surtout par Bornemann, ouvrage déjà cité. Celui-ci, reconnaissant que la Prusse est l'Etat qui le premier a détruit la prépondérance du droit romain en même temps qu'il a secoué le premier aussi les liens du droit commun, la voit appelée à précéder encore tous les autres Etats dans la voie qui doit aboutir à la formation d'un nouveau et plus complet système d'unité juridique. D'ailleurs, la Prusse pourrait y être poussée par la nécessité de réformer son droit territorial. Au demeurant, l'heureux accomplissement de l'œuvre dans la Saxe ou dans la Bavière, ou dans ces deux Etats à la fois, fournirait tout aussitôt la base la plus solide à la réalisation d'une plus vaste



concourir toutes à la fois, de manière à ce qu'elles se prêtent un mutuel appui (1).

(1) Je considérerais comme un moyen très propre à grouper les forces dont je parle et à les faire concourir au même but une assemblée de juriscultes allemands convaincus de la nécessité d'une codification, se réunissant de temps en temps en congrès sur une convocation de l'autorité, lesquels feraient de la question un examen approfondi, en l'envisageant sous tous ses côtés divers.

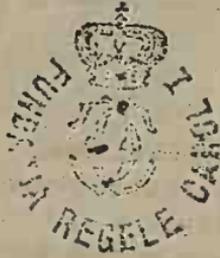


TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
QUATRIÈME LIVRE. — Histoire du droit.	1
PREMIÈRE SECTION. — Principes de la philosophie de l'histoire et phases de l'histoire du droit.	1
CHAPITRE I ^{er} . — Des principes généraux déterminant le développe- ment du droit et de l'Etat parmi les peuples.	1
CHAPITRE II. — Idée du droit et de l'Etat considérée en elle-même, eu égard à la manière dont elle s'est développée successive- ment dans la conscience des peuples.	14
§ 1. — Observation préliminaire.	14
§ 2. — Origine du droit.	16
§ 3. — Des trois phases principales du développement pro- gressif du droit.	21
I. — Première phase principale.	21
II. — Deuxième phase principale.	23
III. — Troisième phase principale.	28
DEUXIÈME SECTION. — L'histoire du droit et des institutions des prin- cipaux peuples civilisés, en particulier des Romains et des Germanis. — Préambule.	45
PREMIÈRE PARTIE. — Coup d'œil rapide sur les principes du droit chez les peuples orientaux, considérés dans leur corrélation avec la culture intellectuelle et morale de ces peuples.	47
CHAPITRE PREMIER. — Le développement de la civilisation des peu- ples orientaux en général. — Préambule.	47
§ 1. — Les Indiens et le développement de leur civilisation en gé- néral.	54
§ 2. — Le droit indien envisagé dans sa source et dans son ca- ractère.	64
§ 3. — L'ancien peuple zend ou les Bactriens, les Mèdes et les Perses.	76
§ 4. — La Chine.	80
§ 5. — L'Egypte.	86

§ 6. — Les peuples sémitiques en général et en particulier les Hébreux.	91
§ 7. — L'islamisme et le droit musulman.	97
DEUXIÈME PARTIE. — Le droit des Grecs et spécialement des Romains.	
— Préambule. — De la distinction entre l'idée grecque et romaine en ce qui touche la vie et le droit.	102
Première subdivision. — Des Grecs et de leur manière d'envisager l'Etat et le droit.	108
Deuxième subdivision. — Exposition sommaire de l'histoire du droit romain.	128
CHAPITRE I ^{er} . — Les Romains en général.	128
§ 1. — Les éléments du peuple à Rome.	128
§ 2. — Développement de la vie romaine et de l'Etat en général.	134
CHAPITRE II. — Exposé de l'histoire de l'Etat romain et du droit jusqu'à Justinien. — Les époques principales.	
Première époque. — Depuis la fondation de la cité jusqu'à la législation des XII Tables.	137
Deuxième époque. — Depuis les lois des XII Tables jusqu'à l'avènement de la monarchie absolue sous Auguste.	154
Troisième époque. — Depuis Auguste jusqu'à Constantin.	173
Quatrième époque. — Depuis Constantin jusqu'à la mort de Justinien.	189
CHAPITRE III. — Coup d'œil succinct sur les destinées ultérieures du droit romain. I. — Dans l'Orient.	
II. — Dans l'Occident.	197
CHAPITRE IV. — Appréciation critique sommaire du droit romain du point de vue de la philosophie du droit.	
§ 1. — Appréciation historique.	215
§ 2. — Appréciation du droit romain en lui-même, eu égard au contenu et à la forme.	238
§ 3. — Influence du droit romain sur les institutions et législations modernes et son importance pour le progrès et l'étude du droit à l'époque actuelle.	254
TROISIÈME SECTION. — Coup d'œil sur l'histoire de la législation des peuples chrétiens, notamment des Germains. — Préambule.	
L'origine, le caractère des races celtiques, germaniques et des races slaves en général. — Leur manière de comprendre la vie et le droit.	263
Première division. — Coup d'œil sur l'histoire du droit et de l'Empire allemand.	274
Première partie. — La vie et le droit des Allemands dans l'antiquité la plus reculée.	274
§ 1. — Les établissements des anciens Allemands et leur race.	274
§ 2. — Caractère et religion des anciens Allemands.	277
§ 3. — L'ordre juridique. 1. Généralités.	282

2. Rapport entre le droit et la religion.	283
3. Assiette et constitution territoriale.	284
4. Rapports de personnes eu égard aux conditions.	287
5. Liens de famille.	289
6. La constitution.	292
7. Système de guerre.	293
8. La suite du prince (<i>comitat</i>).	293
9. Royauté.	294
10. Droit pénal.	296
Deuxième partie. — Coup d'œil sur l'histoire de l'Empire et du droit germaniques depuis les établissements des races germaniques dans l'Empire romain jusqu'à l'ère nouvelle.	
298	
Première subdivision. — Coup d'œil sur le développement historique des institutions publiques. — Première époque depuis l'invasion jusqu'en 888.	
299	
§ 1. — Coup d'œil sur l'histoire des événements.	300
§ 2. — Des principales modifications que présenta la vie du peuple germanique à la suite de son établissement sur le sol romain.	308
§ 3. — Les institutions publiques durant la période des Mérovingiens.	313
§ 4. — Origine du système des bénéfices.	317
§ 5. — La constitution des Carlovingiens.	321
Deuxième époque. — Depuis l'an 888 jusqu'à l'établissement de la paix perpétuelle.	
331	
§ I. — L'Empire allemand considéré comme monarchie féodale. .	331
§ II. — L'organisation intérieure de l'Empire.	333
Troisième époque. — Depuis l'établissement de la paix perpétuelle (1495) jusqu'à la dissolution de l'Empire (1806).	
347	
Appendice. — La Confédération allemande.	
354	
Deuxième subdivision. — Coup d'œil historique sur les sources du droit.	
356	
§ 1. Première époque. — Les sources du droit jusqu'à la chute de la monarchie des Franks.	356
§ 2. Deuxième époque. — Les sources du droit depuis 888 jusqu'à l'établissement de la paix perpétuelle (1495).	361
§ 3. Troisième époque. — De 1495 aux temps modernes.	371
Troisième subdivision. — Court aperçu sur le développement historique des rapports appartenant essentiellement au droit privé. — Modifications qui y ont été apportées par l'adoption du droit romain et état qu'ils présentent actuellement.	
384	
1. Rapports juridiques des personnes.	384
2. Rapports juridiques eu égard aux choses.	388
3. Rapports juridiques eu égard aux actions ou le droit des demandes. — Principes généraux.	396

4. Droit de famille.	401
5. Droit de succession.	404
6. Justice et procédure civiles.	406
7. Droit pénal et procédure criminelle.	408
Deuxième division. — Des législations analogues entre elles des peuples non allemands appartenant à la race germanique ou formés par des éléments de cette race.	416
I. — Les législations des peuples de race germanique non alle- mands.	417
II. — Le droit germanique dans les Etats romains.	420
Appendice. — Des sources qui présentent le plus d'importance pour l'histoire du droit des peuples slaves.	422
CHAPITRE FINAL. — Appréciation résumée du droit allemand du point de vue de la philosophie du droit et exposition des bases d'une législation civile qui soit essentiellement en harmonie avec les principes du droit allemand.	425
§ 1. — Appréciation du droit allemand.	425
§ 2. — De la nécessité d'une nouvelle législation civile (codifica- tion).	459

VERIFICAT
2007

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.



TOULOUSE. — IMPRIMERIE A. CHAUVIN ET FILS, RUE DES SALÈNQUES, 28.

VERIFICAT
2017

