BIBLIOTHÈQUE
de DROIT
& SCIENCES ÉCONOMIQUES
CUJAS

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

290

source BIU Cujas

source BIU Cujas

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

BIBLIOTHÈQUE de DROIT & SCIENCES ÉCONOMIQUES CUJAS

INTRODUCTION

EXPLICATION DU TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL

PARIS

Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896

060 057842 4

source BIU Cujas

source BIU Cujas

PRÉFACE

Lorsque mon père est mort le 28 juillet 1895, il venait d'achever sa vingt-septième année d'enseignement du droit civil à Paris [1]. Pendant cette longue maîtrise, l'idée de publier son cours ne le quitta jamais. Il la conçut dès les premiers mois qui suivirent sa titularisation, mais en fut aussitôt détourné par les angoisses de la guerre, puis par les travaux du Conseil général de la Seine et du Conseil municipal de Paris, dont il fut membre de 1871 à 1877. Sorti des luttes politiques, il se mit à l'œuvre et fut bientôt interrompu de nouveau. Nommé doyen de la Faculté de Paris le 20 octobre 1879, il ne put que partager son temps entre ses fonctions administratives et la préparation de ses cours, sans avoir assez de loisir pour s'occuper de la publication. Il n'avait pas pourtant abandonné son projet et entreprit de le réaliser lorsque sa santé l'eut obligé à se démettre du décanat (octobre 1887).

De tout temps, il avait ouvert son cours de première année par une série de leçons sur la philosophie du droit. C'est par là qu'il commence la rédaction de ses notes ; il les complète par de nouvelles lectures, les remanie pen-

1. Appelé à la suppléance de Frédéric Duranton au mois d'octobre 1868, il le remplaça comme titulaire le 11 mai 1870. Avant même d'être à Paris, il avait enseigné le droit civil à Toulouse, en qualité d'agrégé, pendant quatre ans, presque sans interruption.

source BIU Cujas

dant plus de trois ans et en fait *Le droit individuel et l'Etat* (1891). L'ouvrage, trop long et trop spécial pour être la préface d'un traité de droit civil, devient un volume distinct, avec ce sous-titre : *Introduction à l'étude du droit*.

Restait le droit civil. Pendant les quatre dernières années de sa vie, mon père continua de perfectionner ses notes en vue de les publier. Mais il était trop difficile pour lui-même. Malgré les plus vives instances, ni ses collègues, ni ses proches, ni l'éditeur dévoué du *Droit individuel* ne purent obtenir qu'il commençât l'impression. « Tu feras cela, me dit-il un jour, quand je n'y serai plus. » C'est le vœu que je viens accomplir.

L'ouvrage que j'offre au public est la reproduction des notes de cours de mon père. Elles étaient rédigées d'une manière à peu près complète dans certaines parties et ont pu être déchiffrées presque sans lacunes. Je les ai transcrites ou traduites avec toute la fidélité possible et sans grandes modifications dans la forme, n'hésitant pas à laisser au texte l'allure orale qu'explique assez l'origine de l'œuvre. Quant au fond, les retouches faites ont eu surtout pour but de mettre l'ouvrage au courant des changements survenus dans la législation, la doctrine et la jurisprudence. Pour faciliter les recherches, j'ai divisé le cours en traités séparés, dont chacun forme un tout.

Le caractère et la méthode de l'ouvrage ont été indiqués par l'auteur dans un *Avant-propos*, dont certaines parties, rédigées dès longtemps, doivent être rapportées.

« Ce livre est une œuvre d'enseignement ; une place plus « grande y est donnée aux idées générales et aux prin- « cipes qu'aux faits et aux détails. L'art d'enseigner con- « siste à savoir choisir les idées nécessaires d'un sujet et « à les disposer dans un ordre méthodique. Ce qu'on ap- « pelle les principes, de quelque science qu'il s'agisse, « n'est autre chose que les idées nécessaires bien coor-

source BIU Cujas

« données ; quand on les possède, on possède la science « entière : le reste est affaire de déduction et il y suffit du « bon sens, aidé de bonnes habitudes d'esprit.

« Dans l'étude du droit, plus que dans toute autre, il im- « porte de dégager et d'isoler les principes, car le nombre « des applications et des détails est infini ; la mémoire la « plus merveilleusement douée ne saurait se flatter de les « connaître tous. Les formes simples et les bienfaits de la « justice patriarcale ne sont plus célébrés que dans la lé- « gende ; les sociétés de formation ancienne sont con- « damnées à avoir une législation savante, compliquée, « chargée de textes. Est-ce un bien, est-ce un mal ? Ques- « tion oiseuse ; c'est un fait. Mais un lien certain relie « tous les textes ; ils visent tous un but idéal et constant ; « ils sont les corollaires de quelques notions supérieures. « Mettre ces notions en lumière, habituer l'esprit, par « l'exemple, à l'emploi des procédés de déduction qui des « principes concluent aux applications : tel doit être le « but d'un livre élémentaire.

« Les principes, c'est ce que les débutants ont à ap- « prendre ; c'est aussi ce que plus tard on a sans cesse be- « soin de se rappeler..... Il ne faut prendre des applica- « tions que ce qui est nécessaire pour vivifier les principes « posés et en arrêter la portée dans des cas semblables..... « Les citations d'arrêts n'ont pas besoin d'être multi- « pliées ; les Codes annotés suffisent. Ils suffisent aussi « à faire connaître des noms d'auteurs ; les indications « bibliographiques doivent être discrètes, car c'est de « proche en proche qu'on apprend à se servir des livres « comme on apprend à connaître un pays. »

Je ne puis terminer cette *Préface* sans exprimer ma profonde reconnaissance à tous ceux dont l'aide et la sympathie m'ont été un précieux soutien dans l'accomplissement de ma tâche. Je prie surtout mes savants maîtres

source BIU Cujas

MM. Garsonnet et Massigli de vouloir bien agréer l'hommage de ma respectueuse gratitude. A l'heure deshésitations, où j'étais effrayé par la responsabilité de cette publication posthume, ils m'ont encouragé à l'entreprendre et ont fait taire mes scrupules avec une bienveillance dont je ne perdrai jamais le souvenir. M. Massigli s'est imposé la peine de lire sur épreuves les premiers volumes et j'ai pu, grâce à ses conseils, introduire dans le détail des améliorations importantes dont le mérite lui appartient. Je ne puis assez dire combien j'ai été touché de ce témoignage affectueux et de ce pieux attachement à la mémoire de mon père.

ROBERT BEUDANT.

Grenoble, le 10 juillet 1896.

---

source BIU Cujas

INTRODUCTION

1. La plupart des règles du droit civil français, sont inscrites au Code civil. Qu'est-ce que le Code civil ?

Comme document législatif, ce n'est plus une œuvre jeune. Quelques-uns des titres dont il se compose datent de 1803, la plupart du commencement de 1804 ; sa date officielle et finale est celle du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), ce qui lui donne un âge respectable. Il faut convenir qu'il y paraît à plusieurs de ses parties, où, de l'aveu de tous, les idées ont vieilli et ne sont plus en rapport avec l'état social et économique de l'époque actuelle. Non pas qu'il soit resté exactement, pendant cette existence déjà longue, ce qu'il fut à l'origine ; nous verrons au contraire qu'il a reçu maintes retouches depuis son apparition. Toujours est-il que, dans son ensemble, comme corps de lois et sous réserve des modifications apportées, il date de la fin du Consulat : c'est le plus ancien de nos codes.

Comme document historique, son autorité, après un siècle ou à peu près d'application, n'a pas diminué. Il a été, à son apparition, le résumé de toutes les luttes du passé ; il a marqué la fin de l'ancien régime et l'avènement du droit moderne. Aujourd'hui, il reste le dépositaire et le gardien des conquêtes de la Révolution dans l'ordre civil ; c'est le livre des droits de l'individu, des droits individuels : il consacre et sauvegarde la liberté civile. Régler les droits de chacun, fixer exactement leur étendue et leurs limites, arrêter les conditions de leur exercice, les garantir contre les prétentions opposées, c'est assurer la sécurité de tous ; or la liberté civile n'est pas autre chose : elle consiste, d'après Montesquieu, dans la sûreté ou du moins dans l'opinion qu'on a de sa sûreté [1].

2. Comment convient-il d'en aborder l'étude ? Il y a deux méthodes possibles.

1. *Esprit des Lois*, livre XII, ch. 2.

source BIU Cujas

Les textes de loi, ceux du Code civil plus que tous autres, ne sont que des formules plus ou moins abstraites, qui ne vivent et ne s'animent que si on les rapproche des idées dont elles sont sorties, des besoins auxquels elles répondent, des applications qu'on en peut faire. Enseigner le droit, dès lors, ne saurait être seulement expliquer le sens littéral des textes, mais en éclairer le commentaire par l'esprit qui a présidé à leur élaboration, par celui qui présidera à leur réformation ; en d'autres termes, c'est donner, avec et après le sens de la loi, sa raison d'être historique, son degré d'utilité pratique, et, par aperçu du moins, un idéal au delà. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*[1] ; savoir le droit, ce n'est pas seulement connaître les termes de la loi, ce qui ne serait qu'affaire de mémoire, c'est en connaître l'esprit et la portée, autrement dit le système, ce qui est affaire d'intelligence et de réflexion. Puisqu'il en est ainsi, il faudrait, semble-t-il, comme introduction à l'étude du Code civil, grouper les vues générales et philosophiques, sociales et économiques, qui forment la partie rationnelle et dogmatique du droit, dégager ainsi le lien qui relie toutes les institutions civiles, le but idéal et constant où elles tendent, les besoins auxquels elles répondent, en un mot les principes qui les dominent et dont elles sont l'application.

Cette méthode ne sera pas la nôtre, et pour deux raisons.

Sans doute il faut bien arriver tôt ou tard aux idées générales, à la synthèse. C'est un impérieux besoin de l'esprit de se rendre compte des choses, de mettre de l'ordre et de l'enchaînement dans ses connaissances. Mais on ne peut tout voir d'un premier coup d'œil. Si on se place au point de vue des exigences d'une initiation bien conduite, ce n'est pas par les idées générales qu'il faut commencer : la synthèse est le couronnement et non le début d'une étude. Il y a présomption à vouloir atteindre d'emblée les sommets ; il faut analyser avant de généraliser.

D'autre part, la méthode analytique, qui va du fait à l'idée, tout empirique qu'elle paraisse, est seule rationnelle pour l'étude du droit, parce que seule elle concorde avec la manière dont s'est accompli et dont se poursuit le dévelop-

1. Fragm. 17, Dig., *De legibus*, I, 3.

source BIU Cujas

pement historique du droit. La loi, en effet, a été partout une nécessité pratique avant de devenir un objet d'étude ; elle s'est produite partout et toujours comme un fait spontané et nécessaire avant que la réflexion ait dégagé la théorie, c'est-à-dire la genèse des systèmes qui ont constitué à la longue la science du droit. C'est donc comme un fait qu'il convient de l'observer d'abord, parce que c'est ainsi qu'elle se produit.

L'expérience est faite, d'ailleurs, et le résultat n'en est pas douteux. Pour devenir jurisconsulte, il faut d'abord se familiariser avec les textes, apprendre à les lire et, en les lisant, à les comprendre ; les vues générales, qui sont la lumière indispensable des détails, n'apparaissent qu'ensuite.

Avant d'ouvrir le Code, il faut donner pourtant quelques indications préliminaires.

SECTION I. — QUELQUES DÉFINITIONS.

3. Les définitions n'apprennent pas grand'chose ; elles ont toutefois une utilité : elles sont un instrument de précision très propre à simplifier les idées. Dans les sciences morales surtout, et le droit en est une, il est vrai de dire qu'une bonne méthode n'est en grande partie qu'une langue bien faite. On connaît la malheureuse ambiguïté des mots abstraits, presque tous susceptibles d'être appliqués à des choses différentes. Puisque le langage est l'instrument nécessaire de la pensée, toute imperfection dans l'instrument ou dans la façon de s'en servir expose, si on n'y prend garde, à d'inévitables confusions. Que de méprises, de désaccords, de conflits n'ont pas d'autre cause que l'obscurité des termes dont on use et les équivoques qui en sont la suite !

Ces définitions, d'ailleurs, vont fournir l'occasion de réunir quelques notions préliminaires que nous utiliserons plus tard, de signaler quelques divisions et classifications consacrées par l'usage, d'établir des points de repère que nous retrouverons ultérieurement. Elles vont se référer à quatre termes usuels, souvent pris les uns pour les autres, qui correspondent cependant à des notions distinctes : les mots *loi*, *jurisprudence*, *droit*, *législation*. Non seulement ces mots, qui vont revenir à chaque instant dans la suite, ont chacun

source BIU Cujas

un sens propre, mais, par suite de déviations du langage, ils peuvent être pris chacun dans plusieurs acceptions, soit qu'on les emploie seuls, soit qu'on y joigne, comme c'est l'usage, des épithètes qualificatives. En préciser les acceptions directes et les acceptions détournées n'est donc pas seulement une question de mots ; c'est le seul moyen d'isoler des notions qui sont différentes et doivent rester distinctes.

4. Le mot *loi* est le plus simple des quatre. Au sens philosophique, il exprime l'idée d'un rapport fixe et immuable, d'une nécessité résultant de l'action d'un principe. Toute règle, toute notion constitutive d'un ordre quelconque servant de fondement à une manière d'être normale est une loi. C'est dans cette acception que le mot est pris dans la célèbre définition que Montesquieu donne en tête de l'*Esprit des lois* : « Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rap- « ports nécessaires qui dérivent de la nature des choses [1]. » Il y a une nature des choses, il y a un ordre supérieur et constant, que l'homme ne perçoit que lentement, qu'il ne perçoit pas toujours, mais qui, même ignoré, même méconnu, n'en existe pas moins ; les rapports qui constituent cette nature des choses sont des lois. En ce sens, tout a sa loi, parce que tout a sa manière d'être normale. Pour le monde physique, c'est la force ; en morale, c'est le bien ; en logique, c'est le vrai ; en droit, c'est le juste. La divinité elle-même a ses lois, ajoute Montesquieu, et il rappelle le mot des anciens : « La Loi est la « reine des mortels et des immortels [2]. » Voilà un premier sens du mot *loi* : le sens philosophique et abstrait.

Au point de vue juridique et pratique, le mot *loi* exprime quelque chose de plus simple et plus positif. En la forme, c'est l'acte du pouvoir politique qui ordonne, permet ou défend, c'est la règle tracée par l'autorité compétente et à laquelle obéissance est due ; au fond, c'est la mesure des actes, constitutive de l'ordre civil. Selon l'autorité dont ils émanent, la règle et l'acte qui la contient seront diversement qualifiés ; c'est ainsi que l'on distingue, dans la pratique actuelle, les lois proprement dites, les décrets, les règlements et arrêtés, etc. Ce sont toujours des lois au sens général du mot. Par exemple, l'article 1er (alin. 1) du Code civil, aux termes duquel les lois ne sont exécutoires qu'autant qu'elles

1. Livre I, ch. 1.
2. *Ibid.*

source BIU Cujas

ont été promulguées, s'applique aux décrets et règlements comme aux lois proprement dites. Le mot générique comprend toutes les variétés.

Qu'on prenne le mot au sens philosophique ou au sens pratique, l'idée de loi implique celle d'une sanction qui en assure l'accomplissement. Les lois de l'ordre physique ont pour sanction leur nécessité même, c'est-à-dire l'ordre immuable du monde : l'attraction, la pesanteur, le mouvement, la force, en un mot. Les lois de l'ordre moral et de l'ordre intellectuel, qui, à l'inverse des lois physiques, peuvent être transgressées, n'ont ni ne doivent avoir en général d'autre sanction que leur autorité latente et la responsabilité interne de qui y contrevient : elles imposent des devoirs qui commandent. Il est, au contraire, de l'essence des lois de l'ordre social d'avoir une sanction formelle et effective ; cette sanction consiste dans la contrainte exercée par le pouvoir politique pour plier l'homme à l'obéissance à défaut de soumission volontaire : elles n'imposent pas seulement des devoirs qui commandent, mais des obligations qui lient. La raison, c'est que les prescriptions du droit, traduites en lois, sont considérées comme nécessaires à l'ordre social ; elles forment la discipline civilement organisée ; la soumission, par suite, est socialement exigible, et, là où elle n'est pas volontaire, il faut qu'elle puisse être obtenue par des moyens humains, c'est-à-dire par la contrainte. Les autres autorités, la morale et la logique, ne demandent qu'un assentiment volontaire : elles parlent à la conscience ou à l'intelligence ; l'autorité de la loi humaine va plus loin : elle force l'obéissance, et, si elle permet qu'on la discute théoriquement, elle ne souffre en fait ni résistance ni insoumission. C'est pour cela, a-t-on dit, que la fable figure Thémis ou la justice tenant d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse les actes et de l'autre l'épée avec laquelle elle défend le droit et en impose le respect. « L'épée sans la balance serait la force brutale ; la ba-
« lance sans l'épée serait l'impuissance du droit ; l'une ne
« peut aller sans l'autre ; il n'y a d'ordre juridique parfait
« que là où l'énergie avec laquelle la justice porte l'épée est
« égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance [1]. »

Donc la contrainte est inséparable de l'idée de *loi*, au sens

1. Ihering, *La lutte pour le droit*, traduct. Meulenaere, p. 1.

source BIU Cujas

juridique du mot. Le mode de contrainte varie selon les cas. Quand c'est possible, le pouvoir politique impose effectivement l'observation des prescriptions ou prohibitions légales : c'est l'exécution forcée directe ; d'autres fois il ne peut que détruire ou tenir pour non avenu ce qui aura été fait au mépris de la règle établie : c'est l'exécution forcée indirecte ; il avise enfin en punissant les contrevenants : le droit pénal est la sanction suprême et nécessaire de toutes les lois. Si le mode de contrainte varie, l'idée même de contrainte, sous une forme ou sous une autre, est inséparable de l'idée de loi. Là où la sanction fait défaut, la loi cesse d'être une véritable loi ; c'est un conseil, une invitation, un essai de persuasion, une prescription simplement comminatoire ; ce n'est plus une loi, car c'est une loi sans sanction. Il en est cependant quelques-unes qui n'en ont pas reçu en fait, par l'inadvertance ou l'oubli du législateur. On leur donne souvent le nom de lois imparfaites. L'article 171 du Code civil en fournit un exemple.

5. Le mot *jurisprudence* est employé à son tour dans deux acceptions.

Au sens général et traditionnel, il exprime la connaissance des lois, l'ensemble des notions qui découlent des textes et constituent la théorie scientifique des lois. Les Romains appelaient *jurisprudentes*, ou simplement *prudentes*, ceux à qui l'étude et la pratique des affaires avaient donné la science des lois et de leurs théories, l'aptitude à traiter les questions juridiques ; *jurisprudentia* signifiait exactement pour eux la connaissance raisonnée des lois[1].

Cette première acception du mot, quoique toujours usitée, tend à disparaître. Dans l'usage, il est plutôt employé pour exprimer les résultats de l'interprétation judiciaire, la manière dont les textes sont interprétés et appliqués par les tribunaux. Pour être plus explicite, on dit quelquefois la jurisprudence des arrêts. Ainsi comprise et envisagée, la jurisprudence est le commentaire vivant et progressif des lois : il n'est rien comme la précision des jugements et arrêts, précision qui tient à ce qu'ils appliquent la règle à des cas particuliers, pour corriger le vague inévitable des formules législatives. Elle en est aussi le complément nécessaire : elle dégage

1. Institutes, liv. I, tit. 1, § 8.

source BIU Cujas

incessamment les conséquences directes ou indirectes des formules en les appliquant par induction aux incidents indéfiniment variables de la vie réelle, où tout arrive, où il faut toujours compter avec l'imprévu. Sous son influence se forme un dépôt de maximes et d'usages, se créent et se développent des systèmes qui s'identifient peu à peu avec la loi, et qui acquièrent à la longue la même autorité qu'elle. Qui se contenterait de lire les textes, sans y joindre les applications qu'en a faites la pratique, n'aurait de la loi qu'une notion incomplète. Cela est vrai de toutes les lois et surtout du Code civil. Un siècle d'application a décuplé la portée de ce Code en faisant sortir des textes, par déduction, par analogie, par extension à des cas nouveaux, une foule de conséquences qui n'y étaient qu'en germe.

6. Des quatre termes élémentaires, le mot *droit* est le plus difficile à fixer. De tous, c'est celui qui prête le plus à l'ambiguïté et à l'équivoque. Il n'a pas moins de sept ou huit acceptions possibles[1]; parmi elles, il en est trois qui sont particulièrement notables.

En un sens, le seul dans lequel le mot exprime une notion vraiment distincte, c'est-à-dire qu'aucun autre ne rendrait, on appelle *droits* les facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire ou d'exiger quelque chose. C'est dans cette acception que le mot est le plus habituellement employé dans les textes de lois, en particulier dans le Code civil. Qu'on lise, par exemple, la rubrique du Titre premier du livre I : *De la jouissance et de la privation des droits civils*. Le sens est le même dans une foule d'articles ; manifestement le mot désigne ici les facultés ou prérogatives reconnues par la loi civile ; il exprime, selon les cas, tantôt une prérogative isolée : le droit de propriété, le droit d'usufruit, le droit de créance ; tantôt un ensemble de prérogatives découlant d'une même cause : les droits de famille, c'est-à-dire dérivant des rapports de parenté ou d'alliance, les droits civils et les droits politiques ; tantôt enfin il est pris comme exprimant l'ensemble concret des facultés ou prérogatives dont la réunion constitue la personnalité, l'autonomie de la personne humaine, le droit individuel, plus simplement le droit. L'acception est plus ou moins étendue ; la notion expri-

1. Voy. Oudot, *Conscience et science du devoir*, I, p. 174, II, p. 16.

source BIU Cujas

mée reste toujours la même. Quelles sont ces facultés ou prérogatives ? Ont-elles une réalité absolue et permanente, ou ne sont-elles que des intérêts relatifs et changeants ? Existent-elles par elles-mêmes, ou seulement par une concession de la loi et en vertu de la sûreté juridique acquise ? Là est le problème fondamental de la philosophie du droit : celui du principe du droit ; là aussi est le problème fondamental de la science politique ; de la solution qui y est donnée dépend toute l'orientation législative.

L'antiquité n'a vu, dans le droit ainsi compris, qu'une concession de la loi, qui le dispense et dès lors le mesure à son gré, puisqu'il procède d'elle ; l'individu dépend de l'Etat. C'est la tradition absolutiste, l'idée antique du droit. Un acte célèbre des premières années de la Révolution a consacré un point de vue tout autre : la Déclaration des droits de l'homme, votée le 2 octobre 1789, et qui prit place plus tard, comme préambule, dans la Constitution de 1791. Le droit est une propriété inhérente à la nature humaine ; il dérive pour l'homme des besoins légitimes et des aspirations de son être, de sa fin en d'autres termes ; il se confond avec la liberté humaine dont il n'est que le dérivé ou l'application. L'article 4 de la Déclaration porte : « La liberté consiste à faire « tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits « naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui as- « surent aux autres membres de la société la jouissance de ces « mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que « par la loi. » Voilà les droits. L'homme en a le principe en lui-même ; il les possède par cela seul qu'il existe et comme conséquence de son existence ; il peut s'en prévaloir même si la jouissance ne lui en est pas garantie, même quand elle lui est déniée. L'Etat n'est pas le dispensateur des droits, il n'est qu'un mécanisme constitué pour les protéger. C'est l'idée moderne du droit. Elle n'est pas neuve cependant. Lorsque Bossuet a dit qu' « il n'y a pas de droit contre le droit [1] », il n'entendait pas autre chose que ceci : c'est que le droit humain est antérieur à la loi et dès lors au-dessus d'elle, c'est que la loi, qui a mission d'assurer le respect des droits, ne doit pas les méconnaître, c'est qu'il peut y avoir à un moment donné une protestation au nom du droit contre la loi. L'aphorisme est à la fois un jeu de mots et une grande pensée.

1. *Cinquième avertissement aux Protestants*, § 32.

source BIU Cujas

Dans une seconde acception, très usitée et toute différente, le mot *droit* désigne les arrangements convenus qui définissent et coordonnent les rapports sociaux, ou mieux les règles qui établissent ces arrangements. Il est alors synonyme de *lois* ; il répond exactement au mot latin *jus*, pris lui-même comme exprimant *quod jussum est* ; c'est l'ensemble des prescriptions et des règles auxquelles les hommes vivant dans une société civile sont soumis, de telle manière qu'ils puissent être contraints à les observer, ou, plus simplement, c'est l'ensemble et la collection des lois. Quelquefois aussi, afin d'éviter toute méprise, on l'appelle droit positif, c'est-à-dire celui qui est établi par les lois et coutumes des hommes, qui est à l'abri de tout conteste, qui est certain et constant. Il désigne, selon les cas, tantôt les lois relatives à un sujet déterminé et limité : le droit de la propriété, le droit des obligations, le droit politique ; tantôt un ensemble de lois d'un certain ordre : le droit civil, le droit public ; tantôt enfin les lois en général : le droit.

De fait, entre le droit ainsi compris et la loi, le rapport est étroit. Les érudits ont fait observer à ce propos que, dans la plupart des langues si ce n'est dans toutes, le mot correspondant à l'idée de justice a une origine voisine du mot qui répond à l'idée de loi, ou de ce qui fut la forme primitive de la loi, la coutume[1]. Laquelle des deux idées a été le germe de l'autre ? C'est difficile à dire. L'identité d'appellation, en tout cas, suffit à expliquer la confusion souvent faite des deux idées. Les hommes de pratique ne les séparent pas ; et c'est pourquoi ils sont enclins à considérer comme juste ce qui est conforme à la loi, à ne considérer comme tel que ce qui est conforme à la loi.

Enfin, dans une troisième acception, toute différente encore et plus abstraite, le mot *droit* exprime non plus les facultés de l'homme, non plus les lois reçues, mais l'idéal de justice, la source des lois humaines, le but final où doit tendre le droit positif. Le droit, alors, n'est plus la loi ; il la domine et l'inspire ; il s'élève jusqu'à la recherche des vérités spéculatives sur lesquelles reposent les rapports sociaux ; il se rattache à la philosophie, ou plutôt il est la philosophie elle-même : c'est l'ensemble des lois révélées par l'ordre du monde et la nature de l'homme qui déterminent

1. Stuart-Mill, *L'utilitarisme*, traduct. Le Monnier, p. 95.

source BIU Cujas

ce qui est juste. Le mot droit n'est plus considéré comme répondant au mot latin *jus*, *quod jussum est*, quoiqu'il passe pour en être la traduction directe, mais comme dérivant du verbe *dirigere*, qui est lui-même un composé de *regere* : *directum*, *drictum*, *droict*, *droit* ; il signifie ce qui dirige, ce qui assigne le but. Là est l'origine commune des mots qui, dans les langues néo-latines et germaniques, expriment à la fois l'idée de justice et celle de droit : *Recht*, *right*, *regt*, *diritto*, *derecho*. Au droit ainsi envisagé, afin d'éviter toute méprise, on donne souvent la qualification de droit naturel, c'est-à-dire qui résulte de la nature des choses, qui existe par là même en dehors et au-dessus des lois : l'idéal. Droit naturel, droit positif, c'est l'antithèse du droit et de la loi. De nos jours, l'expression de droit naturel est démodée ; on la plaisante volontiers ; on préfère droit rationnel ; la différence au fond n'est pas grande.

Il existe donc trois acceptions principales du mot droit. La réalité de ces trois acceptions d'un même mot s'impose comme un fait. D'ailleurs, on saisit assez aisément le rapport qui les rapproche. Il s'est produit là une évolution de langage qui révèle et affirme une idée assez importante. Principalement, on nomme droits les facultés ou prérogatives inhérentes à la nature humaine ; pris dans un sens détourné, le même mot exprime les règles établies pour assurer la jouissance de ces prérogatives ou facultés : le droit positif ; pris dans un sens abstrait, il désigne en outre l'idée de justice, c'est-à-dire l'harmonie des droits, ou, ce qui est la même chose, des libertés. C'est toujours la notion des droits, envisagés successivement en eux-mêmes, dans les sanctions qui en garantissent la possession, dans leur accord idéal.

7. Le quatrième terme élémentaire à définir est celui de *législation*. Dans l'acception la plus directe, qui est d'ailleurs l'acception étymologique, il se dit du corps même des lois : *leges latae*, législation. La législation d'un pays, c'est l'ensemble des lois de ce pays ; à un point de vue restreint, la législation de tel ou tel sujet, de la propriété, des obligations, c'est l'ensemble des lois relatives à ce sujet. Pris dans ce sens, *législation* est à peu près synonyme de *jurisprudence*, si on prend ce mot dans la première des deux acceptions signalées ; il l'est exactement de *droit*, si on prend ce dernier mot comme signifiant droit positif.

source BIU Cujas

En un autre sens, que l'usage autorise, *législation* se dit non plus des lois qui existent, mais des lois à faire, non des *leges latae*, mais des *leges ferendae* ; c'est l'art de faire les lois, eu égard aux causes secondes qui nécessitent leur avènement, ou leur transformation, ou leur disparition ; c'est la politique ou la mise en œuvre du droit, la conciliation des principes avec les influences diverses et multiples qui agissent à un moment donné sur les besoins d'un peuple ; en d'autres termes, c'est un art fait de prudence et de bon sens pratique, qui consiste à savoir discerner non l'absolu de la doctrine, mais ce qui convient, ce qui est possible. Plutarque raconte que Solon, à qui on demandait si les lois qu'il avait données aux Athéniens étaient les meilleures qui fussent, répondit : « Je leur ai donné les meilleures de celles qu'ils « pouvaient souffrir [1]. » Montesquieu, rapportant le propos, ajoute : « Belle parole, qui devrait être entendue de tous les « législateurs [2]. » Le législateur, en effet, n'est pas un philosophe à la recherche de la justice absolue ; il n'est pas non plus un jurisconsulte, qui interprète les textes en les éclairant ; sa mission est tout autre : il doit chercher le rapport entre l'état du pays et les lois qui lui conviennent, orienter les institutions vers l'idéal par la recherche du mieux possible, trouver les procédés propres, eu égard aux circonstances, à assurer le règne du droit absolu.

8. Voilà définis les quatre mots élémentaires : loi, jurisprudence, droit, législation. Voilà les acceptions directes ou détournées de chacun d'eux, et les notions qui y correspondent. Une langue plus riche et mieux faite éviterait la possibilité des confusions et des équivoques. C'est à celui qui parle ou écrit de savoir quel terme il convient d'employer pour être exact ; c'est à celui qui écoute ou lit de discerner, selon les circonstances, dans quel sens le mot employé doit être pris. On ne peut pas dire plus ; et c'est pour cela que les définitions, malgré ce qu'elles ont souvent d'un peu puéril, sont nécessaires : elles servent aux hommes à s'entendre, ce qui est utile plus souvent qu'on ne le croit au premier abord.

Si on jette un regard d'ensemble sur les développements qui précèdent, on voit les horizons s'ouvrir et se dessiner.

1. *Vie de Solon*, § 9.
2 *Esprit des lois*, l. XIX, ch. 21.

source BIU Cujas

Considérons le problème général du droit, en prenant le mot dans un sens large et élastique. La loi et la jurisprudence présentent la solution pratique du problème à un moment déterminé : c'est le droit positif dans ses règles, y compris les données que fournit l'application. De ce même problème, la législation présente la solution progressive et historique, dans ses transformations selon les temps et les lieux. Le droit naturel enfin, ou droit rationnel, présente la solution philosophique et absolue du problème. Ce qui est, c'est la loi ; ce qui pourrait être, la législation l'apprend ; ce qui devrait être, le droit l'enseigne.

Telle est l'encyclopédie de la science du droit ; quiconque veut mettre de l'ordre dans ses connaissances et se rendre complètement compte des choses doit en parcourir tout l'ensemble.

De la jurisprudence nous ne parlerons pas isolément, car, comme objet d'étude, elle se confond nécessairement avec la loi ; c'est la loi appliquée, interprétée par les décisions judiciaires. Nous ne parlerons pas non plus distinctement de la législation envisagée comme l'art de faire de bonnes lois ; il suffira de faire allusion aux préoccupations qui l'agitent à l'occasion des projets de réforme proposés. La législation est affaire d'expérience ; or l'expérience ne s'enseigne pas ; on l'acquiert, à ses dépens souvent, trop souvent par malheur aux dépens des autres. Dès lors, deux notions se dégagent sur lesquelles nous allons concentrer notre attention : celle du droit naturel ou rationnel et celle du droit positif.

SECTION II. — LE DROIT NATUREL.

9. Sur le droit naturel ou rationnel, quelques brèves indications suffiront, car il est l'objet propre de la philosophie du droit. Notre seul but est de marquer quelle idée on peut et doit se faire du droit naturel, comment on peut comprendre ses rapports avec le droit positif, quel parti on peut en tirer au point de vue législatif.

L'expression de droit naturel et l'idée de ce droit sont tombées, de nos jours, en un grand discrédit. La polémique contemporaine raille volontiers et parfois très durement ce

source BIU Cujas

qu'elle appelle la chimère d'un prétendu droit naturel. Il est vrai qu'elle ne met rien à la place, d'où il résulte qu'elle aboutit au vide pur et simple. Ses conclusions sont peut-être un peu hâtives ; peut-être n'y est-elle arrivée que par ignorance du sujet et faute d'y avoir regardé d'assez près. Car enfin, quand le pouvoir politique légifère, il faut bien admettre qu'il le fait sous l'influence d'une idée directrice, réfléchie ou instinctive, qui motive les prescriptions édictées ; à moins qu'on ne soutienne qu'il obéit au seul caprice, qu'il agit sans savoir ce qu'il fait. Or, c'est inadmissible. Manifestement, le législateur vise un but en faisant la loi ; donc il a la notion d'un ordre supérieur, d'un idéal qu'il poursuit ; par conséquent, quoi qu'on puisse dire, le droit naturel existe ; qu'on lui donne ce nom ou tout autre, il n'importe. On peut être en désaccord sur la nature du but assigné à la loi, comprendre diversement les règles qui doivent la dominer ou ne pas les appliquer également bien ; mais la notion des principes dirigeants, bien ou mal compris, s'impose comme inéluctable.

Seulement, quels sont ces principes ? Le discrédit qui s'attache au droit naturel est grand, et on passe vite pour un arriéré quand on parle aujourd'hui du droit naturel. Ce discrédit tient à plusieurs causes : à l'incertitude, prétendue au moins, des données du droit naturel et à la difficulté de les établir, aux abus non douteux qu'on en a faits dans le passé, aux fléaux qui en ont été la suite pour l'humanité. C'est que, comme toutes les connaissances humaines, la notion du droit naturel ne s'est dégagée et précisée qu'à la longue ; elle n'a pris de signification exacte et utile qu'à la suite d'évolutions qui ne sont pas autres que les étapes mêmes de la civilisation. Il y a grande injustice à retourner contre le droit naturel les erreurs commises jadis en son nom.

10. Dans les sociétés primitives le droit a été confondu partout avec la religion ; c'est la première forme de civilisation, le régime sacerdotal. La discipline sociale n'est autre que la discipline religieuse ; l'autorité des ministres du culte est toute puissante ; elle règle tout : les croyances, les mœurs, tous les actes de la vie. La loi apparaît comme le moyen de réaliser la destinée humaine tout entière ; elle gouverne au nom de la religion dominante ; l'homme lui appartient tout entier : il ne se conduit pas, elle le conduit. C'est le despotisme

source BIU Cujas

sacerdotal, la conception primitive du droit, dont on retrouve aujourd'hui encore la trace chez quelques peuples.

Plus tard, quand s'affaiblit le régime sacerdotal, le droit se déplace ; il en vient à se confondre avec la philosophie générale. Celle-ci cherche le vrai, le bien et le beau, où l'homme doit aspirer ; si le droit n'est que la philosophie transportée dans l'Etat, voilà où la loi, qui en est l'organe, doit conduire. Cette conception du droit est devenue celle de toute la tradition absolutiste ; elle égare encore aujourd'hui bien des esprits. Elle a depuis longtemps ses monuments littéraires : les *Lois* et surtout la *République* de Platon. Dans les *Lois*, Platon fait encore quelques concessions à la nature humaine et à ses inclinations, car il vise à l'application ; dans la *République*, œuvre purement spéculative, il n'en fait aucune, et, sous prétexte de faire régner la vertu idéale, but de la philosophie, objet dès lors du droit et par suite guide des lois, il sacrifie jusqu'aux penchants les plus essentiels de la nature humaine : au nom du devoir de l'Etat, qui est le pasteur des hommes, qui a charge d'âmes, qui doit faire régner l'idéal philosophique, il supprime la famille, écarte la propriété, pénètre au foyer domestique pour y régler despotiquement les détails les plus intimes de la vie. L'objectif a changé, mais les résultats ne sont pas sensiblement différents ; la loi est toujours le moyen de réaliser la destinée humaine tout entière : elle résout tous les doutes, consacre tous les devoirs, régit tous les actes. C'est le despotisme philosophique, la seconde conception du droit. La vie privée n'est qu'une dépendance de la vie publique ; l'individu disparaît devant le citoyen, il est absorbé par l'Etat, il n'a de droits que ceux que l'Etat lui confère.

La civilisation romaine offre l'image d'une combinaison des deux idées. Ce n'est plus le régime sacerdotal, ce n'est pas non plus le régime philosophique, car, à Rome, la religion et l'Etat se confondent ; le droit, dit un texte, est la science des choses divines et humaines, *divinarum atque humanarum rerum notitia*[1]. Au nom du droit ainsi compris, la loi, son organe, doit encore tout régler : les idées, les croyances, les actes ; l'Etat, qui résume la contrainte sociale, est maître de l'homme, de sa personne, de son esprit et de

1. Institutes, liv. I, tit. 1, § 1.

source BIU Cujas

son âme. Toute l'organisation de la société romaine découle de là ; elle repose sur la force, elle consiste dans une hiérarchie d'autorités superposées et toutes puissantes. Le père de famille a un pouvoir illimité sur la femme et les enfants ; l'Etat, de qui tout découle, a une puissance illimitée sur les pères de famille ; il est, au nom du droit, d'après la formule reçue, le maître des choses divines et humaines. Le résultat est le même que sous le régime sacerdotal ou le régime philosophique ; en fait, il faut reconnaître qu'il fut atténué par le bon sens pratique qui caractérisa à un si haut degré le génie romain.

Tel a été l'esprit de toute l'antiquité. Elle a livré au pouvoir politique la direction complète de la société ; pour cela, elle a livré l'individu à l'Etat, elle a sacrifié la personnalité humaine au droit social, au droit qu'aurait la société sur ses membres. C'est là, encore une fois, la tradition absolutiste, qui place le droit dans l'autorité, avec son cortège de conséquences presque nécessaires : l'intolérance religieuse et intellectuelle poussée jusqu'à la persécution (car toute dissidence est un crime contre la souveraineté), l'esclavage qui est la négation du droit élémentaire de la personne humaine, le refus à l'homme du droit de diriger sa vie. Dans la cité antique, l'individu ne s'est jamais avisé qu'il pût s'appartenir à lui-même ; il n'a jamais ni possédé, ni réclamé la liberté individuelle ; il appartient à l'Etat, qui est le pasteur des hommes[1].

11. Cette tradition a-t-elle disparu avec l'antiquité ? Non. Elle est, au contraire, restée toute puissante au moyen âge ; elle s'est maintenue, quoique incessamment combattue, sous l'ancien régime ; aujourd'hui encore, quoique vaincue par l'avènement d'une autre conception du droit naturel, elle a des partisans.

Au moyen âge, l'homme continue à subir la contrainte que lui avait imposée l'antiquité. Il ne s'appartient pas, il appartient toujours à la force. Il n'avait eu qu'un maître à Rome : l'Etat ; il en a deux désormais : l'Eglise et l'Empire, dont l'antagonisme a été le grand débat du moyen âge. L'un et l'autre prétendent à la direction exclusive de la société et par suite

1. La démonstration de cet aspect des civilisations anciennes a été faite dans une des belles œuvres de l'érudition historique contemporaine, *La Cité antique* de Fustel de Coulanges.

source BIU Cujas

des hommes. L'Eglise y prétend au nom de la théologie : c'est la théocratie, nouvelle forme du régime sacerdotal, par laquelle la loi ne doit être que la mise en œuvre de la théologie, qui forme la loi divine et naturelle ; l'Empire, au nom des intérêts temporels dont il a charge et de la raison d'Etat, réclame son indépendance au regard de l'autorité pontificale. C'est toujours le platonisme, à cela près que, sous cette nouvelle forme, il s'inspire de l'idéal révélé et non plus d'un idéal philosophique, de la vague notion de la raison d'Etat. L'Eglise succombe finalement dans la lutte au XVIe siècle ; mais l'Etat laïque, lui aussi, en sort affaibli.

12. Dans l'Etat affranchi de l'Eglise, l'individu à son tour va réclamer sa personnalité jusque là méconnue ; c'est l'aurore du droit moderne. Le réveil se fait au nom de la liberté religieuse, c'est-à-dire du droit de ne dépendre de personne dans tout ce qui se rapporte à la conscience ; c'est, au XVIe siècle, l'enjeu des guerres de religion. Puis, car la vérité a une force d'expansion qui est irrésistible, de proche en proche l'idée s'élargit et la liberté humaine tout entière en sort. A partir du XVIe siècle, le mouvement s'accentue, et, à travers des alternatives de succès et de revers, se développe avec une inexorable logique. Le XVIe siècle, c'est la revendication du droit des peuples contre les rois, la lutte contre l'esprit autoritaire ; le XVIIe, c'est la revendication des droits de l'individu contre l'Etat, l'effort de l'homme à s'organiser pour vivre par lui-même ; le XVIIIe enfin, c'est la reconnaissance définitive de la notion du droit individuel, autrement dit de l'idée de liberté, comme principe de la société civile et fondement du droit naturel : tel est l'objet de la Déclaration des Droits de 1789.

L'enfantement est long ; pendant qu'il se fait, l'esprit public s'ouvre peu à peu à tout un ensemble d'idées qui sont le contrepied de celles qu'avait admises l'antiquité. Voici quelles sont ces idées ; on peut les ramener à trois.

a) L'homme est une fin en soi ; dès lors, il est à lui-même la source de son droit ; c'est à lui de résoudre, sous sa responsabilité, l'énigme de sa destinée. Il s'appartient ; pourquoi donc la volonté d'un autre, quel qu'il soit, se substitueraitelle à la sienne et l'emporterait-elle ? Il est doué de certaines facultés physiques, intellectuelles et morales ; les utiliser est son devoir ici-bas, les développer à son gré et sous sa respon-

source BIU Cujas

sabilité est son droit, aussi légitime que la propriété de sa personne. Elles sont des droits considérées en elles-mêmes : de là la faculté d'être soi pour tout ce qui concerne l'âme, l'esprit, le corps, et de tirer de soi-même la direction de son activité ; elles sont des droits considérées dans leur exercice : de là la faculté de faire individuellement, ou en se mettant en rapport avec ses semblables, tous les actes qu'elles comportent ; elles sont enfin des droits considérées dans leur résultat : de là la propriété et ses dérivés, qui ne sont qu'une extension de la personnalité. C'est le contrepied du platonisme sous toutes ses formes.

b) L'Etat est fait pour l'individu et non l'individu pour l'Etat. En d'autres termes, l'institution politique est de droit positif ; elle est l'œuvre du consentement mutuel des intéressés. Par conséquent, c'est en lui-même que l'homme doit chercher l'impulsion et la cause de ses actes ; par suite, le fondement de la souveraineté est dans l'homme et non en dehors. C'est le contrepied de l'idée ancienne de l'Etat pasteur des peuples.

c) Le progrès n'est pas l'œuvre de l'Etat ; il se fait par l'effort de chacun vers le mieux, par la controverse et les luttes d'opinions. Il faut donc non pas seulement tolérer, mais respecter les dissidences ; elles ne sont pas seulement la conséquence de la liberté individuelle, mais un bien social, une nécessité de la marche des choses. D'où il résulte, puisque la controverse est l'âme même du progrès, que la concorde entre les hommes n'est possible que par la liberté complète.

Le jour où ces idées prévalurent, l'ancien régime, fondé sur le principe d'autorité, s'écroula. L'axe de la société civile se déplaça ; à l'antique notion du droit social, fondement de l'Etat pasteur des peuples, s'est substituée comme principe celle du droit individuel. Le droit naturel alors s'affranchit de la théologie et s'isole de la morale. Ces deux autorités procèdent par la persuasion, lui par la contrainte ; elles imposent des devoirs, lui des obligations ; il usurperait, en s'immisçant, lui qui commande, dans ce qui doit rester le domaine de la liberté. Le droit positif tout entier est ramené à n'avoir pas d'autre but que d'assurer à l'individu les prérogatives qu'il tient de sa nature, des besoins et des aspirations de son être, et dont la libre jouissance constitue l'ordre, l'état normal des choses.

source BIU Cujas

13. La lumière est faite, pleinement faite. Les idées, d'abord intuitives et confuses, se sont précisées peu à peu ; les mots en usage pour les exprimer échappent désormais à l'équivoque.

Le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes : inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin, qui n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle. De là la Déclaration des droits ; elle est la charte de l'idée moderne du droit.

La justice, c'est le respect des droits égaux de chacun ; elle s'impose aux particuliers, chacun devant respecter chez autrui ce qu'il réclame pour lui-même ; elle s'impose à l'Etat et à la loi, qui ont charge de l'assurer : l'intérêt soit individuel, soit social ne peut chercher sa satisfaction en dehors d'elle. Comment la définir ? On n'a rien trouvé de mieux que cette formule banale : « Le respect des droits d'autrui s'ap- « pelle la justice, toute violation d'un droit quelconque est « une injustice [1]. » Même idée se retrouve dans l'article 4 de la Déclaration des droits, cité précédemment à propos d'une des acceptions du mot droit [2].

L'Etat, enfin, c'est la force collective qui protège le libre développement des facultés de chacun et veille à ce que personne n'usurpe le droit de personne. Dans la cité antique, où l'Etat s'appelait le pasteur des peuples, on le regardait comme pouvant et devant tout pour le bonheur des hommes : il avait charge d'âmes ; dans la société moderne, la formule est renversée : l'individu, fin en lui-même, n'a rien à attendre que de ses propres efforts et l'Etat n'est plus que le gardien de l'ordre. Le rôle de la loi ou du droit positif apparaît alors nettement défini : c'est l'arme mise aux mains de l'Etat pour organiser la discipline sociale. La loi cherche à réaliser l'accord et l'équilibre des libertés, qui, abandonnées à elles-mêmes, se heurteraient ; elle est « la juste limite imposée à « l'usage extérieur de la liberté humaine, à raison de la « coexistence des hommes [3] ».

1. Victor Cousin, *Du vrai, du beau et du bien*, p. 384 de la 8e édition (1860).
2. *Suprà*, p. 8.
3. Roussel, *Encyclopédie du droit*, p. 3. Cpr. les articles 2 et 12 de la Déclaration des droits de 1789.

source BIU Cujas

14. Voilà l'idée moderne du droit ; voilà le droit naturel : naturel parce qu'il a son principe dans l'homme lui-même, parce qu'il est conforme à la nature de l'homme envisagé comme être libre et responsable, comme fin en soi. En dépit des sentences superficielles et un peu suffisantes des critiques contemporains, on peut affirmer que l'idée de droit naturel n'est ni si obscure ni si incertaine qu'ils le prétendent, ni si vaine surtout, car c'est du droit naturel que le droit positif reçoit une direction et cette direction apparaît comme étant des plus précises. Une direction, c'est bien là, en effet, tout ce que donne et peut donner le droit naturel, tout ce qu'on peut et doit attendre de la philosophie du droit. Autre chose sont les vérités permanentes, ou principes au vrai sens du mot, autre chose les considérations multiples, variables selon les temps, les lieux et les circonstances, considérations d'utilité, de convenance et d'à propos, dont on doit tenir compte en législation. Qui confond ces deux aspects du problème s'égare manifestement. Beaucoup tombent dans cette méprise et définissent le droit naturel la loi qui devrait être par opposition à celle qui est. « Le droit naturel, écrit « Oudot, est la collection des règles...qu'il est souhaitable de « voir immédiatement transformer en loi positive [1]. » Sans être inexacte, car toute loi a son idéal, cette formule a un défaut grave et présente un danger considérable. Elle a un défaut : elle donne à croire, ce qui n'est pas, que le droit naturel fournit la solution de tous les problèmes législatifs, qu'il résout toutes les questions au moyen de préceptes ayant un égal caractère de certitude. Elle présente un danger : inciter à trop attendre d'une doctrine, c'est exposer ses conséquences à paraître illusoires, c'est l'exposer elle-même à être rejetée comme vaine. Or combien y a-t-il de lois que l'on puisse raisonnablement regarder comme reproduisant une règle correspondante du droit naturel ? Il y en a infiniment peu ; il serait plus exact de dire qu'il n'y en a pas ; et la raison en est simple : la loi n'énonce pas des vérités abstraites, elle prescrit les mesures propres à assurer le respect de ces vérités, mesures contingentes, dont l'efficacité et l'utilité font tout le mérite, qui peuvent être d'accord avec les principes, mais ne les reproduisent pas. C'est toujours la même distinction

1. *Premiers essais de philosophie du droit*, p. 67.

source BIU Cujas

fondamentale entre le droit et la législation. Qu'on prenne au hasard dans le droit positif : quelles sont donc les règles du droit naturel en matière d'organisation des pouvoirs publics, de forme du gouvernement, de régime hypothécaire, de réglementation des contrats, de procédure surtout ? Affaire de législation, tout cela. Non que le droit naturel y soit étranger ; seulement les lois, en ces matières comme en toutes autres à peu près, se rattachent au droit naturel non par un rapport d'identité et de reproduction, mais par un rapport de simple conformité. Et cela tient à ce qu'il n'est pas, quoi qu'on en dise, un ensemble de règles pouvant être traduites en dispositions de loi ; il est la manifestation d'un mouvement d'idées générales, un but où le législateur doit tendre ; il est l'idée qui inspire et oriente, l'idée directrice. La loi est conforme au droit naturel, et cela suffit, quand, eu égard aux circonstances, elle contribue à établir ou à maintenir l'ordre idéal dont il est l'expression. Voilà comment, malgré la stabilité de son principe, le droit naturel peut inspirer les mesures les plus variables. Portalis a dit en termes d'une exactitude parfaite : « Le droit dirige, les lois commandent ; il « sert de boussole et les lois de compas [1]. » Les vérités essentielles sont simples et en petit nombre, ce sont les seules qu'il faille affirmer et défendre ; le reste est laissé à l'éternelle controverse, dépend de considérations contingentes, appartient, en d'autres termes, non à la science mais à l'art.

SECTION III. — LE DROIT POSITIF.

15. La définition du droit positif est connue : c'est l'ensemble et la collection des lois en vigueur. Il est dit positif en ce sens que, étant établi par la volonté de l'homme, il est par là même à l'abri des contestations ; il est certain, positif. Trois questions se posent à propos de ce droit : 1° quel en est l'objet général ? 2° quelles en sont les diverses parties ou branches ? 3° quelles en sont les sources actuelles ? Parmi les branches du droit positif figure le droit civil ; le Code civil en est une des sources. Nous touchons à ce qui doit être l'objet propre de cet ouvrage.

1. *Discours préliminaire sur le Code civil*, dans Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires....*, I, p. 476.

source BIU Cujas

§ 1. — Objet général du droit positif.

16. L'objet général du droit positif est suffisamment marqué par les préliminaires qui précèdent. Les lois d'ordre positif, considérées dans leur ensemble, établissent et organisent la discipline jugée nécessaire pour que l'ordre règne, pour que chacun jouisse de sa part légitime d'indépendance personnelle. Là est le but historique et rationnel du droit. L'indépendance doit être restreinte dans les limites que nécessitent les exigences de la vie en commun ; le droit positif doit établir cette juste limite ; il représente, dans la mesure où il réussit à sa tâche, l'harmonie des libertés. Quelles sont maintenant ces justes limites ? La question n'est pas du domaine des principes ; elle relève de la législation, et, par suite, appartient à l'éternelle controverse.

Ce qui est certain, c'est que, partout où des hommes sont réunis, il y a entre eux des froissements de sentiments, des oppositions d'idées, des rivalités de prétentions. Si les inclinations étaient abandonnées à elles-mêmes, les individus se heurteraient ; ce serait le conflit des forces égoïstes, qui est le propre de la société naturelle : le plus fort et le plus osé y fait la loi aux autres. De là un sentiment instinctif, que la réflexion et la prévoyance régularisent peu à peu, et qui porte l'homme à comprendre qu'il ne peut se trouver en présence de ses semblables sans admettre, comme base de ses rapports avec eux, le respect réciproque de la personne et des droits.

Dans la société naturelle, telle que la nature l'a faite, la justice s'exerce d'homme à homme ; elle est livrée aux inclinations individuelles ; par suite elle risque nécessairement d'être méconnue par la force : c'est l'état d'indépendance. Dans la société civile ou organisée, la justice est confiée à une autorité impersonnelle, médiatrice ; par suite, elle est mieux garantie : c'est l'état social. La civilisation consiste, comme son nom l'indique, dans la substitution d'une société organisée ou civile à la société naturelle, dans la substitution d'une justice sociale aux luttes individuelles. De sorte que finalement le droit positif, qui est le lien des sociétés civiles, a pour objet l'organisation d'une justice impersonnelle, et par là plus impartiale. L'homme, soumis à cette organisation, perd inévitablement, il est vrai, une partie de sa liberté naturelle ;

source BIU Cujas

mais, comme on l'a remarqué depuis bien longtemps, il n'en abdique une partie que pour jouir paisiblement du surplus ; ce que le droit de l'individu perd en étendue, il le gagne en sécurité. Montesquieu, auquel il faut toujours revenir pour trouver les axiomes du bon sens pratique, a dit : « Il faut se « mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance et ce « que c'est que la liberté. La liberté est le droit de faire tout « ce que les lois permettent ; et, si un citoyen pouvait faire « ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que « les autres auraient tout de même ce pouvoir[1]. » Longtemps avant, Cicéron avait dit : « *Omnes legum servi sumus ut* « *liberi esse possimus*[2]. »

17. Donc le droit positif a pour objet d'établir et d'organiser la discipline sociale jugée nécessaire ; il arrête les conditions dans lesquelles la liberté de chacun est compatible avec celle de tous. Maintenant, encore une fois, où est la limite des restrictions légitimes à l'indépendance personnelle ?

Il faut le répéter : ce n'est pas une question de principe. La seule donnée que la théorie fournisse à cet égard est celle-ci : dès que le droit de chacun est circonscrit par le devoir corrélatif de respecter le droit des autres, la limite est là où, en allant plus loin, la liberté de l'un usurperait sur celle des autres. On ne peut pas dire plus. La garantie contre l'abus possible est la suivante : dès que la souveraineté réside dans la nation, la limite ne peut être établie que par la loi, qui, étant l'expression de la volonté commune, est juge des sacrifices qu'exige l'intérêt commun[3]. Là où les mœurs sont par elles-mêmes respectueuses du droit d'autrui et douces, où la justice dès lors est spontanée, la contrainte sociale peut être ramenée à son minimum et la liberté est grande. Là où règne l'esprit d'oppression et d'intolérance, où le jeu de la vie sociale ne se fait pas naturellement, la contrainte sociale doit s'exercer davantage et la liberté est moindre. C'est pourquoi la liberté est le régime des sociétés saines.

§ 2. — Diverses parties du droit positif.

18. La loi réalise son objet, c'est-à-dire la discipline sociale

1. *Esprit des Lois*, l. XI, ch. III.
2. *Pro Cluentio*, LIII.
3. Voy. l'art. 6 de la Déclaration des droits de 1789.

source BIU Cujas

et l'harmonie des libertés qui en est le but, par l'emploi combiné de deux procédés. D'abord, en élevant au-dessus des volontés individuelles une autorité chargée de veiller au respect du droit de tous, d'exercer à cet effet la contrainte sociale ; ce pouvoir, c'est l'Etat, être de raison qui personnifie le but de la société civile, qui en est l'âme ; il a pour organe la loi, pour agents les pouvoirs publics ; il est l'institution sociale du droit, la garantie commune. Ensuite, en réglant par ses prescriptions la sphère où peut se mouvoir l'activité de chacun, en arrêtant, dans la forme et au fond, les conditions d'exercice des droits, en limitant la liberté de chacun dans la mesure nécessaire pour qu'elle soit compatible avec celle de tous. Cette limitation est l'objet essentiel des lois.

Tels sont les deux procédés par l'emploi desquels la loi réalise son objet. De là découlent les divisions usuelles du droit positif, ses diverses parties ou branches. Il existe un assez grand nombre de classifications proposées. Il n'en est pas qui soit parfaite. La meilleure est encore la plus simple et la plus communément admise, que le droit moderne a empruntée au droit ancien. Outre qu'elle est classique par son origine lointaine, elle a le mérite de répondre au double objet qui vient d'être assigné au droit positif.

Le droit positif, en premier lieu, institue l'Etat, l'être collectif qui est la garantie sociale des droits. De là le droit public. C'est celui qui, disait la loi romaine, *ad statum rei romanæ spectat* [1]. Il a trait à l'Etat, à l'organisation des pouvoirs publics qui en sont les organes, à la détermination de leurs attributions, en un mot à ce qui concerne la chose publique. Toutes les dispositions des lois, décrets, etc., qui se rapportent à cet objet, rentrent dans le droit public.

Le droit positif, en second lieu, règle les conditions et le mode d'exercice des droits des particuliers. De là le droit privé. C'est celui qui, disait la loi romaine, *ad singulorum utilitatem pertinet* [2]. Il a trait à la condition des personnes considérées comme particuliers, à leurs rapports entre elles, à leurs droits et obligations. Toutes les dispositions des lois, décrets, etc., qui se rapportent à cet objet forment le droit privé.

19. Droit public et droit privé; voilà les deux grandes parties du droit positif, la division la plus générale. L'idée sur la-

1. Institutes, liv. I, tit. I, § 4.
2. Institutes, *eod. loco*.

source BIU Cujas

quelle elle repose n'est pas absolument exacte, dans les termes traditionnels au moins. En effet, le droit positif tout entier a pour but de garantir les droits des individus, aussi bien quand il traite de l'organisation des pouvoirs publics que quand il réglemente les droits individuels. L'Etat, dont s'occupe le droit public, n'existe pas pour lui-même ; il n'est que la force sociale qui veille au droit de chacun ; il est la garantie des droits privés. Par conséquent la notion du droit individuel est le fondement du droit tout entier ; cette notion est le principe, le point de départ du droit général, aussi bien du droit public que du droit privé ; tout en vient, tout y aboutit. On l'a très bien et très exactement défini : l'ensemble des conditions sous lesquelles la liberté de chacun est compatible avec celle de tous. Dès lors, le droit tout entier existe pour l'avantage des individus, *spectat ad singulorum utilitatem*. Toutefois, cette observation faite et quoiqu'elle soit fondée, la distinction du droit public et du droit privé répond à une analyse exacte du rôle du droit positif. Précisons-en la portée, et suivons-la dans ses subdivisions.

20. Le droit public, d'abord, est l'ensemble des règles relatives à la contrainte sociale ; il a pour objet les pouvoirs publics, leur organisation, leurs attributions, en un mot l'Etat. L'Etat doit être organisé de manière à être assez fort pour remplir sa mission, et, en outre, de manière à ne rien pouvoir contre l'objet de son institution, à ne pas pouvoir dégénérer en oppression.

On subdivise communément le droit public en trois branches. L'une a pour objet l'organisation de l'Etat lui-même, de cet être de raison qui est l'âme de l'association ; c'est le droit constitutionnel ou droit public interne, branche du droit public qui a trait à la forme et au mode d'action des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

La deuxième branche a pour objet les rapports que l'Etat, considéré comme représentant la nation même, peut avoir avec les autres Etats envisagés de même. C'est le droit public externe, ou mieux international, ou droit des gens, *jus inter gentes*, c'est-à-dire entre les nations. Il a pour objet les relations des Etats entre eux d'après les traités ou les usages. Il ne devrait être entre les nations que l'application des règles établies par le droit privé entre les particuliers : respect des nations et de leurs droits ; mais une différence profonde ré-

source BIU Cujas

sulte du manque de sanction positive : entre les nations, il n'y a pas, comme entre les particuliers d'un Etat, un pouvoir médiateur coercitif, et alors le droit est trop souvent du côté des gros bataillons. Tel est le véritable droit international. Cependant, on a pris l'habitude de se servir de ce mot pour désigner une partie spéciale du droit privé. Le droit international proprement dit, on l'a appelé droit international public ou externe, ou droit des gens, ayant trait aux relations des Etats entre eux ; puis on a donné le nom de droit international, mais en ajoutant privé (droit international privé), aux règles qui ont pour objet les rapports privés de personnes appartenant à des nationalités différentes et obéissant par là même à des lois différentes, d'où résulte ou peut résulter, à propos d'intérêts privés, un conflit entre les lois de différents pays.

Enfin, une troisième branche du droit public a pour objet les rapports de l'Etat, car tout le droit public s'occupe de lui, avec les particuliers, dans les cas où l'intérêt général est en conflit avec les intérêts particuliers. Cette branche comprend les lois qui fixent la hiérarchie des fonctions publiques, autres que celles formant l'Etat proprement dit et ressortissant au droit constitutionnel, qui établissent les attributions de chacune, le mode de leurs rapports avec les particuliers. C'est le droit administratif, qui se subdivise lui-même et comprend : l'administration proprement dite, la justice. L'administration proprement dite exerce une action préventive, qui a pour but d'assurer, autant que faire se peut, l'application des lois ; elle veille à empêcher que les conflits de droits ne s'élèvent. Les règles qui se rapportent à cet objet forment le vrai droit administratif. La justice, en d'autres termes l'administration de la justice, exerce une action répressive et réprime les attentats à la loi ; quand les conflits sont nés, elle les tranche. La justice est double, civile et pénale. Tout cela fait partie du droit public, plus spécialement de cette troisième branche du droit public qui s'appelle le droit administratif et qui concerne les rapports de l'Etat avec les particuliers.

Voilà l'ensemble du droit public. C'est le droit de l'Etat, envisagé en lui-même (droit constitutionnel), dans ses rapports avec les autres Etats (droit international), dans ses rapports avec les particuliers (droit administratif).

21. Venons au droit privé, qui est la seconde branche du

source BIU Cujas

droit positif. On l'appelle indistinctement, de nos jours, droit privé ou droit civil ; les deux dénominations sont passées dans l'usage comme synonymes.

Il a pour objet les personnes considérées *ut privatae*, c'est-à-dire les particuliers. Il comprend les règles qui déterminent les droits de chacun, qui fixent les conditions de leur exercice, qui assignent la limite où ils doivent s'arrêter pour ne pas empiéter sur le droit d'autrui ; en d'autres termes, il règle la condition des personnes et leurs rapports entre elles, soit quant à leurs droits, soit quant à leurs obligations. Par là, il est manifestement distinct du droit public. La dénomination de droit privé se comprend aisément. Cette branche du droit s'occupe des particuliers ou personnes privées, des droits qu'elles ont, des obligations qui leur incombent, des rapports qu'ils peuvent avoir entre eux ; c'est donc le droit des particuliers, *jus inter privatos, jus privatum*, droit privé.

D'où lui vient la deuxième dénomination (*droit civil*), prise comme synonyme de la première, et qui est même plus usitée en ce sens que la première ? Il est plus difficile de le dire ; il n'en peut même être donné aucune raison satisfaisante : c'est affaire d'habitude et de tradition. Chez les Romains, l'expression *jus civile* avait un sens très précis ; elle désignait le droit national de la cité, *quod quisque populus ipse sibi jus constituit*, le droit des citoyens, celui qui leur était exclusivement applicable ; on l'opposait au droit dont les étrangers pouvaient se prévaloir, au *jus gentium*, que les Institutes définissent ainsi : « *Quod vero naturalis ratio inter omnes* « *homines constituit, id apud omnes populos peraeque custo-* « *ditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes* « *utuntur*[1]. » L'expression *jus civile*, usitée par antithèse à *jus gentium*, avait alors un sens très étroit. De nos jours, l'expression de droit civil n'est qu'un faux-fuyant ; elle n'a vraiment de sens que celui qui résulte des antithèses qu'elle peut servir à établir. Ainsi quelquefois droit civil se dit par opposition à droit public, et signifie alors droit privé ; d'autres fois, il se dit par opposition à droit pénal ; d'autres fois, par opposition à droit naturel, et il est alors synonyme de droit positif ; d'autres fois enfin, par opposition à droit commercial, c'est-à-dire à un droit qui est spécial aux com-

1. Instit., liv. I, tit. 2, § 1.

source BIU Cujas

merçants. Prise isolément, l'expression droit civil est synonyme de droit privé. Cette dernière dénomination est seule exacte car elle désigne seule une branche spéciale du droit ; cependant on use plutôt de l'expression *droit civil*. Les mots n'ont, le plus souvent, qu'une signification conventionnelle ; toutes les dénominations sont bonnes pourvu qu'on s'entende en les employant. Le droit civil ou privé, par opposition au droit public, est celui qui traite des particuliers, de leur condition, de leurs rapports entre eux, de leurs droits et de leurs obligations ; c'est le droit des particuliers.

On le subdivise communément en deux branches. L'une a pour objet le droit privé général, commun, applicable à tous les particuliers ; c'est précisément l'objet du Code civil, que l'on peut définir le code du droit privé général ou commun ; il traite de la condition des personnes dans la famille et dans la cité, de leurs droits, de leurs obligations, de leurs rapports entre elles. L'autre a pour objet le droit privé spécial, applicable non plus à tous les particuliers, mais à quelques-uns, qui ont une condition spéciale, d'où résulte la nécessité de règles également spéciales.

Ainsi le droit commercial fait partie du droit civil ou privé ; seulement, c'est un droit civil spécial : spécial quant aux actes dont il traite, qui sont les actes de commerce, spécial aussi quant aux personnes auxquelles il s'applique, qui sont les commerçants. Les commerçants ont des droits particuliers, des obligations spéciales, des opérations qu'ils font seuls. Tout le monde est soumis au droit civil ou droit privé commun ; les commerçants sont, en outre, soumis au droit commercial, qui, sous quelques rapports, modifie ou complète le droit civil [1].

Ainsi encore le droit forestier. Il fait partie du droit civil ou privé ; seulement, c'est un droit privé spécial : spécial quant aux biens auxquels il est applicable (la propriété forestière), spécial quant aux personnes auxquelles il est applicable (les propriétaires de forêts). Les forêts et les propriétaires de forêts sont soumis au droit civil ou droit privé commun, et en outre au droit forestier, qui, sous quelques rapports, modifie ou complète le droit commun à raison des exigences spéciales de la richesse forestière.

Tout cela conduit finalement à caractériser et à définir le

1. Voy. comme exemple l'art. 1107 C. civ.

source BIU Cujas

Code civil et à marquer sa place dans l'ensemble de la législation ; c'est le Code du droit privé général.

§ 3. — Sources du droit positif.

22. Le mot source est consacré pour désigner, dans leur ensemble, les actes et documents qui contiennent les règles du droit positif. Ces sources se réduisent en réalité à une seule, qui est la loi, si on prend ce mot dans son sens très général, comme exprimant la règle tracée par l'autorité compétente et à laquelle obéissance est due. Allant plus loin, il faut distinguer les diverses sortes de règles obligatoires, dire quelle est l'autorité respective de chacune d'elles et où on les trouve. A cet égard, les sources du droit actuel sont à envisager à deux points de vue : 1° en elles-mêmes et dans leur caractère intrinsèque, 2° dans leur succession chronologique.

23. En elles-mêmes, dans leur caractère intrinsèque, les lois sont de deux sortes. La distinction est très ancienne et toujours actuelle. Tantôt la règle apparaît comme le produit raisonné, discuté, officiellement arrêté de la volonté qui l'édicte ; c'est ce que, de tout temps, on a appelé le droit écrit, ainsi nommé parce que, le plus souvent dans l'antiquité et toujours à l'heure actuelle, il est formulé et existe dans des textes rédigés ; c'est le droit établi et convenu. Tantôt la règle apparaît comme le produit spontané du besoin auquel elle répond ; c'est la coutume, l'usage, le droit non écrit ; les Romains disaient : *diuturni mores consensu utentium comprobati*. On a très exactement défini la coutume : le droit se satisfaisant de lui-même. Sous ces deux formes, droit écrit et coutumier, la loi est également obligatoire. L'origine diffère, l'autorité est la même, sauf à régler, pour l'un comme pour l'autre, à quel degré et sous quelles conditions. De nos jours, avec le système des lois codifiées qui a prévalu partout, la place de beaucoup la plus importante, comme source du droit, est acquise au droit écrit. Il a le grand avantage de la fixité, de la stabilité ; il donne dès lors plus de sécurité, et il répond mieux par là même au premier besoin des peuples libres, qui est de ne dépendre que de lois fixes, à l'abri de toute fluctuation et de tout arbitraire. Une certaine place cependant continue d'appartenir à la coutume ; nous verrons dans quelle mesure.

source BIU Cujas

24. Envisagées dans leur succession chronologique, les sources du droit actuel, le seul, bien entendu, dont il s'agisse ici, se réfèrent à trois époques.

Il en est, et en plus grand nombre qu'on ne croit, qui remontent à l'époque antérieure à 1789, à l'ancien droit, comme il est d'usage de dire. Les codes, dont l'avènement au commencement du siècle ouvre l'ère du droit moderne, ne renferment pas tout le droit positif actuellement en vigueur ; un certain nombre de règles du droit ancien sont encore applicables. Pour l'interprétation du Code civil, notamment, on ne saurait s'en passer. Nous avons cité et citerons encore la loi qui a promulgué le Code civil, celle du 30 ventôse an XII : c'est la date précise où commence ce qu'on appelle communément le droit moderne ; cette loi porte dans son article 7 : « A compter du jour où *ces lois* sont exécutoires, les lois « romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou lo- « cales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi « générale ou particulière *dans les matières qui sont l'objet des* « *dites lois composant le présent Code.* » Ces lois, ce sont les trente-six titres du Code civil, votés d'abord isolément et entrés en vigueur à des dates diverses, puis réunis le 30 ventôse an XII en un seul corps de lois sous le nom de Code civil. En sorte que, pour les matières qui ne sont pas l'objet de dispositions insérées au Code civil, il faut recourir au droit antérieur, à l'ancien droit : donc une partie du droit ancien reste toujours en vigueur.

Le dire, l'écrire officiellement comme on l'a fait dans l'article 7 de la loi de ventôse, c'était prendre une précaution essentielle ; car, si téméraire réformateur qu'on soit, on ne fait jamais table rase des institutions d'un pays. Les codes actuels, si on ne considère que leur date, sont du XIXe siècle ; si on considère leur contenu, ils sont le résultat d'une lointaine et lente élaboration. Ils ne sont pas éclos d'un seul jet, comme on pourrait être porté à le croire ; ils sont le dénouement d'une évolution qui ne s'arrête jamais. A vrai dire, il n'y a pas d'interruption dans l'enfantement du droit national ; à quelque époque qu'on l'observe, il existe toujours comme le résultat de forces antérieures ; son état à un moment donné n'est jamais que la suite et le développement de ce qui a précédé. De temps à autre, la science résume le travail accompli, les progrès réalisés, puis le législateur formule les

source BIU Cujas

résultats acquis, et le travail de transformation recommence.

Donc, dans les sources du droit actuel, il y en a qui remontent au delà de 1789. Ceux de ces actes datant de l'époque qui s'écoule de 1789 au 30 ventôse an XII, forment ce qu'on appelle habituellement le droit intermédiaire, intermédiaire entre le droit ancien et le droit moderne ; les autres, postérieurs à la loi de l'an XII, forment le droit moderne. De là la distinction reçue et courante du droit ancien (antérieur à 1789), du droit intermédiaire (de 1789 à la loi du 30 ventôse an XII) et du droit moderne ou actuel (postérieur à la loi de l'an XII). Ce sont là divisions aujourd'hui passées en usage.

I. — Le droit ancien.

25. L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII énumère les sources du droit ancien restées en vigueur jusqu'à cette date, et dont les vestiges subsistent encore aujourd'hui : les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements.

26. 1° *Le droit romain.* Il est des textes du droit romain que l'on doit regarder comme toujours en vigueur ; il n'est pas sans exemple d'en rencontrer quelques-uns cités dans des arrêts comme lois actuelles de l'Etat. Quelques théories même du droit romain, spécialement en matière de contrats et obligations, ont survécu tout entières. Le droit romain, en effet, n'a été abrogé en 1804 que dans les matières faisant l'objet du nouveau Code.

Le droit romain visé par l'article 7 de la loi de ventôse, c'est le droit des compilations de Justinien, dont l'étude fut relevée au XIIe siècle [1], quand commencèrent les luttes de la législation civile et de la royauté contre la féodalité et l'Eglise. Encore aujourd'hui, le droit romain a la valeur d'un droit supplétif en Allemagne, en Ecosse, au Canada, dans plusieurs pays dépendant de la Grande-Bretagne. C'est l'autorité qu'il

1. La prétendue découverte des Pandectes par les Pisans, lors du pillage d'Amalfi en 1135 ou 1136, n'a provoqué ni la résurrection de la législation de Justinien, ni l'inauguration d'un enseignement scientifique du droit romain. Bien avant l'apparition de l'Ecole de Bologne et à toutes les époques du moyen âge, les diverses parties de l'œuvre de Justinien ont été connues, le droit a été enseigné, cultivé dans la mesure où il pouvait l'être ; il n'y a pas eu de renaissance brusque au commencement du XIIe siècle. Voy. Fitting, *Les commencements de l'Ecole de droit de Bologne*, traduct. Lesceur, — et Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 2e édit., p. 763 et suiv.

source BIU Cujas

avait dans l'ancien droit ; il valait, disait-on, *non ratione imperii sed rationis imperio*, comme raison écrite[1]. A partir des XIVe et XVe siècles, il se mêle avec le droit canonique et avec les coutumes ; c'est de ce mélange qu'est sorti le droit moderne. En quelques points, dans les matières non traitées au Code civil, il est encore en usage.

27. 2° *Les ordonnances*, ordonnances royaux, comme on disait. C'étaient des décisions émanant des rois pour être exécutées dans tout le royaume, sous le nom d'ordonnances, d'édits, de déclarations et de lettres patentes. Sous les deux premières races, le pouvoir législatif avait été exercé par le peuple lui-même dans les assemblées : c'est de là que sortirent les capitulaires de l'époque mérovingienne et de l'époque carolingienne[2]. Quand la monarchie se constitua sur les ruines de la féodalité, les rois se trouvèrent investis du pouvoir législatif, du droit de faire des lois sous le nom d'ordonnances ; on disait : *si veut le roi si veut la loi*. Les ordonnances furent de véritables lois, sauf que, dans la rigueur des principes traditionnels qui formaient la constitution de l'ancienne France, elles n'étaient exécutoires qu'autant qu'elles avaient été enregistrées par les parlements. En fait, l'enregistrement finit par n'être qu'une formalité ; quand les parlements s'y refusaient, le roi les y contraignait par des lits de justice. Ce sont les ordonnances qui devinrent, particulièrement aux XVIIe et XVIIIe siècles, le grand instrument de l'unité législative. Les ordonnances de Colbert, plus tard celles de d'Aguesseau sont de véritables codes. Elles tentèrent de substituer l'unité à la diversité des coutumes nombreuses qui divisaient la France, mais ne réussirent pas complètement ; les codes modernes ont achevé le travail commencé par elles.

28. 3° *Les coutumes générales ou locales*. On les appelait

1. C'était l'opinion de la plupart des auteurs, mais non celle de tous. Voy. Esmein, *op. laud.*, p. 723.

2. Le pouvoir législatif appartient au roi. Si, en fait, il rend souvent ses capitulaires après avoir consulté une assemblée et pris l'avis des principaux personnages du royaume, en droit, il n'est pas obligé de le faire. « Dans le cas seulement où il s'agissait de rédiger officiellement ou de modifier la coutume nationale qui constituait la loi personnelle aux hommes de chaque race, on admettait que la participation de ceux-ci et même leur consentement était nécessaire (Esmein, *op. laud.*, p. 71). » Voy. aussi Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, I, p. 282. Sur la division des capitulaires d'après leur nature, Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 128 et s.

source BIU Cujas

quelquefois aussi des statuts, et c'est pourquoi l'article 7 rapproche les deux mots. C'étaient les usages qui s'étaient établis dans les diverses parties de la France pendant l'immobilisation féodale du Xe au XIIe siècle. Elles étaient nées des traditions de la pratique et des précédents judiciaires ; elles étaient essentiellement territoriales, car elles étaient le produit de l'usage et l'usage est nécessairement local. Au XIIe siècle, on les trouve en vigueur ; leurs enclaves d'application correspondent à peu près aux divisions féodales. L'organisation féodale comprenait soixante-deux grands fiefs ; il y avait soixante coutumes générales, et plus de trois cents coutumes locales, ce qui plus tard fera dire à Voltaire que, dans l'ancienne France, on changeait de lois toutes les fois qu'on changeait de chevaux de poste [1].

Formées ainsi du Xe au XIIe siècle, ces coutumes se transmirent d'abord par la tradition ; en cas de doute, on les constatait au moyen d'enquêtes. Au milieu du XVe siècle, les Etats-Généraux, réunis à Tours, émirent le vœu qu'elles fussent officiellement constatées par écrit. En exécution de ce vœu, Charles VII en prescrivit la rédaction par l'ordonnance de Montil-les-Tours du 17 avril 1453 (ancien style). Cet immense travail occupe la fin du XVe siècle et tout le XVIe. On a aujourd'hui la collection des coutumes rédigées. Les coutumes de Paris et d'Orléans notamment ont exercé l'influence la plus directe sur le Code civil. Les coutumes sont restées en vigueur jusqu'en 1804 ; même il est certains textes du droit coutumier qui ont encore aujourd'hui force de loi, car l'article 7 de la loi de ventôse n'a abrogé les coutumes et statuts que quant aux matières faisant l'objet du nouveau Code.

29. 4° *Les règlements*. C'étaient les décisions des parlements. Les parlements étaient avant tout des cours de justice ; mais ils avaient des attributions diverses, même politiques. Il existait, en 1789, treize parlements et quatre conseils souverains, qui avaient des attributions identiques, en tout dix-sept circonscriptions judiciaires. Or chaque parlement ou conseil se regardait comme souverain pour l'administration de la justice. Les légistes, qui n'y avaient été admis au début qu'avec un rang secondaire, y obtinrent plus tard une influence prépondérante ; la jurisprudence des parle-

1. *Dictionnaire philosophique*, v° *Coutumes*.

source BIU Cujas

ments contribua dans une large mesure à fixer les points douteux du droit, à harmoniser les coutumes, à créer en un mot l'unité législative dans chaque ressort.

Les parlements obtinrent surtout ce résultat par des arrêts d'une sorte particulière appelés arrêts de règlement. Voici en quoi ils consistaient. De tout temps, les parlements avaient partagé avec les Rois le droit de faire des règlements pour la police générale du royaume. Ils obtinrent, en outre, sans qu'il soit facile de dire si cette attribution leur fut accordée ou s'ils se l'arrogèrent eux-mêmes, le droit de faire des règlements sur les matières législatives et de droit général ; ce furent les arrêts de règlement, qui eurent une assez grande influence sur la formation du droit français, et dont il faut connaître le caractère. Les arrêts ordinaires intervenaient sur des procès intentés entre parties adverses ; or c'est un vieil adage que les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent ; en d'autres termes, leur autorité est relative : elle n'existe qu'eu égard aux parties en cause et à l'espèce dans laquelle ils sont rendus. Autre fut la nature des arrêts de règlement. Rendus avec des solennités spéciales, toutes chambres réunies, portant non sur des points particuliers mais sur des questions de droit général, ils avaient en quelque sorte l'autorité des ordonnances ; c'étaient des lois provisoires sur des points non encore prévus ou mal réglés ; ils étaient envoyés aux tribunaux du ressort pour être obéis comme lois. Il y avait toutefois, entre les arrêts de règlement et les ordonnances, une différence importante : l'ordonnance, émanant du roi, avait autorité dans tout le royaume, l'arrêt de règlement n'avait autorité que dans le ressort du parlement qui l'avait rendu. De fait, il était admis que les arrêts de règlement étaient obligatoires pour les juridictions inférieures tant que le roi n'en avait pas ordonné autrement.

C'était là, de la part des parlements, une véritable participation au pouvoir législatif ; il y avait confusion entre le pouvoir qui fait la loi (pouvoir législatif) et le pouvoir qui l'applique (pouvoir judiciaire) [1]. De nos jours, où la séparation

1. On éludait la difficulté en disant qu'ils n'étaient faits « que provisoirement « et sous le bon plaisir du roi, auquel seul appartient de faire lois absolues et « immuables ». De la Roche Flavin, *Treize livres des parlements de France*, liv. XIII, ch. XXVII ; de Fresquet, *Précis d'histoire des Sources du droit français*, p. 176.

source BIU Cujas

des pouvoirs est un principe fondamental du droit public, il n'y a rien d'analogue aux anciens arrêts de règlement, interdits par l'article 5 C. civ. Les décisions judiciaires n'ont d'autorité que dans les espèces à propos desquelles elles sont rendues, eu égard aux personnes qui ont été parties ou représentées au procès ; elles peuvent, à la longue, créer une jurisprudence ayant une autorité de fait ; jamais elles ne s'imposent au juge comme obligatoires : la loi seule le lie.

Les arrêts de règlement eurent donc dans l'ancienne France un caractère très spécial. Par eux, les parlements réglaient, chacun pour son ressort, les points douteux du droit ; ils comblaient les lacunes du droit écrit et des coutumes ; ils créaient l'unité dans le ressort ; ils étaient à la fois des jugements et des lois : des jugements pour la cause sur laquelle ils statuaient, des lois pour les cas analogues dans l'avenir. Sous ce deuxième rapport, ils étaient exécutés comme lois tant qu'ils n'avaient été ni cassés par le conseil du roi, ni rétractés par les cours qui les avaient rendus. Les arrêts de règlement devinrent ainsi une source importante du droit ancien [1]. Aussi l'article 7 de la loi de ventôse les abroge pour le passé, pendant que l'article 5 du Code civil les interdit pour l'avenir.

Les arrêtés du Conseil du roi doivent être rapprochés des arrêts de règlement. C'étaient des règlements faits par le Conseil du roi ; ils avaient l'autorité des ordonnances, qui, elles, émanaient de l'initiative royale. Ils n'eurent guère d'importance qu'en matière administrative ; on s'y réfère souvent encore. C'est ainsi par exemple que la police des mœurs à Paris est réglée par un arrêt du Conseil du 6 novembre 1778. La Cour de cassation, par arrêt du 11 juillet 1884, a décidé que cet arrêté est toujours en vigueur [2].

Telles sont les sources du droit ancien. C'est à tous ces actes que s'applique l'article 7 de la loi de ventôse ; il abolit les

1. Ils ne sont fréquents qu'à partir de la seconde moitié du XVe siècle, mais remontent à une époque bien antérieure ; un arrêt de 1290 paraît être le premier de ce genre (*Olim*, t. II, p. 303). Voy. Minier, *Précis historique du droit français*, p. 585.

2. D. P. 1885. I. 333, Sir. 1885. I. 192. Voy. les conclusions de M. le procureur général Barbier.

source BIU Cujas

dispositions concernant les matières qui sont l'objet du Code civil, et réserve par conséquent les autres [1].

II. — Le droit intermédiaire et le droit moderne.

30. On peut les réunir, car les données sont communes. En dehors des vestiges de droit ancien, qui n'ont plus qu'une importance secondaire, le droit, à l'époque intermédiaire et moderne, découle des sources suivantes.

Les sources du droit écrit sont : 1° les lois proprement dites, 2° les ordonnances et décrets, 3° quelques sénatus-consultes, 4° des avis du Conseil d'Etat, 5° certains arrêtés et règlements émanant de l'autorité administrative. De ces cinq sources, il n'en est plus que trois qui produisent encore : la loi proprement dite, le décret, les arrêtés et règlements ; les autres se réfèrent à des époques closes et sont taries : les ordonnances, qui n'ont existé que de 1814 à 1848, les sénatus-consultes qui n'ont existé que sous les deux empires, les avis du Conseil d'Etat, qui n'ont existé que de l'an VIII à 1814.

A côté du droit écrit, il faut ajouter, comme source toujours active et productive, la coutume.

A. — SOURCES DU DROIT ÉCRIT.

31. 1° *La loi proprement dite.* — On nomme lois les décisions émanant du pouvoir législatif (*qui leges fert*). C'est là le caractère essentiel. On ajoute quelquefois, mais à tort, comme second caractère, qu'il est de la nature de la loi de porter sur un objet d'intérêt général. La tradition est en ce sens : « *Lex est commune praeceptum* [2] », disait déjà Papinien ; depuis, l'idée a été toujours reproduite. Les lois ont habituellement ce caractère, mais pas toujours ; il n'est donc pas essentiel. Certaines lois n'ont qu'un intérêt local, comme celles qui autorisent une commune à faire un emprunt. Quelques-unes n'ont qu'un intérêt simplement individuel et n'en sont pas moins de véritables lois ; en voici deux exemples.

a) Longtemps, les étrangers naturalisés n'ont acquis la plénitude des droits politiques, spécialement l'éligibilité politique c'est-à-dire l'aptitude à représenter le pays au Parlement, qu'en vertu d'une loi de grande naturalisation : « L'é-

1. Voy. Pailliet, *Manuel complémentaire des Codes français* (2 vol. in-8°, 1846), donnant le relevé des dispositions de l'ancien droit qui sont encore en vigueur.
2. Fragm. 1, Dig., *De legibus*, I, 3.

source BIU Cujas

« tranger naturalisé, dit la loi du 11 décembre 1849 (art. 1 « *in fine*), ne jouira du droit d'éligibilité à l'assemblée na- « tionale qu'en vertu d'une loi. » Supprimée en 1867, la distinction entre la naturalisation simple et la grande naturalisation a été rétablie en 1889 : « L'étranger naturalisé, dit « la loi du 26 juin 1889 (art. 3), n'est éligible aux assem- « blées législatives que dix ans après le décret de natura- « lisation à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le « délai pourra être réduit à une année. »

b) La loi du 12 mai 1835 (art. 1) interdit à l'avenir toute institution de majorats par décret, ce qui n'interdit pas les créations de majorats par voie législative. C'est ainsi qu'une loi des 18-21 mars 1857 a institué un majorat en faveur du maréchal Pélissier, duc de Malakoff. Dans le même ordre d'idées, plusieurs lois sont intervenues pour autoriser des titulaires de majorats à aliéner certains biens compris dans leur majorat [1]. Toutes ces lois ont un caractère individuel.

Dès lors, le seul caractère essentiel de la loi, au sens technique du mot, c'est d'être une décision émanant du pouvoir le plus élevé de l'Etat, le pouvoir législatif. Les constitutions et chartes qui se sont succédé en France depuis 1789 ont diversement organisé l'exercice de l'autorité législative. Ici, elle a été exercée par une chambre unique ; là, comme de nos jours, par deux Chambres : le Sénat et la Chambre des députés. Ici, le gouvernement a participé à l'exercice de l'autorité législative ; là, il y est resté étranger, comme il l'est aujourd'hui, sauf qu'il a le droit d'initiative concurremment avec les membres du Parlement. Un point reste toujours acquis, c'est que la loi est la règle tracée par le pouvoir législatif. Dans l'état actuel de nos institutions, on peut la définir ainsi : une disposition qui, après avoir été proposée par le Président de la République ou par un membre du Parlement, a été votée par la Chambre et par le Sénat. Possèdent ce caractère : les lois d'ordre général, directement préparées, discutées et votées par les Chambres, certains traités internationaux et certains règlements approuvés par une loi, comme les traités de paix et les tarifs de chemins de fer. Dans tous ces cas, il y a loi, car il y a une décision qui émane

1. Lois des 9 juillet 1852, 10 juin 1853 et 17 juillet 1856. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Majorat*, n° 1.

source BIU Cujas

du pouvoir le plus élevé de l'Etat, le pouvoir législatif.

De là l'autorité des lois, la plus haute qui soit : « Il n'y a pas en France d'autorité supérieure à celle de la loi », dit la constitution de 1791[1]. De là la prééminence de la loi sur toutes les autres sources du droit positif, notamment sur les ordonnances ou décrets qui émanent du gouvernement ; une loi ne peut être modifiée ou abrogée que par une autre loi, elle oblige non seulement les particuliers, mais le gouvernement. De là notamment la prééminence et l'autorité de ces lois particulièrement importantes qu'on appelle les Codes.

32. L'expression de *Code* n'a pas chez nous de signification précise. Il en a été autrement dans le droit romain, où le mot avait un sens spécial. C'était une dénomination réservée aux recueils de constitutions impériales, c'est-à-dire à une des sources du droit romain ; tel était le Code de Justinien, recueil des constitutions encore en vigueur sous ce prince. De nos jours, cette acception du mot s'est perdue; il n'a plus qu'une signification d'usage et de convention. On donne le nom de Code à quelques lois qui renferment un système de législation sur une matière déterminée. Un Code est une loi qui ne diffère des autres que par une étendue et une importance plus grandes. Officiellement, le nom de Code n'a été donné qu'à huit lois :

1° Le Code civil, premier par l'âge et par l'importance ; sa date est celle du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) ; il fut promulgué sous le Consulat.

2° Les quatre Codes de l'Empire : le Code de procédure civile (24 avril 1806), le Code de commerce (20 septembre 1807), le Code d'instruction criminelle (27 novembre 1808), le Code pénal (22 février 1810).

3° Le Code forestier (21 mars 1827), promulgué sous la Restauration.

4° Les deux Codes du second Empire : le Code de justice militaire pour l'armée de terre (4 août 1857) et le Code de justice militaire pour l'armée de mer (4 juin 1858).

Depuis quelque trente ans, il y a un neuvième Code en préparation. Le projet a fait un grand pas dans ces derniers temps, car plusieurs titres en ont été votés comme lois isolées et les autres sont à l'étude. Quand toutes les parties au-

1. Titre III, chap. 2, sect. 1, art. 3.

source BIU Cujas

ront été votées, on les réunira en un Code, qui s'appellera le Code rural[1].

Voilà les seuls Codes reconnus officiellement comme tels. On commet une inexactitude, une usurpation même, quand on donne ce nom à d'autres lois, usurpation sans gravité d'ailleurs, et que l'on peut commettre sans courir aucun risque. En fait, il existe des compilations où le nom de Code est donné à toute réunion des lois se rapportant à un même sujet; l'une de ces compilations est intitulée *Les Codes spéciaux de la législation française*[2]. Légalement, il n'y a que huit Codes, plus un qui est en préparation ; les autres ne sont que des lois, et ne doivent pas porter d'autre nom.

33. En résumé, la loi proprement dite est la règle établie par le pouvoir législatif dans les formes tracées par la loi constitutionnelle. Cette acception propre du mot loi est aujourd'hui définitivement entrée dans les habitudes du langage ; elle est d'ailleurs formellement consacrée par deux textes constitutionnels : l'article 8 de la loi du 24 février 1875, et l'article 3 de la loi du 25 février 1875.

Ainsi définie et caractérisée, la loi est distincte des ordonnances et décrets, qui émanent du pouvoir exécutif. Leur origine est différente ; leur domaine et leur autorité ne le sont pas moins. La loi seule peut modifier une loi et, à plus forte raison, l'abroger ; un décret est impuissant à le faire ; cela tient à ce que le pouvoir législatif est au-dessus du pouvoir exécutif.

1. C'est en 1876 que fut repris le projet de Code rural. Les travaux préparatoires accomplis sous le second empire en ont fourni les principaux éléments. L'exposé des motifs du 13 juillet 1876 indique la division du projet en trois livres : le premier consacré au régime du sol, le second au régime des eaux, le troisième à la police rurale. C'était déjà la division adoptée par l'ancien projet du second empire. Au lieu d'attendre que le projet fût entièrement élaboré pour le soumettre aux Chambres, on leur a présenté, sous forme de projets distincts, diverses dispositions destinées à former plus tard le Code rural. C'est ainsi que furent votées : la loi du 20 août 1881 sur les chemins ruraux, les chemins et sentiers d'exploitation, la mitoyenneté des clôtures, les plantations et le droit de passage en cas d'enclave, — la loi du 2 août 1884 sur les vices rédhibitoires, — la loi du 4 avril 1889 sur les animaux employés à l'exploitation des propriétés rurales, — la loi du 9 juillet 1889 sur le parcours, la vaine pâture, le ban de vendanges, la vente des blés en vert, le louage des domestiques et ouvriers ruraux, — la loi du 19 juillet 1889 sur le bail à colonat partiaire, — la loi du 29 juin 1890 modifiant celle du 9 juillet 1889 sur la vaine pâture, — la loi du 31 juillet 1895 modifiant celle du 2 août 1884 sur les vices rédhibitoires.

2. Bacqua de Labarthe, *Codes usuels et spéciaux de la législation française*. L'auteur a réuni sous le titre de Code de la chasse, Code des contributions,

source BIU Cujas

34. En fait, cependant, cette distinction des lois et des décrets n'a pas toujours été observée, en la forme du moins. Il existe, actuellement en vigueur, des décrets qui sont, sauf le nom, de véritables lois, qui dès lors ont pu modifier ou abroger des lois antérieures, et qui ne peuvent eux-mêmes être modifiés ou abrogés que par une loi. On les appelle quelquefois des *décrets-lois* ou *décrets-législatifs*. Il y a là une anomalie de fait et de langage, qui s'explique historiquement.

Les décrets-lois se réfèrent à quatre époques.

35. On en trouve d'abord en grand nombre dans le droit intermédiaire, depuis les premiers temps de la révolution jusqu'au Directoire, jusqu'à l'an III. Mais ces décrets-lois n'émanent pas du pouvoir exécutif ; ils émanent du pouvoir législatif régulièrement constitué et fonctionnant d'une façon normale ; si on les appelle décrets, c'est que le mot *décret*, dans l'usage courant d'alors, était pris comme synonyme du mot *loi*.

Les Etats généraux s'étant constitués en Assemblée nationale le 17 juin 1789, l'Assemblée adopta son règlement le 29 juillet ; c'est le point de départ du droit constitutionnel moderne ; ses dispositions passèrent dans le décret des 13-17 juin 1791. Or, d'après ce règlement, les motions (on dirait aujourd'hui les projets) adoptées par l'Assemblée n'acquéraient force obligatoire que par la sanction royale ; l'Assemblée décrétait, le Roi conservant le droit d'accepter le décret ou de le refuser. Les décrets de l'Assemblée ne devenaient donc des lois que par la sanction du Roi, le Roi participant ainsi d'une façon directe à l'exercice de l'autorité législative. La Constitution des 3-14 septembre 1791 reproduit les dispositions du règlement de 1789 : « Les décrets sanction-« nés par le Roi, dit-elle [1], ... ont force de loi et portent le « nom et l'intitulé de lois. » Par exception, certains décrets ont force de loi sans avoir besoin d'être sanctionnés par le Roi ; ils portent, eux aussi, le nom et l'intitulé de lois [2]. Donc les décrets de l'Assemblée, sanctionnés par le Roi ou dispensés de la sanction, étaient de véritables *lois*, au sens

Code des officiers ministériels, etc. les documents législatifs concernant la chasse, les contributions, les officiers ministériels, etc., en tout vingt-huit codes.

1. Titre III, chap. III, sect. 3, art. 6.
2. *Eod. loco*, art. 7 et 8.

source BIU Cujas

que le mot possède à l'heure actuelle ; c'est le nom qui leur est donné par la Constitution de 1791. Mais l'habitude a été prise [1] et conservée de les appeler *décrets* : ce sont des décrets-lois.

Plus tard, quand le pouvoir royal fut suspendu (10 août 1792), la sanction cessa d'être nécessaire pour que les décisions de l'Assemblée fussent obligatoires ; on continua, tout en leur reconnaissant le caractère de lois, à les nommer décrets : ce sont des décrets-lois.

Il en fut de même sous la Convention. Le jour de son installation (21 septembre 1792), elle proclama l'abolition de la royauté ; ses décrets eurent force de loi par cela seul qu'ils avaient été votés par l'Assemblée ; on les appela pourtant des décrets : ce sont des décrets-lois.

Dans l'acte constitutionnel du 24 juin 1793, qui ne fut jamais appliqué, on retrouve le nom de *loi* en opposition avec celui de *décret*. L'article 53 porte : « Le Corps législatif pro-« pose des lois et rend des décrets. » Les lois proposées par le Corps législatif doivent être soumises à l'acceptation du peuple ; les décrets valent par eux-mêmes. Les articles 54 et 55 déterminent le domaine de la loi et celui du décret : la loi comprend toutes les décisions générales touchant à l'ordre civil et criminel, les décrets sont relatifs aux actes d'administration. Ce sont des décrets-lois en ce sens qu'ils auraient pu abroger des lois antérieures.

La même année, la Convention suspendit la Constitution et inaugura sa dictature (19 vendémiaire an II, 10 octobre 1793) ; à partir de ce moment, il n'y eut plus que des décrets, faits par la Convention : ce sont des décrets-lois.

La démarcation entre le pouvoir législatif qui peut faire des lois et le pouvoir exécutif qui ne peut faire que des décrets relatifs à l'exécution des lois n'apparaît nette et désormais respectée qu'avec la Constitution directoriale du 5 fructidor an III. L'autorité législative est confiée à deux Conseils, celui des Anciens et celui des Cinq-Cents. L'autorité exécutive est déléguée à un Directoire de cinq membres, nommé

1. Il est facile de comprendre pourquoi cette habitude a prévalu. La sanction royale était un complément du décret, mais un complément d'une importance secondaire, puisqu'il n'était pas indispensable dans tous les cas et puisque le *veto* du Roi, quand il pouvait intervenir, n'était que suspensif. Le décret de l'Assemblée était la chose essentielle et c'est pourquoi les lois furent appelées communément des décrets.

source BIU Cujas

par les Conseils ; il fait des arrêtés réglementaires, c'est-à-dire ce que nous nommons aujourd'hui des décrets ; il ne peut les faire que d'après les lois et pour en assurer l'exécution (art. 144). Voilà le domaine du décret.

La Constitution consulaire du 22 frimaire an VIII confirme et précise cette distinction. La loi ne peut être faite que par la collaboration du Gouvernement, du Corps législatif, du Tribunat et du Sénat. Le Gouvernement à lui seul ne peut faire que des arrêtés, qui s'appelleront plus tard des décrets impériaux, pour assurer l'exécution de la loi (art. 44). Le principe était passé dans les habitudes constitutionnelles ; il a été reproduit et confirmé depuis lors, par toutes les constitutions [1].

Voilà une première série de décrets-lois. Les décrets de la Constituante, de la Législative et de la Convention sont des lois, malgré le nom qu'ils portent ; ils ont pu modifier ou abroger des lois, ils ne peuvent être modifiés ou abrogés que par des lois et sont interprétés souverainement par l'autorité judiciaire.

36. Depuis l'époque révolutionnaire et à trois reprises différentes, le même fait s'est reproduit, non plus comme conséquence de dispositions constitutionnelles, mais par suite de circonstances politiques : en 1848, en 1851-52 et en 1870-71.

En 1848 d'abord : du 24 février au 4 mai, date de la réunion de l'Assemblée nationale constituante. Par la révolution de février, la Charte de 1830 s'était trouvée sinon abrogée au moins abolie ; la plénitude des attributions souveraines fut concentrée aux mains du Gouvernement provisoire. Les actes de ce Gouvernement sont des décrets-lois, ayant la même autorité que la loi, c'est-à-dire qu'ils ont pu abroger des lois antérieures, ne peuvent eux-mêmes être abrogés que par des lois et sont interprétés souverainement par l'autorité judiciaire. Il en est qui ont une importance législative de premier ordre, entre autres les décrets du 27 avril 1848, qui ont aboli l'esclavage dans les colonies françaises.

La situation a duré jusqu'au 4 mai ; elle s'est même pro-

1. Charte de 1814, art. 14 à 18 ; charte de 1830, art. 13 à 16 ; Constitution de 1852, art. 6. La Constitution de 1848 ne reproduit pas l'idée d'une manière expresse, mais la consacre implicitement dans l'article 49. Il faut en dire autant des lois constitutionnelles de 1875 (Loi du 25 février, art. 3).

BIBLIOTHÈQUE de DROIT & SCIENCES ÉCONOMIQUES

source BIU Cujas

longée après cette date, jusqu'à la mise en vigueur de la Constitution du 4 novembre 1848. Les décisions de l'Assemblée nationale constituante continuèrent à s'appeler des décrets, et c'est seulement après la réunion de l'Assemblée législative (28 mai 1849) que les lois proprement dites reparurent.

En 1851-52 : du 2 décembre 1851 jusqu'à la mise à exécution de la Constitution du 14 janvier 1852, c'est-à-dire jusqu'au 29 mars 1852. Les décrets rendus dans cette période émanent d'une dictature et non d'un pouvoir régulier ; mais les pouvoirs réguliers avaient disparu : le prince-président possédait, en fait, la plénitude des attributions souveraines, et put faire par des décrets ce qu'en temps normal la loi seule eût pu faire. Ce sont encore des décrets-lois. D'ailleurs la situation fut régularisée dans la suite. La Constitution du 14 janvier 1852 porte dans son article 58 : « Les décrets rendus par le « Président de la République à partir du 2 décembre jusqu'à « cette époque auront force de loi. »

En 1870-71 : du 4 septembre 1870, date de la chute du second Empire, au 12 février 1871, date de la réunion de l'Assemblée nationale. Le Gouvernement de la Défense nationale et la Délégation de Tours se trouvaient investis à la fois des deux autorités législative et exécutive. Leurs décisions sont des décrets-lois. Il s'est cependant présenté une difficulté après le rétablissement des pouvoirs réguliers. Le nom que s'était donné le Gouvernement de la Défense nationale lui conférait une mission spéciale. Tous les décrets se rattachant directement ou indirectement à la défense nationale ont été admis sans conteste comme décrets-lois ; mais devait-il en être de même des décrets rendus sur les matières législatives ordinaires ? Il en est, et qui sont des plus graves. Certains ont modifié des dispositions du Code civil, notamment l'article 1er en matière de promulgation des lois ; d'autres ont modifié des dispositions du Code pénal[1]. Ces décrets ont-ils force de loi ? La question fut soulevée à l'Assemblée nationale ; un rapport fut fait, déposé le 24 février 1872, et aucune solution précise n'intervint. On décida qu'un départ serait ultérieurement établi entre les décrets maintenus et

1. Décret du Gouvernement de la Défense nationale du 27 novembre 1870, supprimant la limite que la loi du 13 mai 1863 avait fixée au pouvoir d'atténuation du juge en matière correctionnelle.

source BIU Cujas

les décrets écartés ; mais il ne l'a pas été : malgré les indécisions de la première heure [1], tous les décrets ont été considérés, en fait, comme ayant force de loi.

Ainsi, voilà quatre époques pendant lesquelles, à raison des circonstances, les décrets rendus valent loi ; ce sont des décrets-lois. Ils ont pu modifier ou abroger des lois précédentes, ils ne peuvent être modifiés ou abrogés que par une loi, ils ne peuvent être interprétés et appliqués, en cas de contestation, que par l'autorité judiciaire.

37. A propos des décrets-lois ou décrets législatifs, une difficulté s'est élevée dans la pratique. Elle ne concerne pas les décrets rendus de 1789 à l'an III ; ceux-là sont bien des lois, au sens précis du mot, et, si on leur donne le nom de décrets, cela tient aux habitudes de langage signalées plus haut. La difficulté ne concerne que les décrets rendus en 1848, en 1851-52 et en 1870-71. Voici en quoi elle consiste. Il est certain que ces décrets ont pu modifier ou abroger des lois antérieures ; les autorités dont ils émanent se trouvaient investies de la plénitude des attributions souveraines, notamment du pouvoir législatif. Mais tous les décrets rendus pendant les périodes signalées sont-ils des décrets-lois, en ce sens qu'ils ne puissent être eux-mêmes modifiés que par des lois et interprétés que par l'autorité judiciaire ? Aucun doute n'existe pour ceux d'entre eux qui ont statué sur des matières législatives, c'est-à-dire sur des matières qui, sans les circonstances, n'auraient pu être réglées que par une loi ; mais en est-il de même pour ceux qui ont statué sur des matières réglementaires, c'est-à-dire sur des matières qui auraient pu faire l'objet de décrets, si les circonstances avaient été régulières ? En d'autres termes, de ce que les autorités exécutives ont pu, aux époques indiquées, statuer en matière législative, faut-il conclure que toutes les décisions prises par ces autorités se sont trouvées avoir le caractère de lois, même celles qui rentraient dans l'ordre exécutif ?

La question est délicate, car, si la distinction entre les matières législatives et réglementaires, entre les domaines de la loi et du décret, est formelle en doctrine, elle l'est moins en fait. La question a été soulevée en 1885. Un décret du 6 décembre 1851 avait affecté le Panthéon au culte catholique ;

1. Voy. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Lois*, n° 14.

source BIU Cujas

par sa date, ce décret remonte à la période dictatoriale qui a suivi le coup d'Etat, période où ont été rendus des décrets-lois. En 1885, un décret du 26 mai a désaffecté le Panthéon ; par sa date, ce décret se place à une époque où, la situation étant normale, un décret ne peut être qu'un décret simple. Un décret simple, comme celui de 1885, a-t-il pu abroger un décret rendu le 6 décembre 1851 ? Pour soutenir la négative, on a invoqué l'article 58 de la Constitution de 1852 : « Les dé-« crets rendus par le président de la République à partir du « 2 décembre ...auront force de loi. » Le texte est général et vise, a-t-on dit, tous les décrets rendus pendant la période dictatoriale ; d'où cette conséquence que le décret du 6 décembre 1851 est un décret-loi, ne pouvant être modifié que par une loi.

L'affaire aurait pu être déférée au Conseil d'Etat, car, si le décret de 1885 était irrégulier, il constituait un excès de pouvoir et le Conseil d'Etat a compétence pour statuer à cet égard. Elle ne l'a pas été, mais elle a fait l'objet d'une interpellation dans chacune des Chambres [1]. Toutes deux ont implicitement reconnu la constitutionnalité du décret de 1885, ce qui revient à dire que le décret du 6 décembre 1851 n'est qu'un décret simple, et que par conséquent tous les décrets rendus pendant la période dictatoriale ne sont pas des décrets législatifs. Le ministre dont la thèse a été approuvée l'avait ainsi exposée : « Nous donnons le titre de décret-loi à un « décret qui statue en matière législative, et nous donnons « seulement le titre de décret à celui qui statue en matière « administrative [2]. » Or le décret de 1851 avait statué sur une question qui avait été antérieurement réglée par l'autorité exécutive : il abrogeait une ordonnance antérieure du 26 août 1830 ; donc il ne s'agissait pas d'une matière législative, mais simplement réglementaire.

La solution qui a prévalu devant les Chambres paraît légitime. En effet, si le Gouvernement, aux trois époques indiquées, s'est trouvé investi de l'autorité législative, il n'en avait pas moins l'autorité exécutive, et alors il y aurait excès à regar-

1. Chambre des députés, séance du 28 mai 1885 (*Débats parlementaires de la Chambre*, année 1885, p. 923 à 931) ; — Sénat, séance du 20 mai 1885 (*Débats parlementaires du Sénat*, année 1885, p. 617 à 625).

2. Réponse de M. Goblet à l'interpellation du baron de Ravignan au Sénat, *loc. cit.*, p. 621.

source BIU Cujas

der comme des décrets législatifs ceux de ses actes qui sont intervenus en matière réglementaire. Sans doute il a été rendu des décrets législatifs en 1848, en 1851-52, en 1870-71 ; mais tous les décrets rendus à ces trois époques n'ont pas ce caractère. Il n'appartient qu'à ceux qui ont statué sur des matières qu'une loi seule aurait pu régler si l'on avait été dans d'autres circonstances, qui ont statué en matière législative et non en matière simplement administrative. On ne peut vraiment pas soutenir que les matières administratives sont devenues législatives en 1848, en 1851-52, en 1870-71, et qu'il faut désormais soumettre aux Chambres toutes les questions sur lesquelles, à ces trois époques, il est intervenu des décrets.

38. Pour en finir avec la loi, envisagée comme source du droit écrit actuel, il convient d'ajouter une dernière remarque : c'est qu'il existe, au moins dans la pratique française, plusieurs sortes de lois. Toute loi est obligatoire par là même qu'elle émane de l'autorité législative, la plus haute qui soit : obligatoire pour le Gouvernement, chargé de pourvoir à l'exécution des lois, pour les juges qui appliquent les lois en cas de contestation, pour les particuliers qui doivent obéissance aux lois. Toutes les lois ont cette autorité ; mais il en est, au moins en France, qui ont une autorité particulière et plus grande : les lois constitutionnelles, qui doivent être distinguées des lois organiques et des lois ordinaires ou simples.

Les lois constitutionnelles sont celles qui règlent le régime politique de l'État, la forme du gouvernement, les attributions des dépositaires du pouvoir, en un mot la constitution de l'Etat. Le mot Constitution exprime à la fois la forme de l'Etat et l'acte qui la fixe. Cet acte, c'est la Constitution ; on l'a appelé quelquefois la Charte ; à l'heure actuelle, ce sont les lois constitutionnelles de 1875, de 1879 et de 1884. Les lois organiques sont encore des lois d'ordre politique ; elles ont pour objet de régler le mode d'action de l'Etat, dont la forme est établie par les lois constitutionnelles ; elles ne fondent pas l'Etat, elles l'organisent. Enfin, les lois ordinaires ou simples, sont celles qui règlent tous les autres points rentrant dans le domaine législatif.

Il y a des pays voisins du nôtre qui ne font pas cette distinction. Les lois constitutionnelles, organiques et simples y sont différentes par leur objet, mais elles émanent également du pouvoir législatif, qui les élabore, les modifie ou les

source BIU Cujas

abroge de la même manière. Ainsi pour l'Angleterre. Dans les pays démocratiques, où les entraînements sont plus à craindre, on a généralement senti la nécessité de donner aux lois constitutionnelles, qui sont fondamentales, une autorité supérieure, de leur assurer une stabilité plus grande. Il n'est bon ni pour l'individu ni pour l'Etat de trop tourmenter sa constitution ; on ne fonde pas tous les jours ; il faut donner un temps au développement et à la vie. Or on peut arriver à donner à certaines lois une stabilité plus grande de deux manières, et les deux procédés ont été successivement employés en France.

Pendant longtemps, on a distingué le pouvoir constituant et le pouvoir simplement législatif. Le pouvoir constituant est celui qui a mission spéciale d'établir et de modifier la Constitution ; en 1789, en 1848, en 1871 [1], on a nommé des assemblées constituantes, ayant mission spéciale de faire une Constitution. Le pouvoir simplement législatif, qui remplit en quelque sorte les intervalles, élabore les lois organiques et les lois ordinaires ; mais il ne peut pas toucher au pacte fondamental, qui émane d'une autorité plus haute, et ne peut être modifié que par une nouvelle assemblée constituante. De sorte qu'une disposition change de caractère en passant de la Constitution dans la loi ordinaire ou réciproquement. Dans la Constitution, elle oblige le pouvoir législatif ; dans la loi, elle peut être modifiée par le pouvoir législatif : elle ne lie que le pouvoir exécutif, les juges et les particuliers [2].

Les lois constitutionnelles de 1875 ont abandonné ce système. Il avait en effet deux inconvénients. D'une part, il ren-

1. Sur la question de savoir si l'Assemblée nationale de 1871 avait le pouvoir constituant, voy. Lefebvre, *Les origines et l'esprit de la Constitution de* 1875, p. 2, — Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 432-434.

2. Une règle de droit peut être déconstitutionnalisée par décision expresse de l'autorité compétente. C'est ce qui s'est produit, en 1884, pour certaines règles relatives à l'élection des sénateurs (Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 696). D'autre part, il est admis que certaines règles inscrites dans une constitution peuvent survivre à cette constitution en gardant le caractère de règles législatives ordinaires. Les dispositions insérées dans une constitution lui survivent lorsqu'elles sont constitutionnelles seulement par la forme et ne le sont pas naturellement par leur objet ; mais, redevenues simples lois, elles peuvent être modifiées par le législateur ordinaire. C'est la doctrine admise en ce qui concerne : 1° l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, relatif à la responsabilité des fonctionnaires publics, — 2° les articles 2 à 5 de la même Constitution, relatifs à l'acquisition et à la perte de la qualité de citoyen, — 3° l'article 5 de la Constitution de 1848, portant que la peine de mort est abolie en matière politique. Voy. Esmein, *op. laud.*, p. 409 et 410.

source BIU Cujas

dait parfois trop difficiles les modifications que le temps peut rendre nécessaire d'apporter à la Constitution. C'est une grave entreprise que de réunir une constituante ; reculant à le faire, on retarde trop les réformes, ce qui peut être dangereux. D'autre part, le domaine de la loi constitutionnelle et celui des lois simples n'a pas une précision qui s'impose. Dans les Constitutions françaises de 1791, de 1793 et de l'an III, on avait inséré une foule de règles qui ne concernent pas à proprement parler le régime politique ; une fois ces règles placées dans la Constitution, il devint presque impossible de les modifier et ce fut une source d'embarras graves. On s'est efforcé de nos jours de remédier à ces inconvénients révélés par l'expérience, sans cependant effacer la distinction des lois constitutionnelles et ordinaires. On s'est arrêté aux deux idées suivantes.

D'abord il convient de restreindre dans les limites les plus étroites le domaine des lois constitutionnelles. Doivent seules être considérées comme ayant ce caractère celles qui ont trait au régime politique proprement dit, à la forme et aux attributions du gouvernement; tout le reste appartient à la loi, organique ou simple. C'est ainsi que la loi de revision de 1884 a détaché de la Constitution et fait rentrer dans la loi simple tout ce qui a trait à l'élection des sénateurs ; elle a, en d'autres termes, déconstitutionnalisé la loi électorale du Sénat. En second lieu, si on distingue toujours les lois constitutionnelles des lois ordinaires, on ne distingue plus le pouvoir constituant du pouvoir simplement législatif. C'est le pouvoir législatif ordinaire qui est compétent pour reviser le pacte fondamental, comme pour modifier les lois ordinaires. Seulement le mode de procéder n'est pas le même dans les deux cas ; une procédure spéciale est tracée pour la revision de la Constitution, et c'est la nécessité d'y recourir qui donne à la loi constitutionnelle une autorité plus grande, une stabilité mieux assurée. La distinction est maintenue ; elle ne se produit pas sous la même forme que précédemment. La loi constitutionnelle du 25 février 1875, dans son article 8, règle comment les Chambres, sans qu'il soit besoin de recourir à une assemblée constituante, peuvent reviser la Constitution. Il faut un vote préalable et séparé des deux Chambres, déclarant qu'il y a lieu de reviser les lois constitutionnelles ; les deux Chambres alors se réunissent en

source BIU Cujas

Assemblée nationale, et cette Assemblée possède l'autorité constituante. La différence entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires existe toujours ; elle est cependant moins grande qu'à d'autres époques.

39. Une question souvent agitée est celle de savoir ce qu'il adviendrait d'une loi qui serait inconstitutionnelle. Quelle est l'autorité compétente pour déclarer l'inconstitutionnalité?

Le pouvoir judiciaire n'a pas qualité pour juger la loi elle-même, car elle émane d'un pouvoir dont l'autorité est supérieure à celle des tribunaux. Mais ceux-ci n'ont-ils pas au moins le droit d'examiner si l'acte qu'on leur demande d'appliquer est bien une loi, ce qui suppose qu'il émane d'un pouvoir compétent, agissant dans la limite de ses attributions ? Théoriquement, la loi inconstitutionnelle est nulle. Cependant l'opinion commune est que, dès qu'une loi a été portée dans les formes constitutionnelles, elle est obligatoire pour le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire et les particuliers. Aucune disposition, en effet, n'autorise le juge à ne pas l'appliquer. Dans notre organisation politique, le pouvoir législatif est indépendant du pouvoir judiciaire ; par cela seul que la Constitution n'accorde pas aux tribunaux le droit de statuer sur la constitutionnalité des lois, elle le leur refuse [1].

Il en est autrement dans quelques pays. Aux Etats-Unis, la Constitution donne à la haute cour fédérale le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois [2]. Peut-être y a-t-il là une précieuse garantie de liberté civile qui n'existe pas chez nous ; mais la Constitution américaine confère au pouvoir judiciaire une attribution qui ne cadre pas avec l'organisation et la mission générale qu'a ce pouvoir chez nous [3].

1. Laurent, *Principes de droit civil*, I, p. 67 ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Lois*, n°s 475 et 527.

2. Constitution du 17 septembre 1787, article III, section 2.

3. En France, sous le régime de la Constitution de l'an VIII, le Sénat conservateur avait un certain pouvoir de prononcer l'inconstitutionnalité des lois : les projets votés par le corps législatif n'étaient promulgués qu'après un délai de dix jours, pendant lequel ils pouvaient être déférés au Sénat par le Tribunat et par le Gouvernement et annulés par le Sénat comme inconstitutionnels (art. 21 et 37). Le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII (18 mai 1804) donna même au Sénat le droit de prononcer d'office l'annulation pour cette cause (art. 70). Quoi qu'il en soit, le droit du Sénat ne concernait pas les lois mais les projets votés et non encore promulgués : « Le recours n'a pas lieu contre les lois promulguées », dit l'article 37 de la Constitution. L'analogie est donc lointaine entre le système de l'an VIII et celui des Américains. Le système de l'an VIII a été reproduit, dans ses traits essentiels, par la Constitution du 14 janvier 1852 (art. 26).

source BIU Cujas

40. 2° *Les ordonnances et décrets.* — Ce sont les actes émanant du pouvoir exécutif, par opposition à la loi, qui émane du pouvoir législatif. Entre les ordonnances et les décrets, il n'y a qu'une différence d'époque. Les actes du pouvoir exécutif se sont appelés *ordonnances* sous les régimes monarchiques, de 1814 à 1848, en souvenir des ordonnances royaux de l'ancienne France ; ils se sont appelés *décrets* sous les deux Empires, sous la République de 1848, et portent aujourd'hui le même nom.

Lois et décrets n'ont donc pas la même origine. Une autre différence les sépare : ils n'ont pas la même autorité. La loi, émanant du pouvoir le plus élevé qui soit, lie le pouvoir exécutif, de sorte qu'un décret ne peut modifier ni abroger une loi ; le décret, n'étant qu'un acte du gouvernement, ne lie pas le pouvoir exécutif ; il oblige seulement les corps administratifs, les corps judiciaires et les particuliers.

Une troisième différence consiste en ce que les décrets ne peuvent être interprétés, au cas de contestation, que par l'autorité administrative ; c'est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. La loi, au contraire, est interprétée par l'autorité judiciaire [1].

41. La différence est donc grande entre les lois et les décrets. La question se pose alors de savoir ce qui peut être réglé par un décret, ce qui doit l'être par une loi, quelles matières sont du domaine de la loi ou du décret. Déjà rencontrée à propos des lois, la question trouve ici sa place naturelle.

Théoriquement, l'idée est simple. Les lois sont des règles abstraites, générales ; la loi intervient et peut seulement intervenir dans les matières qui comportent la fixité d'une législation stable, permanente, embrassant tous les cas : ce n'est pas trop alors de mettre en mouvement la machine législative. Le décret a un rôle moins élevé. Il émane du pouvoir exécutif, qui est chargé d'assurer l'application des lois en réglant les détails d'exécution. Son importance est donc secondaire ; ses dispositions ont moins de stabilité, de permanence ;

1. Il existe une exception importante au principe que les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître des actes du gouvernement. Elle concerne : 1° les règlements d'administration publique, ou règlements faits en Conseil d'Etat et en vertu d'une délégation spéciale du législateur, — 2° les actes dits réglementaires qui contiennent des dispositions générales pourvues d'une sanction pénale. Voy. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., I, p. 480.

source BIU Cujas

l'application peut être variable selon les temps ou les lieux : on peut se contenter de formes moins solennelles, plus rapides, et l'intervention du seul pouvoir exécutif suffit[1]. Mais ce n'est là qu'une idée générale, qui ne suffit pas à résoudre la question avec la précision nécessaire au point de vue pratique. En fait, la démarcation ne peut être tracée d'une manière rigoureuse. Voici quelles sont à cet égard les idées reçues.

Les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ont des attributions distinctes : le pouvoir législatif fait la loi, le pouvoir exécutif la fait exécuter, le pouvoir judiciaire l'applique en cas d'infraction ou de contestation. Il en résulte que le pouvoir exécutif a seulement un *pouvoir réglementaire* (l'expression est technique) et, par suite, que les ordonnances et décrets ont seulement pour objet d'assurer l'exécution des lois. Ils réglementent les détails d'exécution ; ils prennent les mesures propres à assurer l'exécution des lois ; mais ils ne peuvent ni établir des règles nouvelles, ce qui serait légiférer, ni, à plus forte raison, abroger une loi ou y déroger.

Les lois constitutionnelles ont à plusieurs reprises consacré formellement ces idées. A la distinction des domaines de la loi et du décret se rattache un fait considérable de l'histoire contemporaine, à la suite duquel elle a été mieux précisée. Dans la Charte de 1814, il y avait un article ambigu, l'article 14, qui donnait au roi le droit de faire « les règlements « et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la « sûreté de l'Etat ». La Constitution de l'an VIII s'était exprimée autrement dans son article 44 : « Le Gouvernement fait les « règlements nécessaires pour assurer l'exécution des lois. » La Charte de 1814 différait donc de la Constitution précédente par ces mots : *et la sûreté de l'Etat*. C'est en se fondant sur eux que Charles X prétendit avoir le droit de déroger aux lois par des ordonnances quand la sûreté de l'Etat lui semblait y être engagée. Il fit paraître les ordonnances de juillet, qui furent le signal de la révolution de 1830. De fait, une pareille interprétation effaçait la distinction entre la loi et le décret. Aussi la Charte de 1830 fut rédigée d'une façon plus précise ; l'article 13 donna au roi le droit de faire « les règle- « ments ou ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, « sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes, ni dis-

1. Voy. Valbert, *Une défaite de la démocratie autoritaire à Genève*, dans la *Revue des Deux-Mondes* du 1er novembre 1878, p. 222.

source BIU Cujas

« penser de leur exécution ». Tel est le principe en cette matière ; il a été reproduit dans les constitutions ultérieures (Constitution de 1848, art. 49, Constitution de 1852, art. 6) et maintenu par la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : « Le Président de la République, dit l'article 3,.... surveille « et assure l'exécution des lois. » Voilà le domaine du décret.

42. Cette démarcation est regardée comme essentielle à la liberté politique ; c'est elle en réalité qui sépare les gouvernements libres des despotiques. Là où le pouvoir exécutif peut légiférer sous forme de décret, en dehors des représentants du pays, le pays n'est plus maître de lui-même. En fait, il est nécessaire d'ajouter que la démarcation n'a pas toujours été respectée. Outre qu'il peut y avoir des cas où la question de limite est discutable, il y a eu des cas d'abus certains, dans lesquels des ordonnances ou décrets ont empiété sur le domaine de la loi. Il en a été ainsi notamment sous le premier Empire. Certains décrets de cette époque seront cités plus loin, qui ont statué, sans conteste possible, sur des matières législatives, traitées dans les premiers articles du Code civil. Aussi des doutes se sont élevés à plusieurs reprises dans la pratique sur la constitutionnalité de ces décrets, sur la question de savoir si les décrets sont obligatoires quand ils ont été rendus en dehors de la limite constitutionnelle du pouvoir réglementaire. Voici quelles sont à cet égard les solutions admises.

Sous le Consulat et le premier Empire, c'est-à-dire sous le régime de la Constitution de l'an VIII, le Sénat était la seule autorité compétente pour annuler les décrets comme inconstitutionnels (art. 21 de la Constitution). Il n'usa jamais de ce droit. Cependant, plusieurs décrets impériaux avaient notoirement empiété sur le domaine de la loi. Tant que dura l'Empire, ces décrets furent, sans objection, appliqués comme lois de l'État. Après la chute de l'Empire, on essaya de contester leur force obligatoire ; mais une jurisprudence constante la leur conserva, se fondant sur l'article 21 de la Constitution. Ces décrets sont obligatoires, dit la jurisprudence, puisqu'ils n'ont pas été annulés par l'autorité compétente [1].

Sous l'empire des Chartes de 1814 et de 1830, aucune autorité n'était chargée de statuer sur le sort des ordonnances

1. Voy. les décisions citées dans Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édition, I, p. 8, notes 5 et 6.

source BIU Cujas

susceptibles d'être attaquées comme inconstitutionnelles. D'où l'on conclut que le pouvoir d'en apprécier la constitutionnalité et la force obligatoire est abandonné aux tribunaux. A plusieurs reprises les tribunaux, plus indépendants que le Sénat de l'Empire, ont fait usage de ce pouvoir[1].

Sous le second Empire, de même que sous le régime de la Constitution de l'an VIII, c'est au Sénat seul qu'il appartient de dire si un décret est intervenu dans les limites du pouvoir réglementaire, ou s'il empiète sur le domaine de la loi ; le Sénat peut être saisi de la question par le gouvernement, et même par les particuliers au moyen de pétitions (Constitution de 1852, art. 29). Dès lors, tout décret non annulé reste obligatoire.

Les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent rien d'analogue. C'est donc au pouvoir judiciaire qu'il appartient d'apprécier la constitutionnalité des décrets. Chargé d'interpréter et d'appliquer la règle obligatoire, le juge doit d'abord examiner s'il y a règle obligatoire, se demander si l'acte à appliquer réunit les conditions exigées pour avoir constitutionnellement le caractère d'acte obligatoire. Si les tribunaux n'ont pas le même droit relativement aux lois qui auraient empiété sur le domaine constitutionnel, c'est parce que le pouvoir législatif est placé au-dessus du pouvoir judiciaire ; entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, la situation est plus égale, et alors le pouvoir judiciaire ne doit obéissance au pouvoir exécutif que dans la limite des attributions de celui-ci.

43. 3° *Quelques sénatus-consultes.* — C'est une source tarie, qui se réfère à des époques closes. Comme leur nom l'indique, les sénatus-consultes sont des actes émanés du Sénat seul, c'est-à-dire d'un corps qui ne possède pas l'autorité législative, mais concourt seulement à l'exercice de cette autorité. Par suite, ils n'ont compétence ni quant aux matières législatives, qui sont du domaine de la loi, ni quant aux matières réglementaires, ni, à plus forte raison, quant aux matières constitutionnelles. Leur domaine est tout spécial.

On les rencontre dans le droit moderne sous les deux Empires. Les constitutions de ces deux régimes ont établi comme rouage du pouvoir législatif un Sénat ayant certaines attributions propres et pouvant voter seul des résolutions obli-

1. Voy. les décisions citées dans Aubry et Rau, I, p. 8, note 8.

source BIU Cujas

gatoires. Il y a bien un Sénat aujourd'hui, mais il n'a pas de pouvoir propre ; il est un des organes du pouvoir législatif ; seul, il ne peut voter des dispositions obligatoires : il ne peut donc émettre de sénatus-consultes.

Sous le premier Empire, les matières sur lesquelles le Sénat était appelé à rendre seul des dispositions obligatoires étaient prévues par l'article 54 dusénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802). Ces matières étaient presque exclusivement politiques ; aussi les sénatus-consultes de cette époque ont presque tous cessé d'être en vigueur.

Sous le second Empire, ces matières étaient déterminées par l'article 27 de la Constitution du 14 janvier 1852. « Le « Sénat règle par un sénatus-consulte : 1° la constitution des « colonies et de l'Algérie ; 2° tout ce qui n'a pas été prévu par « la Constitution et qui est nécessaire à sa marche ; 3° le sens « des articles de la Constitution qui donnent lieu à différentes « interprétations. » Il y avait là le germe d'attributions nombreuses. En les exerçant, le Sénat statua quelquefois sur des matières législatives et même constitutionnelles. Ce fut le cas notamment pour les sénatus-consultes des 8 septembre 1869 et 20 avril 1870, qui achevèrent l'évolution du second Empire vers le régime parlementaire et créèrent ce qu'on appelle communément l'Empire libéral.

Finalement il existe peu de sénatus-consultes encore en vigueur. La plupart de ceux qui ont été votés étaient des actes politiques, disparus avec le régime qui les a vu apparaître. Ils doivent cependant être mentionnés parmi les sources modernes du droit positif.

44. 4° *Des avis du Conseil d'Etat.* — Ils ont une importance très supérieure à celle des sénatus-consultes.

Les attributions du Conseil d'Etat ont subi bien des variations. Nous n'avons à parler ici que d'une de ces attributions, qu'il a eue pendant un temps limité et qu'il n'a plus aujourd'hui : celle d'émettre des avis obligatoires. Le Conseil d'Etat a eu sous le Consulat, sous le premier Empire et pendant une partie de la Restauration, le pouvoir d'interpréter les lois, de fixer le sens des textes en cas de doute. Il le faisait précisément au moyen d'avis. Il y a deux sortes d'avis, qui n'ont pas la même autorité : les avis sur renvoi administratif, et les avis sur référé judiciaire.

Le pouvoir dont il s'agit date, pour le Conseil d'Etat, de la

source BIU Cujas

Constitution du 22 frimaire an VIII ; mais elle ne le lui conférait que dans des termes équivoques. L'article 52 disait : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé « de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Or, dit-on, fixer le sens douteux des lois, les interpréter, c'est résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Ce n'était pas bien net ; mais deux documents législatifs postérieurs vinrent préciser les pouvoirs du Conseil à cet égard.

45. *a*) D'abord le règlement ou décret du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799) sur l'organisation du Conseil d'Etat : « Le Conseil d'Etat, dit l'article 11, développe le sens des « lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls des « questions qui leur ont été présentées. » C'est le droit d'interprétation par voie d'autorité législative. En présence d'une loi obscure, le Conseil d'Etat, sur la demande des Consuls, en fixe le sens et détermine comment elle devra désormais être appliquée. Les avis qui interviennent de la sorte sont les *avis sur renvoi des Consuls* ; ils doivent être soumis à l'approbation du premier Consul, et, à la suite de cette approbation, sont censés faire partie des lois.

On peut s'étonner qu'une pareille disposition ait pu être introduite par un décret ; c'est manifestement contraire à la démarcation établie entre les domaines de la loi et du décret. Conférer à un corps une telle attribution, ce n'est pas seulement assurer l'exécution de la loi, c'est la faire, et c'est presque faire une loi constitutionnelle. Mais on était au début d'une époque où les principes étaient plus volontiers proclamés qu'obéis. Il y eut bien quelques doutes sur la constitutionnalité du décret du 5 nivôse an VIII, quelques résistances même ; finalement, on observa qu'il n'avait pas été attaqué comme inconstitutionnel, et il fut appliqué [1]. Un grand nombre d'avis sont intervenus qui ont l'autorité des lois, et dont plusieurs concernent l'interprétation du Code civil. Ils doivent être considérés comme faisant corps avec le Code [2] et sont par conséquent des sources du droit positif.

Le pouvoir pour le Conseil d'Etat de rendre ces avis tenait à l'organisation politique de l'Empire. Aussi fut-il contesté

1. Cass., 19 octobre 1808 (Sirey, 1809, p. 46).
2. Aubry et Rau, I, p. 10.

source BIU Cujas

sous la Restauration. Dès le début de ce régime, on soutint avec grande apparence de raison que la Charte de 1814 avait virtuellement enlevé au Conseil d'Etat les attributions résultant pour lui de l'organisation d'un régime disparu. La question resta d'abord indécise, puis le Conseil d'Etat lui-même reconnut, par un avis du 17 décembre 1823 [1], qu'il n'avait plus le droit d'interprétation législative, mais seulement le droit d'interprétation judiciaire, à lui conféré par la loi du 16 septembre 1807 dont il sera parlé plus loin.

Finalement, il n'y a d'avis valant vraiment loi que du 5 nivôse an VIII jusqu'à la chute de l'Empire.

46. *b*) Le second document annoncé est la loi du 16 septembre 1807, dont l'article 2 confère au Conseil d'Etat la mission d'interpréter les lois incidemment à une instance judiciaire, en cas de conflit entre la Cour de cassation et les autres tribunaux. C'est le droit d'interprétation judiciaire, qui s'exerce dans l'hypothèse suivante. Le Conseil d'Etat intervient quand, dans la même affaire, la Cour de cassation annule deux arrêts ou jugements rendus en dernier ressort. Le référé au Conseil est obligatoire. Dans ce cas encore, le Conseil d'Etat rend des avis obligatoires ; mais, à l'inverse des avis valant loi, ils ne sont obligatoires que dans l'affaire à propos de laquelle ils ont été donnés.

Il convient toutefois de remarquer qu'on n'a pas toujours observé la distinction entre les avis émis en vertu du décret de l'an VIII et en vertu de la loi de 1807. Plusieurs avis rendus sous la Restauration sont cités comme valant loi, ce qui est une erreur ; ce ne sont que des documents de jurisprudence, aucun avis valant loi n'ayant été rendu depuis la chute de l'Empire. L'erreur a été commise notamment à propos de l'avis du 24 février 1817, relatif à l'article premier du Code civil. Ce n'est pas un avis donné à la demande du gouvernement, mais un avis sur référé obligatoire ; or ces avis n'ont pas force de loi.

Le droit de donner des avis sur référé obligatoire, en vertu de la loi du 16 septembre 1807, survécut au droit d'avis accordé au Conseil d'Etat par le décret du 5 nivôse an VIII. En 1823, par l'avis déjà cité du 17 décembre, le Conseil d'Etat reconnut qu'il avait encore le droit d'avis conféré en 1807,

1. L'avis du 17 décembre 1823 est le premier qu'ait rendu le Conseil d'Etat depuis la chute de l'Empire.

source BIU Cujas

mais qu'il n'avait que celui-là. Il le conserva jusqu'à la loi du 30 juillet 1828, qui le lui retira pour le transférer au pouvoir législatif. Le transfert était rationnel, car c'est à celui qui fait la loi qu'il appartient d'en fixer le sens, en cas de doute, d'une manière obligatoire pour le juge, et cela non seulement d'une façon générale, mais même en vue d'un procès spécial. Les romains exprimaient déjà cette idée dans l'adage *Ejus est interpretari legem cujus est condere* [1].

47. En résumé, il existe deux sortes d'avis du Conseil d'Etat:

1° Des avis sur renvoi du gouvernement, en vertu du décret du 5 nivôse an VIII. Ce sont des actes d'interprétation législative ; ils ont la même autorité que les lois : donc ils rentrent dans les sources du droit écrit. Le pouvoir de les émettre tenait à l'organisation politique de l'Empire ; il a cessé avec la Restauration en 1814. Il n'y a donc eu des avis de cette sorte que depuis l'an VIII jusqu'en 1814.

2° Des avis sur référé judiciaire. Ce sont encore des actes d'interprétation, mais d'interprétation judiciaire, intervenant pour mettre fin à un conflit survenu dans une affaire donnée entre la Cour de cassation et les tribunaux. Ils n'ont d'autorité que dans l'affaire en vue de laquelle ils sont rendus : par conséquent ce ne sont pas des sources du droit écrit. Il en est intervenu jusqu'à la loi du 30 juillet 1828, qui a réglé autrement le moyen de mettre fin aux conflits judiciaires.

D'où nous concluons qu'il n'est pas intervenu d'avis valant interprétation législative depuis 1814, et qu'il n'est pas intervenu d'avis valant interprétation judiciaire depuis 1828. Depuis lors, cependant, le Conseil d'Etat a donné des avis et il en donne encore. La loi organique actuelle du Conseil d'Etat porte que le Conseil donne son avis sur un certain nombre d'affaires énumérées au texte et généralement sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Président de la République ou par les ministres [2]. Seulement il faut bien

1. Cet adage est célèbre et reproduit partout, quoiqu'il ne semble pas être contenu dans un texte romain. Les textes, toutefois, expriment la même idée sous une forme analogue : « *Leges interpretari solo dignum imperio esse oportet... Tam conditor quam interpres legum solus imperator juste existimabitur...* (Constit. 12, C. I, 14). »

2. Loi du 24 mai 1872, portant réorganisation du Conseil d'État. « Le Conseil « d'État donne son avis : 1° sur les projets d'initiative parlementaire que l'As- « semblée nationale juge à propos de lui renvoyer ; 2° sur les projets de loi pré- « parés par le gouvernement et qu'un décret spécial ordonne de soumettre au « Conseil d'État ; 3° sur les projets de décret, et, en général, sur toutes les ques-

source BIU Cujas

remarquer que ces avis ne peuvent plus, à aucun titre, compter parmi les sources du droit. Ce ne sont plus que des consultations données aux ministres qui les demandent.

48. 5° *Certains règlements faits par l'autorité administrative.* — Ce sont les actes émanés de ce qu'on appelle, en droit constitutionnel, le pouvoir réglementaire, ou pouvoir de faire des règlements obligatoires ayant force législative. Ce pouvoir réglementaire, l'autorité exécutive, d'une façon générale, le possède par la nature même et le caractère de son rôle dans l'organisation de l'Etat. De là les décrets, qu'on a appelés jadis ordonnances, et qui arrêtent, nous l'avons vu, tout ce qui est nécessaire à l'exécution des lois. Outre l'autorité exécutive proprement dite, quelques autorités administratives ont le pouvoir réglementaire par suite d'une délégation formelle de la loi. Tantôt c'est une délégation accidentelle, écrite dans une loi spéciale et relative à l'objet de cette loi ; tantôt c'est une délégation permanente, écrite dans une loi générale et relative à des matières désignées. Dans les deux cas, la délégation vaut pouvoir de prendre des décisions d'ordre législatif. Les dispositions ainsi introduites sont le complément prévu et voulu de la loi elle-même ; elles se confondent avec elle et possèdent la même autorité. De toutes les sources du droit écrit autres que la loi, c'est celle qui se rapproche le plus de la loi elle-même [1].

49. Les règlements administratifs sont de trois sortes :

1° Les règlements d'administration publique, faits en exécution d'une délégation formelle écrite dans la loi. Souvent la loi décide qu'un décret sera fait pour édicter certaines dispositions complémentaires; ce sont les règlements ou décrets [2] rendus en Conseil d'Etat, les règlements d'administration publique. Les idées les plus générales figurent seules dans la loi; les détails techniques sont renvoyés au pouvoir réglementaire.

« tions qui lui sont soumises par le président de la République ou par les minis-
« tres. Il est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'ad-
« ministration publique et sur les décrets en forme de règlements d'administra-
« tion publique... (art. 8). »

1. Assimilés à la loi, les règlements sont interprétés, comme la loi elle-même, par l'autorité judiciaire.

2. Les décrets dont il s'agit sont souvent appelés *décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique* et on les oppose aux *décrets simples*. Les décrets simples sont interprétés par l'autorité administrative; les décrets réglementaires, qui sont des règlements, sont interprétés par l'autorité judiciaire. Voy. Ducrocq, *Etudes de droit public*, p. 105 et suiv., notamment p. 113.

source BIU Cujas

2° Les règlements de police départementale et municipale, rendus par les préfets et par les maires. Ce n'est pas le moment d'établir l'étendue et la limite du pouvoir réglementaire des préfets et des maires ; il suffit de constater qu'il existe et de noter le caractère obligatoire des arrêtés pris en conséquence. C'est au juge auquel on demande l'application de ces actes d'apprécier leur caractère obligatoire, c'est-à-dire d'apprécier s'ils ont été rendus par un pouvoir compétent, dans la limite de ses attributions. Il n'est pas rare, à propos des arrêtés de police municipale, que la Cour de cassation en refuse l'application parce qu'ils ont été rendus en dehors du pouvoir des maires. Ces arrêtés peuvent intervenir dans un grand nombre de cas ; la délégation est permanente et ces règlements ont si bien force de loi que leur exécution est assurée par une sanction pénale, inscrite dans l'article 471 alin. 15 du Code pénal. Le pouvoir réglementaire n'a pas d'importance en matière civile, mais il en possède une grande en matière pénale.

3° Ce que la loi peut faire, un décret peut le faire aussi. Dans un décret, le chef de l'Etat peut déléguer à un ministre le droit de régler par un arrêté tel ou tel détail relatif à une disposition prise par le décret. Le règlement fait en exécution de la mission reçue a la même autorité que le décret.

50. Tous les actes qui forment, dans leur ensemble, le droit écrit de l'époque actuelle, qui en sont les sources, qui en contiennent les règles, sont centralisés dans un recueil officiel unique, le *Bulletin des Lois*. Un tel recueil ne pouvait exister dans l'ancienne France, alors que chaque contrée avait sa coutume, chaque parlement sa pratique ; les sources devaient rester différenciées et locales. Dès que le droit devint un pour toute la France, un recueil unique et officiel devint possible ; ce fut le *Bulletin des Lois*, qui est l'expression de l'unité législative. Il a été créé par un décret de la Convention du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) et contient les lois à partir du 22 prairial an II (10 juin 1794). Les lois et décrets, depuis 1789 jusqu'à l'apparition du *Bulletin des Lois*, ont été recueillis dans deux collections officielles: la collection dite du Louvre et la collection dite de l'Imprimerie nationale. Elles furent un essai, qui aboutit à la création du *Bulletin des Lois*[1].

1. Aubry et Rau, I, p. 169.

source BIU Cujas

51. A partir de 1793, le *Bulletin des Lois* a été tenu sans interruption et continue de paraître sous la direction du ministère de la justice. Il comprend plus de trois cents volumes. Aussi n'est-ce pas chose facile de le consulter et il est nécessaire de présenter à cet égard quelques indications.

Le Bulletin est divisé en séries, dont chacune embrasse le temps d'un règne ou d'une forme de gouvernement. La série actuelle est la douzième, qui s'est ouverte le 4 septembre 1870. La première série contient les actes de la Convention : il y en a 1233 ; la seconde, ceux du Directoire : il y en a 3535 ; la troisième, ceux du Consulat : il y en a 3846, et, parmi eux, le Code civil ; la quatrième, ceux du premier Empire : il y en a 10,254 ; la cinquième, ceux de la première Restauration, soit 841 ; la sixième, ceux des Cent Jours, soit 318 ; la septième, ceux de la fin du règne de Louis XVIII, soit 17,812 ; la huitième, ceux du règne de Charles X, soit 15,810 ; la neuvième, ceux de la Monarchie de Juillet, au nombre de 99,000 ; la dixième, ceux de la seconde République, au nombre de 4606 ; la onzième, ceux du second Empire : il y en a 45,594 ; la douzième est en cours de publication et contient déjà près de 80,000 actes.

Chaque acte porte un numéro d'ordre ; le Bulletin est publié par cahiers, chaque cahier portant lui-même un numéro d'ordre. Pour faire un renvoi, l'usage est d'indiquer d'abord le numéro de la série en chiffres romains, puis le numéro du cahier et le numéro de l'acte en chiffres arabes. Ainsi : XII, B. 1, n° 1, signifie : douzième série, premier bulletin ou cahier, premier acte. Quelquefois, on ne cite pas le numéro du cahier, ce qui est en effet peu utile, puisque les actes d'une même série sont numérotés en une série unique. On cite : *Bulletin des lois*, XII, n° 1.

Ce mode de classement et de désignation, fort simple en soi, n'empêche pas le Bulletin d'être d'un usage extrêmement difficile. D'abord les lois, ordonnances, décrets, avis, etc., sont insérés pêle-mêle, sans classement méthodique. De plus, l'ordre d'insertion n'est pas conforme à l'ordre de confection des lois, décrets, etc. Ces actes sont exécutoires par l'insertion ; or il y en a qui sont pressés, d'autres qui le sont moins et dont on retarde l'insertion [1], de sorte que le classe-

1. Certains actes ne sont insérés au *Bulletin* que plusieurs années après leur

source BIU Cujas

ment n'est pas chronologique. Si l'on joint à cela que le Bulletin renferme une foule d'actes peu importants, notamment des décrets ayant un simple caractère individuel ou local, on comprend combien les recherches sont difficiles.

52. Aussi a-t-on, à plusieurs reprises, essayé d'y introduire quelque ordre et quelque méthode. A partir de la neuvième série, c'est-à-dire de 1830, chaque série est divisée en deux parties, l'une appelée principale, l'autre supplémentaire. Le mode de citation se complique dès lors, puisqu'il devient nécessaire de dire à quelle partie le renvoi se réfère. Si c'est à la partie principale, l'usage est de ne rien ajouter. Par exemple, la citation Bul. XII, nº 1 signifie : douzième série, partie principale, premier acte. Si c'est à la partie supplémentaire, on l'indique par abréviation : Bul., XII, P. S. nº 1.

Quels documents sont insérés dans la partie principale, quels dans la partie supplémentaire ? Cela a été diversement réglé par les lois du 31 décembre 1831 et du 31 décembre 1835. De 1831 à 1835, les lois seules figuraient dans la partie principale ; les ordonnances étaient réservées pour la partie supplémentaire. C'était un classement défectueux, établi par suite d'une idée très répandue, savoir que les lois statuent sur des objets d'intérêt général, tandis que les décrets et ordonnances statuent sur des objets d'intérêt individuel ou local. Or c'est une idée fausse ; la loi ne statue pas toujours sur des objets d'intérêt général [1], et, s'il y a des décrets qui n'ont qu'un intérêt individuel ou local, il en est, notamment ceux pris en vertu du pouvoir réglementaire, qui présentent un intérêt général, de même que la loi dont ils contiennent les détails d'exécution. Le classement était donc défectueux ; ce n'est pas la nature extérieure de l'acte qui doit décider du classement, c'est le caractère interne et l'objet de cet acte. L'expérience l'a révélé. Aussi, depuis 1835, on met dans la partie principale les lois et autres actes qui présentent un intérêt général, dans la partie supplémentaire les lois et autres actes qui ne présentent qu'un caractère individuel ou local.

53. Malgré ces réformes, le Bulletin est resté ce qu'il était

apparition. Un décret du 4 décembre 1810 a été inséré le 27 novembre 1847 un décret du 4 juillet 1885 l'a été en 1893.

1. Voy. *suprà*, p. 35 et 36.

source BIU Cujas

au début, un chaos. Il est le seul recueil qui contienne les textes officiels ; mais, dans la pratique journalière, il est avantageusement remplacé par les collections dues à l'initiative privée, dans lesquelles on a réuni, d'une façon plus ou moins large, les textes législatifs les plus importants. Les unes sont fort peu étendues et ne contiennent que les lois d'une application journalière ; tels sont, par exemple, les Codes Tripier ou Rivière. Les autres, plus considérables, reproduisent toute la partie principale du Bulletin des lois et prennent la forme d'une publication périodique ; il en existe un assez grand nombre, parmi lesquels on peut citer les recueils de jurisprudence de Dalloz et de Sirey, qui contiennent des textes législatifs dans leur dernière partie[1].

B. — LE DROIT NON ÉCRIT

54. Pour compléter l'indication des sources du droit positif actuel, il reste, après avoir signalé celles qui forment ce qu'on appelle le droit écrit, à dire quelques mots du droit non écrit. C'est la coutume, dont il a été dit qu'elle est le droit se satisfaisant lui-même par une sorte d'instinct supérieur ; c'est cette partie du droit qui se forme peu à peu par la pratique, par l'assentiment tacite, sans l'intervention des pouvoirs publics, qui s'implante et s'impose par la tradition. La coutume introduit des règles qui finissent par n'être pas moins obligatoires que la loi proprement dite. Si même on laisse les apparences pour regarder le fond des choses, la différence apparaît peu sensible entre le droit écrit et le droit coutumier. Les pouvoirs publics, en effet, ont toujours été considérés comme les délégués du peuple ; directement ou indirectement, c'est donc toujours l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires ; il les consacre directement dans la coutume, indirectement dans la loi ; sous les deux formes, on trouve toujours des arrangements convenus et consentis. L'observation a été faite depuis longtemps par les jurisconsultes romains : « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito cus-* « *toditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum,* « *nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam* « *quod judicio populi receptae sunt, merito et ea quæ sine ullo*

1. Il faut citer en outre : Galisset, *Corps du droit français*, — Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, règlements etc.*, — Rondonneau, *Collection générale des lois, décrets, etc.*

source BIU Cujas

« *scripto populus probavit, tenebunt omnes ; nam quid interest* « *suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis* « *et factis* [1] ? » La loi et la coutume sont donc même chose sous des apparences différentes, et il est tout naturel que la coutume, quand elle est bien implantée et générale, soit obligatoire comme la loi.

Il y a eu et il y a encore des sociétés qui n'ont que des coutumes et pas de lois. Il en a été ainsi pendant plusieurs siècles dans l'ancienne France. Dans les temps modernes, avec l'habitude déjà ancienne des lois codifiées, arrêtées de manière à assurer aux intérêts une stabilité et une sécurité complètes, l'existence de coutumes à côté de la loi écrite surprend davantage. Toutefois, si le droit écrit a ordinairement la part la plus considérable, si l'importance pratique de la coutume a diminué, le droit non écrit n'a pas disparu. Même, c'est à l'étendue de l'autorité reconnue au droit coutumier que l'on peut mesurer le degré d'influence et la force qu'a l'opinion publique dans un pays à une époque déterminée. L'Angleterre, où l'opinion publique est si prépondérante et si forte, n'a guère qu'un droit coutumier ; elle ne met en mouvement l'appareil législatif que pour les grandes réformes et laisse la pratique faire le reste.

55. En résumé, même dans le système des lois codifiées, une place appartient à la coutume. La seule difficulté est celle-ci : quand et sous quelles conditions l'usage doit-il être considéré comme formant une véritable coutume, de manière à être obligatoire ? Dans le droit français actuel, la coutume fait loi dans deux sortes de cas.

1° Il y a une foule de points qui ont été volontairement et formellement abandonnés par le législateur à l'usage local, aux règlements particuliers. On rencontre dans les lois spéciales maints articles laissant ainsi le champ libre à la coutume. Deux lois importantes peuvent être citées à titre d'exemple : l'une des 28 septembre-6 octobre 1791 sur la police rurale, l'autre du 14 floréal an XI (4 mai 1803) sur le régime des petits cours d'eau ; elles renvoient formellement, pour tout ce qui n'est pas réglé par elles, à l'usage et aux règlements locaux. Sans parler même des lois spéciales, le Code civil procède aussi de cette manière et renvoie expres-

1. Fragm. 32, § 1, Dig., *De legibus*, I, 3.

source BIU Cujas

sément à l'usage dans une foule d'articles : articles 590, 645, 663, 671, 674, 1135, 1648, 1736, 1738, 1753, 1754, 1758, 1759, etc. Dans ces différents cas, l'usage a la même autorité que la loi, puisque la loi s'y réfère. Il est obligatoire et les tribunaux l'appliquent. La violation de l'usage équivaudrait à la violation de la loi et donnerait ouverture à cassation [1].

Quand la pratique est-elle suffisamment invétérée et générale pour s'imposer comme coutume et valoir comme loi ? C'est une question de fait ; c'est au juge de le constater. Dans l'ancienne France, avant la rédaction des coutumes, on recourait, pour constater la coutume, à ce qu'on appelait les enquêtes par turbe [2]. De nos jours, une habitude analogue s'est conservée en matière commerciale, où l'usage joue un rôle plus considérable qu'en aucune autre. Les négociants certifient l'existence de tel ou tel usage dans des consultations qu'on nomme des avis, plus souvent des « parères », du latin *parere*, qui signifie apparaître, être constant ; ils certifient la constance de tel usage [3]. Mais les enquêtes, avis et parères ne lient pas le magistrat ; ce sont de simples attestations ou documents. C'est au juge d'examiner et de vérifier si l'usage invoqué est réel, assez ancien, assez général, assez constant, assez uniforme pour être admis comme coutume. Toutes questions de fait que le juge apprécie souverainement.

2° La coutume n'est pas obligatoire seulement dans les cas où la loi y renvoie formellement. Si étendue que soit la loi écrite, avec quelque soin qu'elle ait été rédigée, même dans les matières qu'elle réglemente, il y a une foule de points qui restent abandonnés à l'usage, de pratiques que l'on suit sans même se douter que la loi ne les prescrit pas, auxquelles on obéit quelquefois bien mieux qu'à la loi la plus expresse. On discute la loi, mais on ne discute pas la coutume.

1. Aubry et Rau, I, p. 43, note 4.

2. Sur les enquêtes par turbe (*inquisitiones per turbam*), voy. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 2e édition, p. 726. « Les témoins produits pour prouver la coutume... délibéraient entre eux, puis venaient déclarer qu'ils tenaient pour existante ou inexistante la coutume invoquée. Au fond c'était là un jury rendant un verdict collectif et non point des témoins déposant individuellement... La turbe devait prendre sa délibération à l'unanimité des voix. »

3. Sur les parères, voy. Dalloz, *Répertoire*, v° *Lois*, n° 118.

source BIU Cujas

Un exemple entre mille. La femme, quand elle se marie, prend le nom de son mari. Voilà certes, une pratique certaine, générale, ancienne et invétérée. Où est-ce écrit ? Nulle part ; c'est du droit coutumier [1]. Lorsqu'on a rétabli le divorce en 1884, ce fut une question de savoir si la femme divorcée continuerait de porter le nom de son mari ou reprendrait son nom de famille. La question ne fut pas résolue d'abord ; pour l'éluder on remarqua qu'aucun texte ne dit que la femme mariée prend le nom de son mari. Pourquoi alors, fut-il dit, se préoccuper d'un état de choses qui n'est pas légal ? Pourquoi songer à dire si ce droit est perdu pour la femme divorcée, puisque aucune loi ne le donne à la femme mariée ? Faux-fuyant d'un législateur embarrassé ! C'était oublier qu'à côté du droit écrit il y a le droit non écrit, tout aussi obligatoire que le premier ; et si jamais règle coutumière fut certaine, c'est celle-là. Aussi fallut-il s'y reprendre. La question a été résolue formellement par la loi du 6 février 1893.

56. Cet exemple donne une idée de la place que la coutume occupe dans le droit. C'est précisément pour cela que les législations mortes sont si difficiles à étudier. Elles n'offrent qu'une partie de ce qui les formait : le droit écrit ; elles laissent dans l'ombre une foule de détails complémentaires réglés par le seul usage, détails souvent essentiels et sans lesquels la vie sociale d'une époque ne peut être comprise. Que de points controversés dans le droit romain, qui très probablement ne l'étaient pas à Rome, étant réglés par la pratique, et que les textes, qui survivent seuls, ne font pas connaître. L'importance de la coutume est moindre à l'heure actuelle, où l'habitude a prévalu des lois codifiées ; cependant une large place est et doit être laissée au droit non écrit.

Ces idées sont incontestables en théorie. En pratique, il faut reconnaître qu'elles subissent de nos jours une sorte d'obscurcissement. Le respect de la loi, même de la loi écrite, n'est pas précisément la caractéristique de notre époque. Comment le respect de la simple coutume ne serait-il pas ébranlé plus encore ? Ce qui s'est produit dans la question si simple du nom de la femme mariée se produit dans une foule d'autres cas. Et alors, comme au point de vue pratique, on ne saurait se passer de ce complément nécessaire de la

1. Aubry et Rau, I, p. 38, VI, p. 322.

source BIU Cujas

loi qu'on appelle l'usage, on s'est trouvé conduit à essayer de relever, de constater par écrit les règles fournies par la coutume sur une foule de points, afin de leur donner la fixité, la stabilité qu'elles auraient risqué de perdre comme coutumes. C'est à cette pensée qu'il faut rattacher en grande partie le projet de Code rural, lequel ne fait, dans la plupart de ses dispositions, que régulariser les usages suivis et menacés de s'altérer. C'est à cette pensée aussi qu'il faut rattacher la loi du 13 juin 1866, concernant les usages commerciaux. Malgré son titre général, elle ne traite que des usages en matière de vente commerciale. Loi singulière ! Elle ne règle, ne prescrit et ne défend rien ; elle relate seulement divers usages, en ajoutant que les particuliers seront réputés s'y être référés toutes les fois qu'ils n'y auront pas dérogé par les conventions intervenues. Vingt et quelques années auparavant, de 1840 à 1844, plusieurs conseils généraux avaient émis le vœu qu'on s'occupât de recueillir et de constater, dans l'intérêt de l'administration et des tribunaux, les usages locaux auxquels se réfèrent diverses dispositions législatives, comme les articles du Code civil cités plus haut. Le 26 juillet 1844, le ministre de l'intérieur invita les préfets à rechercher quelle serait la marche à suivre pour assurer la bonne exécution de ce travail. La circulaire qui leur fut adressée [1] devint le point de départ d'une assez vaste enquête, qui fut abandonnée plus tard, puis reprise et se poursuit encore. De nombreux volumes ont déjà été publiés, les uns par les soins de sociétés savantes locales, les autres par de zélés magistrats, spécialement par les juges de paix, qui sont mieux placés que tous autres pour de telles recherches. On peut prévoir qu'on possédera tôt ou tard dans leur ensemble ces usages locaux et règlements particuliers [2].

1. Voy. cette circulaire dans D. P. 1845. III. 76.

2. Il existe à Paris un recueil d'usages locaux qui est le code des juges de paix dans une foule de questions. On l'appelle le *Cahier des juges de paix*. Il est étonnant qu'on n'ait jamais songé à le publier ; ce cahier n'est connu que des juges de paix et non des justiciables.

source BIU Cujas

SECTION IV. — LE CODE CIVIL.

57. L'objet du Code civil et sa place dans le droit général sont déjà connus. Il a trait au droit civil ou droit privé général, c'est-à-dire qu'il est applicable à tout le monde, sous la réserve des modifications ou compléments qu'y apportent les lois formant un droit privé spécial, le Code de commerce par exemple. Il règle la condition des personnes, leurs droits, leurs obligations, leurs rapports entre elles. C'est le droit des particuliers considérés comme tels. D'où vient ce Code? Comment a-t-il été rédigé ? Quelles modifications d'ensemble a-t-il subies depuis son apparition ? Quelle en est la méthode générale ?

§ 1. — Rédaction du Code civil.

58. L'apparition du Code civil est une date capitale dans l'histoire de France : c'est celle de la consécration définitive de l'unité nationale. L'ancien régime fut et resta jusqu'au bout un régime de diversité, l'unité n'existant ni dans le territoire, ni dans la condition des personnes, ni dans celle des terres. Elle n'existait pas dans le territoire, car les provinces avaient été d'abord des Etats presque indépendants, ayant leurs institutions, leurs coutumes, leurs lois ; même quand la monarchie eut brisé la féodalité au point de vue politique, les démarcations subsistèrent au point de vue du droit : le midi, pays de droit écrit, continua de suivre le droit romain, pendant que le nord, pays de coutumes, obéissait au droit coutumier. L'unité n'existait pas non plus dans la condition des personnes, car la nation était divisée en ordres, et chaque ordre formait comme un peuple à part ayant son droit distinct. Enfin elle n'existait pas dans la condition des terres : la distinction des fiefs et censives et des alleux, des biens nobles et des biens roturiers était encore vivace en 1789.

Là où il y a des états séparés, des classes diverses de personnes et de biens, le droit ne saurait être un. L'unité ne pouvait régner dans la législation qu'après avoir été faite préalablement au point de vue politique. Les rois la préparèrent, mais il ne leur était pas réservé de la réaliser ; il fallut pour cela le grand souffle de la Constituante. Elle sup-

source BIU Cujas

prima les anciennes provinces, abolit les ordres, proclama la liberté des personnes et des terres, l'égalité civile, et fonda de la sorte l'unité nationale. L'unité nationale rendait possible et appelait naturellement l'unité de législation. Après la Constituante, il ne manquait plus, pour que le progrès s'accomplît, que des circonstances favorables et une volonté énergique.

59. Dès 1790, l'Assemblée Constituante avait déclaré qu'elle ferait un code général de lois simples et claires [1]. La nécessité d'accomplir ce travail fut solennellement proclamée par la Constitution des 3-14 septembre 1791 : « Il sera « fait un code de lois civiles communes à tout le royau- « me [2]. » Cependant treize années devaient s'écouler encore avant que le projet reçût son exécution définitive. La Constituante, absorbée par le côté politique de sa mission, n'eut pas le loisir de songer à une œuvre de patience comme l'est un code. Elle ne vota que des lois isolées.

L'Assemblée législative, tout entière aux ardeurs qui allaient bientôt compromettre l'œuvre de 1789, s'abstint aussi. La Convention, pour activer le zèle, décréta de nouveau qu'il serait fait un code de lois civiles uniformes pour toute la République [3]. Faisant un pas de plus, elle chargea son comité de législation de présenter un projet. Ce comité était composé de Guadet, Couthon, Vergniaud, Robespierre, Barère et Cambacérès ; il rédigea un projet, qui fut présenté à la Convention le 9 août 1793, et c'est celui qu'on nomme, dans la série des travaux préparatoires du Code civil, le projet de Cambacérès. Il fut repoussé comme trop compliqué, pas assez pratique, mal en rapport avec les idées du temps. Remanié plus tard par Cambacérès lui-même et présenté de nouveau le 23 fructidor an II (9 septembre 1794), il fut définitivement écarté. Il n'était qu'une ébauche, remarquable cependant à certains égards par la logique de la déduction. La Convention, mécontente de ses jurisconsultes, résolut de confier la rédaction du Code civil à des philosophes ; puis les événements se précipitèrent et le projet fut ajourné.

Quand la tourmente fut apaisée, le Directoire reprit les promesses déjà faites en 1790, 1791 et 1793. Le 24 prairial an VI

1. Décret du 5 juillet 1790.
2. Titre I, *in fine*.
3. Acte constitutionnel du 24 juin 1793, art. 85.

source BIU Cujas

(12 juin 1796), un troisième projet fut présenté au Conseil des Cinq-Cents et le fut encore par Cambacérès; c'est le troisième projet émanant de lui. L'année suivante, Cambacérès quittait l'Assemblée et l'entreprise restait encore en suspens.

Il était réservé au Consulat d'être plus heureux, et cependant un essai fut encore tenté sans succès. La loi du 19 brumaire an VIII (10 novembre 1799), qui supprima le Directoire, ordonna (art. 14) la rédaction du Code; c'est la quatrième fois que cet ordre est donné en moins de dix ans. Le 30 frimaire (21 décembre), un membre du Conseil des Cinq-Cents, Jacqueminot, soumit à la commission de législation de ce Conseil différents titres. Ils ne furent pas même examinés; la Constitution consulaire du 22 frimaire an VIII venait de paraître, modifiant les rouages du pouvoir législatif. Immédiatement après, le projet fut repris, et, cette fois, mené à bonne fin.

60. Il est utile de s'arrêter sur l'élaboration du Code civil, c'est-à-dire sur les incidents qui la traversèrent, car souvent, pour expliquer les textes, l'occasion se présente de citer les travaux préparatoires du Code, qui en sont le commentaire le meilleur et le plus sûr. Il importe par conséquent d'être fixé sur l'ordre et l'autorité des divers documents qu'on y trouve.

D'après la Constitution de l'an VIII, l'initiative des lois n'appartenait qu'au Gouvernement, c'est-à-dire aux Consuls (art. 44). Le Conseil d'Etat était exclusivement chargé de la rédaction des projets (art. 52). Cependant le Conseil d'Etat resta d'abord étranger au projet de Code civil; un arrêté des Consuls du 24 thermidor an VIII (13 juillet 1800) nomma, en dehors du Conseil d'Etat, une commission de quatre membres à l'effet d'arrêter le projet. Cette commission se composait d'hommes que cette mission a suffi à rendre célèbres: Tronchet, président du Tribunal de cassation, Bigot-Préameneu, commissaire (nous dirions aujourd'hui procureur général) près le même Tribunal, Malleville, conseiller au Tribunal de cassation, Portalis, commissaire, c'est-à-dire procureur général près le Tribunal des prises. En quatre mois, le projet fut achevé et précédé d'un discours préliminaire, où étaient exposées les vues générales qui avaient présidé à la rédaction. Voici comment la commission de rédaction avait procédé. Chacun des quatre membres avait été

source BIU Cujas

chargé d'une partie différente ; puis le travail fut discuté en commun, afin d'en coordonner les différentes parties. La commission avait pour guides les trois projets de Cambacérès, celui de Jacqueminot et les écrits des auteurs du XVIIIe siècle ; elle s'aida surtout du *Droit commun de la France* de Bourjon, des *Lois civiles* de Domat et des traités de Pothier. Le projet ainsi rédigé forme ce qu'on appelle le projet primitif. Le discours préliminaire qui le précède, œuvre de Portalis, est un document de la plus haute importance ; c'est, en quelque sorte, un essai sur la philosophie du Code civil.

Ce projet, préparé sans la participation des organes législatifs ordinaires, fut immédiatement soumis à l'examen du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel ; ils mirent tant d'activité à réunir leurs observations que le travail fut achevé en moins d'un an. Puis le projet, ainsi accompagné des observations des grands corps judiciaires, dut suivre la filière des formalités prescrites par la Constitution pour l'élaboration des lois.

Le projet primitif n'avait aucun caractère officiel ; c'était l'œuvre, comme on dirait aujourd'hui, d'une commission extraparlementaire. Il dut être envoyé au Conseil d'Etat, à qui seul appartenait de préparer les projets de loi. En présence des quatre membres de la commission de rédaction, la section de législation du Conseil d'Etat examina, amenda au besoin chaque titre du projet, puis la discussion sur le projet ainsi rectifié fut ouverte dans l'assemblée générale du Conseil d'Etat. De ce travail sortit un projet officiel, qu'on appelle le projet définitif. Il fut soumis au pouvoir législatif.

61. Ce pouvoir était organisé d'une façon compliquée. Les rédacteurs de la Constitution de l'an VIII avaient cru bon d'isoler deux choses qui se tiennent cependant de près et qui sont confondues dans nos usages actuels : la discussion et le vote. Voici dans quel but. Si c'est le même pouvoir qui discute et qui vote, tel, qui aura pris parti dans la discussion, peut être conduit, par entêtement ou fausse honte, à persister dans son opinion lors du vote, même en présence d'objections décisives. Si ce sont deux pouvoirs distincts qui interviennent, l'un pour discuter, l'autre pour voter, le vote est plus libre, plus impartial, tout en étant aussi éclairé. Partant de cette idée, les constituants de l'an VIII ont voulu que les projets de loi émanés du Gouvernement fussent présen-

source BIU Cujas

tés au Corps législatif, puis communiqués au Tribunat et discutés par lui, enfin votés par le Corps législatif (art. 25). La présentation au Corps législatif n'avait pour but que de constater l'introduction du projet par le Gouvernement ; le Corps législatif donnait acte de la présentation et communiquait le projet au Tribunat. Là, la discussion s'engageait sur le rapport présenté par un des membres du Tribunat. Après discussion, le Tribunat émettait un vœu ; il proposait l'adoption ou le rejet du projet, sans avoir le droit d'y introduire des amendements, puis il désignait quelques-uns de ses membres pour aller soutenir son vœu devant le Corps législatif (art. 28).

Le projet revenait donc au Corps législatif. Les orateurs du Tribunat exposaient et motivaient le vœu émis par le Tribunat ; la discussion s'engageait au besoin entre eux et les commissaires du Gouvernement ; puis le Corps législatif, constitué en jury qui écoutait et jugeait librement sans prendre part lui-même à la discussion (on l'appelait le corps des muets), votait sur l'adoption ou le rejet. En cas d'adoption, la loi était dite décrétée par le Corps législatif. Il ne lui manquait plus que d'être promulguée par le Gouvernement.

62. Tel était le mécanisme législatif d'après la Constitution de l'an VIII et c'est ainsi que s'engagea la discussion sur le projet du Code. Le succès fut d'abord douteux. Sur trois titres communiqués au Tribunat, le premier revint au Corps législatif accompagné d'un vœu de rejet et le Corps législatif émit un vote conforme le 24 frimaire an X (15 décembre 1801). C'était le titre préliminaire, portant cette rubrique : *Du droit et des lois en général.* On y trouvait des définitions, des aphorismes législatifs, des maximes de droit naturel. Le Tribunat et après lui le Corps législatif jugèrent que ces notions appartiennent à la doctrine, qu'elles ne doivent pas figurer dans la loi. Il n'en est resté que six articles, qui forment aujourd'hui les dispositions préliminaires placées en tête du Code.

Le second titre allait avoir le même sort ; c'est celui qui forme aujourd'hui le premier titre du livre I. On y trouve surtout deux dispositions qui furent vivement attaquées : l'une rétablissait le droit d'aubaine, l'autre était relative à la mort civile. Ces deux dispositions furent accueillies par de violentes critiques et non pas sans raison, puisque des lois ulté-

source BIU Cujas

rieures devaient venir modifier le Code sur les deux points signalés, donnant ainsi raison aux opposants de 1801. Le Gouvernement s'inquiéta, craignit pour l'entreprise. Un arrêté du 13 nivôse an X (3 janvier 1802) retira les projets présentés [1]; on lisait dans le message adressé à ce propos au Corps législatif : « Le temps n'est pas encore venu où l'on portera « dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'inten- « tion qu'elles demandent. »

63. Ce n'était toutefois qu'un sursis, ménagé afin d'avoir le temps d'aviser. Pour vaincre les résistances qui s'annonçaient, le Gouvernement prit deux mesures, l'une brutale et peu louable, l'autre sage.

La mesure brutale fut prise par le sénatus-consulte du 28 nivôse an X (18 janvier 1802), qui élimina vingt membres du Tribunat et soixante du Corps législatif; parmi eux figuraient les plus notables opposants. Voici comment ce sénatus-consulte put être rendu avec quelque apparence de constitutionnalité. Le Tribunat comprenait cent membres, le Corps législatif trois cents. La Constitution de l'an VIII voulait que le Tribunat et le Corps législatif fussent renouvelés par cinquième tous les ans (art. 27 et 31) ; l'article 58 portait que le premier renouvellement aurait lieu dans le courant de l'an X. Le sénatus-consulte régla le mode de ce renouvellement de manière à faire sortir ceux dont la présence gênait. C'est ce que les historiens ont nommé l'élimination de l'an X [2].

La mesure sage consista dans l'introduction d'un nouveau rapport entre le Conseil d'Etat et le Tribunat, pour tourner l'article de la Constitution qui refusait au Tribunat le droit d'amendement. C'est une idée peu réfléchie que de refuser à un corps délibérant le droit de proposer des modifications aux projets qui lui sont soumis. En effet, tel qui adopterait moyennant quelques changements rejette s'il ne peut qu'admettre ou repousser le tout. Ainsi avaient été ame-

1. Conformément au droit que l'article 26 de la Constitution confère au Gouvernement.

2. Voy. Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, édit. in-8° de Furne et Jouvet, III, p. 353 et suiv., 407 et suiv. La soumission du Tribunat fut complétée quelques mois plus tard par le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (4 août 1802), organique de la Constitution de l'an VIII : « A partir de l'an XIII, « dit l'article 76, le Tribunat sera réduit à cinquante membres. » Voy. Thiers, *eod. loc.*, p. 537 et 538. Cette nouvelle mesure n'eut aucun effet sur les délibérations relatives au Code civil, puisqu'elle ne fut appliquée qu'en l'an XIII, après la promulgation de tous les titres du Code.

source BIU Cujas

nés le rejet du premier titre et le danger couru par le second. Pour obvier à cet inconvénient, un arrêté du 18 germinal an X (8 avril 1802) décida que chaque titre du projet, avant d'être présenté *officiellement* au Corps législatif, serait *officieusement* communiqué au Tribunat, du moins à la section de législation du Tribunat. De la sorte, le Conseil d'Etat et le Tribunat pouvaient s'entendre à l'avance sur la rédaction ; le projet n'était présenté au Corps législatif, chargé de le communiquer officiellement au Tribunat, qu'après une entente qui en favorisait l'adoption et la rendait probable.

64. Ces précautions prises, on se remit à l'œuvre avant la fin de l'an X. En moins de deux ans, le Tribunat adopta, le Corps législatif décréta et le Gouvernement promulgua les titres qui composent aujourd'hui le Code civil. Les trente-six titres furent votés séparément, comme autant de lois distinctes, et entrèrent par conséquent en vigueur à des dates différentes. En tête de chaque titre sont indiquées deux dates : d'abord celle où le titre a été décrété, c'est-à-dire adopté par le Corps législatif, ensuite celle où le titre a été promulgué, c'est-à-dire où est intervenu l'ordre d'exécution émanant du Gouvernement. Il faut remarquer qu'il y a toujours entre les deux dates un délai constant et uniforme de dix jours. C'est qu'en effet la loi, pendant dix jours après l'adoption par le Corps législatif, pouvait être déférée au Sénat comme inconstitutionnelle par le Tribunat ou par le Gouvernement[1]. La promulgation était faite le dixième jour et elle n'intervenait que si aucun recours au Sénat n'avait eu lieu pour cause d'inconstitutionnalité[2].

Quand l'œuvre fut achevée, c'est-à-dire quand les trente-six titres eurent été promulgués, une loi intervint, celle du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), qui réunit en un seul corps et sous une même série d'articles les différentes lois successivement promulguées, sous le nom de Code civil des Français. L'article 1 de la loi de ventôse donne l'énumération des lois successives et indique l'ordre dans lequel elles

1. Voy. *suprà*, p. 48, note 3. Le droit pour le Sénat de prononcer *d'office* l'annulation pour cause d'inconstitutionnalité n'existait pas encore au moment du vote du Code civil ; en effet, ce droit résulte du sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804), lequel est postérieur à la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

2. Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 37.

source BIU Cujas

doivent être classées. Les divers titres ont donc été décrétés et promulgués deux fois : une première fois isolément, une autre fois comme faisant partie du Code civil des Français.

65. Après cet historique, il est facile d'énumérer les divers documents qui forment ce qu'on appelle les travaux préparatoires du Code civil. Ils doivent être classés de la manière suivante :

1° Les quatre projets successifs : les trois projets de Cambacérès et celui de Jacqueminot ;

2° Le projet de la commission de rédaction, projet primitif, avec les observations du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel ;

3° La discussion au Conseil d'Etat, d'où est sorti le projet définitif ;

4° Les exposés des motifs qui ont accompagné la présentation de la loi au Corps législatif et qui sont la partie la plus importante des travaux préparatoires ;

5° Les rapports au Tribunat et les discussions qui en ont été la suite ;

6° Les discours des tribuns au Corps législatif, et la discussion avec les commissaires du Gouvernement avant le vote.

Tous ces documents ont été publiés, sauf les procès-verbaux de la discussion au Tribunat[1]. En 1820, un des rédacteurs du projet primitif, Malleville, a résumé tous les documents dans un livre intitulé : *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État* (4 vol.). On les trouve reproduits d'une façon complète dans deux publications ultérieures : 1° Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil au Conseil d'Etat* (1827-1828, 15 vol.), — 2° Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France* (1827-1832, 31 vol.). Le second ouvrage est plus complet que le premier, car il embrasse les cinq codes, mais il est moins complet en ce qui concerne le Code civil, car il ne contient pas les observations des cours et tribunaux.

Les travaux préparatoires ont été le premier élément de l'interprétation du Code civil. Aujourd'hui, ils sont un peu

1. Les rapports au Tribunat ont été publiés, non les procès-verbaux des discussions qui en ont été la suite.

source BIU Cujas

moins employés, car la plupart des résultats possibles en ont été tirés déjà.

§ 2. — Modifications d'ensemble subies par le Code civil depuis son apparition.

66. Après avoir conduit le Code civil jusqu'à sa promulgation définitive par la loi du 30 ventôse an XII, il faut en compléter l'histoire en ajoutant quelques indications sur sa destinée ultérieure. Il importe en effet de remarquer que le Code aujourd'hui en vigueur n'est plus précisément celui de 1804. D'une part, deux éditions officielles en ont été données depuis 1804, ce qui, avec l'édition primitive, porte à trois le nombre des éditions ; d'autre part, le Code civil a changé quatre fois de nom.

67. Au début, en 1804, le Code s'appela *Code civil des Français*. C'est le nom que lui donna la loi du 30 ventôse an XII (art. 1er) ; c'est la première édition du Code, l'édition du Consulat. Deux mois plus tard, l'Empire remplaça le Consulat et ne tarda pas à vouloir mettre le Code en harmonie avec le nouvel ordre de choses. Le 24 août 1807, le Gouvernement proposa au Corps législatif une nouvelle édition, qui fut achevée le 3 septembre 1807. C'est la deuxième édition, celle de l'Empire, qui contient trois innovations.

D'abord elle donne au *Code civil des Français* le nom de *Code Napoléon*. On a tenté de justifier cette innovation en alléguant l'énergie qu'a mise le premier Consul à hâter l'accomplissement de l'œuvre, l'influence qu'il a personnellement exercée dans les délibérations préparatoires. Sans nier ce qu'il y a d'exact dans ces arguments, il faut cependant voir les choses comme elles sont. Le changement du nom du Code fut surtout un acte d'adulation pour le chef de l'Etat, alors dans tout l'éclat de sa puissance.

En second lieu, les rédacteurs de l'édition nouvelle insérèrent au Code civil quelques additions et firent quelques retranchements au texte, à raison des innovations réalisées depuis 1804. On en trouvera des exemples dans les articles 17, 427 et 896.

Enfin et surtout, les rédacteurs modifièrent les formules et expressions correspondant au régime républicain, pour les remplacer par celles correspondant au régime impérial. Quel-

source BIU Cujas

quefois, la substitution fut faite avec peu de discernement, de sorte que le sens de quelques articles se trouva altéré ; c'est en remontant à l'édition primitive qu'on peut le restituer[1].

68. Avec la Restauration, un nouveau changement se produit en sens inverse. La Charte de 1814 proclame le maintien du Code civil (art. 68) et l'ordonnance du 17 juillet 1816 prescrit de publier une nouvelle édition, la troisième, celle de la Restauration. Elle ne diffère de la précédente qu'en un point. Les dénominations impériales font place aux dénominations monarchiques, et, à cette occasion, quelques nouvelles altérations se produisent, dont il faut savoir retrouver l'origine.

Cette troisième édition a été maintenue par la Charte de 1830 (art. 59), par la Constitution de 1848 (art. 112), par la Constitution de 1852 (art. 56). Les lois constitutionnelles de 1875 sont muettes sur le Code civil. En d'autres termes, il n'a pas été fait de nouvelle édition officielle depuis 1816, de sorte qu'aujourd'hui c'est encore le texte de la Restauration qui est le texte officiel. Au lecteur d'en modifier quand il le faut la rédaction par une transposition mentale, pour mettre les termes en harmonie avec les institutions et éviter les anachronismes de langage. Ainsi l'article 1 dit : « Les lois sont « exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la « promulgation qui en est faite par le Roi....» C'est toujours le texte officiel, dont la rédaction a concordé avec les faits de 1816 à 1848 et n'a pas été modifiée. Il aurait fallu dire après 1848 : par le Président de la République ; après 1852 : par l'Empereur ; enfin et successivement, depuis le 4 septembre 1870 : par le Gouvernement de la défense nationale, par le Chef du pouvoir exécutif, par le Président de la République. C'est chose facile de corriger les textes en les lisant, mais la nécessité éventuelle de tous ces changements eût été évitée si on avait écrit dès le début : par le chef de l'Etat.

69. L'édition en vigueur est donc toujours la troisième, celle de 1816. Depuis cette date, les seules modifications matérielles qu'ait subies le Code civil sont les suivantes.

D'abord plusieurs sont résultées des changements apportés par les lois successives qui ont modifié le contenu du

1. L'article 539 a été l'objet d'une altération de ce genre. Les mots *appartiennent à la nation* ont été remplacés par ceux-ci : *appartiennent au domaine public* ; il aurait fallu dire : *au domaine de l'Etat.*

source BIU Cujas

Code ; elles se sont multipliées à mesure qu'on s'éloignait davantage de 1804. Mais cela touche au fond du droit, non à la forme du Code.

D'autre part le Code a subi deux changements successifs de nom. Le décret-loi du 27 mars 1852 a rétabli le titre de *Code Napoléon*, sans publier d'ailleurs une édition nouvelle, sans apporter au texte aucune modification. C'est le nom que le Code a porté jusqu'en 1870. Au 4 septembre, on lui a restitué la dénomination primitive de Code civil. Toutefois, le décret du 27 mars 1852 n'a pas été expressément abrogé ; les lois constitutionnelles de 1875, à l'inverse des chartes et constitutions antérieures, sont muettes et la substitution de noms ne s'est faite que par l'usage ; le décret de 1852 a été considéré comme abrogé par le seul fait de la chute du régime impérial. Les Chambres dans les textes votés, le Gouvernement dans les projets de loi et les décrets, les tribunaux dans les jugements et arrêts se sont spontanément accordés à ne l'appeler depuis que *Code civil*. En 1872, une proposition fut soumise à l'Assemblée nationale pour régulariser cette situation[1]. Elle ne fut pas prise en considération comme étant inutile, puisqu'il y avait, fut-il dit, fait accompli.

Toutefois, il est incontestable qu'il eût mieux valu que la proposition de 1872 fût transformée en loi ; la situation serait plus nette. Il y a des gens, pointilleux en fait de légalité, qui ne se sont pas rangés à l'usage, et qui, le décret de 1852 n'ayant jamais été abrogé, persistent à dire *Code Napoléon*. Cependant l'usage consacré par les incidents législatifs signalés est contraire et doit être suivi.

§ 3. — Méthode et plan général du Code civil.

70. Quand on ouvre le Code civil, on y trouve d'abord un groupe de six articles, formant un titre préliminaire qui n'a pas de rapport direct avec le droit privé général. C'est un fragment du droit public, presque du droit constitutionnel, mis en tête du Code civil par suite de circonstances qui seront indiquées plus loin. Le Code civil proprement dit ne commence qu'à l'article 7. Les règles qu'il contient ne sauraient

1. Séance de l'Assemblée nationale du 18 mai 1872, *Journal officiel* du 19 mai, p. 3351. Dépôt par M. Salneuve d'une proposition de loi ayant pour objet de rendre au Code des lois civiles la dénomination de *Code civil*.

source BIU Cujas

être isolées les unes des autres ; elles se tiennent à tel point qu'il faut à chaque instant les rapprocher. Il importe donc, afin de se mouvoir sans difficulté dans l'ensemble, de connaître au moins sommairement l'ordre général et la classification des matières.

A partir de la fin du titre préliminaire, le Code est divisé en trois livres ; le premier traite des personnes, le second des biens, le troisième des différentes manières dont on acquiert la propriété. Chacun des livres est divisé en titres ; chaque titre, s'il y a lieu, est subdivisé en chapitres, sections, paragraphes, et finalement en articles (art. 7 à 2281).

71. L'enchaînement qui relie les diverses parties du Code est très apparent. Le Code, dans son ensemble, a pour objet la théorie des droits appartenant ou pouvant appartenir à l'homme. Les droits, ici, selon la distinction faite précédemment, sont les prérogatives d'où résulte pour l'homme la faculté de faire ou d'exiger quelque chose, les intérêts reconnus et sanctionnés par la loi. Or le système légal ou réglementaire du droit privé, envisagé au point du droit positif, soulève trois questions :

1° A qui les droits appartiennent-ils, en d'autres termes quels sont les sujets des droits ?

2° Quels sont les droits et quels en sont les objets ?

3° Comment les droits s'acquièrent-ils et se transmettent-ils ?

Sujets des droits, objets des droits, modes d'acquisition et de transmission des droits, voilà la trilogie du droit privé ou civil. Les trois livres du Code civil sont consacrés à ces trois aspects du sujet.

72. Le livre I (art. 7 à 515) répond à la première question ; il traite des sujets des droits. Il est intitulé : *Des personnes* ; on entend par personne, au sens juridique du mot, l'individu considéré comme sujet de droits, comme ayant ou pouvant avoir des droits. Le premier livre traite des différents états des personnes, c'est-à-dire des situations dans lesquelles elles peuvent se trouver, soit dans la cité, soit dans la famille, et de l'influence que chacune de ces situations exerce soit sur la jouissance, soit sur l'exercice des droits.

73. Le livre II (art. 516 à 711) répond à la seconde des questions que soulève le droit privé ; il règle les droits que les personnes peuvent avoir et quels en sont les objets. Il est

source BIU Cujas

intitulé : *Des biens* ; on entend par là, au sens juridique du mot, les droits et aussi les objets des droits. La formule toutefois, en tant qu'elle est prise pour marquer l'objet du livre II, est trop large. Les droits, en effet, sont de deux sortes.

Les uns consistent dans de simples facultés ou prérogatives inhérentes à certains états des personnes. Les droits politiques et les droits de famille, la puissance paternelle, l'autorité maritale, sont autant de facultés qui, envisagées en elles-mêmes, ne sont pas des éléments de richesse, de valeur ; ce sont de simples prérogatives inhérentes à certains états et qui ne peuvent dès lors devenir objets d'échange. Les droits de cette sorte sont une conséquence directe de l'état des personnes ; aussi en est-il traité dans le livre premier, conjointement avec les personnes et leurs différents états.

Les autres consistent dans des rapports établis sur les choses du monde extérieur, dans l'appropriation plus ou moins complète des choses afin de réaliser l'utilité qu'elles comportent ; ils constituent des valeurs, des éléments de richesse, qui peuvent être échangés. On les appelle dans la langue du droit : des biens. Par leur réunion, ils forment le patrimoine ; on nomme ainsi l'ensemble des droits ou biens des personnes, au moins de ceux parmi ces droits qui constituent des valeurs, soit au point de vue de l'usage, soit au point de vue de l'échange. Ce sont les droits de patrimoine, les seuls que réglemente le livre II. Il traite en effet des biens : c'est son intitulé ; le mot désigne ici les éléments de richesse, les valeurs, en d'autres termes les droits de patrimoine. Les divers droits de ce genre que l'homme peut avoir seront énumérés ailleurs ; ils ne sont que les diverses combinaisons d'appropriation directe ou indirecte, destinées à réaliser l'utilité des choses. L'énumération des droits, si on les comprend ainsi, est donnée approximativement par l'article 543 ; les titres qui suivent réglementent en détail les plus importants d'entre eux : la propriété, qui est le plus étendu et dont les autres ne sont que les dérivés, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes, tous droits qui sont des droits de patrimoine ou *des biens*. C'est ainsi que le second livre est intitulé ; il eût mieux valu dire : *des droits ou du patrimoine*.

source BIU Cujas

74. Le livre III (art. 711 à 2281) est intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ; il résout la troisième des questions que soulève le droit privé, celle de savoir comment les droits s'acquièrent et se transmettent.

La rubrique est inexacte. Il ne s'agit pas seulement de la propriété, mais de tous les droits. La propriété est prise comme étant le droit le plus étendu, qui comprend tous les autres. Il eût mieux valu dire : *Des différentes manières dont les droits s'acquièrent et se transmettent*. Les articles 711 et 712 en donnent l'énumération. C'est une sorte de table des matières ; puis les titres qui suivent réglementent chaque mode d'acquisition : l'occupation, les successions, les donations, les conventions avec leurs infinies variétés.

75. Tel est l'ordre général du Code, l'enchaînement de ses diverses parties. Il contient la théorie des droits, qui y sont successivement réglementés au triple point de vue de leur sujet, de leur objet, de leur acquisition et de leur transmission.

Il serait assez vain de discuter le mérite ou les défauts de cette classification. On lui a reproché, et le reproche est en grande partie fondé, de manquer de précision, de nécessiter des transpositions très fréquentes. En effet, aucun des trois objets ne peut être traité isolément sans empiétement sur les autres. A propos des personnes et de leurs différents états, il est impossible de ne pas parler des droits, car les différents états ne peuvent être envisagés qu'au point de vue de leur influence possible sur les droits. A propos des biens, il est impossible de ne pas parler des personnes à qui ils peuvent appartenir. Enfin, à propos des moyens d'acquisition et de transmission, il est impossible de ne pas parler des sujets et des objets. De sorte que la division en trois livres n'a rien de rigoureux ni d'exclusif ; les trois parties du Code se pénètrent perpétuellement. La critique est aisée, l'art reste difficile, et il faut bien reconnaître qu'on n'a pas proposé de classification préférable. On en a trouvé de plus savantes au point de vue de l'analyse, au moins de plus prétentieuses, mais qui n'ont pas plus de valeur. C'est une grande faiblesse d'esprit de penser qu'on fait mieux en disloquant les choses pour en grouper les éléments d'une façon nouvelle. La classification suivie par le Code a du moins

source BIU Cujas

le mérite d'être très simple et de bien distinguer les sujets des droits, les droits eux-mêmes, les modes d'acquisition et de transmission. Elle a, en outre, le mérite d'être ancienne ; c'est à peu de chose près l'ordre des Institutes. Aussi n'y a-t-il qu'inconvénient à s'en écarter.

---

source BIU Cujas

EXPLICATION

DU

TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL

76. Le titre préliminaire renferme six articles, groupés sous la rubrique suivante : *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*. Les dispositions contenues dans ce titre ne rentrent manifestement pas dans l'objet propre du Code civil ; elles ne font pas partie du droit privé ; elles sont un fragment du droit public. Ce sont quelques règles relatives aux lois en général, qui auraient dû faire l'objet d'une loi distincte, rentrant dans le droit public interne, presque dans le droit constitutionnel. Si les auteurs du Code civil ont placé là ces règles, c'est uniquement pour une raison de fait, parce que le Code civil fut rédigé le premier de ceux que l'on comptait faire paraître et qui ont paru plus tard, notamment les quatre Codes de l'Empire. On crut bon de placer en tête du premier Code paru ces règles, qui sont applicables non à telle ou telle loi, mais aux lois en général. On jugea qu'il n'y avait pas inconvénient à les mettre là, puisque, comme il fut dit, le Code civil, dans l'ordre des Codes projetés, était « le péristyle de la législation française[1] ». N'était-ce pas alors la place naturelle des règles relatives aux lois en général ?

Ces six articles sont un reste du livre préliminaire qui figurait dans le projet primitif et dans le projet définitif, et qui fut plus tard retranché. Des articles dont ce livre se composait, le plus grand nombre, soit une quarantaine, ont été purement et simplement supprimés ; ils contenaient des définitions, des aphorismes législatifs, des maximes de droit naturel, qui furent regardés comme n'étant pas du do-

1. Locré, *Législation civile...*, I, p. 395.

source BIU Cujas

maine de la loi, mais du ressort de la doctrine. Quelques autres ont été reportés ailleurs. Il en resta six, qui ne suffisaient pas à former un livre et dont on fit un titre préliminaire. Même réduit à ces proportions, le titre préliminaire est étranger à l'ordre d'idées du Code civil, car il ne contient pas des règles de droit privé. Le Code civil proprement dit, c'est-à-dire le Code du droit privé, ne commence qu'à l'article 7. Le titre préliminaire est dans le Code civil, mais il n'en fait pas partie. Les circonstances historiques expliquent cette anomalie.

77. Il ne mérite pas moins qu'on s'y arrête. Les règles qu'on y trouve sont une annexe des notions déjà réunies sur les sources du droit positif. Ces règles se réfèrent aux trois objets suivants : 1° la promulgation des lois, — 2° leur publication, — 3° leur autorité et leur application. Il est bon de les compléter par quelques indications relatives à la date et à l'abrogation des lois.

Avant d'entrer dans l'examen détaillé des articles, il convient d'observer une fois pour toutes que le mot loi, dans presque tous les textes du titre préliminaire, est pris dans son sens général, c'est-à-dire comme désignant toutes les sources du droit écrit (lois proprement dites, décrets, règlements, etc.), par opposition au droit non écrit, auquel le titre préliminaire demeure inapplicable en principe.

SECTION I. – DE LA PROMULGATION DES LOIS.

78. C'est l'objet du premier alinéa de l'article 1 [1], auquel il faut joindre l'ordonnance du 27 novembre 1816 et le décret du 5 novembre 1870.

Le premier alinéa de l'article 1 marque quel est l'effet de la promulgation. « Les lois sont exécutoires dans tout le « territoire français en vertu de la promulgation qui en « est faite par le Roi. » Le dernier mot appartient au style de l'édition de 1816 ; il faut lire : par le chef du pouvoir exécutif, par le Président de la République. La promulgation rend les lois exécutoires, c'est-à-dire susceptibles d'être exécutées. Jusque-là, quoique régulièrement élaborées,

1. Tous les articles qui seront cités désormais sans indication de la loi d'où ils sont tirés sont des articles du Code civil.

source BIU Cujas

quoique votées par les Chambres, ce ne sont pas des lois proprement dites ; elles n'ont qu'une existence virtuelle. Le second alinéa ajoute : « Elles seront exécutées dans chaque partie « du royaume du moment où la promulgation en pourra être « connue », c'est-à-dire après la publication. Elles deviennent alors obligatoires.

En d'autres termes, la loi ne devient obligatoire que quand elle a passé par trois phases. Il faut d'abord qu'elle ait été régulièrement élaborée, c'est-à-dire faite par le pouvoir compétent ; le Code civil ne s'occupe pas de la confection des lois, qui est réglementée par le droit constitutionnel, aujourd'hui par les lois constitutionnelles de 1875. Il faut, en second lieu, qu'elle ait été promulguée, enfin qu'elle ait été publiée. Régulièrement élaborée et votée, la loi existe ; promulguée, elle devient exécutoire, susceptible d'être exécutée ; publiée, elle devient obligatoire, c'est-à-dire qu'elle doit être exécutée, appliquée. La date d'entrée en vigueur d'une loi, ce n'est pas la date de son adoption par les Chambres, ni, s'il s'agit d'un décret ou d'un arrêté, la date de sa signature ; ce n'est pas davantage celle de la promulgation qui la rend exécutoire ; c'est celle de la publication qui la rend obligatoire. Ainsi l'article 2 porte : « La loi ne dispose que pour « l'avenir » ; l'avenir, c'est le temps postérieur à la date de la publication.

79. Ajournant la publication, ne parlons d'abord que de la promulgation.

Elle rend les lois exécutoires. L'article 1, qui est formel à cet égard, est muet sur d'autres points, qui sont pourtant essentiels et qui sont les suivants : qu'est-ce que la promulgation ? en quoi consiste-t-elle ? en la forme, comment y est-il procédé ? Questions sur lesquelles le droit s'est souvent transformé.

Pendant longtemps, la promulgation n'a pas été distinguée de la publication. *Promulgare* signifie publier, proclamer, rendre public. C'est un vieil axiome que *lex non obligat nisi rite promulgata*. La distinction entre la promulgation et la publication n'a été faite qu'à partir de 1789, quand fut organisé le régime constitutionnel. La nécessité de la promulgation pour rendre la loi exécutoire apparut alors comme une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. C'est le pouvoir exécutif qui fait exécuter

source BIU Cujas

la loi ; c'est lui, dès lors, qui doit donner l'ordre d'exécuter, lequel est le premier acte d'exécution. La promulgation ne fut pas autre chose. Elle était un ordre d'exécution adressé aux agents du pouvoir exécutif et aux particuliers eux-mêmes, et elle consistait dans l'apposition de la formule exécutoire sur les lois votées par les représentants de la nation ; la loi était rendue exécutoire, comme le sont les jugements, par l'apposition de la formule exécutoire. L'article 3 du décret du 9 novembre 1789 arrête ainsi les termes de la formule exécutoire : « *Mandons et ordonnons à tous les tribunaux, « corps administratifs et municipalités que les présentes ils « fassent transcrire sur leurs registres, lire, publier, et affi- « cher dans leurs ressorts et départements respectifs, et exécu- « ter comme loi du royaume. En foi de quoi nous avons signé « et fait contresigner les présentes, auxquelles nous avons fait « apposer le sceau de l'Etat.* » On pourrait donc définir ainsi la promulgation : c'était un acte solennel, par lequel le Roi attestait l'existence de la loi, ordonnait aux tribunaux et aux corps administratifs de la publier et de l'exécuter. Le Roi signait la loi, un ministre la contresignait et le sceau de l'Etat y était apposé.

Dans la suite, les termes de la formule exécutoire ont varié [1], mais l'idée est restée pendant longtemps la même : la promulgation est l'ordre d'exécution donné par le pouvoir exécutif.

80. Depuis 1870, la promulgation a complètement changé de caractère. A quoi bon en effet cet ordre d'exécution de la loi votée ? N'est-il pas superflu ? Ne va-t-il pas de soi qu'une loi doit être exécutée quand elle est votée ? On comprenait cet ordre d'exécution sous la Constitution de 1791, sous les Chartes de 1814 et de 1830, sous la Constitution de 1852, puisque la promulgation se rattachait à la sanction. Le chef de l'Etat participait à l'exercice de l'autorité législative par la sanction, c'est-à-dire par l'approbation qu'il était appelé à donner aux projets adoptés par les représentants du peuple ; sans la sanction, la loi votée n'existait pas encore et le souverain pouvait, en ne l'approuvant pas, la laisser inachevée. On comprenait alors l'intervention du chef de l'Etat, qui sanctionnait et promulguait à la fois ; les deux choses allaient

1. Voy. Eugène Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, p. 495 à 499.

source BIU Cujas

ensemble et ne faisaient qu'un. A l'heure actuelle, le droit de sanction a disparu ; le chef du pouvoir exécutif ne participe plus à l'exercice de l'autorité législative ; la loi votée par les Chambres est parfaite et définitive. A quoi répond dès lors cet ordre d'exécution qui ne peut pas ne pas être donné ? La question s'est posée sous les Constitutions de l'an VIII et de 1848, où la sanction n'existait pas. On a été conduit ainsi à ne plus voir dans la promulgation que l'annonce, officiellement faite par le pouvoir exécutif, de l'existence de la loi. Ce n'est plus un ordre d'exécution, jugé superflu ; c'est l'annonce de l'existence de la loi. Tel est aujourd'hui le caractère de la promulgation ; de là découlent les dispositions légales qui règlent en quoi elle consiste.

81. Ces dispositions sont au nombre de trois :

a) D'après la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (article 3), c'est le chef du Gouvernement qui promulgue les lois : « Le Président de la République... promulgue les lois lors- « qu'elles ont été votées par les deux Chambres... » Il le fait par un décret, le décret de promulgation. Tout le monde n'a pas le temps de se tenir au courant de ce qui se passe dans la sphère de la politique, tout le monde cependant est tenu d'obéir à la loi ; donc il faut, quand une loi a été votée, que son existence soit officiellement annoncée. C'est le but de la promulgation.

b) La loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (article 7) fixe le délai dans lequel la promulgation doit être faite. Il ne dépend pas du Président de la République de la retarder, à plus forte raison de n'y pas procéder ; sans cela, l'ancien droit de sanction revivrait. Le délai habituel est d'un mois : « Le Président de la République promulgue les lois dans le « mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi « définitivement adoptée. » Les Chambres peuvent réduire ce délai à trois jours : « Il doit promulguer dans les trois « jours, ajoute l'article 7, les lois dont la promulgation, par « un vote exprès de l'une et de l'autre Chambre, aura été « déclarée urgente [1]. »

1. Sous la Constitution de 1848 (art. 41 et 42) et sous celle de l'an III (art. 77, 81, 89, 131), il n'y avait qu'une seule déclaration d'urgence, dispensant les projets de loi des trois délibérations et abrégeant les délais de promulgation. Dans la procédure parlementaire actuelle, on distingue deux sortes de déclarations d'urgence. L'une n'est prévue que par les règlements des Chambres et a pour but de réduire à une seule les deux délibérations successives prescrites par ces rè-

source BIU Cujas

c) Le décret du 6 avril 1876 arrête la formule de promulgation, qui répond au caractère actuel de la promulgation :

« Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté,

« Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

(Suit le texte de la loi.)

« La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat.

« Fait à . . . . . le . . . . . »

(*Signature.*)

Il n'est plus question de la formule exécutoire, contenant l'ordre donné par le pouvoir exécutif ; elle est jugée superflue. La promulgation est simplement l'annonce officiellement faite que la loi existe et qu'elle va être exécutée.

82. Sachant en quoi consiste la promulgation, il faut indiquer comment on y procède en la forme. Les règles, à cet égard, on été posées par l'ordonnance du 27 novembre 1816 et par le décret du 5 novembre 1870. Les deux actes sont aujourd'hui concurremment en vigueur ; leurs dispositions doivent être combinées.

D'après l'ordonnance de 1816, l'ordre d'exécution, car c'est ainsi que la promulgation doit être définie, est donné au moyen du *Bulletin des lois*. La promulgation se fait par l'insertion au *Bulletin* de la loi revêtue de la formule exécutoire (art. 1er), ou plutôt elle résulte, aux termes de l'article 2, de la réception du *Bulletin* au ministère de la justice [1]. Pour faciliter l'application de cette règle, la date de la réception du *Bulletin* au ministère de la justice est imprimée, depuis 1818 (à partir du *Bulletin* n° 205 de la 7e série), au bas de chaque cahier, immédiatement au-dessous de la signature du Garde des sceaux ; de sorte que, pour connaître la date précise de la promulgation, et nous verrons à propos de la publication que cela est d'un grand intérêt pratique, il n'y a qu'à chercher la date du cahier du *Bulletin* où se trouve la loi.

Cet état de choses a duré jusqu'en 1870. Il a été modifié

glements. L'autre déclaration d'urgence, celle de l'article 7 de la loi du 16 juillet 1875, a pour unique objet de rendre plus courts les délais de promulgation. Voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 504 et 505.

1. Art. 2. La promulgation « sera réputée connue, conformément à l'article 1er « du Code civil, un jour après que le *Bulletin des lois* aura été reçu de l'im- « primerie royale par notre Chancelier ministre de la justice, lequel constatera « sur un registre l'époque de la réception. »

source BIU Cujas

par le décret du Gouvernement de la défense nationale en date du 5 novembre 1870[1]. C'est un décret-loi, l'un de ceux à propos desquels s'est posée, en 1872, la question de savoir s'ils ont vraiment force de loi ; l'affirmative a prévalu[2]. « Dorénavant, dit l'article 1, la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel à cet égard remplacera le *Bulletin des lois*. » La promulgation se fait donc désormais par l'insertion au *Journal officiel* de la loi revêtue de la formule exécutoire, telle que l'a fixée le décret du 6 avril 1876. Seulement l'article 1 continue dans un second alinéa : « Le *Bulletin des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation. » Il résulte de là qu'il existe, à l'heure actuelle, deux instruments de promulgation, ce qui donne naissance aux complications les plus grandes. L'idée des rédacteurs du décret de 1870 paraît avoir été la suivante. On ne peut pas insérer tous les actes au *Journal officiel*, qui est un journal quotidien ; cela excéderait les dimensions possibles. Les actes qui ont un intérêt général y seront naturellement insérés et seront promulgués par là même ; quant aux autres, ils iront s'amonceler au *Bulletin des lois* et leur promulgation résultera, suivant le régime ancien, de leur insertion au *Bulletin*.

83. Quoi qu'il en soit, deux modes de promulgation existent aujourd'hui concurremment : promulgation au moyen de l'*Officiel*, conformément au décret de 1870, promulgation subsidiaire au moyen du *Bulletin*, conformément à l'ordonnance de 1816. Pour faciliter l'exécution combinée de l'ordonnance et du décret, le *Bulletin des lois* mentionne, sous chaque document, la date de son insertion à l'*Officiel* si elle a eu lieu. Si cette date n'est pas indiquée, c'est que le document n'a pas été inséré à l'*Officiel* et l'insertion au *Bulletin* vaut alors promulgation, conformément à l'ordonnance de 1816[3].

84. Est-ce là un système satisfaisant ? Certainement non. La

1. Deux décrets du 15 septembre et des 5-11 novembre 1870, rendus par la Délégation de Tours, ont établi momentanément un mode de promulgation spécial jusqu'au rétablissement des communications avec Paris.

2. Voy. *suprà*, p. 42.

3. Il faut noter que tous les actes sans exception sont insérés au *Bulletin des lois*, même ceux qui ont été promulgués par voie d'insertion préalable au *Journal officiel* ; seulement, pour ces derniers, l'insertion au *Bulletin* n'a lieu que pour ordre et n'opère pas promulgation, puisque la promulgation résulte de l'insertion préalable à l'*Officiel*.

source BIU Cujas

coexistence de deux modes de promulgation est une cause de complications, sinon d'erreurs. Elle fait naître une difficulté pratique. Etant donné qu'il y a deux modes de promulgation, l'un principal par le *Journal officiel*, l'autre subsidiaire par le *Bulletin des lois*, quels actes doivent être promulgués par l'emploi de l'un, quels par l'emploi de l'autre ? Ou bien faut-il dire que les deux modes de promulgation peuvent être employés indistinctement, quel que soit le caractère de l'acte dont il s'agit? Le décret du 5 novembre 1870 ne distingue pas. Le premier alinéa de l'article 1 substitue le *Journal officiel* au *Bulletin des lois* comme instrument de promulgation des lois et décrets ; le second alinéa s'exprime ainsi : « Le *Bulletin des lois* continuera à être pu- « blié et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au « *Journal officiel* en opérera promulgation. » Le mot « acte », employé dans le second alinéa, comprend évidemment les mots « lois et décrets », employés dans le premier ; donc l'emploi des deux modes de promulgation est possible, quel que soit l'acte dont il s'agit.

Cependant la Cour de cassation a jugé le contraire par arrêt du 23 janvier 1872 [1]. D'après cet arrêt, il résulterait du décret de 1870 que l'insertion à l'*Officiel* est devenue l'instrument unique de promulgation ; si le second alinéa de l'article 1 maintient le *Bulletin des lois* comme instrument de promulgation pour les actes non insérés à l'*Officiel*, cette réserve ne saurait, dans aucun cas, s'appliquer « à des actes d'intérêt public ayant le caractère de lois ». Cela paraît difficile à admettre, car que devient alors la disposition du décret qui considère, en termes généraux, l'insertion au *Bulletin* comme valant promulgation pour les actes non insérés à l'*Officiel*? La Cour de cassation dit que la promulgation par le *Bulletin* n'est pas applicable aux actes d'intérêt public ayant le caractère de lois. Quels sont-ils ? Entend-elle séparer les lois et les décrets, les lois devant être promulguées par l'*Officiel*, les décrets pouvant l'être par le *Bulletin* ? On chercherait vainement la raison d'être d'une pareille distinction, car il a été observé déjà que certains décrets sont d'intérêt général tandis que certaines lois sont d'intérêt purement local ou individuel [2].

1. D. P. 1872. I. 8.
2. Voy. *suprà*, p. 35 et 60.

source BIU Cujas

La meilleure pratique serait peut-être de faire concorder les deux modes de promulgation avec la division même du *Bulletin* en partie principale et partie supplémentaire. Les actes d'intérêt général seraient promulgués au moyen de l'*Officiel* et insérés ensuite dans la partie principale du *Bulletin*; les actes d'intérêt local ou individuel seraient promulgués par insertion directe dans la partie supplémentaire du *Bulletin*. Mais le décret de 1870 ne dit rien de pareil, d'où il faut conclure que l'*Officiel* et le *Bulletin* peuvent servir indifféremment à la promulgation des actes de toute espèce. Le décret de 1870 aurait besoin d'être revisé pour qu'il en fût autrement, ce qui serait très désirable.

85. Le système reçu pour la promulgation des lois est applicable aux décrets, qui doivent, eux aussi, être promulgués. Ils ne deviennent exécutoires que par la promulgation et sont visés formellement aussi bien par l'ordonnance de 1816 que par le décret de 1870. Sous le rapport de la promulgation, il n'y a qu'une seule différence entre les décrets et les lois, c'est que la formule de promulgation n'est pas la même dans les deux cas. La formule introduite par le décret du 6 avril 1876 n'est relative qu'à la promulgation des lois ; elle ne saurait être appliquée aux décrets, qui ne sont pas délibérés par les Chambres. Ils émanent du Président de la République, ils sont rendus au rapport d'un ministre qui les contresigne et sont terminés par ces mots : « Le ministre de..... est chargé de « l'exécution du présent décret. » Portant cet article final, le décret est inséré soit à l'*Officiel*, soit au *Bulletin des lois* et l'insertion en opère promulgation [1].

Il en est de même des règlements d'administration publique.

86. Restent les règlements émanant de certains agents de l'administration, les maires et les préfets notamment. Il n'y a pas pour eux de promulgation. Ils ne peuvent être insérés ni au *Journal officiel* ni au *Bulletin des lois*, puisqu'ils n'ont qu'une autorité et qu'une application locales. Ils sont exécutoires dès et par cela seul qu'ils sont pris et portés en fait à la connaissance des administrés ; la promulgation, pour eux, se confond avec la publication.

1. Lyon, 23 février 1887, D. P. 1888. II. 33. — Cass., 5 novembre 1885, Sir. 1887. I. 233.

source BIU Cujas

SECTION II. — DE LA PUBLICATION DES LOIS.

87. Publication et promulgation sont choses distinctes, quoique souvent confondues. La publication fait l'objet des alinéas 2 et 3 de l'article 1. Il faut y joindre l'ordonnance du 27 novembre 1816 et le décret du 5 novembre 1870.

La promulgation a rendu la loi exécutoire ; c'est la publication qui va la rendre obligatoire. L'équité le dit suffisamment ; un ordre ne doit obliger qu'autant qu'il est connu, qu'autant du moins qu'il a pu l'être de ceux à qui il s'adresse. L'idée s'impose avec un caractère particulièrement impératif quand il s'agit de lois pénales et il y a longtemps qu'on a dit : *moneat lex priusquam feriat* ; l'article 2 répond à la même idée : « La loi, ne dispose que pour l'avenir. » La publication a précisément pour objet de porter la loi faite et promulguée à la connaissance des citoyens qui doivent lui obéir et des autorités qui doivent la faire exécuter. Elle consiste, et son nom vient de là, dans les moyens employés pour rendre la loi publique.

Le mot *publication* se trouve dans la rubrique du titre préliminaire ; il ne se retrouve pas dans l'article 1, mais la chose s'y retrouve : « Elles seront exécutées dans chaque par« tie du royaume, dit l'alinéa 2, du moment où la promul« gation en pourra être connue. » Dire qu'elles seront exécutées, c'est dire qu'elles ne seront plus seulement exécutoires, mais obligatoires. Elles le deviennent par la publication.

88. Comment se fait et d'où résulte cette publication ? Les procédés ont varié à l'infini [1] ; on n'a pas encore imaginé un procédé vraiment satisfaisant. La vérité serait de ne regarder la loi comme obligatoire qu'autant qu'elle serait réellement connue ; alors il faudrait une publication réelle et effective. Ce mode de publication a été employé à certaines époques : c'est la publication par affiches ou par lecture publique [2], qui n'est d'ailleurs effective qu'en apparence. Si, en effet, on lit les lois dans les carrefours, qui les écoutera ? et, parmi ceux

1. Berriat-Saint-Prix, *Recherches sur les différents modes de publication des lois depuis les Romains jusqu'à nos jours*, Paris, 1809.

2. Elle a été prescrite par le décret du 9 novembre 1789, par la Constitution de 1793 (art. 56 à 60) et par la loi du 14 frimaire an II (section I, art. 9 et 10).

source BIU Cujas

qui écouteront, qui les comprendra ? Un autre inconvénient résulte de ce système. La loi ne devenant obligatoire qu'après avoir été lue aux citoyens et affichée sous leurs yeux, les administrateurs, chargés de procéder à la lecture et à l'affichage, pourront hâter ou retarder l'exécution de la loi en accomplissant vite ou lentement les formalités dont le soin leur incombe ; or il est choquant et dangereux que la mise en vigueur d'une loi dépende du bon vouloir d'un administrateur.

89. Pour toutes ces raisons, on a remplacé la publicité de fait par la présomption de publicité ; on a abandonné le système de la publication réelle pour venir à celui de la publication fictive. D'après le Code civil, cette publication fictive consiste dans la seule expiration d'un délai à partir de la promulgation. Pendant ce délai, la loi est censée se propager et arriver à la connaissance des intéressés par les conversations, par les journaux. L'expiration d'un délai fait l'office d'une publication réelle ; on se contente, par conséquent, d'une présomption de publication. Il faut s'y résoudre : la publication a moins pour objet de faire connaître la loi que de fixer une époque où elle sera censée connue. « Les lois, dit l'article 1 « alinéa 2, seront exécutées dans chaque partie du royaume « du moment où la promulgation en pourra être connue. » L'alinéa 3 continue : « La promulgation faite par le roi sera « réputée connue dans le département de la résidence royale « un jour après celui de la promulgation, et, dans chacun « des autres départements, après l'expiration du même dé- « lai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix « myriamètres entre la ville où la promulgation en aura été « faite et le chef-lieu de chaque département. » Les jours dont il s'agit sont des jours francs [1].

La loi entre donc en vigueur à des dates variables dans les divers départements. Promulguée le 1er décembre, elle devient obligatoire le 3 décembre à minuit dans le département de la Seine. L'article 1 alinéa 3 dit : « dans le département de « la résidence royale » ; c'était exact avant l'ordonnance du 27 novembre 1816, quand le délai de publication commençait à courir du jour de la promulgation ; depuis 1816, c'est toujours le département de la Seine, puisque le délai commence à courir du jour de la réception du *Bulletin* au ministère de

1. Voy. l'avis du Conseil d'Etat du 24 février 1817 et les arrêts cités dans Aubry et Rau, I, p. 51, note 13.

source BIU Cujas

la justice. Pour chacun des autres départements, il y a un calcul spécial à faire, facilité d'ailleurs par l'arrêté du 25 thermidor an XI (13 août 1803), qui donne les distances de Paris aux chefs-lieux des divers départements [1]. Promulguée le 1er décembre, quand la loi est-elle obligatoire dans le Morbihan ? La distance de Paris à Vannes étant de cinquante myriamètres, la loi sera obligatoire dans le Morbihan après l'expiration d'un délai de six jours, c'est-à-dire le 7 décembre à minuit.

90. Rien n'est plus simple quand on prend comme exemple un département dont le chef-lieu est à une distance de Paris se chiffrant en un nombre exact de myriamètres, sans fraction ; mais l'hypothèse inverse est beaucoup plus fréquente et les difficultés apparaissent. Entre Paris et Nîmes, par exemple, la distance est de 70 myriamètres 2 kilomètres. Si la distance était exactement de 70 myriamètres, les lois seraient obligatoires dans le département du Gard sept jours plus tard que dans celui de la Seine ; faudra-t-il ajouter un jour à raison des 2 kilomètres supplémentaires ? Prenons un autre exemple. La distance entre Paris et Autun est de 39 myriamètres 9 kilomètres. Les lois seront-elles obligatoires dans le département de Saône-et-Loire trois jours plus tard que dans celui de la Seine, comme si la distance entre Paris et Autun était exactement de 30 myriamètres, ou bien ne faut-il pas ajouter un jour à raison des 9 myriamètres 9 kilomètres, qui équivalent presque à 10 myriamètres ? En d'autres termes, les fractions de 10 myriamètres entrent-elles en ligne de compte pour le calcul du délai de publication ? Il peut être important et très grave en pratique de déterminer à un jour près la date d'entrée en vigueur d'une loi.

Le texte est formel. La promulgation, dit-il, est réputée connue dans le département de la Seine un jour après celui de la promulgation et le délai doit être augmenté, pour les autres départements, « d'autant de jours qu'il y a de fois 10 « myriamètres ». Or, dans 70 myriamètres 2 kilomètres, il y a sept fois 10 myriamètres, et alors les lois sont obligatoires dans le département du Gard sept jours plus tard que dans celui de la Seine ; dans 39 myriamètres 9 kilomètres, il n'y a que trois fois dix myriamètres, et alors les lois sont obliga-

1. L'arrêté de l'an XI a été complété et rectifié par les ordonnances des 7 juillet 1824, 1er novembre 1826, 12 juin 1834 et par le décret du 14 août 1860.

source BIU Cujas

toires dans le département de Saône-et-Loire trois jours plus tard que dans celui de la Seine. De même encore, quand la distance entre Paris et le chef-lieu est inférieure à dix myriamètres, les lois sont obligatoires dans le département à la même date que dans celui de la Seine.

La solution n'est pas douteuse ; elle est adoptée par tous les auteurs [1] et a été consacrée par plusieurs actes législatifs [2]. En dépit de ces actes, la Cour de cassation a jugé d'abord que les fractions de dix myriamètres doivent entrer en ligne de compte pour le calcul du délai de publication et voici le raisonnement sur lequel s'appuyait cette jurisprudence. Il y a quatre départements dont les chefs-lieux sont à une distance de Paris inférieure à dix myriamètres ; si l'on ne tient pas compte des fractions de dix myriamètres pour le calcul du délai de publication, les lois seront regardées comme obligatoires dans ces quatre départements le même jour que dans celui de la Seine. Or le texte répugne à cette solution ; il ne considère la loi comme pouvant entrer en vigueur un jour après celui de la promulgation que dans le département de la Seine, le délai devant être augmenté pour « chacun des autres ». Tels sont les motifs des deux arrêts de rejet rendus par la chambre criminelle le 16 avril 1831 [3]. Depuis, la jurisprudence a changé ; la Cour de cassation admet que le délai doit être augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres complets, sans tenir compte des fractions de dix myriamètres [4].

91. Tel est le système de la publication des lois d'après les alinéas 2 et 3 de l'article 1. Ces textes contiennent ce qu'on peut appeler le droit commun en matière de publication. Dans des cas particuliers, les délais indiqués par le Code peuvent être tantôt abrégés, tantôt augmentés.

a) Ils peuvent être abrégés dans l'hypothèse prévue par l'article 4 de l'ordonnance déjà citée du 27 novembre 1816 : « Dans « les cas et les lieux où nous jugerons convenable de hâter « l'exécution, les lois et ordonnances seront censées publiées

1. Aubry et Rau, I, p. 49, note 5.
2. Sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII (6 novembre 1804) et ordonnance du 7 juillet 1824. Voy. Aubry et Rau, I, p. 49, note 5.
3. Dalloz, *Répertoire*, v° *Lois*, n° 161.
4. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Lois*, n° 86. — Metz, 13 février 1855, D. P. 1855. II. 287, — Cass., 27 juin 1855, D. P. 1855. I. 261, — Cass., 9 avril 1856, D. P. 1856. I. 187.

source BIU Cujas

« et seront exécutoires [1] du jour qu'elles seront parvenues au « préfet, qui en constatera la réception sur un registre. » C'était dire qu'en cas d'urgence la publication réelle remplacerait la présomption de publication résultant de l'écoulement d'un délai. Seulement il était au moins douteux que la réception à la préfecture fût un avertissement suffisant pour les particuliers ; aussi l'ordonnance du 18 janvier 1817 a-t-elle modifié les règles posées en 1816 : « Dans les cas prévus « par l'article 4 de notre ordonnance du 27 novembre 1816, « où nous jugerons convenable de hâter l'exécution des lois « et de nos ordonnances en les faisant parvenir extraordi- « nairement sur les lieux, les préfets prendront incontinent « un arrêté par lequel ils ordonneront que lesdites lois « et ordonnances seront imprimées et affichées partout où « besoin sera. Lesdites lois et ordonnances seront exécutées « à compter du jour de la publication faite dans la forme « prescrite par l'article ci-dessus. »

Ces ordonnances étaient-elles constitutionnelles ? Le doute est possible, car une ordonnance ne peut déroger à la loi. Toutefois les deux ordonnances de 1816 et 1817 ont toujours été appliquées ; on les a regardées comme n'ayant fait que déterminer d'une manière plus précise ce qui avait lieu auparavant [2].

b) Ils peuvent être augmentés lorsqu'il y a eu, en fait, une interruption de communications entre Paris, où se fait la promulgation, et le département où il s'agit d'appliquer la loi. L'interruption aura mis obstacle à la propagation présumée de la loi. Il faut une cause générale et publique d'empêchement : inondation, amoncellement de neiges, invasion, établissement d'un cordon sanitaire. Dans ces cas, le délai est prolongé ; il y a interruption du délai jusqu'au rétablissement des communications. C'est raisonnable et on n'a jamais douté que ce fût légal. Il y avait un article en ce sens dans le projet primitif ; il fut supprimé dans le projet définitif comme inutile et consacrant ce qui allait de soi [3].

1. Les rédacteurs de l'Ordonnance se sont mépris en écrivant que les lois « seront censées publiées et seront *exécutoires* ». Il fallait dire : « seront *exécutées* » ou obligatoires. Les lois, en effet, sont exécutoires par l'effet de la promulgation ; elles sont obligatoires et doivent être exécutées quand elles ont été publiées.

2. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 1, n° 189.

3. Locré, *op. laud.*, I, p. 414 et 416. Application de cette règle a été faite en

source BIU Cujas

92. Le système organisé par le Code civil pour la publication des lois a été seul appliqué jusqu'en 1870 mais il n'est plus ; applicable, à l'heure présente, que dans certains cas, car il doit être combiné avec celui du décret du 5 novembre 1870. Ce décret a été signalé déjà comme ayant modifié le système de la promulgation ; il a modifié aussi, par voie de conséquence, celui de la publication. De même que, depuis ce décret, il existe deux modes de promulgation (par insertion au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois*), de même il existe deux modes de publication, qui s'adaptent aux deux modes de promulgation. L'article 2 du décret s'exprime ainsi : « Les lois seront obligatoires « à Paris un jour franc après la promulgation, et partout « ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour « franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera « parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. » Désormais la publication, qui consiste toujours, pour Paris, dans l'expiration d'un délai fixe d'un jour franc à dater de la promulgation, consiste, pour chaque arrondissement extérieur à Paris, dans l'expiration du même délai à dater de la réception de l'*Officiel* au chef-lieu de l'arrondissement. Si on analyse ces règles et si on les rapproche du Code civil, il apparaît que le décret de 1870 a introduit deux innovations.

a) La publication s'effectuait par département sous l'empire du Code civil ; elle s'effectue par arrondissement sous l'empire du décret de 1870.

b) Le délai de publication était variable à raison des distances ; désormais il est toujours d'un jour franc, mais ce délai a un point de départ différent pour Paris et les arrondissements extérieurs à Paris. En conséquence, le troisième alinéa de l'article 1 du Code civil et l'arrêté du 25 thermidor an XI cessent d'être utiles ; le décret de 1870 fait disparaître les difficultés auxquelles ces textes donnaient lieu.

Il en est ainsi quand la promulgation a été faite par insertion au *Journal officiel*. Le décret de 1870 est muet sur l'hypothèse où la promulgation aurait eu lieu par insertion au *Bulletin des lois*. Dans le silence du décret, la publication continue alors à se faire conformément à l'article 1 du Code civil, c'est-à-dire que les lois et décrets insérés à l'*Of-*

particulier pendant la guerre de 1870 par les décrets du 15 septembre et des 11-29 novembre 1870.

source BIU Cujas

ficiel sont publiés conformément à l'article 2 du décret de 1870, tandis que les actes insérés au *Bulletin des lois* continuent d'être publiés conformément à l'article 1 du Code civil.

93. Il existe donc, depuis 1870, deux modes de publication, qui s'adaptent aux deux modes de promulgation reçus depuis cette époque. On ne peut nier qu'il y ait là une grande complication. D'autre part, le décret de 1870, pour les cas dans lesquels il s'applique, a un défaut qui lui est propre : c'est l'incertitude quant à la date de réception de l'*Officiel* au chef-lieu de l'arrondissement. Aucun contrôle n'est possible et c'est un danger. Le décret reproduit ce que l'ordonnance de 1816 avait admis pour les actes promulgués par insertion au *Bulletin des lois* : la publication s'en opère par l'écoulement d'un délai dont le point de départ est la réception du *Bulletin* au ministère de la justice. Or le système avait été trouvé mauvais et il est singulier que le Gouvernement l'ait maintenu en 1870. C'est d'autant plus singulier que la disposition actuelle est beaucoup plus dangereuse que n'était celle de l'ordonnance de 1816. En effet la réception du *Bulletin* au ministère de la justice, qui vaut promulgation, est un fait unique pour la France entière, un fait qui s'accomplit au ministère de la justice, dont l'accomplissement peut, dès lors, être surveillé ; puis la réception est constatée officiellement par la date inscrite au bas de chaque cahier du *Bulletin*. Comment la réception de l'*Officiel* dans les divers arrondissements sera-t-elle constatée ? Rien n'est prévu, rien n'est réglé. Il y a, paraît-il, un registre spécial dans les sous-préfectures et cela diminue l'incertitude, mais sans la supprimer. Sous l'empire du Code, la détermination de la date d'entrée en vigueur d'une loi dépendait d'une règle de droit, de la date de la promulgation, date unique ; maintenant elle dépend d'un fait. Le pouvoir judiciaire aura à vérifier ce fait, de sorte qu'un retard de la poste ou la perte en route d'un numéro de l'*Officiel* auront effet sur la publication. Le système du Code civil manquait de simplicité ; celui du décret de 1870 manque de régularité.

94. Voilà en quoi consiste la publication ; c'est elle qui rend la loi obligatoire. Toutefois il n'est pas sans exemple que l'effet de la loi, malgré la publication acquise, soit différé. C'est ce qui s'est produit pour la loi du 23 mars 1855 sur la transcription : « La présente loi, dit l'article 10, est exécutoire à partir du

source BIU Cujas

« 1er janvier 1856. » La loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes contient une disposition analogue : « La présente loi, dit « l'article 21, sera exécutoire à partir de la promulgation du « règlement d'administration publique mentionné au dernier « paragraphe de l'article 18. » Enfin la loi du 11 janvier 1892, relative à l'établissement du tarif général des douanes, s'exprime ainsi dans l'article 18 : « La présente loi sera mise en « vigueur le 1er février 1892. » Le système ordinaire de publication se trouve par là même écarté ; les lois dont il s'agit sont entrées en vigueur dans toute la France à la même date [1].

95. Après avoir parlé de la publication des lois, il faut se demander comment est faite celle des décrets, des règlements d'administration publique et des règlements locaux.

Pour les ordonnances et décrets, il n'y a pas de doute, au moins depuis l'ordonnance du 27 novembre 1816. Sous le premier Empire, la disposition des alinéas 2 et 3 de l'article 1 n'était pas considérée comme s'appliquant aux décrets, et ce n'était pas sans raison. Les ordonnances et décrets sont préparés et rendus avec moins de solennité et de publicité que les lois ; aucune discussion publique ne les prépare, à l'inverse des lois qui sont discutées dans les Chambres et qu'on peut dès lors prévoir longtemps à l'avance. Les décrets, en conséquence, peuvent surprendre davantage, puisqu'ils paraissent sans qu'on ait su qu'ils étaient en préparation ; il est donc utile de recourir, pour les publier, à des procédés spéciaux. La publication a été longtemps pour eux effective et réelle, c'est-à-dire qu'elle se faisait par affiches [2].

1. La chose est certaine en ce qui concerne la loi de 1892, dont le texte est formel et clair, mais un doute est possible pour les lois de 1855 et 1885. En effet, elles ne disent pas : la présente loi sera *obligatoire* à telle date ; mais bien : la présente loi sera *exécutoire* à telle date. Peut-être le législateur a-t-il voulu reporter à une date ultérieure les effets de la promulgation, par laquelle la loi est rendue *exécutoire*, sans écarter les règles du droit commun sur les délais de la publication, par laquelle la loi est rendue *obligatoire* ; ces délais commenceraient à courir du jour auquel ont été reportés les effets de la promulgation. Les travaux préparatoires permettent de penser que telle a pu être la pensée du législateur de 1885 (D. P. 1885. IV. 60). Quant aux rédacteurs de la loi sur la transcription, tout porte à croire qu'ils ont confondu les deux mots *obligatoire* et *exécutoire* (D. P. 1855. IV. 27 et suiv.) ; l'article 10 de la loi du 23 mars 1855 aurait alors la même portée que l'article 78 de la loi de 1892 sur le tarif général des douanes. Aussi bien la confusion est-elle fréquente entre les deux mots ; nous l'avons déjà trouvée faite par une ordonnance de la Restauration (*suprà*, p. 94, note 1).

2. Avis du Conseil d'Etat du 25 prairial an XIII (14 juin 1805).

source BIU Cujas

C'est seulement sous la Restauration, par l'ordonnance de 1816, que le même système fut appliqué aux ordonnances et aux lois (art. 1 et 3). Depuis, le système est resté le même. C'est celui que reproduit et consacre le décret du 5 novembre 1870. L'article 1 de ce décret prescrit le même mode de promulgation pour les lois et pour les décrets ; l'article 2 prescrit le même mode de publication.

Le second alinéa de l'article 2 réserve formellement au Gouvernement le droit d'abréger le délai pour les décrets. « Le « Gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordon- « ner l'exécution immédiate d'un décret. » Ce n'est que la répétition de ce que l'article 4 de l'ordonnance de 1816 décidait déjà. Cependant les deux dispositions diffèrent en un point. L'ordonnance de 1816 porte : « Dans les cas et les lieux où nous « jugerons convenable de hâter l'exécution, les lois et ordon- « nances seront censées publiées..... du jour qu'elles seront « parvenues au préfet, qui en constatera la réception sur un « registre (art. 4). » L'ordonnance du 18 janvier 1817 a complété ce texte en prescrivant au préfet, sitôt qu'il a reçu l'acte, de prendre un arrêté pour ordonner que l'acte soit imprimé et affiché partout où besoin sera (art. 1) ; l'article 2 poursuit en disant : « Les dites lois et ordonnances seront exé- « cutées à compter du jour de la publication faite dans la forme « prescrite par l'article ci-dessus. » Or le décret de 1870, dans son article 2 alinéa 2, permet au Gouvernement d'ordonner l'exécution immédiate des décrets. C'est une question de savoir si le décret de 1870 a abrogé l'ordonnance de 1817 en ce qui concerne les décrets, de telle sorte que ceux-ci pourraient, en cas d'urgence, être obligatoires immédiatement, dès la réception du texte par le préfet, au lieu que les lois pourraient l'être seulement à compter du jour de la publication faite dans la forme prescrite par l'article 2 de l'ordonnance de 1817. Ce serait une différence importante entre les lois et les décrets au point de vue de la publication ; mais il est peu probable que cette différence existe. Sans doute on peut admettre à la rigueur que le mot « immédiate » veut dire : dès la réception de l'acte par le préfet et sans aucun délai de publication ; les auteurs du décret de 1870 auraient alors permis non plus de hâter mais de supprimer la publication. Ce serait une disposition très grave et peu raisonnable, car un décret pourrait alors être obligatoire dès la réception du texte

source BIU Cujas

par le préfet, c'est-à-dire à un moment où le préfet seul, dans le département, en connaît la teneur. Peut-on supposer que les auteurs du décret de 1870 ont voulu décider ainsi ? Le seul emploi des mots « exécution immédiate » n'est pas une raison suffisante. En l'absence d'un texte formel, il est toujours préférable de se tourner du côté du bon sens, lequel conduit à dire que le décret de 1870 n'a pas abrogé l'ordonnance de 1817 ; l'exécution immédiate est celle qui s'impose dès que la publication a été faite par affiches.

96. Passons aux règlements locaux qui peuvent être faits par certains agents administratifs, les préfets et les maires. Il a été dit déjà qu'il n'y a pas pour eux de promulgation, ou du moins que la promulgation se confond avec la publication ; la publication a pour effet de les rendre non seulement obligatoires mais exécutoires. Comment se fait-elle ?

On a soutenu qu'il suffit que ces règlements soient insérés dans le *Bulletin administratif de la préfecture* ou couchés sur les registres de la mairie ; mais de nombreuses décisions judiciaires ont maintenu qu'ils ne sont pas obligatoires s'ils n'ont pas été publiés. Seulement la publication reste pour eux une publication de fait, obtenue par n'importe quel moyen ; il n'y a rien de fixe quant au mode d'y procéder. En tout cas, ils ne sont exécutoires et obligatoires qu'à partir de la publication [1]. Donc l'article 1 n'est pas applicable, non plus que les ordonnances de 1816 et de 1817 ou le décret de 1870, car il n'y a pas de promulgation, et il s'agit d'une publication réelle par affiches. La loi n'étant pas formelle les tribunaux peuvent juger en fait si l'arrêté a reçu une publicité suffisante pour être connu [2].

Pour les arrêtés des maires, il y a des règles spéciales depuis la loi municipale du 5 avril 1884 (art. 95 et 96). Les arrêtés individuels sont obligatoires dès qu'ils ont été notifiés. Les arrêtés temporaires sont obligatoires le lendemain de l'affichage, les arrêtés permanents un mois après la remise de l'ampliation constatée par les registres du sous-préfet ou du préfet, sauf en cas d'urgence ; le préfet peut alors ordonner l'exécution immédiate. Il y a là tout un ensemble de garanties pour les particuliers [3].

1. Dalloz, *Table alphabétique des vingt-deux années* (1845-1867), v° *Règlement administratif*, nos 31 et suiv.
2. Dalloz, *Table des dix années* (1877-1887), *eod. verbo*, n° 12.
3. Ducrocq, *Etudes sur la loi municipale*, p. 19 et ss.

source BIU Cujas

97. Telles sont les règles de la publication, malheureusement diverses et variables. Si on les combine, elles conduisent à une conséquence qu'il n'est pas sans intérêt de relever, au moins pour les lois et pour les décrets, car elle est caractéristique du système et le juge.

Il résulte des règles sur la publication que les lois et décrets ne deviennent pas simultanément obligatoires dans toute la France. La loi est exécutoire dans toute la France à une date unique, celle de la promulgation ; mais elle n'est obligatoire qu'à des dates variables, à l'expiration des délais de publication qui varient selon les distances. Dès lors, il faut, pour déterminer la date d'entrée en vigueur d'une loi, faire une opération particulière pour chaque localité ; pour chaque département dans les cas où l'article 1 reste applicable et pour chaque arrondissement dans les cas où s'applique le décret du 5 novembre 1870. D'où il suit qu'une loi nouvelle peut être en vigueur dans une localité alors qu'elle ne l'est pas encore dans la localité voisine. C'est la source de difficultés pratiques qui surgissent inévitablement lors de toute modification apportée aux lois existantes.

a) Faut-il, pour décider si une loi est applicable ou non dans un cas donné, tenir compte du domicile des personnes ou du fait de la résidence ? Une personne domiciliée à Marseille réside momentanément à Paris, ou réciproquement. La loi est obligatoire à Paris plusieurs jours avant de le devenir à Marseille. Quelle est la condition du marseillais résidant à Paris, ou du parisien résidant à Marseille ? Faut-il tenir compte du domicile ou de la résidence ?

b) Supposons un rapport de droit se formant entre deux personnes domiciliées en des lieux dont l'un est encore soumis à la loi ancienne, tandis que l'autre l'est déjà à la loi nouvelle. Quelle loi sera applicable relativement à l'acte intervenu ?

c) Quand et comment la loi devient-elle obligatoire pour les Français qui sont à l'étranger ? Le doute vient de ce que l'article 1 et le décret de 1870 ne déterminent les conditions de la publication qu'eu égard au territoire français.

Ces difficultés ne peuvent être que signalées ici. Nous les retrouverons plus loin[1], car ces conflits, qui naissent entre les

1. Voy. *infrà*, p. 182 et suiv.

source BIU Cujas

lois françaises à raison de ce que les diverses parties du pays peuvent se trouver régies par des lois différentes, se produisent aussi entre la loi française et les lois étrangères, à raison de ce que les divers pays sont régis par des lois différentes. Or ces derniers conflits, qui font l'objet du droit international privé, sont réglés par l'article 3. Ce texte fournit quelques données qui peuvent être étendues aux conflits amenés par les règles relatives à la publication. C'est par analogie qu'ils doivent être résolus.

98. La coexistence de deux modes de promulgation et de publication, ceux du Code civil et du décret de 1870, est déjà une cause de complication. Mais il y a plus. Le système est défectueux. On comprend l'utilité de la promulgation : il faut bien que l'existence de la loi soit officiellement annoncée et il est tout simple que le soin de l'annoncer incombe au pouvoir exécutif ; mais le système reçu de publication n'est plus du tout en harmonie avec nos habitudes et nos mœurs : il date du temps des diligences et est un anachronisme à notre époque de communications rapides, de chemins de fer et de télégraphes. La préparation des lois se fait au grand jour, la discussion publique en précède l'adoption, le vote est solennel et connu en même temps dans toutes les parties de la France. On pourrait, sans inconvénient, déclarer les lois obligatoires à une date unique dans le pays tout entier, après l'expiration d'un délai uniforme à partir de la promulgation. On éviterait ainsi une foule de complications dans la pratique.

C'est la règle suivie dans quelques pays, par exemple en Belgique. Les lois et actes similaires deviennent obligatoires le dixième jour après la promulgation ; la date d'entrée en vigueur est la même pour tout le pays [1]. C'est tarder bien longtemps que d'attendre le dixième jour et on pourrait se contenter d'un jour ou deux. En tout cas, le système français est à reviser.

99. A côté de la publication légale, nécessaire pour que les lois et décrets deviennent obligatoires, publication dont s'occupent l'article 1, les ordonnances de la Restauration et le décret de 1870, il en est une autre qu'on appelle quelquefois publication administrative.

L'article 3 du décret du 5 novembre 1870 porte : « Les préfets

1. Laurent, *Principes*, I, p. 59.

source BIU Cujas

« et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que « les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où « besoin sera. » La loi sur l'organisation municipale du 5 avril 1884 est plus explicite encore : « Le maire, dit l'article 92, est « chargé, sous l'autorité de l'administration supérieure, de la « publication des lois et règlements. » Evidemment la publication que le maire est chargé de faire n'est pas la publication légale ; celle-ci s'effectue d'elle-même, puisqu'elle consiste dans l'expiration d'un délai à compter soit de la promulgation, soit de la réception de l'*Officiel* à la sous-préfecture. La loi de 1884 fait allusion à la publication administrative, qui complète utilement la publication légale. Celle-ci est une pure fiction ; elle aboutit non à une connaissance réelle des lois mais à une connaissance présumée. Il est bon qu'elle soit complétée par une publicité de fait. Pour l'obtenir, l'*Officiel* et le *Bulletin des lois* sont envoyés dans les communes des chefs-lieux de départements, d'arrondissements, de cantons, et l'*Officiel* est affiché. Dans les autres communes, au lieu du *Bulletin des lois*, d'un usage peu commode, on envoie un recueil spécial, le *Moniteur des communes*, dont l'abonnement est obligatoire[1] ; on en envoie deux exemplaires, dont l'un est affiché, l'autre déposé aux archives de la mairie.

Ces mesures sont utiles ; elles ont pour effet de compléter la publication légale, qui est fictive, par une publicité réelle qui met le plus humble citoyen à même de lire sur les murs de son village les actes législatifs auxquels il est tenu de se conformer.

Mais il faut remarquer que l'insuffisance ou même l'omission de cette publication administrative n'aurait pas pour effet d'empêcher la loi d'être obligatoire. Ce qui rend la loi obligatoire, c'est la publication légale, celle qui consiste dans l'expiration d'un délai ; l'autre publication peut être fort utile, mais elle n'est prescrite qu'administrativement et son omission ne compromet en rien l'effet obligatoire des lois[2].

1. Décret du 12 février 1852, art. 4.

2. Une particularité doit être relevée à cet égard. Elle concerne la loi des 3-9 mars 1822, relative à la police sanitaire. « Le roi, dit l'article 1, détermine « par des ordonnances : 1° les pays dont les provenances doivent être habituel- « lement ou temporairement soumises au régime sanitaire, — 2° les mesures à ob- « server sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets et autres lieux ré- « servés, — 3° les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une ma- « ladie pestilentielle rendrait nécessaires sur les frontières de terre ou dans l'in-

source BIU Cujas

100. Tels sont les principes relatifs à la publication des lois. Pour résumer tout ce qui vient d'être dit sur l'article 1, il suffit de reprendre la règle formulée au début. Votée par le Parlement, la loi existe et elle existe pour toute la France en même temps ; régulièrement promulguée, elle devient exécutoire et elle le devient à une date uniforme pour toute la France ; publiée, elle devient obligatoire et elle le devient à des dates qui varient selon les localités.

SECTION III. — DE LA DATE DES LOIS.

101. L'usage est depuis longtemps reçu en France de désigner les lois ou décrets non par leur objet, mais par une date qui leur sert en quelque sorte de nom. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les Romains donnaient aux lois le nom des magistrats qui les avaient rendues. Dans l'ancienne France, les ordonnances portaient le nom du lieu où elles avaient été rendues : telle l'ordonnance de Montil-les-Tours, prescrivant la rédaction des coutumes. Toutes ces pratiques sont abandonnées. On cite les lois par leur date. Une des lois les plus notables de ces dernières années est celle qui a rétabli le divorce ; on l'appelle la loi sur le divorce, mais plutôt la loi du 27 juillet 1884, et on cite de même la loi sur la nationalité du 26 juin 1889.

102. Que représentent ces dates? Rien ne semble plus simple ; rien au contraire n'est moins fixe. On n'a pas toujours employé, dans le passé, le même procédé à cet égard ; aujourd'hui encore, on est loin d'être d'accord sur la date qu'il convient de donner aux lois [1].

« térieur. Il règle les attributions, la composition et le ressort des autorités et « administrations chargées de l'exécution de ces mesures et leur délègue le pou- « voir d'appliquer provisoirement, dans des cas d'urgence, le régime sanitaire « aux portions du territoire qui seraient inopinément menacées. *Les ordonnan- « ces du roi ou les actes administratifs qui prescriront l'application des dispo- « sitions de la présente loi à une portion du territoire français seront, ainsi que « la loi elle-même, publiés et affichés dans chaque commune qui devra être « soumise à ce régime ; les dispositions pénales de la loi ne seront applicables « qu'après cette publication.* » Ainsi, la loi de 1822 a été publiée en tant que loi, suivant le droit commun ; en outre, elle doit l'être de nouveau par voie d'affiches préalablement à toute application, de sorte que l'effet obligatoire de la loi est subordonné à une publication administrative, par dérogation au principe.

1. Voy. Ducrocq, *Etudes de droit public*, p. 7 et suiv.

source BIU Cujas

La date d'une loi n'est pas et ne peut pas être celle du jour où elle devient obligatoire. En effet, la date d'une loi est unique ; elle doit dès lors résulter d'un fait qui s'accomplit à un moment uniforme pour le pays tout entier ; or la loi devient obligatoire à des dates variables qui diffèrent selon les localités, et il en est ainsi dans tous les cas, que la publication s'accomplisse conformément au Code civil complété par les ordonnances de la Restauration, ou conformément au décret de 1870. Donc la date d'une loi n'est pas et ne peut pas être celle de son entrée en vigueur.

Mais elle pourrait être celle où est accomplie la dernière formalité de l'élaboration par le pouvoir législatif; car, à partir de ce moment, la loi existe et existe pour tous. C'est le système qu'a consacré un avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII (25 janvier 1800), lequel n'a jamais été rapporté. Cet avis décide, ce qui est d'ailleurs rationnel, que la véritable date de la loi est celle de son émission par le pouvoir législatif. Voici les conséquences de cette manière de voir.

Sous la Constitution de l'an VIII, avant l'Empire, la loi devenait parfaite quand le Corps législatif l'avait décrétée. Aussi l'avis porte que la véritable date de la loi est celle de son émission par le Corps législatif. « L'acte du Corps législatif est « loi du moment de son émission ; la promulgation est né- « cessaire sans doute, mais seulement pour faire connaître « la loi, pour la faire exécuter ; c'est la première condition, « le premier moyen de son exécution. » A d'autres époques, sous la Constitution de 1791, sous les Chartes de 1814 et de 1830 ainsi que sous la Constitution de 1852, où la loi n'existait, en sus du vote par les assemblées, qu'en vertu de la sanction qui lui était donnée par le chef de l'Etat, la date de la loi a été celle de cette sanction, dernière formalité de l'élaboration. Lorsque, comme aujourd'hui, le chef du pouvoir exécutif n'a plus le droit de sanction, la loi est parfaite quand elle a été votée par les deux Chambres ; la date de la loi doit être celle du vote de la Chambre qui est saisie la dernière, vote en vertu duquel la loi existe. Tout cela découle de l'avis précité du Conseil d'Etat, avis absolument rationnel et juridique.

Si on n'admet pas ce système pour la détermination de la date des lois, il y en aurait un autre possible : ce serait de donner à la loi la date de la promulgation, la date du jour où

source BIU Cujas

elle devient exécutoire. Elle le devient en effet pour toute la France au même moment, moment important, puisqu'il sert de point de départ au délai de publication. On ne voit guère rationnellement que ces deux manières de procéder : dater les lois du jour de leur émission, ou bien du jour de la promulgation.

103. En fait, les procédés suivis ont varié à l'infini ; dans le passé, les modes de citation les plus divers ont été employés ; à l'heure présente, il y a désaccord sur ce qu'il convient de faire. La Chancellerie, c'est-à-dire le ministère de la justice, a fait prévaloir, depuis la mise en vigueur des lois constitutionnelles de 1875, un usage dont la régularité et le mérite sont contestables. Comme nous aurons à utiliser des lois de différentes époques, précisons les procédés qui ont été successivement suivis.

Sous l'empire de la Constitution de 1791, l'usage a été de donner deux dates aux lois : celle du vote par l'Assemblée et celle de la sanction par le Roi, laquelle se confondait avec la promulgation [1]. Ainsi le Code pénal de 1791 porte la date des 25 septembre-6 octobre 1791 ; le 25 septembre est la date du vote, le 6 octobre est la date de la sanction [2].

Sous la Convention et pendant le Directoire, il n'y a plus de sanction : la date de la loi est celle du jour où elle est décrétée par l'Assemblée.

Depuis la Constitution de l'an VIII jusqu'en 1848, on n'a donné aux lois que la date de la sanction, qui se confond avec celle de la promulgation.

Sous la Constitution de 1848, un usage vicieux s'est établi. Il n'y avait alors qu'une Chambre, mais chaque projet

1. Cet usage n'a pas été suivi seulement sous l'empire de la Constitution de 1791, mais aussi pendant la période qui s'est écoulée depuis la transformation des Etats généraux en Assemblée nationale (17 juin 1789) jusqu'à la mise en vigueur de la Constitution de 1791. Pendant cette période, les décrets votés par l'Assemblée ne devenaient des lois qu'après avoir été sanctionnés par le Roi (Voy. *suprà*, p. 39) ; d'où l'usage de donner deux dates aux lois : celles du vote et de la sanction.

2. Il faut se garder d'expliquer de la même manière les deux dates que porte la Constitution des 3-14 septembre 1791. La date du 3 septembre est celle du jour où l'Assemblée a voté l'ensemble du texte constitutionnel, mais la sanction royale a été donnée le 13 septembre ; la date du 14 est celle du jour où le Roi, qui avait sanctionné la Constitution la veille, prêta devant l'Assemblée le serment de la faire exécuter. Voy. sur cette chronologie Thiers, *Histoire de la Révolution française*, édition in-8° de Furne et Jouvet, I, p. 303.

source BIU Cujas

de loi passait par trois lectures. On prit l'habitude de rappeler les dates des trois votes, en ajoutant celle de la promulgation. Par exemple, la loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France est la loi des 13-21 novembre, 3-14 décembre 1849. Comment se reconnaître au milieu de ces chiffres? La véritable date de la loi est celle du 3 décembre, jour de l'adoption par l'Assemblée en troisième lecture ; la promulgation n'est pas un acte de confection, mais le premier acte d'exécution de la loi.

Sous le second Empire, on met d'ordinaire deux dates : celle du vote définitif par les Chambres et celle de la promulgation, qui se confond avec la sanction. La pratique est correcte, car la loi n'existe que par la sanction. Citons comme exemple la loi sur la naturalisation des 29 juin-5 juillet 1867.

Depuis la mise en vigueur des lois constitutionnelles de 1875, la date devrait être, conformément à l'avis du Conseil d'Etat du 5 pluviôse an VIII, celle de l'émission de la loi par le pouvoir législatif, c'est-à-dire la date du vote de celle des deux Chambres qui est saisie la dernière. On ne devrait plus ajouter la date de la promulgation, car elle n'est que le premier acte d'exécution. La date de la promulgation n'a même plus qu'une utilité très relative, car, depuis le décret du 5 novembre 1870, la promulgation n'est plus le point de départ du délai de publication, si ce n'est pour Paris ; pour les arrondissements extérieurs à Paris, le point de départ est l'arrivée de l'*Officiel* au chef-lieu d'arrondissement. La date de la promulgation n'a donc plus un intérêt vraiment général, et il n'y a plus aucune raison pour la faire figurer dans la date de la loi. Il faudrait prendre la date de la confection, de la dernière formalité d'élaboration.

C'est ce qui se fait pour les décrets et règlements : on les date du jour où ils sont faits, du jour de la signature, non du jour de la promulgation, et c'est absolument correct. Pour les lois proprement dites, on ne les date pas du jour de la dernière formalité d'élaboration. La Chancellerie a fait prévaloir une pratique dont la légitimité est très contestable et qui est la suivante.

Prenons comme exemple la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce. Qu'est cette date? La loi a été définitivement votée le 19 juillet 1884 ; elle a été insérée à l'*Officiel* et par conséquent promulguée le 29 juillet ; cependant

source BIU Cujas

on ne l'appelle ni la loi du 19 juillet, ce qui serait la désignation rationnelle, ni la loi du 29 juillet, ce qui serait à la rigueur admissible ; on l'appelle la loi du 27 juillet. Ce n'est ni la date du vote définitif, ni celle de la promulgation ; c'est celle de la signature du décret de promulgation. En effet la loi, votée le 19, a été présentée à la signature du chef de l'Etat le 27, puis promulguée le 29. On prend la date intermédiaire. Pratique bien étrange, car cette date de la signature du décret est celle des trois qui a le moins d'importance ; on peut même dire qu'elle n'en a aucune.

Maintes fois cette pratique de la Chancellerie a été signalée comme incorrecte. Voici l'explication que donne le ministère de la justice. Il rattache la pratique qu'il suit à l'article 7 alinéa 2 de la loi du 16 juillet 1875. Le chef de l'Etat ne participe plus à l'exercice de la fonction législative en sanctionnant les lois ; mais il a le droit, quand la loi a été votée, de demander aux Chambres une nouvelle délibération : « Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la « République peut, par un message motivé, demander aux « Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refu- « sée. » Donc, a-t-on dit, c'est seulement du jour où le chef de l'Etat renonce à ce droit, c'est-à-dire du jour où il signe le décret de promulgation, que la loi acquiert non pas, il est vrai, sa perfection, qui existe déjà, mais la certitude d'existence ; n'est-ce pas alors de ce moment qu'il faut la dater ?

Telles sont les considérations que la Chancellerie fait valoir. C'est un point de droit constitutionnel que nous n'avons pas à discuter ici : le droit de provoquer une deuxième délibération est-il une participation au pouvoir législatif, ou n'est-il qu'une prérogative du pouvoir exécutif[1] ? Autant vaudrait dire qu'une sentence en matière criminelle n'est définitive qu'autant que le chef de l'Etat renonce à exercer le droit de grâce. Quoi qu'il en soit, il importait de relever ce point, pour bien préciser comment on fixe la date des lois dans la pratique actuelle. On ne fixe pas cette date par la date du vote ; on ne la fixe pas non plus par la date de la promulgation, à plus forte raison par celle de la publica-

1. Sur la prérogative qui appartient au Président de la République de demander aux Chambres une nouvelle délibération, voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 507.

source BIU Cujas

tion, mais par la date de la signature du décret de promulgation.

Il y a du reste des résistances, et cela explique comment, en fait, la même loi est désignée par des dates différentes. Il en est ainsi pour la loi du divorce. Les uns l'appellent la loi du 19 juillet 1884 : c'est la date du vote ; les autres l'appellent la loi du 29 juillet 1884 : c'est la date de la promulgation ; ceux qui se soumettent à l'usage de la Chancellerie l'appellent la loi du 27 juillet 1884. Quelquefois on met deux dates, dont la première est celle de la signature du décret de promulgation, la seconde celle de la promulgation : loi des 27-29 juillet 1884[1]. Dans une matière aussi pratique, il est vraiment déplorable qu'il existe de telles incertitudes et de telles équivoques.

SECTION IV. — DE L'ABROGATION DES LOIS.

104. Le droit positif n'est qu'un essai graduel de réalisation des règles du droit idéal. Les lois, par suite, sont l'œuvre d'un jour, l'expression de nécessités qui passent ; elles disparaissent tôt ou tard pour être remplacées par d'autres. Rien de plus naturel et de plus nécessaire. De là l'abrogation ou retrait des lois[2].

C'est un principe qu'un acte d'un pouvoir public ne peut être abrogé que par le pouvoir qui l'a porté. Une loi ne peut être abrogée que par une autre loi, une loi constitutionnelle par une loi votée dans la forme organisée pour la revision de la Constitution, une coutume par désuétude ; un règlement d'administration publique ne peut être abrogé que par un autre, un décret par un autre décret, un arrêté ministériel, préfectoral ou municipal par un autre de même espèce.

L'abrogation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand une disposition formelle de la loi abroge la loi

1. En général, le décret de promulgation est signé le lendemain du vote ; l'usage à peu près constant est d'insérer la loi à l'*Officiel* le lendemain de la signature du décret de promulgation.

2. Le mot *abrogation* est latin d'origine. Du temps où les lois passaient aux comices, la proposition de la loi s'appelait *rogatio ad populum* ; le retrait de la loi s'appelait *abrogatio*. « *Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur...* » (Ulpien, *Liber singularis regularum*, 3).

source BIU Cujas

antérieure : tel est le cas de la loi du 30 ventôse an XII (article 7), qui abroge en bloc l'ancien droit pour faire place au droit moderne dans les matières traitées au Code [1]. Elle est tacite quand, à défaut d'une clause formelle d'abrogation, la loi nouvelle contient une disposition contraire à la loi ancienne ; la loi nouvelle, incompatible avec le maintien de la loi précédente, implique, par là même, abrogation de celle-ci. On trouve assez généralement, à la fin des lois nouvelles et surtout à la fin des décrets, un article qui prononce l'abrogation des dispositions anciennes « en ce qu'elles ont de contraire à la présente loi ou au présent décret ». C'est un usage fâcheux, car cette manière de procéder maintient des lois ou des décrets en vigueur, alors que plusieurs de leurs dispositions, la plupart quelquefois, sont abrogées ; à la longue on ne s'y reconnaît plus. Il vaut mieux viser formellement les textes abrogés, ou réintroduire dans la loi nouvelle ceux qu'on veut conserver [2].

L'étendue des effets de l'abrogation expresse dépend naturellement des termes dans lesquels elle est formulée. Celle des effets de l'abrogation tacite est moins facile à établir. En principe, l'étendue de l'abrogation se restreint aux limites de l'incompatibilité constatée. Si la contrariété ne porte que sur une disposition, l'abrogation n'atteint naturellement que cette disposition ; si elle porte sur le principe même qui servait de fondement à la loi ancienne, l'abrogation s'étend à la loi tout entière. Aussi la loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce, n'est-elle pas longue ; elle dit simplement : « Le divorce est aboli » ; ce qui a suffi pour abroger tous les textes relatifs au divorce, et ils étaient nombreux tant au

1. L'abrogation expresse d'une loi est quelquefois prononcée par un article même de cette loi. On peut citer comme exemple la loi du 29 nivôse an VI (18 janvier 1798), contenant des dispositions pénales pour la répression des vols et des attentats sur les grandes routes et le rétablissement de la sûreté publique. La présente loi, dit l'article 22, « ne sera exécutée que pendant une année à dater de la promulgation par l'insertion au *Bulletin des lois* ; après ce temps, elle sera abrogée de droit, si elle n'est renouvelée par le Corps législatif ».

2. La précaution est surtout nécessaire dans l'hypothèse d'abrogation d'une loi portant elle-même abrogation, car les complications ont alors une gravité plus grande. Voy. Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 561. Par exemple, la loi du 27 juillet 1884, abrogeant la loi du 8 mai 1816 qui abolissait le divorce, commence ainsi : « La loi du 8 mai 1816 est abrogée. Les dispositions du Code civil abrogées « par cette loi sont rétablies, à l'exception de celles qui sont relatives au divorce « par consentement mutuel, et avec les modifications suivantes apportées aux « articles 230, 232, etc. »

source BIU Cujas

Code civil qu'au Code de procédure. Comme l'abrogation tacite suppose une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quant aux lois qui règlent des matières spéciales, découler d'une loi générale postérieure ; réciproquement, elle ne saurait, quant aux lois générales, découler d'une loi spéciale postérieure. En effet, l'introduction d'une exception n'est pas incompatible avec le maintien de la règle et on dit même qu'elle la confirme ; réciproquement, l'introduction d'une règle générale n'est pas incompatible avec le maintien d'une exception établie. C'est ce qu'exprime la règle *legi speciali per generalem non derogatur, nec generali per specialem.* Ce sont là des constatations de bon sens.

105. C'est une question de savoir si une loi, plus généralement si un acte du droit écrit peut être abrogé par la coutume. La coutume alors prend plus spécialement le nom de désuétude et la question est celle-ci : la désuétude peut-elle abroger une loi ? Qu'une coutume puisse disparaître devant une coutume contraire, ce n'est pas contesté, de même qu'une loi peut disparaître devant une loi contraire, ou un décret devant un décret contraire. On admet également que les règlements de police peuvent être abrogés par désuétude ; de nombreux exemples pourraient en être cités [1]. Mais on pense, en général, que les lois et décrets ne peuvent être abrogés par désuétude, que l'inobservation, quelque longue qu'elle ait été, ne peut pas prévaloir contre un acte émané de l'autorité constituée. C'est une idée très répandue, qu'on trouve exprimée dans nombre de décisions judiciaires [2]. Dès qu'il y a des pouvoirs constitués, dit-on, ils peuvent seuls défaire ce qu'ils ont fait. « On admettait autrefois que la loi pouvait être abro-
« gée par un usage contraire, et que d'autre part, elle pouvait
« tomber en désuétude par le non-usage. Cette théorie, qui se
« comprend sous une monarchie absolue où la loi n'est que
« l'expression de la volonté du chef de l'Etat, ainsi que dans
« un gouvernement démocratique où elle est votée par la gé-
« néralité des citoyens, est incompatible avec des constitu-
« tions qui établissent la division des pouvoirs et qui, répar-
« tissant entre diverses branches l'exercice de la puissance

1. Voir Dalloz, *Suppl. au Répert.*, v° *Lois*, n° 455.

2. Cass., 26 mai 1868, D. P. 1868.I.471, Sir. 1869. I. 33 ; Cass., 30 décembre 1879, D.P.1880.I.108, Sir. 1880.I.199 ; Cass., 11 juillet 1884, D. P. 1885.I.333, Sir. 1885.I.192.

source BIU Cujas

« législative, soumettent à des conditions et à des formes spé-
« ciales la proposition et le vote de la loi[1]. »

Par application de cette manière de voir, on a fait revivre, après un long oubli, de très vieilles lois, quelquefois même des lois de circonstances, dues à des influences accidentelles et transitoires. Par exemple, une loi du 29 nivôse an XIII (19 janvier 1805) avait décidé, pour honorer la paternité, que, dans chaque famille ayant sept enfants vivants, l'un d'eux serait élevé aux frais de l'Etat. Il y avait bien longtemps que cette loi sommeillait ; à vrai dire, elle n'avait jamais été appliquée, quand elle fut relevée en 1885 à la Chambre des députés[2]. Le ministre de l'instruction publique, auquel on reprochait de ne pas l'avoir appliquée et qui n'avait pas de crédits pour le faire, ne manqua pas de soutenir qu'elle avait été abrogée par désuétude[3]. Un vote eut lieu ; l'opinion que la loi avait été abrogée par désuétude fut traitée d'hérésie, et il fallut inscrire au budget un assez fort crédit pour en assurer l'application. D'ailleurs les choses en sont restées là et la loi n'a pas été davantage appliquée.

En thèse, la question est discutable, car, dès qu'on admet que la coutume est obligatoire comme la loi, qu'elle a la même autorité, on ne voit pas pourquoi elle n'abrogerait pas la loi. Il faut supposer, bien entendu, une désuétude générale, uniforme, ancienne, en un mot une désuétude au sens exact du mot. Pourquoi, si la coutume tient lieu de la loi à l'effet d'introduire une règle obligatoire, ne suffirait-elle pas à la remplacer pour abroger pareille règle ? Le pouvoir législatif, c'est la souveraineté populaire légiférant soit par elle-même, soit par ses mandataires ; par elle-même, elle crée la coutume ; par ses mandataires, elle fait la loi écrite. La coutume et la loi écrite ont donc même valeur, et on peut soutenir théoriquement l'aptitude de la coutume à abroger les lois[4].

En fait, il faut ajouter que la thèse contraire est insoutenable. Il y a une foule de lois qui n'ont jamais été abrogées d'une façon formelle et dont certainement on réclamerait en

1. Aubry et Rau, I, p. 56.
2. Séance du 30 juin 1885, *Journal officiel* du 1er juillet 1885.
3. Il alléguait subsidiairement qu'elle avait été abrogée par des lois postérieures inconciliables avec elle (loi du 27 novembre 1848, décret du 19 janvier 1881).
4. Voy. les autorités citées par Aubry et Rau, I, p. 56, note 2.

source BIU Cujas

vain l'application. Il y a aussi une foule d'usages non contestés, qui se sont formés en dehors de la loi, malgré la loi, et auxquels souscrivent ceux-là même qui, en théorie, se refusent à admettre l'abrogation de la loi écrite par la désuétude. Au moins faudrait-il faire exception pour les lois de circonstances. Mais alors où serait la limite ?

Les exemples abondent. Une ordonnance de 1634 interdit, sous sanction pénale, de fumer [1]. Bien qu'elle n'ait jamais été abrogée, qui oserait en réclamer sérieusement l'application ?

Autre exemple. On connaît l'incident qui s'est produit à l'Assemblée nationale, en 1872, sur le point de savoir si le Code civil doit être appelé de ce nom, ou continuer d'être appelé Code Napoléon, par application du décret de 1852 qui n'a jamais été abrogé [2]. La proposition présentée pour changer le nom du Code a été repoussée comme inutile, à raison de ce que l'usage contraire s'était établi. Donc l'usage a été regardé comme suffisant, dans ces circonstances, pour abroger la loi. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans les autres ?

En résumé, c'est un peu pour l'honneur des principes qu'on soutient l'impuissance de la désuétude à abroger la loi écrite. La force des choses prévaut contre cette idée, et la désuétude emporte les lois, au moins les lois de circonstance [3].

SECTION V. — DE L'AUTORITÉ ET DE L'APPLICATION DES LOIS.

106. C'est ce que la rubrique du titre préliminaire appelle *les effets et l'application des lois en général*. Les textes qui s'y réfèrent sont les articles 2 à 6, qui terminent le titre. On y trouve des règles relatives : 1° à l'autorité en général des lois, 2° à l'étendue de cette autorité quant au temps que les lois

1. Le cardinal de Richelieu fit insérer dans l'ordonnance de 1634, rédigée par le commandeur de la Porte, un article ainsi conçu : « Nul ne pourra pétuner (fumer du tabac) soleil couché, sous peine d'être callé trois fois et battu de tout l'équipage. » Voy. Jal, *Dictionnaire critique de biographie et d'histoire*, au mot *Tabac*.

2. Voy. *suprà*, p. 76.

3. Sur l'abrogation des lois commerciales par désuétude, voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2e édition, I, p. 72, nos 83 et suiv.

source BIU Cujas

régissent, 3° à l'étendue de cette autorité quant aux personnes et quant aux choses auxquelles les lois s'appliquent.

§ 1. — De l'autorité en général des lois.

107. La publication a rendu la loi obligatoire. Elle le devient alors pour le pouvoir exécutif, pour le pouvoir judiciaire et pour les particuliers. En quel sens ? dans quelle mesure ?

108. I. — La loi est obligatoire pour le pouvoir exécutif. On désigne ainsi le chef de l'Etat, le Président de la République, et, sous son autorité, ce qu'on appelle l'administration. Les attributions du Président de la République sont définies par l'article 3 de la loi du 25 février 1875 : « ...Il promulgue « les lois lorsqu'elles ont été votées par les Chambres, il en « surveille et en assure l'exécution... »

Il en surveille l'exécution ; de là l'administration, qui, considérée dans son ensemble aux différents échelons de la hiérarchie, est chargée de prendre les mesures nécessaires à l'exécution des lois.

Il en assure l'exécution de deux manières. D'abord en prescrivant les mesures réglementaires nécessaires : c'est le domaine des décrets, règlements d'administration publique ou décrets simples. D'autre part en exécutant par ses agents les ordres de justice : c'est l'action coercitive et répressive.

A cela se borne, quant aux lois, l'action essentielle du pouvoir exécutif. Cependant il possède en outre, dans un assez grand nombre de cas[1], la faculté de soustraire les particuliers à l'application de la loi en donnant des dispenses. La loi cesse alors d'être obligatoire pour ceux qui en ont été relevés. C'est une prérogative dont la légitimité est contestable, une tradition de l'ancien régime qui se comprend mal de nos jours, où l'on a admis que nul pouvoir ne doit être au-dessus de la loi. De deux choses l'une : ou la règle est nécessaire et il faut l'appliquer à tout le monde, ou elle ne l'est pas et alors il n'y a pas de raison pour l'imposer à personne. L'arbitraire est le pire des maux dans la société. Aussi cette faculté n'appartient au chef de l'Etat ou aux agents qui dépendent de lui, relativement aux lois proprement dites, que dans les cas que la loi réserve. Il faut que

1. Aubry et Rau, I, p. 116 et s.

source BIU Cujas

la loi leur confère expressément le pouvoir de donner des dispenses, comme elle le fait par exemple dans les articles 145, 164 et 169. Hors de là, le chef de l'Etat n'a le pouvoir de soustraire personne à la loi.

109. Quant aux décrets, ils ne lient pas le pouvoir exécutif, en ce sens qu'il peut les modifier ou les abroger, puisqu'ils émanent de lui ; mais ils sont obligatoires pour lui tant qu'ils n'ont pas été rapportés ; ils lient le pouvoir exécutif, et à plus forte raison l'administration, au même titre que les lois. C'est au moins là le principe, incontesté d'ailleurs, mais ce n'est pas le fait. L'administration, depuis les agents les plus élevés, qui sont les ministres, jusqu'à l'agent le plus humble, le maire de village, soutient volontiers qu'elle peut déroger aux décrets, accorder des dispenses, non seulement dans les cas où les décrets eux-mêmes l'autorisent et où le doute n'existe pas, mais même en l'absence de toute autorisation semblable. De fait, l'administration use très largement de cette prérogative qu'elle prétend avoir. Sans doute la prérogative est quelquefois commode, mais la prétention est insoutenable en droit.

110. **II. — La loi est obligatoire pour le pouvoir judiciaire**, en ce sens qu'il est chargé de l'appliquer en cas de contestation et de violation. C'est l'affaire des juridictions, soit civiles soit pénales. Dans l'exercice de leur charge, les unes et les autres, depuis la Cour de cassation jusqu'aux juridictions les plus infimes, sont soumises à deux règles.

111. La première est énoncée par l'article 5 : « Il est défendu « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et « réglementaire sur les causes qui leur sont soumises, » c'est-à-dire de rendre des décisions liant pour l'avenir soit eux-mêmes, soit les juridictions inférieures.

La règle tient au caractère essentiel du pouvoir judiciaire. Le juge statue sur des intérêts nés et actuels, il ne statue pas pour l'avenir ; il statue sur des cas particuliers, non d'une manière générale. En d'autres termes, les jugements et arrêts n'ont d'effet que dans la cause sur laquelle ils sont rendus (art. 1351) ; le pouvoir judiciaire n'a pas le droit de se lier lui-même ; quelle que soit la décision d'abord intervenue, il peut toujours, la même question se présentant à nouveau, la juger différemment [1].

1. Cass., 7 juillet 1852, D. P. 1852. I. 204, Sir. 1852. I. 713 ; Cass., 1er février

source BIU Cujas

Ce principe fut proclamé par l'Assemblée constituante, dans le décret des 16-24 août 1790 (titre II, article 12). Là où le même pouvoir ferait la loi et l'appliquerait, il serait omnipotent : ce serait l'absolutisme. En reproduisant la règle, l'article 5 a voulu écarter jusqu'à l'idée des anciens *arrêts de règlement*, par lesquels les Parlements rendaient des décisions obligatoires pour eux-mêmes et pour les tribunaux du ressort, ce qui était une véritable participation de leur part à l'exercice de l'autorité législative.

112. Le pouvoir judiciaire est soumis à une seconde règle : le juge doit statuer toutes les fois qu'il en est requis. La règle est énoncée dans l'article 4 : « Le juge qui refusera de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance « de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de « justice. » Dénier la justice, c'est s'abstenir de la rendre, se refuser à la rendre quand on en est requis ; le déni de justice réduit les particuliers à se faire justice eux-mêmes, ce qui engendre le désordre. Le Code de procédure civile arrête les formes à suivre pour faire constater le déni de justice (art. 505 et suiv.) ; le Code pénal fixe la peine : le déni de justice est un délit, frappé d'une amende de 200 à 500 francs et de l'interdiction des fonctions publiques pendant un délai de cinq à vingt ans (art. 185).

Donc le juge doit statuer toutes les fois qu'il en est requis [1]. Dans l'accomplissement de la mission ainsi tracée, trois cas peuvent se présenter.

Le premier est le plus simple. Si la loi est explicite, le juge doit l'appliquer, quelque appréciation d'ailleurs qu'il porte sur elle. Sa mission n'est pas de juger la loi, mais de juger les procès conformément à la loi. Aucune différence n'existe, à cet égard, entre les lois et les règlements d'administration publique. Il y a une juridiction suprême et régulatrice, la Cour de cassation, qui est chargée d'assurer le respect de la loi par les cours et tribunaux. La mission qui lui a été attribuée dès le début de son institution consiste à compléter l'unité de législation par l'unité de jurisprudence en cassant les décisions non conformes à la loi.

Le second cas est très simple encore ; l'article 4 le prévoit.

1882, D. P. 1882.I.113, Sir. 1883.I.201 ; Cass., 1er mai 1883, D. P. 1883. I. 441, Sir. 1883.I.265.

1. Cass., 28 fév. 1883, D. P. 1883. I. 209, Sir. 1883. I. 471.

source BIU Cujas

Si la loi est muette sur le cas qui donne lieu au différend ou à la poursuite, le juge doit néanmoins juger encore, mais une distinction doit alors être faite. S'il s'agit d'une juridiction pénale, le juge doit absoudre le prévenu ou l'accusé, car les peines sont de droit étroit et le silence de la loi profite aux accusés : *nulla pœna sine lege*. S'il s'agit d'une juridiction civile, le juge supplée au silence de la loi par l'équité naturelle. La loi peut avoir des lacunes ; le droit n'en a pas. Le juge prononce en son âme et conscience et s'inspire de sa raison. C'est ce que sous-entend l'article 4. A la longue, la jurisprudence fait prévaloir des décisions pour les cas non prévus par la loi ; c'est ainsi que l'usage complète les lacunes de la loi.

Un troisième cas peut enfin se présenter, de beaucoup le plus compliqué. Si la loi, tout en prévoyant le fait qui donne lieu au différend ou à la poursuite, est obscure, soit en elle-même, c'est-à-dire dans le sens qu'elle a, soit dans son application au cas spécial dont il s'agit, le juge l'applique d'après l'interprétation qu'il croit la plus plausible et la meilleure. C'est le cas habituel en justice. On ne plaide pas contre un texte clair et précis ; il n'y a de litige qu'autant qu'il y a doute possible, ou au moins apparent, soit sur le sens et la portée du texte, soit sur la façon dont on prétend l'appliquer à un fait déterminé. Le juge alors procède à l'interprétation, c'est-à-dire qu'il cherche le sens le plus vraisemblable qu'il faut donner au texte. Il y arrive en analysant avec précision le sens des termes, en dégageant la pensée du législateur à l'aide des travaux préparatoires et en interrogeant les précédents. C'est la mission du juge d'interpréter la loi en cas de doute et de l'appliquer aux faits de la cause. A chaque cas nouveau, il retrouve la plénitude de son appréciation (art. 5)[1].

113. La disposition de l'article 4, aux termes de laquelle le juge doit statuer sur les demandes portées devant lui sans pouvoir exciper du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, serait d'application simple s'il n'existait qu'un seul

1. Il n'y a pas de différence à cet égard entre les lois et les décrets ou ordonnances portant règlement d'administration publique ; l'interprétation de ces décrets et ordonnances appartient aussi à l'autorité judiciaire, non à l'autorité administrative. Il en est autrement des décrets simples. Voy. *suprà*, p. 49 et 57. Cass., 14 août 1877, D. P. 1878.I.9, Sir. 1878.I.100 ; Cass., 18 juillet 1888, D. P. 1889.I.97, Sir. 1890.I.57.

source BIU Cujas

degré de juridiction ; le juge saisi de l'affaire statuerait de son mieux, sa décision serait souveraine et tout serait fini. Mais l'expérience a fait admettre comme nécessaire la superposition de deux degrés de juridictions.

D'autre part, au-dessus des deux degrés de juridictions est la Cour de cassation. Elle n'est pas un degré de juridiction, car elle ne s'occupe pas des faits de la cause, qui sont définitivement jugés par la juridiction qui a statué en dernier ressort ; elle s'occupe de la loi et de son application. Si la loi, à son avis, a été bien appliquée, elle rejette le pourvoi formé contre la décision intervenue et rend alors un arrêt de rejet ; si la loi, à son avis, a été mal appliquée, elle casse la décision intervenue et rend alors un arrêt de cassation ; puis, comme elle n'est juge que du point de droit, elle renvoie les parties devant une juridiction de même ordre et de même degré que celle dont la sentence a été cassée et cette juridiction statue à nouveau. De sorte qu'il existe deux degrés de juridictions et au-dessus la Cour suprême, qui maintient l'unité d'application des lois.

Cela posé, voici comment les péripéties d'une affaire peuvent se dérouler.

Une sentence a été rendue en dernier ressort ; c'est, par exemple, un arrêt de Cour d'appel. Si la partie qui échoue accepte la décision, tout est dit. Si elle résiste, elle peut se pourvoir en cassation, non pas en alléguant qu'il a été mal jugé en fait, mais que la loi a été mal appliquée. De deux choses l'une. Si la Cour de cassation estime que la loi a été bien interprétée et bien appliquée, elle rejette le pourvoi et tout est dit ; si elle estime que la loi a été mal interprétée ou mal appliquée, elle casse l'arrêt, et, comme elle n'est juge que du droit, elle renvoie l'affaire devant une autre Cour d'appel. L'affaire recommence alors. Si la Cour de renvoi, c'est-à-dire la Cour saisie après cassation, se range à l'avis de la Cour de cassation et que les parties acceptent la décision, tout est dit. Mais on peut supposer que la Cour de renvoi opine, sur le point de droit, non comme la Cour de cassation, mais comme la première Cour d'appel. Si un nouveau pourvoi est formé, la Cour de cassation, saisie à nouveau, cassera probablement le nouvel arrêt comme le précédent, à moins qu'elle n'ait changé d'avis, ce qui n'est pas sans exemple ; puis, toujours parce qu'elle ne statue pas sur le fait, elle

source BIU Cujas

renverra l'affaire devant une autre juridiction et la série recommencera.

Combien de temps ce chassé-croisé durera-t-il ? Quand et comment la controverse prendra-t-elle fin ? A qui reste le dernier mot dans les conflits d'interprétation qui s'élèvent ? Dès qu'on admet l'existence d'une Cour régulatrice en droit, le conflit doit être prévu et le moyen d'y mettre fin doit entrer dans les prévisions de la loi.

114. La difficulté est grande ; on n'est arrivé aux règles actuellement applicables qu'après des tâtonnements, dont il est nécessaire de connaître la suite pour comprendre l'état actuel du droit. Trois systèmes ont été successivement essayés : le système du référé obligatoire et suspensif, celui du référé obligatoire et non suspensif, enfin celui qui est présentement en vigueur et supprime tout référé.

Le premier système, dans l'ordre des temps, est celui du référé obligatoire et suspensif ; il a été introduit par la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, « portant institu- « tion d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, « son organisation et ses attributions ». L'article 21 s'exprime ainsi : « Lorsqu'un jugement aura été cassé deux fois et « qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la « même manière que les deux premiers, la question ne pourra « plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été « soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un dé- « cret déclaratoire de la loi, et lorsque ce décret aura été sanc- « tionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera « dans son jugement. » En d'autres termes, quand le conflit est nettement établi et flagrant, le pouvoir judiciaire s'arrête et en réfère au pouvoir législatif, qui fixe le droit à appliquer. C'est le référé obligatoire et suspensif.

Ce système avait un double inconvénient. D'abord c'était suspendre d'une façon fâcheuse le cours de la justice, dont les référés multipliés arrêtaient la suite, car le pouvoir législatif n'expédiait pas assez vite la besogne. Puis c'était confondre les pouvoirs et transférer l'autorité judiciaire au pouvoir législatif qui devait statuer sur les différends. Or l'affaire du législateur est de s'inspirer des considérations d'ordre général ; il est contraire à sa mission de statuer sur des cas particuliers. En le faisant intervenir à propos d'une affaire déterminée, on l'exposait à être suspecté de partialité.

source BIU Cujas

De là l'avènement du second système, celui du référé obligatoire et non suspensif, introduit par la loi du 30 juillet 1828. Le référé reste obligatoire, mais l'affaire n'est pas suspendue et doit être jugée.

Dès avant 1828, le pouvoir d'interprétation sur référé au cours d'un procès ayant été transféré au Conseil d'Etat par l'article 11 du décret du 5 nivôse an VIII (26 décembre 1799), la loi du 16 septembre 1807 ordonna, dans les cas prévus par l'article 21 de la loi de 1790, d'en référer au Conseil d'Etat. Bien que, depuis la Charte de 1814, le droit d'interpréter eût été rendu au pouvoir législatif, le pouvoir d'interprétation judiciaire resta au Conseil d'Etat en vertu de la loi de 1807.

Vint enfin la loi des 30 juillet-1er août 1828, qui supprima l'usage des référés obligatoires et suspensifs et leur substitua le suivant. Après deux cassations dans la même affaire sur un même point de droit, la troisième Cour d'appel à laquelle l'affaire a été renvoyée statue toutes chambres réunies, et l'arrêt rendu ne peut plus être attaqué sur le même point et par les mêmes moyens. « Toutefois, dit l'article 2, il en est référé au « Roi, pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'in- « terprétation de la loi. » L'article 3 ajoute : « Dans la session « législative qui suit le référé, une loi interprétative est pro- « posée aux Chambres. » Dès lors, il n'y a plus de référé au cours d'un procès ; l'affaire est jugée et prend fin ; le référé a lieu seulement après la sentence rendue, qui est définitive.

On avait ainsi évité l'inconvénient qu'entraînait le référé obligatoire au cours d'un procès, inconvénient qui consistait dans l'ajournement de l'affaire ; on avait rendu à l'intervention du pouvoir législatif son caractère normal, car la question portée devant lui se dégageait du fait particulier et prenait une portée générale. Mais la loi de 1828 était singulière en un point. En cas de conflit sur le point de droit entre la Cour de cassation et les Cours d'appel, elle donnait le dernier mot aux Cours d'appel, quoique la Cour de cassation restât la Cour suprême. C'était là une anomalie manifeste.

Ce fut la raison d'être du troisième système, actuellement en vigueur et introduit par la loi des 1-2 avril 1837. Elle innove sous deux rapports.

D'abord, il n'est plus question de référés obligatoires, ni en cours de procès, comme sous l'empire de la loi de 1790, ni après, comme sous l'empire de la loi de 1828 ; le recours

source BIU Cujas

au pouvoir législatif devient facultatif. De fait, il y a eu bien peu de recours semblables depuis 1838, et on s'est de plus en plus abstenu de provoquer des lois interprétatives, parce qu'on a reconnu qu'elles ont un danger. Le législateur n'a pas l'abnégation, la patience, la modestie nécessaires à celui qui doit non pas faire, mais interpréter la loi. Le juge sait se plier à ces nécessités ; quant à celui qui fait la loi, il n'admet pas qu'on lui lie ainsi les mains. L'expérience l'a démontré, et alors on s'est abstenu d'en référer au législateur. La faculté de le faire subsiste cependant, mais elle n'appartient plus au juge ; la loi interprétative ne peut être provoquée que par ceux qui ont l'initiative des lois.

Par une seconde innovation, la loi de 1837 rend à la Cour de cassation le dernier mot sur les questions de droit engagées dans les conflits soulevés. L'article 1er s'exprime ainsi : « Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement « en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu « dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant « en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que « le premier, la Cour de cassation prononcera toutes les « chambres réunies. » L'article 2 ajoute : « Si le deuxième « arrêt ou jugement est cassé pour le même motif que le pre- « mier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est ren- « voyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur « le point de droit jugé par cette Cour. » Le conflit, de la sorte, est tranché dans l'espèce, mais la question reste entière pour l'avenir ; les arrêts n'influent sur les décisions à venir que par l'autorité doctrinale de leurs considérants. Les deux articles 4 et 5 reçoivent de la sorte une complète application : le juge saisi est obligé de statuer, mais il ne peut le faire par voie de disposition générale et réglementaire.

Le système n'est pas encore parfait. Il reste cet inconvénient que la troisième Cour a un rôle assez singulier : elle n'a plus à délibérer, mais seulement à enregistrer. Il faut bien cependant en finir [1].

Tel est le rôle du pouvoir judiciaire dans l'application des lois. On pressent par là quelle est l'importance de la ju-

1. Un autre inconvénient consiste en ce que la loi de 1837 aboutit parfois, dans l'application, à donner la décision définitive aux Cours d'appel. On en verra bientôt un exemple à propos de la question de savoir si l'engagement dans les ordres catholiques constitue un empêchement au mariage,

source BIU Cujas

risprudence, surtout depuis qu'il n'y a plus de référés obligatoires, depuis 1837. C'est par la jurisprudence que les controverses juridiques sont résolues, que l'accord se fait peu à peu et que les lacunes de la législation sont comblées. On est amené à discuter les précédents de la pratique judiciaire comme on discute les textes ; il n'y a pas de discussion juridique sans examen des arrêts intervenus sur la question. Les arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation ne sont pas des lois, mais ils ont une autorité doctrinale considérable ; ils fixent la jurisprudence et équivalent presque à des lois.

115. III.— La loi est obligatoire pour les particuliers, qui lui doivent obéissance. Que la loi, dès qu'elle est promulguée et publiée, oblige les particuliers, rien de plus naturel ; c'est en définitive pour cela qu'elle est faite. Elle est obligatoire pour eux en deux sens : d'abord nul n'est admis à se prévaloir de ce qu'il ne l'aurait pas connue, ensuite nul ne peut en écarter l'application par une manifestation de sa volonté, au moins en principe. La première de ces règles comporte deux exceptions ; la seconde ne s'applique que sous quelques distinctions.

116. A. La loi est obligatoire pour les particuliers en ce sens que nul n'est admis à se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas connu la loi. C'est un adage courant, que nul n'est censé ignorer la loi : *nemo jus ignorare censetur*. Nul n'est admis à invoquer son ignorance de la loi, soit pour s'excuser de ne l'avoir pas observée, soit pour se faire relever des suites de l'inobservation. En d'autres termes, l'erreur de droit, celle qui résulte de l'ignorance de la loi, ne saurait être ni une excuse ni un titre. Admettre l'exception d'ignorance individuelle, ce serait manifestement énerver l'autorité des lois. Dès que la loi est publiée, elle est réputée connue ; tant pis pour ceux qui ne sont pas curieux. La loi oblige même ceux qui, de fait, en ignoreraient l'existence : *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*[1]. L'ordre social ne peut être obtenu qu'à ce prix.

Cependant, si nécessaire qu'elle soit, la règle n'est pas absolue ; elle reçoit deux exceptions, l'une formelle, l'autre

1. Fragm. 9, Dig., *De juris et facti ignorantia*, XXII, 6.

source BIU Cujas

admise comme résultant d'inductions plausibles. Dans un cas elle est une excuse, dans un autre un titre.

117. La première exception a été introduite contre toute tradition, on peut dire contre toute utilité par le décret du 5 novembre 1870, le même qui a si fort compliqué les règles de la promulgation et de la publication des lois. L'article 4 porte : « Les tribunaux et autorités administratives et mili-« taires pourront, selon les circonstances, accueillir l'excep-« tion d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contra-« vention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir « de la promulgation. » Il résulte du texte que cette disposition n'est applicable que dans le cas où la publication s'accomplit par un délai inférieur à trois jours. Il en résulte encore qu'elle n'est relative qu'aux lois pénales, car le texte n'admet à l'invoquer que les « contrevenants ».

C'est une disposition toute nouvelle, sans précédents, dont probablement il ne sera jamais fait que de rares applications. On a sans doute considéré que le nouveau système de publication abrégeait les délais et qu'une certaine tolérance devenait nécessaire. C'est fort contestable. Quoi qu'il en soit, la règle existe.

118. La deuxième exception est plus générale et plus importante. Elle résulte d'une distinction à faire entre plusieurs espèces de lois. Il est en effet une classe de lois dont on peut invoquer l'ignorance, contrairement au principe posé, pour s'en faire un titre : celles dont le but est de protéger la bonne foi, de venir au secours de ceux qui sont victimes d'une erreur. La règle que nul n'est censé ignorer la loi ne forme pas obstacle à l'admission de la preuve de l'erreur de droit quand il s'agit de ces lois. Le motif est simple : les lois dont il s'agit n'atteindraient qu'imparfaitement leur but si elles distinguaient entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, qui l'une et l'autre sont dignes d'une égale protection. Seulement la preuve de l'erreur de droit doit être clairement établie.

Un exemple significatif est fourni par l'article 201. De droit commun, le mariage déclaré nul est effacé rétroactivement, de sorte que les prétendus époux se trouvent, la nullité de leur union étant prononcée, avoir vécu en concubinage ; les enfants, s'il en est, sont nés hors mariage et illégitimes. Si les époux ou l'un d'eux ont été de bonne foi, « le mariage produit néanmoins les effets civils, tant à l'é-

source BIU Cujas

« gard des époux qu'à l'égard des enfants ». Le texte parle de *bonne foi* en général, sans distinguer suivant que la bonne foi résulte d'une erreur de fait ou de droit. La preuve de l'erreur de droit peut être admise quand il s'agit d'obtenir l'application de l'article 201.

Voici deux cas dans lesquels application a été faite de cette idée :

1° L'article 162 prohibe le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Si un beau-frère et une belle-sœur se sont mariés sous l'empire d'une erreur de fait, sans connaître l'alliance existant entre eux, le mariage, quoique déclaré nul, produira néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi qui résulte de l'erreur de fait où sont tombés les époux. Il faut aller plus loin et admettre la même solution dans l'hypothèse où un beau-frère et une belle-sœur se sont mariés sous l'empire d'une erreur de droit, c'est-à-dire sans connaître la prohibition de l'article 162 ; ils pourront exciper de leur bonne foi, résultant de l'erreur de droit où ils sont tombés, pour obtenir l'application de l'article 201 [1].

2° Deux époux divorcent et la femme se remarie, ignorant que le divorce a été prononcé irrégulièrement et qu'il est nul. Le nouveau mariage contracté par la femme est entaché de bigamie et peut être annulé. Si la nullité est prononcée, ce mariage produira néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi de la femme, bonne foi qui résulte de l'erreur de droit où elle est tombée sur la validité de son divorce [2].

La portée de l'exception est apparente dans ces deux cas. La preuve de l'erreur de droit doit être admise de la même manière toutes les fois qu'il s'agit d'une disposition ayant le même caractère que l'article 201, c'est-à-dire ayant pour but de venir en aide à ceux qui sont victimes d'une erreur. On peut citer comme exemple les articles 549 et 1377. Dans ces cas et autres semblables, l'ignorance de la loi est admissible ; en d'autres termes, l'erreur de droit peut être invoquée au même titre et avec la même efficacité que l'erreur de fait. C'est conforme à la tradition et c'est rationnel. On peut ajouter que c'est légal, quoique ce ne soit écrit nulle part ; deux articles du Code civil le supposent, en excluant l'application de l'idée

1. Paris, 9 février 1860, D. P. 1860.II.73.
2. Chambéry, 15 juin 1869, D. P. 1869.II.188, Sir. 1870.II.214.

source BIU Cujas

dans deux cas spéciaux, prévus par les articles 1356 *in fine* et 2052. Ces deux articles, pour des raisons spéciales ici à l'aveu, là à la transaction, n'admettent pas, quoiqu'il s'agisse de venir au secours de la bonne foi, que l'erreur de droit soit invoquée. Ce sont deux exceptions qui confirment la règle, car les dispositions de ces articles eussent été évidemment inutiles si le législateur n'était parti de l'idée que l'erreur de droit produit en général, quant aux actes juridiques qui en ont été le résultat, les mêmes effets que l'erreur de fait [1].

119. B. La loi est obligatoire pour les particuliers en ce sens que nul ne peut, par sa volonté même formelle, écarter l'application des lois. Sans comporter précisément d'exception, comme la règle précédente, cette règle suppose quelques distinctions. En effet, il y a certaines lois auxquelles il peut être dérogé par la volonté des particuliers. L'article 6 dit : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux « lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », ce qui implique qu'on peut, au contraire, déroger aux lois n'ayant pas ce caractère. Par conséquent, à ce point de vue, les lois sont de deux sortes. Les unes s'imposent aux particuliers d'une façon impérative et stricte, de sorte qu'ils sont liés par elles sans pouvoir s'y soustraire : ce sont celles que l'article 6 désigne en disant qu'elles intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Les autres ne sont, en quelque sorte, qu'offertes aux particuliers, qui y sont soumis de droit commun, mais qui peuvent y déroger par leur volonté, pourvu qu'ils s'en expliquent : ce sont celles qui n'ont pas le caractère relevé par l'article 6.

A quoi reconnaître les unes et les autres ? Quelle est la limite exacte qui les sépare ? Cela revient à savoir ce qu'est l'ordre public, ce que sont les bonnes mœurs. Or rien ne résiste davantage à une définition précise. On ne saurait entrer ici dans le détail des applications, qui apparaîtront peu à peu ; c'est l'inconvénient de ces règles, qui ne sont que des formules et ne peuvent être envisagées pour le moment que dans leur sens général.

120. *a*) Le texte dit qu'on ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public.

1. Aubry et Rau, I, p. 55.

source BIU Cujas

Par lois d'ordre public, on entend celles qui intéressent la société collectivement plutôt que les citoyens pris individuellement, celles qui s'inspirent de l'intérêt général plutôt que de l'intérêt des individus. Si on prend les mots en ce sens, l'article 6 signifie que les particuliers peuvent déroger, par leur volonté, aux lois qui ne touchent qu'à l'intérêt privé ou individuel, mais non aux lois qui sont d'intérêt général ou public. Le projet primitif portait : « On ne peut déroger, par « des conventions particulières, aux lois qui intéressent le « public » ; la rédaction nouvelle fut substituée à la première sans discussion, sans qu'il apparaisse qu'on y ait attaché d'importance [1]. Rentrent dès lors dans la catégorie des lois d'ordre public :

1° Toutes celles qui appartiennent à cette branche du droit général qu'on nomme le droit public ; c'est celui qui règle les attributions des agents de l'autorité, les devoirs des particuliers envers l'Etat, l'organisation et l'ordre des juridictions. Ces lois sont constitutives de l'état politique du pays ; elles sont donc d'intérêt général. En y dérogeant, les particuliers mettraient leurs convenances personnelles au-dessus de ce qui est regardé comme de nécessité commune [2]. L'application pratique la plus apparente est relative à la clause compromissoire dans les conventions. Deux personnes, en contractant, conviennent que si des différends s'élèvent entre elles, ils seront portés non devant les tribunaux établis, mais devant un arbitre particulier désigné dès à présent. Pareille clause est nulle par application de l'article 6. En effet, pour compromettre valablement, pour constituer valablement un arbitre, il faut se conformer à l'article 1006 du Code de procédure civile, lequel exige, à peine de nullité, que le compromis désigne les objets en litige avec le nom des arbitres. D'une façon plus générale, il faut déclarer nulle, par application de l'article 6, toute clause dérogeant aux lois sur la compétence et l'ordre des juridictions.

2° Dans le droit privé, le caractère de lois d'ordre public appartient aux lois où prédomine visiblement la préoccupation de l'intérêt général. Doivent être rangées dans cette catégorie :

1. Locré, I, p. 407.
2. « *Privatorum conventio,* disaient déjà les Romains, *juri publico non derogat* » (fragm. 45, Dig., *De diversis regulis juris antiqui*, L, 17).

source BIU Cujas

α. Les lois qui règlent l'état des personnes, les droits et les devoirs qui en résultent, la capacité ou l'incapacité. Ces lois sont en dehors des conventions ; elles sont constitutives de l'état social et sont dès lors d'intérêt général. C'est ainsi par exemple qu'une convention ne peut porter atteinte au droit qu'a toute personne parvenue à un certain âge de se marier ou de ne pas se marier. C'est ainsi que l'article 1780 interdit à toute personne d'engager ses services autrement qu'à temps et pour une entreprise déterminée. C'est ainsi enfin que l'article 1388 interdit aux conjoints de déroger par contrat de mariage aux droits résultant de la puissance maritale ou de l'autorité paternelle ; la femme ne peut être relevée ni de son incapacité légale (art. 217) ni de l'obligation de fidélité (art. 212), ni de celle d'habiter avec son mari (art. 214) ; les enfants à naître du mariage ne peuvent pas être soustraits au droit de correction (art. 374 et suiv.) ; l'âge de la majorité (art. 388 et 488) ne peut être ni avancé ni reculé pour eux. L'article 1388 ne fait qu'appliquer au contrat de mariage un principe plus général qui régit toutes les conventions : nul ne peut se soustraire par convention à une incapacité légale ni se soumettre à une incapacité non légale.

β. Certaines lois relatives à l'organisation de la propriété. Comme le règlement de l'état des personnes, l'organisation de la propriété constitue l'une des bases de l'état social du pays. Les lois qui y sont relatives sont d'intérêt général ; elles rentrent dans les lois d'ordre public, auxquelles il ne peut être dérogé par conventions particulières. Tels sont par exemple les articles 686, 791, 815, 896, 913, 1130 et 2220 ; tel est l'article 543, où se trouve la liste limitative des droits réels ; tel est enfin l'article 537, d'où la jurisprudence fait découler la nullité des clauses d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

γ. Les lois dont le but est de sauvegarder l'intérêt des tiers, c'est-à-dire des personnes autres que celles qui sont parties à un acte. Un intérêt qui n'est pas celui des parties se confond, pour celles-ci, avec l'intérêt général ; il ne leur est pas personnel et elles ne peuvent y déroger. Telles sont les dispositions de l'article 1690 sur le transport des créances et de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

121. Voilà quelles sont les lois d'ordre public. Au contraire,

1. Paris, 10 juin 1887, D. P. 1889. II. 92.

source BIU Cujas

il faut considérer comme n'étant que d'intérêt privé, comme rentrant dès lors dans la classe des lois auxquelles la convention peut déroger, les lois relatives aux contrats. Le principe de la liberté des conventions est posé dans l'article 1134 et reçoit une application notable dans l'article 1387, relatif à la liberté des conventions matrimoniales. La loi, ici, n'entend rien imposer ; elle se borne à constater les règles générales, à propos de dispositions dont l'unique but est l'utilité des parties ; elle prévoit, elle présume au besoin ce que les parties veulent vraisemblablement. Si les parties veulent ce que la loi a présumé qu'elles veulent, elles n'ont qu'à se référer à ses dispositions ; sinon, elles peuvent y déroger. Il ne s'agit là que d'un intérêt privé ; la loi n'impose pas, elle propose, et les parties peuvent déroger à ses prévisions.

122. Théoriquement, la distinction est très apparente entre les lois d'ordre public et d'intérêt privé ; mais cette classification des lois au point de vue de l'article 6 n'a rien d'absolu ni d'exclusif.

Ainsi, dans le droit public de même que dans les parties du droit privé relatives à l'état des personnes et à l'organisation de la propriété, il y a des lois qui sont facultatives à des degrés divers. Ainsi la majorité est fixée à vingt-un ans accomplis (art. 488), mais l'émancipation peut en devancer les effets (art. 477). Ainsi encore les conditions requises pour la validité des mariages ne sont pas toutes exigées avec la même énergie ; il y en a seulement quelques-unes dont l'inobservation entraîne la nullité du mariage (art. 144 et s., 180 et s.).

A l'inverse, dans les lois relatives aux contrats, il en est auxquelles, par suite de textes fermels, les parties ne peuvent déroger. L'article 1453 déclare nulle toute convention par laquelle une femme commune en biens abdiquerait la faculté de renoncer à la communauté. L'article 1674 refuse tout effet à la convention par laquelle un vendeur d'immeubles renoncerait au droit de demander la rescision de la vente pour lésion de plus des sept douzièmes. Dans tous ces cas, l'intérêt en jeu n'est pas privé, individuel ; aussi la volonté des particuliers ne peut rien contre les prescriptions légales.

La nullité des conventions contraires ne fait pas doute dans ces cas, où le texte est formel. Mais il est de jurisprudence que la nullité peut être prononcée en vertu de la volonté

source BIU Cujas

tacite du législateur, ce qui remet tout en question et laisse subsister une grande incertitude.

123. Pendant longtemps, la doctrine courante a été qu'il faut tenir compte, pour l'application de l'article 6, de la forme donnée par le législateur à sa pensée, et distinguer les lois prohibitives, impératives et simplement permissives. Dans cette manière de voir, toutes les lois prohibitives seraient d'ordre public ; la prohibition, en effet, implique qu'un intérêt général et supérieur est en cause, comme c'est le cas pour les articles 144 et 217. Les lois impératives seraient aussi le plus souvent d'ordre public, lorsque les textes, sous la forme d'un commandement, contiennent une véritable prohibition, ainsi qu'on le voit dans les articles 931 et 1001. Hors de là, elles ne seraient que comminatoires et les parties pourraient y déroger librement, comme aux lois simplement permissives.

Proposée par Merlin[1], la doctrine qui précède est aujourd'hui abandonnée[2]. Plusieurs textes la contredisent d'une façon formelle. Ces textes prouvent que les rédacteurs du Code n'ont pas eu, sur ce point, une doctrine établie, se prêtant à une classification aussi méthodique et rigoureuse. Il ne faut pas prêter une si grande importance à la forme dont le législateur a revêtu sa pensée ; il faut s'attacher à la pensée plutôt qu'à l'expression.

Merlin lui-même en fournit la preuve, puisqu'il se voit obligé de distinguer, parmi les lois impératives, celles qui possèdent et celles qui n'ont pas le caractère de lois d'ordre public. Toutes les lois impératives ont la forme d'un commandement, mais la forme ne suffit pas pour en faire des lois d'ordre public ; c'est Merlin qui l'observe ; elles ne prennent ce caractère que si les textes contiennent, au fond, une véritable prohibition. Les prescriptions de l'article 1001, par exemple, sont édictées à peine de nullité, au lieu qu'il faut distinguer, parmi les prescriptions relatives à la rédaction des actes de l'état civil, celles qui concernent des formalités essentielles et celles qui n'ont trait qu'à des formalités accidentelles. C'est donc le fond des choses qu'il faut voir et pas seulement la forme extérieure de la disposition.

Si la remarque est juste pour les lois impératives, elle ne

1. Merlin, *Répertoire*, v° *Nullité*, t. XI, p. 643 et s.
2. Laurent, *Principes*, I, p. 92 et s. — Aubry et Rau, I, p. 117.

source BIU Cujas

l'est pas moins pour les lois prohibitives, quoique Merlin les fasse rentrer toutes dans la catégorie des lois d'ordre public. On est tenté de croire qu'elles ont toutes ce caractère. D'une part, en effet, dans le projet primitif, le livre préliminaire contenait un article 6 ainsi conçu : « Les lois prohibitives « emportent la peine de nullité quoique cette peine ne soit « pas formellement exprimée. » D'autre part, les prohibitions impliquent, en général, qu'un intérêt public est en cause et il en est ainsi dans un grand nombre d'articles prohibitifs du Code civil : 128, 215, 217, 335, 344, 346, 463, 464, 791, 903, 904, 1076, 1097, 1119, 1188, 1389, 1390, 1596, 1597, 1600, 1981, 2045, 2126, 2205 et 2214. Mais, dans d'autres articles, la prohibition intervient dans l'intérêt d'un tiers, et alors l'adhésion de ce tiers fait tomber la prohibition ; c'est ainsi, par exemple, que le concours de la femme commune en biens fait échapper le mari à la prohibition que contient l'article 1422. Quelquefois même, la prohibition, quoique d'ordre général, n'emporte que la nullité ; c'est ce qui a lieu dans le cas des articles 228, 295, 298. Enfin il existe des prohibitions de pur intérêt privé et auxquelles il n'est pas douteux que les parties peuvent déroger ; les articles 675, 677, 679, 1749 et 1761 en fournissent des exemples.

124. La classification présentée par Merlin n'est donc pas rigoureuse. Il faut se résumer en disant qu'il y a, dans l'application de l'article 6, des cas certains et des cas douteux. Toutefois, il résulte de cet ensemble d'idées un point de vue général, d'où ressort le sens doctrinal de l'article 6. Sont d'ordre public les lois où domine la préoccupation d'un intérêt général ; sont d'ordre privé les lois qui ne s'inspirent que d'un intérêt individuel. Aux premières, la volonté des particuliers ne peut pas déroger ; elle peut, au contraire, déroger aux secondes. En ceci, comme toujours quand il s'agit de questions de limites, il y a un point où le doute devient possible, et il y a lieu à appréciation ; l'intérêt général et l'intérêt individuel se lient tellement qu'une démarcation légale entre eux ne peut pas être établie : c'est affaire de jurisprudence.

125. *b*) Même incertitude sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par les lois qui intéressent les bonnes mœurs. Aux termes de l'article 6, on n'y peut pas déroger par des conventions particulières ; mais quelle est la portée des mots « les bonnes mœurs » ?

source BIU Cujas

La loi ne s'occupe des mœurs que pour réprimer les actions qui troublent l'ordre ; ces actions, elle les appelle des infractions : les crimes, les délits, les contraventions. Tout le droit pénal est d'ordre public ; toute convention contraire aux dispositions du droit pénal est nulle. Par exemple il est défendu de tuer ; celui qui tue une personne à la demande de celle-ci n'en est pas moins coupable ; la convention est nulle. Aucun doute n'existe à cet égard, mais il est évident qu'il ne faut pas limiter là la portée de l'article 6. Le Code pénal ne prévoit pas toutes les actions immorales ; il ne frappe et ne doit frapper que celles qui portent atteinte au droit d'autrui. Dans la limite où ses actions n'atteignent pas le droit d'autrui, l'homme doit rester, au point de vue du droit, bien entendu, libre de faire le mal. Dès lors, où faut-il s'arrêter ? N'y a-t-il de contraire aux mœurs que ce qui est défendu par le Code pénal ? Si on va plus loin, va-t-il falloir aller jusqu'à dire que, par déduction de l'article 6, la loi assure l'exécution de tous les préceptes de la morale ? Rien ne serait plus dangereux ; la liberté humaine disparaîtrait devant le point de vue individuel du juge.

Au point de vue de l'application pratique de l'article 6, la seule réponse est celle-ci : est contraire aux bonnes mœurs tout ce que l'opinion dominante considère comme tel à un moment donné. Il y a assurément, dans l'application d'une telle formule, une grande place laissée à l'appréciation, moins grande toutefois qu'on n'est tenté de le croire. On exagère quand on allègue les incertitudes de la morale. Laurent a très bien dit : « En dehors des théories et des formules d'é« cole, il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une « doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, « sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas[1]. » Ce fond commun moral est ce que Stuart Mill appelle d'une bonne dénomination la « morale coutumière »[2]. Elle forme la morale du pays ; c'est d'elle que l'article 6 veut assurer le respect[3].

Nous ne pouvons, ici encore, qu'énoncer des idées géné-

1. Laurent, *Principes*, I, p. 90.
2. *L'utilitarisme*, trad. Le Monnier, p. 53.
3. Il est, dans un autre ordre d'idées, une expression juridique qui désigne cette ligne moyenne et dominante : c'est celle de *bon père de famille* (art. 601, 1728, 1880, 1962). On entend par là le type du propriétaire diligent comme on l'est d'ordinaire.

source BIU Cujas

rales ; les applications qu'elles comportent sont éparses et seront étudiées à leur place. Ce qui précède est suffisant pour faire apparaître combien le juge a besoin, pour appliquer l'article 6, d'une impartialité exceptionnelle. La morale légale n'est pas sa morale à lui ; c'est quelquefois moins, quelquefois plus, c'est celle que la conscience générale accepte, la morale coutumière. Aussi ne peuvent être de bons juges ces hommes ardents qui regardent leur tempérament comme devant faire partie des institutions de leur pays.

§ 2. — De l'autorité des lois quant au temps qu'elles régissent.

126. L'article 2 contient à cet égard une règle fort simple en apparence : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle « n'a point d'effet rétroactif. »

Le point d'intersection qui sépare ici le passé de l'avenir, ce n'est pas la date des lois ni celle de la promulgation ; c'est le moment, variable selon les localités, où expire le délai de publication, où elles deviennent obligatoires. Le sens de l'article 2 est alors le suivant. La loi n'est applicable qu'aux faits qui s'accomplissent sous son empire, c'est-à-dire depuis qu'elle est obligatoire ; ce qui est acquis à cette date en vertu de la loi en vigueur est à l'abri des changements que peut introduire la loi nouvelle.

Ainsi comprise, la règle de l'article 2 se justifie aisément. Elle consacre un des fondements nécessaires de la liberté civile. Si la loi qui vient pouvait atteindre rétroactivement ce qui a été fait sur la foi de celle qui l'a précédée, rien ne serait stable et ne pourrait être regardé comme acquis ; il n'y aurait aucune sécurité, par conséquent aucune liberté civile. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les lois humaines, quelque illusion que se fasse parfois le législateur, sont toujours plus ou moins conventionnelles. Les lois morales, expression des vérités absolues, ont une autorité également absolue : elles sont obligatoires partout et toujours ; les lois humaines, que dominent mille influences de temps et de lieu, ne peuvent obliger que le pays et l'époque pour lesquels elles ont été faites. C'est pour cela qu'elles ne sont obligatoires qu'après avoir été portées à la connaissance des intéressés, après avoir été publiées. La limitation de leur autorité aux faits à venir découle naturellement de la même idée ; l'article 2 n'est que

source BIU Cujas

le corollaire de l'article 1. En résumé, la nature bien comprise des lois humaines impose cette règle, la justice la conseille, l'intérêt de tous exige qu'elle soit rigoureusement observée ; elle est indispensable à la sécurité des intérêts individuels.

127. La portée générale et les motifs de l'article 2 sont donc simples. C'est cependant un des textes du Code dont l'application soulève le plus de difficultés pratiques.

Il est des faits juridiques ou des actes qui, par leur nature, s'accomplissent instantanément, dont tous les effets immédiats ou médiats se réalisent en même temps que la cause d'où ils résultent ; en d'autres termes, ces faits ou ces actes sont instantanés en eux-mêmes et dans leurs suites. Pour ceux-là, l'application de l'article 2 ne présente aucune difficulté. Une seule loi est applicable, soit qu'il s'agisse de qualifier le fait, soit qu'il s'agisse d'en déduire les conséquences ; c'est la loi en vigueur quand le fait s'est accompli.

Mais il en est d'autres qui ne sont pas immédiatement suivis de la réalisation des effets qu'ils contiennent en germe, dont les conséquences peuvent ne se développer qu'à la longue ; ils sont, en quelque sorte, successifs. Ils peuvent alors se produire sous une loi, et leurs effets ne se réaliser que sous une autre, s'il y a eu changement dans l'intervalle. Quelle loi régit ces conséquences, quant à leur caractère et à leur portée ? Est-ce celle sous l'empire de laquelle s'est produit le fait d'où elles découlent ? est-ce celle sous l'empire de laquelle les conséquences se développent et se réalisent ?

Voici deux exemples.

1° Une personne fait son testament. Le testament est un acte qui ne produit effet qu'à la mort du testateur (art. 895) ; c'est donc un acte qui n'est pas immédiatement suivi de la réalisation des effets qu'il est appelé à produire. Entre le jour de la confection du testament et la mort du testateur, la loi est changée. Pour apprécier la validité du testament, en la forme et au fond, pour déterminer le caractère, les effets des clauses qu'il contient, faut-il se référer à la loi en vigueur lors du décès du testateur ?

2° Deux personnes rédigent leur contrat de mariage. Quelle est l'influence d'une loi nouvelle sur un contrat qui a été fait sous l'empire d'une loi précédente ? En ce qui concerne l'application des clauses du contrat, dans quelle mesure faudra-

source BIU Cujas

t-il se reporter à l'ancienne loi, sous laquelle le contrat a été fait, dans quelle mesure à la nouvelle, sous laquelle les suites se réalisent ?

Dans ces cas, et dans d'autres analogues surgissent certaines difficultés connues sous le nom de questions transitoires, et qu'on appelle ainsi parce qu'elles naissent par suite de la transition d'une loi à une autre. Comment se règlent ces questions ?

128. Deux points sont certains. En premier lieu, quand une loi nouvelle survient, elle est entièrement inapplicable aux faits accomplis avant elle, aux droits qui sont acquis quand elle entre en vigueur. En second lieu, la loi nouvelle est seule applicable aux faits qui se produisent après elle, aux droits qui naîtront ensuite.

Mais il est une troisième hypothèse, celle où la loi survient entre un fait et le développement des conséquences de ce fait, alors que ces conséquences sont en cours d'accomplissement. Une lutte s'établit alors, à propos d'un même fait, entre les deux lois, celle en vigueur lorsque le fait initial s'est produit, celle en vigueur quand les suites se réalisent. Il y a conflit, question transitoire ; c'est alors que l'application de l'article 2 soulève des difficultés sérieuses. Faut-il, pour régler les conséquences d'un fait ou d'un acte, appliquer la loi qui est en vigueur au jour où ces conséquences se produisent, ou bien la loi sous l'empire de laquelle s'est produit le fait auquel ces conséquences se rattachent ? Question importante entre toutes. Elle se résout par une distinction tirée de la relation plus ou moins directe qui existe entre le fait et les conséquences qui en découlent.

Il est certain qu'une loi nouvelle ne préjudicie pas aux droits acquis en vertu de l'ancienne. Par suite, les conséquences d'un fait intervenu sous une loi restent soumises à cette loi, quoiqu'elles ne se réalisent que sous la loi nouvelle, quand elles se rattachent à leur cause comme une suite nécessaire et directe, car elles constituent un droit acquis dès l'apparition de la cause à laquelle elles se rattachent. Il est non moins certain que la loi nouvelle peut modifier et même détruire les simples expectatives. Dès lors, les conséquences d'un fait intervenu sous une loi tomberont sous l'empire de la loi nouvelle, quoiqu'elles se rattachent à un fait antérieur, quand elles n'apparaîtront que comme une

source BIU Cujas

suite possible et indirecte, comme ne constituant dès lors qu'une expectative et non un droit acquis. Il faut donc distinguer les droits acquis des simples expectatives ; de cette distinction découle la solution de toutes les difficultés. Dire que la loi n'a pas d'effet rétroactif, cela signifie qu'une loi nouvelle ne peut porter atteinte aux droits déjà acquis quand elle entre en vigueur ; à tous autres égards, elle est seule applicable désormais.

129. La formule est incontestable dans son énoncé général [1] ; mais il y manque un complément. Quand les conséquences d'un fait ou d'un acte doivent-elles être considérées comme en étant la suite nécessaire et directe, comme constituant des droits acquis? Quand doivent-elles être considérées comme n'en étant que la suite possible et indirecte, comme ne constituant que de simples expectatives? C'est là que les difficultés surgissent, parce que, relativement à chaque acte, les applications peuvent être différentes. Voici quelques exemples, se rapportant à des lois qui sont relatives à la condition des personnes, à la condition des biens et aux contrats.

A. — Exemples relatifs à la condition des personnes.

1er EXEMPLE. — Sous l'empire du Code civil primitif, il n'existait qu'une seule naturalisation, complète dans ses effets, assimilant à tous égards l'étranger au français d'origine. En 1816 survient une loi qui décide que l'étranger, quoique naturalisé, ne sera éligible aux Chambres qu'en vertu d'une loi prononçant la grande naturalisation. Quel est l'effet de cette loi de 1816 sur les naturalisations acquises auparavant ? Elle n'y touche pas. Les étrangers naturalisés avant 1816, ayant acquis la pleine qualité de français, ne peuvent en être privés ; c'est pour eux un droit acquis, réalisé.

Une question identique s'est posée à propos de la loi de 1889 sur la nationalité. La grande naturalisation, introduite en 1816, avait été abolie dans la suite. La loi du 26 juin 1889 a rétabli quelque chose d'analogue : « L'étranger naturalisé, « dit l'article 3, jouit de tous les droits civils et politiques « attachés à la qualité de citoyen français ; néanmoins il

1. Voy. cependant de Vareilles-Sommières, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, critique de la distinction universellement admise entre les droits acquis et les simples expectatives*, dans la *Revue critique de législation*, 1893, p. 444 à 463, 492 à 519.

source BIU Cujas

« n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après « le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale « n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année. » Quel est l'effet de cet article sur les étrangers naturalisés à la date de 1889 ? Ils ont été pleinement français ; donc ils le restent. La loi nouvelle n'est applicable qu'à ceux qui seront naturalisés plus tard.

2e EXEMPLE. — Avant le Code civil, aux termes de la loi du 20 septembre 1792 (titre IV, sect. 1, art. 1), l'homme pouvait se marier à quinze ans, la femme à treize. Le Code porte cet âge à dix-huit ans pour l'homme et à quinze ans pour la femme. Comment se règle le passage d'une législation à l'autre ? Pour ceux qui, profitant de la loi, s'étaient mariés, la situation reste acquise ; le mariage est valable, l'effet de la loi est réalisé. Pour ceux qui, quoique pouvant se marier, ne l'avaient pas fait, il n'y avait qu'une simple expectative ; la loi nouvelle les atteint. C'est une question de capacité, d'aptitude ; il n'y a pas de droit acquis pour eux.

3e EXEMPLE. — La loi du 27 juillet 1884 a rétabli le divorce. Cette loi est applicable aux époux mariés à une époque où le mariage était indissoluble. Il n'y avait pas là droit acquis. La loi, d'ailleurs, a formellement tranché la question dans son article 4.

B. — Exemples relatifs à la condition des biens.

1er EXEMPLE. — Sous l'empire du Code civil, les conventions translatives de propriété produisaient tous leurs effets par cela seul qu'elles étaient conclues. La vente rendait l'acheteur propriétaire non seulement au regard du vendeur, mais au regard des tiers. Survient la loi du 23 mars 1855, qui introduit la nécessité de la transcription. La règle nouvelle ne s'applique qu'aux actes n'ayant pas acquis date certaine au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (art. 11).

2e EXEMPLE. — Il se réfère à l'article 691. Dans l'ancien droit, toutes les servitudes pouvaient s'acquérir par la prescription. Le Code n'admet à s'acquérir ainsi que les servitudes continues et apparentes. La loi nouvelle est sans effet sur les prescriptions accomplies, car il y a droit acquis ; c'est la solution que consacre formellement l'article 691. La loi nouvelle met obstacle aux prescriptions non commencées. Quant aux prescriptions en cours, elle les empêche de s'a-

source BIU Cujas

chever ; il n'y a pas en effet droit acquis, mais simple expectative.

C. — Exemples relatifs aux contrats.

1er EXEMPLE. — Une controverse s'est élevée à propos de l'application de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, modifiant l'article 1965[1]. Celui-ci ne reconnaissait pas le jeu, dès lors ne donnait pas d'action contre les débiteurs ; il les autorisait à opposer, en cas de poursuite, l'exception de jeu. La loi de 1885 reconnaît au contraire les marchés à terme et donne action contre les débiteurs, qui ne sont plus autorisés à opposer l'exception de jeu. Quels sont les effets de cette loi sur les opérations antérieures non exécutées ?

Pour les opérations nouvelles, pas de difficulté. Pour les opérations anciennes, le créancier peut-il exciper de la loi nouvelle à l'effet d'en poursuivre l'exécution ? On juge de l'inquiétude qu'a dû jeter cette question parmi les joueurs malheureux qui ne s'étaient pas exécutés. Après deux ans d'hésitations, la jurisprudence a été fixée par un arrêt de cassation du 18 avril 1887[2]. La Cour estime que la loi ancienne donnait aux joueurs le droit de ne pas s'exécuter ; c'est un droit acquis, qu'on ne saurait leur retirer sans donner effet rétroactif à la loi.

2e EXEMPLE. — Il se rapporte à la loi du 12 janvier 1886, relative au taux de l'intérêt de l'argent. La loi du 3 septembre 1807 fixait le maximum du taux de l'intérêt de l'argent à 5 % en matière civile et à 6 % en matière commerciale ; en cas d'excès, il y avait délit d'usure, et droit pour le débiteur poursuivi de demander la réduction. Intervient la loi de 1886, portant liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale. Les débiteurs antérieurs ont un droit acquis à demander la réduction, droit que la loi nouvelle ne saurait leur enlever[3].

130. Il faut se contenter d'indiquer ces quelques applications, choisies parmi beaucoup dont certaines sont plus compliquées. Pour discuter avec utilité les différents cas où il y a doute et séparer dans ces différents cas les suites nécessaires ou simplement possibles des actes, en d'autres termes les droits

1. Voy. la note de M. Labbé dans Sirey, 1885. II. 1. — Cpr. *infrà*, p. 151 et suiv.
2. D. P. 1887. I. 153, Sir. 1887. I. 157.
3. Orléans, 12 juin 1886 et Besançon, 21 avril 1886, Sir. 1887. II. 201 et 202. Voy. *infrà*, p. 150 et 151.

source BIU Cujas

acquis et les simples expectatives, il faudrait passer en revue tous les faits ou actes juridiques, signaler leurs conséquences médiates ou immédiates, voir comment elles en découlent et s'y rattachent. Or c'est là un travail qui ne pourra être utilement fait qu'au fur et à mesure, à l'occasion de chaque acte pris isolément. Il suffit pour le moment d'avoir posé le principe ; les applications de détail apparaîtront plus tard. Cependant, avant de quitter l'article 2, il importe de compléter les éléments du sujet en notant un certain nombre de cas dans lesquels la règle de non-rétroactivité n'est pas appliquée, ou ne l'est que dans une mesure restreinte. Ces cas sont au nombre de cinq ; il y a cinq groupes de lois auxquelles l'article 2 n'est pas applicable ou ne l'est que sous certaines restrictions.

131. 1er *Groupe*.— Il est des lois auxquelles le législateur a attribué expressément un effet rétroactif. Ce sont des exceptions de fait à l'article 2 et ces exceptions sont possibles, car la règle de non-rétroactivité n'est pas un principe d'ordre constitutionnel. Elle oblige le juge, qui violerait l'article 2 en donnant un effet rétroactif à la loi qu'il applique ; elle n'oblige pas le législateur, qui, s'il le croit utile, peut attacher un effet rétroactif aux lois qu'il fait.

Il n'en a pas toujours été ainsi. A une certaine époque, en France, le principe de non-rétroactivité était inscrit dans la constitution. La prohibition de faire rétroagir les lois ne s'adressait pas seulement aux juges qui les appliquent, mais au législateur qui les fait ; il eût fait œuvre inconstitutionnelle en dérogeant au principe. La constitution des 3-14 septembre 1791 (Déclaration des droits, art. 8) établissait le principe de non-rétroactivité pour les lois pénales ; l'acte constitutionnel du 24 juin 1793 statuait de même dans l'article 14 de la Déclaration des droits ; enfin la constitution du 5 fructidor an III s'exprimait en termes beaucoup plus généraux : « Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif (Déclaration des droits, art. 14). » Depuis l'an III, le principe de non-rétroactivité a cessé d'être inscrit dans les constitutions ; il a été déconstitutionnalisé. La constitution du 22 frimaire an VIII l'a laissé à l'écart et il n'est plus inscrit que dans le Code civil. Par conséquent il lie le juge, mais ne lie pas le législateur, qui peut y déroger comme à toute autre disposition non garantie par la constitution. Ce n'est pas une

source BIU Cujas

règle relative à la confection des lois ; c'est une règle relative à l'application des lois.

C'est rationnel. En effet, le principe de non-rétroactivité est une garantie donnée aux intérêts privés ; sa raison d'être, c'est qu'il assure aux droits qu'ils ne seront pas bouleversés par des lois survenant après qu'ils sont acquis. Or il peut se faire qu'il soit avantageux pour tout le monde, sans que cela nuise à personne, de donner à une loi nouvelle toute l'étendue possible d'application, de lui soumettre non seulement les situations devant se former postérieurement, mais aussi celles qui se sont formées auparavant. Pourquoi le législateur maintiendrait-il alors un principe qui perd sa raison d'être ? Il peut se faire aussi que des considérations d'ordre supérieur et général, ou jugées telles, que l'intérêt public majeur conseille de donner effet rétroactif à une loi, au risque de blesser quelques intérêts individuels ; certaines améliorations législatives resteraient sans cela indéfiniment inefficaces. C'est une question d'opportunité ; le législateur doit incontestablement apporter ici la plus grande circonspection. Toujours est-il que l'on comprend qu'il croie pouvoir et devoir donner effet rétroactif à une loi.

132. On en pourrait citer bien des exemples ; il y a beaucoup de lois auxquelles un article spécial donne effet rétroactif. Voici les exemples les plus notables.

a) Le plus célèbre est fourni par la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794), relative aux successions. La matière des successions a un rapport direct avec la politique ; la manière dont s'effectue la dévolution des biens influe puissamment sur l'état social d'un peuple : que l'on admette le droit d'aînesse, le droit de masculinité, la physionomie sociale s'en trouvera modifiée. L'époque révolutionnaire, qui vivait d'égalité, ne pouvait, sur ce point, maintenir les lois de l'ancien régime, qui vivait de privilèges, et ce fut l'origine de la loi de nivôse an II.

La Constitution de 1791 n'avait fait de la non-rétroactivité un principe constitutionnel qu'en matière pénale ; aussi les rédacteurs de la loi de nivôse purent-ils en reporter les effets à cinq ans en arrière, la déclarer applicable à toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même à celles qui étaient déjà liquidées. Cette disposition constituait une mesure révolutionnaire au premier chef, une véritable folie lé-

source BIU Cujas

gislative. Ce n'en était pas moins une disposition pleinement régulière et valable au point de vue constitutionnel.

b) La loi du 8 mai 1816 abolit le divorce. Respectant le principe posé par l'article 2, cette loi ne touche pas aux divorces antérieurs admis par justice et prononcés par l'officier de l'état civil. Elle enlève la faculté de divorcer aux personnes qui, s'étant mariées sous le régime antérieur, avaient pu compter sur cette faculté ; le législateur estime avec raison qu'il n'y a pas droit acquis pour ces personnes, mais simple expectative. Il décide de même, bien que le doute alors pût se comprendre davantage, pour les personnes qui avaient introduit, avant la mise en vigueur de la loi nouvelle, une demande en divorce non encore accueillie par justice. Rien jusque là qui soit en opposition avec la règle de non-rétroactivité. Mais le législateur va plus loin ; méconnaissant un véritable droit acquis, il déclare considérer comme non avenus les jugements et arrêts qui ont admis le divorce avant la mise en vigueur de la loi nouvelle et sont restés sans exécution faute de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Sur ce point, le législateur de 1816 fait produire à la loi un véritable effet rétroactif. Il regarde le divorce comme une institution blâmable et immorale et tient pour indispensable de faire cesser immédiatement tous les effets de la loi antérieure qui admettait le divorce ; il ne recule que devant l'idée de considérer comme remariés ceux dont le divorce était consommé. Si la loi ne l'avait pas dit, le juge n'aurait pas pu y suppléer ; l'article 2 y aurait mis obstacle.

c) Les lois portées par l'Assemblée constituante sur les droits féodaux font une application plus légitime de la règle que le législateur peut attacher effet rétroactif à une loi. Pour des motifs d'utilité générale, la Constituante abolit sans indemnité certains droits, qui avaient été regardés jusqu'alors comme valablement acquis, quoiqu'ils l'eussent été par violence et spoliation ; quant aux droits découlant de contrats librement passés, l'Assemblée leur enlève le caractère féodal et irrachetable, les transforme en redevances purement foncières et les déclare essentiellement rachetables[1].

d) C'est encore à bon droit que le décret du 27 avril

1. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 718 et s.

source BIU Cujas

1848, abolissant l'esclavage dans les colonies françaises, a mis fin aux droits des propriétaires, quoiqu'ils eussent été acquis en vertu de lois antérieures. La stricte équité aurait voulu que les propriétaires expropriés fussent indemnisés, mais un autre principe, non moins impératif, commandait de passer outre : c'est qu'il n'y a pas de droits acquis contre le droit. Sans cela, l'esclavage se serait indéfiniment perpétué.

e) Sans donner vraiment effet rétroactif à leurs dispositions, surtout avec la témérité de la loi de nivôse an II, un grand nombre de lois contiennent, sous le nom de questions transitoires, des décisions relatives aux difficultés qu'elles pourraient faire naître au point de vue de l'article 2. Ces décisions règlent dans quelle mesure la loi nouvelle saisit les faits antérieurs ou les conséquences plus ou moins lointaines des faits antérieurs. Ce sont autant d'exceptions de fait à l'article 2. Elles n'ont rien d'inconstitutionnel, puisque le principe de non-rétroactivité n'est plus garanti par la Constitution ; elles peuvent être rationnelles et équitables, car il est possible qu'on hâte ainsi l'application de la loi sans léser sérieusement aucun intérêt privé appréciable.

133. 2e *Groupe*. — Les lois dites interprétatives font exception au principe de non-rétroactivité. Ces lois ont pour objet non pas d'introduire des dispositions nouvelles, mais de déterminer, en cas de doute, le sens des lois existantes. Elles ne font qu'un avec ces dernières. Ce ne sont pas, à vrai dire, des lois nouvelles ; on n'applique pas la loi interprétative, mais la loi interprétée, telle qu'elle l'a été officiellement. La conséquence, c'est que la loi interprétative s'applique aux faits qui lui sont antérieurs, pourvu qu'ils soient postérieurs à la loi interprétée. L'article 2 n'est pas applicable.

C'est ainsi que les avis du Conseil d'Etat, rendus depuis l'an VIII jusqu'en 1814 pour l'interprétation des articles du Code civil, ont toujours été regardés, quelle que fût leur date, comme obligatoires à partir de l'entrée en vigueur de celui des titres du Code où figure l'article interprété. Avant l'an VIII et depuis 1814, les lois interprétatives ont été votées dans la forme ordinaire des lois, c'est-à-dire par le pouvoir législatif ; ce sont des lois interprétatives proprement dites. Mais une loi n'a pas nécessairement ce caractère parce qu'elle intervient à propos et par suite d'une divergence d'interprétation. Il se

source BIU Cujas

peut que la loi nouvelle, sans se prononcer sur la controverse que soulève la loi ancienne, règle à nouveau la situation ; c'est alors une loi vraiment nouvelle, qui n'a pas le caractère de loi interprétative ; la loi ancienne reste seule applicable, avec les doutes qu'elle fait naître, aux faits accomplis sous son empire. Quant à la question de savoir si une loi nouvelle est vraiment nouvelle ou interprétative d'une loi ancienne, c'est une pure question de fait[1].

134. Aucun texte ne mentionne que l'article 2 soit inapplicable aux lois interprétatives ; néanmoins tout le monde l'admet pour deux raisons. D'abord, cela tient à la nature des choses. Ensuite, dans le projet primitif, l'article 2 contenait deux alinéas, le premier rédigé comme l'article actuel, le second rédigé de la façon suivante : « Néanmoins la loi « interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de « la loi qu'elle explique » ; le second alinéa fut retranché comme proclamant une vérité trop évidente, comme occupant dès lors inutilement une place dans le Code[2] : l'idée ne s'en impose que davantage.

135. Donc le principe est incontestable et d'ailleurs incontesté ; mais il n'est pas sans danger pour les intérêts engagés dans une controverse juridique. Tant que le doute subsiste sur le sens et la portée de la loi, on se conduit d'après l'interprétation que l'on juge le plus plausible, ou d'après celle qui prévaut en jurisprudence ; en cas de contestation, on peut au moins faire valoir ses raisons. Quand la loi interprétative survient, on se trouve rétroactivement lié par une disposition désormais précise et que l'on était au moins autorisé à ne pas croire telle, puisqu'il y avait doute. Aussi, en pareil cas, les lois interprétatives ont eu généralement soin, ce qui est d'une équitable prévoyance, en même temps qu'elles indiquaient quel sens a la loi, de statuer sur le sort des actes faits alors que la loi était mal fixée, c'est-à-dire depuis l'entrée en vigueur de la loi jusqu'à l'interprétation. C'est le moyen de diminuer les inconvénients inévitables des lois

1. Des questions de ce genre se sont posées à propos de la loi des 19-27 décembre 1850, relative au délit d'usure (Voy. Fuzier-Herman, *Répertoire général du droit français*, V° *Intérêts*, n°s 292 à 297), à propos de la loi du 1er août 1893 sur les sociétés (Voy. la *Revue des sociétés*, février 1896, p. 49, et avril 1896, p. 145), et à propos de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme (Voy. *infrà*, p. 102).

2. Laurent, *Principes*, I, p. 366.

source BIU Cujas

qui laissent place au doute. Voici deux hypothèses dans lesquelles on a pris pareille précaution.

a) La loi du 4 septembre 1807, interprétant l'article 2148, exige que la mention de l'époque de l'exigibilité de la créance figure dans l'inscription hypothécaire pour que celle-ci soit valable. Désormais ce sera nécessaire ; à ceux qui ne l'auraient pas fait, on donne six mois à dater de la promulgation pour se mettre en règle.

b) La loi du 21 juin 1843, interprétant la loi du 25 ventôse an XI, décide que la réception des actes notariés peut avoir lieu sans la présence effective du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires, dont la signature intervient valablement après coup. « Les actes notariés, dit l'article 1, « passés depuis la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI « ne peuvent être annulés par le motif que le notaire en « second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas « été présents à la réception desdits actes. »

136. La loi interprétative lie donc le juge dans les applications qu'il aura désormais à faire de la loi interprétée, fût-ce à des faits antérieurs ; mais elle n'autorise pas à revenir sur les décisions judiciaires antérieurement rendues dans le sens opposé à celui qui prévaut en définitive. Intervenant pendant une instance engagée, tant que la décision n'est pas définitive, la loi interprétative est obligatoire ; quant aux décisions antérieures, elles restent acquises, telles qu'elles ont été rendues. Ce sont comme les escarmouches qui précèdent la bataille après laquelle le traité est conclu : à quelque parti que la victoire reste, les incidents de la lutte gardent leur caractère propre et sont acquis. Le projet primitif était formel en ce sens et s'exprimait ainsi : « Sans préjudice des « jugements rendus en dernier ressort, des transactions, déci- « sions arbitrales ou autres passées en force de chose jugée [1]. »

Si les décisions ont été rendues conformément à l'interprétation qui prévaut, il n'y a rien à faire évidemment ; si au contraire elles ont été rendues contrairement à cette interprétation, il n'y a rien à faire non plus, si mortifiant et agaçant que ce puisse être pour ceux qui ont à souffrir de la situation : cette situation est tranchée. On évitait ce résultat avec le système du référé suspensif, mais on ne l'évitait qu'au prix d'inconvénients plus graves.

1. Cpr. Novelle 19 (*De liberis ante dotalia instrumenta natis*), Præfatio.

source BIU Cujas

137. 3e *Groupe*. — L'article 2 n'est pas toujours applicable aux lois pénales.

Le principe de non-rétroactivité est peut-être plus manifestement juste ici qu'en toute autre matière ; c'est là qu'il trouve sa justification élémentaire : *moneat lex priusquam feriat*. Aussi, les constitutions de 1791 et de 1793 n'ont-elles songé qu'aux lois pénales en posant le principe de non-rétroactivité ; le législateur de 1808 a proclamé de nouveau le principe dans les articles 299 et 364 du Code d'instruction criminelle et le législateur de 1810 a fait de même dans l'article 4 du Code pénal, bien que la proclamation en eût été déjà faite d'une manière générale par l'article 2 du Code civil.

Néanmoins, le principe n'est applicable en matière pénale que sous une restriction, dont la légitimité va ressortir de la comparaison des trois hypothèses suivantes.

a) Un fait est commis, qu'aucune loi n'incrimine. Survient une loi qui le qualifie d'infraction en le frappant d'une peine. Y a-t-il lieu à poursuite et à répression ? La négative est commandée par les articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal ; ces articles sont précisément faits en vue de cette hypothèse : c'est une garantie nécessaire.

b) Un fait est commis, que la loi actuellement en vigueur frappe d'une peine. S'il est jugé sous l'empire de la loi qui était en vigueur quand il a été commis, il est clair qu'elle seule sera appliquée. Mais, entre l'accomplissement du fait et le jugement à intervenir, survient une loi qui prononce contre l'auteur du fait une peine plus grave. Alors se présente une question transitoire. La loi nouvelle est-elle applicable ? Non, évidemment. L'auteur du fait a le droit d'être jugé conformément à la loi qui était en vigueur quand il a commis le fait qu'on lui reproche ; c'est précisément pour cela qu'ont été faits les articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal. C'est encore une garantie nécessaire.

c) Un fait a été commis que la loi en vigueur frappe d'une peine. Entre l'accomplissement du fait et le jugement, une loi nouvelle survient qui lève la pénalité, ou qui, sans la lever, la diminue, c'est-à-dire prononce une peine moins forte. L'hypothèse a été fréquente depuis le Code pénal de 1810, car les peines ont toujours été depuis lors en s'atténuant. Les exemples sont nombreux. On peut citer la loi du 28 avril 1832, abolissant la peine de mort dans neuf cas, la

source BIU Cujas

loi du 31 mai 1854, abolissant la mort civile, la loi du 13 mai 1863, qui modifie cinquante articles du Code pénal en diminuant les peines ; il faut noter enfin deux lois plus récentes : celle du 18 mars 1885, qui a reconnu et validé les marchés à terme même sur les fonds publics, et abrogé les articles du Code pénal qui les punissaient, — celle du 12 juin 1886, qui a proclamé la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale et supprimé en cette matière le délit d'usure. Les poursuites sont-elles restées possibles, depuis ces lois, pour les faits antérieurs ? Evidemment non. Si l'on s'en tenait à l'article 2, on appliquerait la loi sous l'empire de laquelle le fait a été commis, à quelque époque que l'affaire soit jugée ; appliquer la nouvelle loi serait lui donner un effet rétroactif. Cependant la solution inverse est unanimement admise. La loi nouvelle, par cela seul qu'elle est plus douce, sera applicable à tous les faits qui seront déférés à la justice, même s'ils ont été commis avant qu'elle fût en vigueur. Une loi plus sévère qui survient ne saisit que les faits commis postérieurement à sa publication ; une loi plus douce qui survient saisit tous les faits non encore jugés, même ceux qui auraient été commis avant sa publication ; si une loi atténue à certains égards et aggrave dans d'autres, elle est applicable sous le premier rapport, non applicable sous le second.

138. Voilà une nouvelle exception à l'article 2. Aucun texte formel ne l'appuie, mais elle se justifie par les deux considérations suivantes.

a) D'abord il faut bien comprendre le principe de non-rétroactivité ; il est protecteur des intérêts privés, il est une garantie de liberté, et ce serait fausser le principe que de le retourner contre ceux dans l'intérêt desquels il a été admis. Ce que l'article 2 signifie, c'est ceci : la loi nouvelle ne peut pas nuire à ceux qui ont agi sur la foi de la loi ancienne ; il ne veut pas dire qu'elle ne peut leur profiter. Or c'est dans l'intérêt du prévenu, de l'accusé, que l'article 4 du Code pénal proclame la non-rétroactivité des lois pénales. Leur intérêt, en fait, est ici tout opposé ; donc l'article 4 du Code pénal n'est pas applicable : l'appliquer dans son texte, ce serait méconnaître son esprit.

b) Quand une peine est reconnue inutile ou excessive, de telle sorte qu'une loi l'efface ou l'atténue, il convient d'en écarter de suite l'application. La prononcer encore, alors

source BIU Cujas

qu'elle est condamnée, fût-ce pour des faits antérieurs, serait une rigueur inutile. Non seulement on ne l'appliquera plus aux faits antérieurs non jugés, mais, quant aux faits jugés sous l'empire de la loi antérieure, il ne sera que juste d'intervenir pour atténuer la condamnation au moyen de la grâce.

139. L'exception est donc complètement justifiée. Aussi, quoique aucun texte formel ne la consacre, le législateur y a adhéré à plusieurs reprises. Voici par exemple comment s'exprime le Code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 (2e partie, titre III, article 4) : «... Pour tout fait antérieur à la pu-« blication du présent Code, si le fait est qualifié crime par les « lois actuellement existantes, et qu'il ne le soit pas par le « présent décret, ou si le fait est qualifié crime par le présent « Code et qu'il ne le soit pas par les lois anciennes, l'accusé « sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni s'il y « échet. Si le fait est qualifié crime par les lois anciennes et « par le présent décret, l'accusé qui aura été déclaré coupable « sera condamné aux peines portées par le présent Code. »

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795) est muet, mais il y fut remédié par un avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII (18 juin 1800) : « Il est « de principe en matière criminelle, qu'il faut toujours adop-« ter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'in-« nocence. » Le Code pénal de 1810 est muet à son tour et, depuis 1810, aucun document analogue à l'avis du 29 prairial an VIII n'est intervenu. Il y a bien un décret du 23 juillet 1810, décret de mise à exécution du Code pénal, dont l'article 6 est ainsi conçu : « Les cours et tribunaux appliqueront « aux crimes et délits les peines prononcées par les lois pé-« nales existant au moment où ils ont été commis. Néan-« moins, si la nature de la peine prononcée par le nouveau « Code pénal était moins forte que celle prononcée par le « Code ancien, les cours et tribunaux appliqueront les pei-« nes du nouveau Code. » Ce serait décisif, n'était le principe constitutionnel qui s'oppose à ce qu'un décret puisse prévaloir contre une loi, contre le texte formel des articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal. Quoi qu'il en soit, ces divers documents prouvent quel a toujours été le sentiment du législateur, et ils autorisent à ne pas tenir compte du silence du Code de 1810. Alors revient la considération indiquée

source BIU Cujas

plus haut : c'est fausser un principe que le retourner contre ceux dans l'intérêt desquels il a été admis.

140. 4e *Groupe*. — Les lois qui concernent l'organisation des pouvoirs publics échappent à l'application de l'article 2, sans qu'il y ait à distinguer entre les lois constitutionnelles et simplement organiques. Nul, en effet, n'a un droit acquis à ce que les pouvoirs publics soient constitués et organisés d'une manière ou d'une autre. Alors une loi qui survient écarte absolument les lois précédentes ; une nouvelle Constitution étant intervenue, nul ne peut se prévaloir de l'ancienne.

Il a surtout été fait application de cette idée en matière d'organisation judiciaire et de compétence. Voici l'hypothèse. Un fait se produit, qui, d'après la loi actuellement en vigueur, est de la compétence d'une juridiction. Entre l'accomplissement du fait et l'instance à laquelle ce fait peut donner lieu, survient une loi qui en attribue la connaissance à une autre juridiction. La compétence relative au fait prévu doit-elle être réglée par la loi en vigueur lors de l'accomplissement du fait, ou par celle qui est en vigueur lors des poursuites ? En d'autres termes, les lois de compétence sont-elles soumises à l'article 2 ? Cette question a été souvent débattue, et non sans vivacité quelquefois, parce que les modifications dans la compétence ont souvent correspondu à des mouvements politiques, comme on va le voir par un exemple.

C'est surtout à propos des procès de presse que la question a été agitée. La connaissance en a été attribuée tantôt aux tribunaux correctionnels, tantôt aux cours d'assises. La loi du 25 mars 1822 attribuait la connaissance des délits de presse aux tribunaux correctionnels ; celle du 8 octobre 1830 transfère la compétence aux cours d'assises ; celle du 23 février 1852 la rend aux tribunaux correctionnels ; d'après la loi actuelle du 29 juillet 1881, c'est la cour d'assises qui est compétente en principe. Lors de chaque changement survenu à cet égard, la question s'est posée dans les mêmes termes. Un fait se produit. Entre l'accomplissement du fait et la poursuite qui peut en résulter, la loi change l'ordre des juridictions. Faut-il saisir la juridiction qui était compétente d'après la loi en vigueur lors de l'accomplissement du fait, ou la juridiction qui est compétente d'après la loi en vigueur lors des poursuites ? Aucun texte formel ne résout la difficulté.

source BIU Cujas

Aussi les lois relatives à la détermination des compétences, pour parer à toute éventualité, contiennent souvent, sous le nom de dispositions transitoires, des prescriptions qui décident de l'application de la loi nouvelle aux faits antérieurs non encore jugés. Tel est le cas pour la loi de 1830 (art. 8). C'est, à supposer que les articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal soient applicables, une exception de fait.

Aucun doute n'est possible alors. Mais que décider quand la loi nouvelle n'a pas eu la précaution de résoudre la difficulté? Il en est ainsi pour les lois des 2-5 mai 1855, modifiant la compétence des juges de paix et du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes. D'un côté, il est certain que les justiciables peuvent avoir un intérêt appréciable à être jugés par telle juridiction plutôt que par telle autre. L'intérêt n'est pas grand quand il s'agit de matières civiles, car les préoccupations étrangères à la justice ne pénètrent guère dans l'enceinte des tribunaux civils ; mais l'intérêt n'est pas contestable quand il s'agit de matières pénales : il n'est pas indifférent d'être jugé par la cour d'assises ou par le conseil de guerre, par la cour d'assises ou par les tribunaux correctionnels. D'autre part, il faut observer que l'organisation des pouvoirs publics, des juridictions, est un mode d'exercice de la puissance publique, que nul n'a un droit acquis à ce que la puissance publique soit exercée d'une manière ou de l'autre.

De part et d'autre, les considérations ont leur valeur. Toutefois la jurisprudence est fixée sur ce point : les lois d'organisation et de compétence sont, dès qu'elles paraissent, applicables à tous les procès civils et criminels qui surgissent, fût-ce à l'occasion de faits remontant à une date antérieure à celle où la loi est devenue obligatoire. La raison est celle indiquée plus haut. L'organisation des pouvoirs publics reste constamment dans le domaine de la loi ; nul ne saurait exciper d'un droit acquis à ce que les pouvoirs publics soient constitués et organisés d'une manière ou d'une autre ; donc la loi qui survient saisit toutes les instances ultérieures, sans qu'il y ait à rechercher quand les faits se sont produits. Maints arrêts ont statué en ce sens [1]. Il y a d'ailleurs un cas où la solution s'impose comme forcée : c'est quand la loi nou-

1. Voy. Fuzier-Herman, *Code civil annoté*, art. 2, nos 33, 34 et 35. — Cpr. Cass., 18 février 1882, D. P. 1882. I. 135, Sir. 1882. I. 185.

source BIU Cujas

velle supprime une juridiction. Il est bien clair qu'elle disparaît absolument.

Un fait législatif qui remonte au milieu du siècle est venu confirmer la jurisprudence et l'a rendue inattaquable. La question a été législativement débattue et résolue, à propos d'un fait particulier il est vrai, au cours des travaux préparatoires de la loi du 22 janvier 1849 ; c'est un exemple d'interprétation incidente et indirecte venant fixer la jurisprudence. La Constitution du 4 novembre 1848 (art. 91) instituait une haute cour de justice pour juger les crimes commis contre la sûreté de l'Etat. Précédemment, compétence à cet égard appartenait aux cours d'assises. Or, six mois avant la mise en vigueur de la Constitution, un incident s'était produit, celui qu'on appelle l'attentat du 15 mai[1]. Les auteurs de l'attentat étaient sous les verrous mais n'étaient pas encore jugés au moment de la mise en vigueur de la Constitution de 1848. Devaient-ils être renvoyés devant les assises ou devant la Haute Cour ? C'était la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois d'organisation des pouvoirs publics, des lois de compétence. D'après l'article 91 de la Constitution, la Chambre elle-même prononçait la mise en accusation ; c'était donc à elle de résoudre la question. Elle fut discutée pendant deux séances, puis survint la loi du 22 janvier 1849, qui renvoyait les accusés devant la Haute Cour, approuvant ainsi la jurisprudence suivie par la Cour de cassation[2]. Cette loi n'a résolu la question qu'eu égard à un fait déterminé ; cependant, la jurisprudence étant déjà fixée, l'application législative qui en fut faite alors l'a rendue inébranlable.

141. 5e *Groupe.* — Il comprend les lois de procédure et d'exécution. Cette dernière exception est le corollaire de la précédente. S'il n'y a pas droit acquis à être jugé par telle juridiction plutôt que par telle autre, à plus forte raison n'y a-t-il pas droit acquis à être jugé dans telle forme plutôt que dans telle autre, à la suite d'une procédure dirigée d'une manière plutôt que d'une autre. De là deux conséquences.

a) Les lois qui règlent la procédure et l'instruction des affaires civiles et criminelles sont applicables, dès qu'elles

1. Voy. Daniel Stern, *Hist. de la Révolution de* 1848, III, p. 18 et s.

2. Voy. le discours de Ledru-Rollin, partiellement reproduit au D. P. 1849. IV. 40, en note de la loi du 22 janvier 1849.

source BIU Cujas

sont publiées, à toutes les instances qui s'ouvrent ou se poursuivent, fussent-elles relatives à des faits qui se sont produits avant la loi nouvelle. Aucun texte ne consacre cette règle d'une façon formelle, mais il existe des antécédents assez nombreux qui la confirment[1].

b) Il en est de même quant aux lois qui concernent l'exécution des actes et jugements. Les droits acquis sont indépendants des lois à venir; mais le mode d'exercice et d'exécution ne constitue pas un droit; il n'est que la garantie d'un droit et reste, par conséquent, dans le domaine de la loi.

Une application de cette règle est fournie, en matière civile, par la loi du 22 juillet 1867 qui abolit la contrainte par corps : « Les dispositions présentes, dit l'article 19, sont applicables « à tous jugements et cas de contrainte par corps antérieurs à « la loi. » La loi a fait ouvrir les portes des prisons à tous ceux qui s'y trouvaient contraints par corps.

En matière pénale, une application est fournie par la loi des 30 mai-1er juin 1854, sur l'exécution de la peine des travaux forcés. Cette loi, modifiant l'article 15 du Code pénal, supprime les bagnes et décide que la peine des travaux forcés sera subie désormais dans des établissements créés par décret sur le territoire d'une ou plusieurs possessions françaises autres que l'Algérie. « Les dispositions de la présente loi, dit « l'article 15,..... sont applicables aux condamnations anté- « rieurement prononcées et aux crimes antérieurement com- « mis. » A défaut de ce texte, l'interprétation y aurait suppléé.

Une autre application est fournie par la loi des 5-22 avril, 8-16 juin 1850, sur la déportation; elle organise le mode d'exécution de cette peine et l'article 8 est ainsi conçu : « La « présente loi n'est applicable qu'aux crimes commis postérieurement à sa promulgation. » Dictée par des motifs particuliers[2], cette règle avait besoin d'être énoncée formellement; les principes généraux auraient conduit les tribunaux à décider le contraire.

142. En résumé, il y a cinq groupes de lois auxquelles l'article 2 n'est pas applicable, ou n'est applicable que sous certaines restrictions. Hors de là, dans les cas douteux, c'est à

1. Loi du 29 nivôse an VI (17 janvier 1798), art. 22, — art. 1041 C. pr. civ. — Ces textes sont des applications d'un principe général sous-entendu.
2. Voy. D. P. 1850. IV. 133.

source BIU Cujas

la distinction des droits acquis et des simples expectatives que la solution doit être demandée.

Cependant il y a eu quelques tentatives, dans ces derniers temps, pour introduire une sixième exception à la règle de l'article 2, exception qui aurait été, ou du moins aurait pu devenir très large. Ces tentatives se sont produites à propos de deux lois récentes : celles du 28 mars 1885 et du 12 janvier 1886.

143. La loi du 12 janvier 1886 est relative au taux de l'intérêt de l'argent. Une loi du 3 septembre 1807 avait fixé le taux maximum de l'intérêt à 5 % en matière civile et à 6 % en matière commerciale. En cas de contravention constatée, l'emprunteur pouvait se refuser à payer l'intérêt abusif stipulé ; en cas de paiement déjà effectué, le prêteur devait restituer les intérêts perçus en trop : voilà pour la sanction civile. De plus, le prêteur était passible de poursuites s'il y avait habitude d'usure : voilà pour la sanction pénale. Vient la loi du 12 janvier 1886, qui porte dans son article unique : « Les lois « des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850 dans leurs dis- « positions relatives à l'intérêt conventionnel sont abrogées « en matière de commerce ; elles restent en vigueur en ma- « tière civile. » En matière civile, l'état de choses antérieur subsiste avec toutes ses conséquences ; le changement ne concerne que les matières commerciales. En ces matières, la loi nouvelle met-elle fin aux poursuites pénales pour faits antérieurs ? Oui, par application des idées énoncées ci-dessus ; l'article 2 ne s'applique que sous cette réserve. Enlève-t-elle rétroactivement à l'emprunteur le droit de se faire restituer les intérêts perçus au delà de 6 % ? On l'a soutenu en disant que la loi de 1886 est une loi d'ordre public et que les lois d'ordre public ont un effet rétroactif [1].

La réponse est facile : nulle part cela n'a jamais été dit ni consacré. Il y a des lois d'ordre public qui ont un effet rétroactif, parce qu'en général il n'y a pas de droit acquis en ces matières : les lois de compétence par exemple. Or ici il en est autrement. Il y avait pour l'emprunteur, en vertu de la loi sous laquelle le prêt avait été consenti, droit acquis à n'exécuter la convention que dans les limites légales ; la loi nouvelle ne peut rien contre ce droit acquis. Pour apprécier la

1. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, I, p. 95.

source BIU Cujas

validité ou les effets d'une convention, il faut appliquer la loi qui était en vigueur lorsque la convention a été conclue. Les droits des parties sont ceux qu'attachait à la convention la loi du temps ; or, par application de la loi de 1807, l'emprunteur pouvait se refuser à payer l'intérêt dépassant le taux légal et, en cas de paiement, se faire restituer. Il y a situation acquise. La jurisprudence s'est rangée à cet avis après quelques hésitations [1].

144. La même question s'est posée, à propos de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

Antérieurement à 1885, les opérations de bourse connues sous le nom de marchés à terme étaient traitées par le législateur avec une rigueur particulière. D'une part ces marchés n'étaient pas admis comme légalement valables lorsqu'il était établi en fait qu'ils n'étaient que des paris sur les cours de bourse, de telle sorte qu'ils dussent, dans la pensée des parties, non pas amener des livraisons effectives de titres ou d'argent, mais conduire au paiement d'une simple différence. L'article 1965 disait : « La loi n'accorde aucune action pour « une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. » En conséquence, les perdants poursuivis en paiement pouvaient opposer l'exception de jeu, à la condition d'établir que l'opération n'était qu'un jeu, et ils paralysaient par là l'action des créanciers. D'autre part, les articles 421 et 422 du Code pénal punissaient les marchés à terme quand ils cachaient des paris à la hausse ou à la baisse sur les fonds publics, les marchés étant alors considérés comme attentatoires au crédit de l'Etat.

En 1885, on a fini par comprendre que le meilleur moyen d'éviter les abus, de réfréner les jeux de bourse qui compromettent le crédit, c'est de contraindre les joueurs à s'exécuter, au lieu de leur laisser le moyen de se soustraire à l'exécution en invoquant l'exception de jeu. La loi du 28 mars déclare les marchés à terme valables et obligatoires : « Tous mar- « chés à terme sur effets publics et autres, dit l'article 1, tous « marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus « légaux. Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui « en résultent, se prévaloir de l'article 1965, C. civ., lors même « qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple diffé-

1. Cass., 20 juin 1888, D. P. 1889.I.25, Sir. 1889.I.9, — Orléans, 12 juin 1886, Sir. 1887.II.201 (note de M. Lyon-Caen).

source BIU Cujas

« rence. » L'article 2 complète la réforme en abrogeant les articles 421 et 422 du Code pénal.

Que la loi de 1885 soit applicable aux marchés passés depuis sa mise en vigueur, cela est évident ; mais quel en est l'effet sur les opérations antérieures ? Au point de vue pénal, en tant qu'elle abroge les articles 421 et 422 du Code pénal, la loi de 1885 a, sans aucun doute, effet rétroactif. C'est un principe, en effet, qu'une peine supprimée ne peut plus être appliquée, même aux auteurs de faits commis avant la suppression de la peine. Le doute commence quand on envisage la loi de 1885 au point de vue civil, en tant qu'elle a rendu les marchés à terme obligatoires et supprimé l'exception de jeu. La loi n'a-t-elle disposé de la sorte que pour l'avenir, ou bien doit-elle être appliquée même aux marchés passés avant sa mise en vigueur ? Ces marchés-là, d'après la loi qui existait quand ils ont été passés, ne liaient pas civilement les parties, qui pouvaient, en cas de poursuite, se prévaloir de l'article 1965. La loi nouvelle les a-t-elle rendus civilement obligatoires, de telle sorte que le débiteur ait perdu le bénéfice de l'exception de jeu que lui réservait l'article 1965 ? Cela revient à savoir si la loi de 1885 a ou non un effet rétroactif. La question est d'importance car si on admet la rétroactivité, tous les marchés passés depuis moins de trente ans et non exécutés antérieurement à 1885 se trouveraient transformés, par la loi nouvelle, en marchés donnant action aux créanciers.

La question ne tarda pas à être posée devant les tribunaux, qui rendirent des décisions dans les deux sens. La Cour de Paris (3e chambre) jugea d'abord, le 25 avril 1885[1], que la loi n'a pas d'effet rétroactif et, en conséquence, que l'exception de jeu continue, malgré la loi nouvelle, de pouvoir être opposée à toute demande concernant des marchés conclus avant 1885. La solution paraît absolument juridique, car, d'après l'article 2, la loi n'a pas d'effet rétroactif. C'est d'ailleurs conforme aux exigences de la stricte équité. Les joueurs qui, en cas de perte, se garaient derrière l'article 1965, ne sont assurément pas intéressants, mais leur appliquer rétroactivement la loi, ce serait user de guet-apens, ce qu'il ne faut pas faire même à l'égard de joueurs peu scrupuleux.

1. D. P. 1885.II.124.

source BIU Cujas

Si décisif que l'argument paraisse, la même Cour de Paris (5e chambre) n'en a pas moins jugé le contraire deux mois plus tard, le 6 juin 1885 ; elle décida que la loi nouvelle avait effet rétroactif et par suite dénia l'exception de jeu. Il est aisé de deviner quelle émotion fut produite par cette décision dans les milieux où l'on s'occupe d'opérations de bourse. Pendant deux ans, la question a défrayé journellement la chronique judiciaire. Une vingtaine d'arrêts sont intervenus en sens divers [1], et les hésitations de la jurisprudence s'expliquent en fait par la médiocre sympathie que méritaient ceux qui luttaient contre l'application rétroactive de la loi nouvelle, spéculateurs véreux qui prétendaient avoir un droit acquis à ne pas exécuter leurs conventions. Finalement, la Cour de cassation décida, le 18 avril 1887 [2], que l'article 2 est ici pleinement applicable ; la loi de 1885 ne peut porter atteinte au droit acquis d'invoquer l'article 1965 relativement aux opérations accomplies avant la loi nouvelle [3].

Le raisonnement est si simple qu'on se demande sur quelles considérations juridiques ont pu être fondés les arrêts de cours d'appel qui ont jugé le contraire et comment la question a pu seulement être posée. Le grand argument de ceux qui luttaient pour l'application rétroactive de la loi est le

1. Dans le sens de la rétroactivité, voy. le journal *La Loi* du 8 août 1885 et deux arrêts de la Cour de Paris des 6 et 19 juin 1885, D. P. 1885.II.125, Sir. 1886.II.1. En sens contraire : Bordeaux 23 décembre 1885 (*La Loi*, 16 mai 1886), — Montpellier 7 mai 1885, Lyon 4 juin 1885, Toulouse 2 juillet 1885, Sir. 1886.II.1, — Nancy 25 juillet 1885, Sir. 1886.II.1, — Pau 17 juin 1885, D. P. 1886.II.253, — Paris 18 décembre 1885 (*Gaz. des trib.*, 7 mars 1886), — Douai 11 janvier 1886 (*Gaz. du Palais*, 1886, 1er semestre, p. 298), — Dijon 1er février 1886 (*La Loi*, 3 mars 1886), — Paris 27 novembre 1885 (*La Loi*, 25 décembre 1885).

2. D.P.1887.I.153, Sir.1887.I.157 ; Cass. 12 juillet 1888, D. P. 1889.I.10. Cpr. *suprà*, p. 136.

3. Les termes de l'arrêt méritent qu'on les rapporte. « Attendu qu'aux « termes de l'article 2 du Code civil la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a « point d'effet rétroactif ; que par cette disposition, le législateur a voulu qu'il « ne pût être porté atteinte par une loi nouvelle aux droits acquis sous l'empire « et en vertu d'une loi antérieure ; — Attendu que l'article 1965 du Code civil « donnait au débiteur le droit d'opposer l'exception de jeu à l'action en paiement « de dettes résultant d'opérations ayant le caractère de jeux de bourse ; que cette « exception..... prenait naissance avec la dette elle-même et que dès le moment où « celle-ci résultait de l'opération le droit d'invoquer l'exception était acquis au « débiteur ; — Attendu que la loi du 28 mars 1885 n'a..... pu porter atteinte au « droit acquis avant sa promulgation d'invoquer les dispositions de la loi an- « cienne, pour régler les conséquences des opérations auxquelles s'appliquait « l'article 1965 et qui s'étaient accomplies pendant qu'il était encore en vi- « gueur. »

source BIU Cujas

même qu'on a vu proposé par ceux qui soutiennent que la loi du 12 janvier 1886, relative au taux de l'intérêt de l'argent, doit être appliquée rétroactivement. La loi de 1885, a-t-il été dit, est une loi d'intérêt général et d'ordre public, car elle a pour but d'affermir le crédit ; or une loi qui a ce caractère doit saisir tous les faits non encore jugés, sans qu'il y ait à considérer s'ils sont antérieurs ou postérieurs à la loi. Ce n'est là qu'une pétition de principes, car où donc est-il dit que l'article 2 est inapplicable aux lois d'ordre public? Sans doute il y a des lois d'ordre public qui sont soustraites à l'application de l'article 2, comme les lois qui concernent l'organisation des pouvoirs publics et la compétence ; mais où n'irait-on pas en soustrayant à l'application de l'article 2 toutes les lois d'intérêt général ?

A côté de cet argument, on en rencontre d'autres dans les arrêts rendus ou chez les auteurs qui les ont approuvés.

D'après les uns, la loi de 1885 serait une loi interprétative de l'article 1965, et aurait, comme telle, effet rétroactif. L'argument est étrange. En effet, l'article 1965 refuse toute action pour le paiement des dettes de jeu ; la loi de 1885 accorde action quand la dette se présente sous la forme d'un marché à terme ; il y a si peu interprétation qu'il y a décision absolument contraire.

Allant plus au fond des choses, d'autres ont nié qu'il pût y avoir droit acquis en l'espèce : on ne peut pas, a-t-il été dit, avoir droit acquis à ne pas exécuter les engagements qu'on a pris. Là n'est pas la question, qu'il faut poser ainsi : l'article 1965 refusant toute action pour le paiement des dettes de jeu, la loi de 1885 peut-elle rétroactivement donner à une opération un caractère et des effets qu'elle ne comportait pas d'après la loi sous l'empire de laquelle elle a été conclue ?

D'autres enfin ont soutenu que l'article 1 alinéa 2 de la loi de 1885 attache expressément effet rétroactif à la loi : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en ré-« sultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil lors « même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple « différence. » N'est-ce pas faire entendre, a-t-on dit, que, depuis la loi nouvelle, il ne peut plus être question de l'exception de jeu, sans qu'il faille s'inquiéter de savoir si les marchés ont été conclus avant ou depuis la loi de 1885 ? Ce

source BIU Cujas

n'est là qu'une argutie. Sans doute, puisque l'article 2 n'est pas un texte constitutionnel, le législateur peut attribuer effet rétroactif à une loi ; encore faut-il que le législateur le dise, et c'est ce qu'il n'a pas fait en 1885 ; la loi nouvelle abolit l'usage de l'exception de jeu dans les opérations de bourse sans spécifier que l'abolition concerne les opérations du passé comme celles de l'avenir. La loi ne contient aucune clause qui lui confère effet rétroactif.

En résumé, la loi de 1885, en tant qu'elle supprime l'exception de jeu, n'a pas d'effet rétroactif. Pour apprécier la validité ou les effets des contrats, il faut considérer la loi en vigueur au moment où ils sont passés ; or la loi en vigueur avant 1885 considérait les opérations à terme comme illicites et refusait action ; ceux qui avaient conclu des opérations de ce genre n'avaient pas d'action, et n'en ont pas davantage depuis la loi nouvelle [1].

§ 3. — De l'autorité des lois quant aux personnes et quant aux choses auxquelles elles s'appliquent.

145. C'est le dernier aspect sous lequel doit être envisagée l'étendue d'autorité des lois. L'article 3 est le siège de la matière. Il n'a trait qu'à l'autorité des lois françaises ; les règles relatives à l'autorité des lois étrangères en France seront étudiées à propos de la condition des étrangers en France.

De même que l'article 2, l'article 3 est un texte fondamental, contenant en germe la solution d'un nombre indéfini de questions particulières. Comme nous l'avons fait pour l'article 2, nous nous contenterons quant à présent des notions générales ; pour en suivre l'application détaillée, il faudrait faire des incursions dans les diverses théories du droit, c'est-à-dire anticiper sur l'avenir [2].

146. S'il n'y avait en France, sur le sol français, que des français, et si tous les français y étaient, l'étendue d'application de la loi française ne présenterait pas de diffi-

1. Dans le sens de la non-rétroactivité, voy. Lacoste, *Explication de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme* (*Revue critique*, 1889, p. 355 et s.). En sens contraire, voy. un article dans le journal *La Loi* du 8 août 1885.

2. Au surplus, l'étude approfondie de l'article 3 n'a pas sa place dans un cours de droit civil français ; c'est au droit international privé qu'appartient cette étude et les idées essentielles seules doivent être retenues ici.

source BIU Cujas

culté ; la loi française régirait indistinctement tous ceux qui habitent le territoire et elle ne régirait que ceux-là. Mais cet isolement n'est qu'une hypothèse. Les communications de pays à pays mettent aujourd'hui en relations journalières les habitants des cinq parties du monde. Comment régler les rapports de chacun, d'une part avec les lois du pays dont il est originaire, d'autre part avec celles du pays où il se trouve ? Pour la loi française spécialement, deux questions se posent.

a) Il y a des français qui sont à l'étranger. Y restent-ils, vu leur nationalité, soumis à la loi française, ou bien, vu leur résidence actuelle, y échappent-ils pour devenir justiciables de la loi étrangère ?

b) Réciproquement, il y a des étrangers en France. Y sont-ils, par cela seul, justiciables de la loi française, vu leur résidence actuelle, ou bien y échappent-ils, vu leur nationalité, pour rester soumis à la loi de leur pays ?

Les deux questions sont connexes. Elles sont manifestement la réciproque l'une de l'autre. L'article 3 les résout. Il a pour objet de régler d'une part dans quelle mesure les français qui sont à l'étranger restent soumis à la loi française, d'autre part dans quelle mesure les étrangers qui sont en France deviennent justiciables de la loi française. Les règles que contient à cet égard l'article 3 ne sont que celles de la loi française réglant la pratique française. Or l'indépendance des nations les unes par rapport aux autres fait que la loi française ne peut rien imposer à l'étranger, de même que la loi étrangère ne peut rien imposer en France. Donc, en droit, les dispositions de l'article 3 ne règlent que la pratique française. Il se pourrait que le point de vue des législations étrangères fût autre, car chacune, vu leur égale indépendance, est maîtresse d'accepter et d'imposer chez elle telle règle qui lui paraît plus convenable. En fait, toutefois, l'article 3 ne fait qu'appliquer pour la France des maximes qui forment aujourd'hui le droit commun du monde civilisé. Dès que les communications se sont établies d'une façon régulière et continue, il a fallu qu'on s'entendît sur la manière de se traiter réciproquement. Des raisons de convenance et d'intérêt ont conduit les peuples à tolérer de la part des autres ce qu'ils voulaient obtenir chez eux, et la réciprocité est devenue la base des rapports internationaux. Il est reconnu que les na-

source BIU Cujas

tions sont indépendantes, et qu'aucune ne peut prétendre imposer sa législation aux autres : ce serait une atteinte à la souveraineté ; il est reconnu en outre que chaque nation est maîtresse d'adopter telle législation qu'il lui plaît et d'en imposer l'observation sur son territoire. Mais il est avéré d'autre part qu'il est d'intérêt commun de combiner les souverainetés et d'arriver à un accord en concédant chez soi aux nations étrangères ce qu'on désire obtenir d'elles chez elles. Ainsi se sont formés des usages qui se sont peu à peu transformés en préceptes positifs. Si l'article 3 indique quelles sont à cet égard les règles du droit français, elles ne sont pas autres, sauf des particularités, que celles qui sont admises ailleurs ; elles forment, à vrai dire, le droit universel.

147. En fait, à l'heure actuelle, le droit français divise les lois, au point de vue de leur étendue d'application quant aux personnes, en deux classes : les unes sont d'application territoriale, les autres d'application personnelle.

a) *Lois territoriales.* — Leur attribut caractéristique est celui-ci : elles sont applicables à tous ceux qui sont sur le sol français, sans qu'il faille s'occuper de leur nationalité. Exclusivement souveraines dans l'étendue du territoire, elles régissent le sol français et indirectement tous ceux qui s'y trouvent, français ou étrangers ; c'est affaire de souveraineté territoriale. Pour les lois de cette sorte, la France entend garder sa souveraineté exclusive et complète ; reconnaissant aux autres nations ce qu'elle réclame pour elle-même, elle admet qu'à l'étranger les lois étrangères de même nature gardent aussi souveraineté exclusive et complète. Les lois françaises qui ont le caractère territorial sont applicables en France non seulement aux français, mais aussi aux étrangers qui sont sur le sol français, quelle que soit la longueur ou la brièveté de leur séjour, qu'ils résident en France d'une façon permanente ou qu'ils ne fassent qu'y passer ; l'autorité de ces lois est donc souveraine en France, mais elle expire à la frontière. Réciproquement, les lois étrangères qui ont ce caractère sont applicables en pays étranger non seulement aux nationaux du pays, mais aux français qui s'y trouvent ; c'est la conséquence du principe de réciprocité.

b) *Lois personnelles,* — Elles ne sont obligatoires que pour les nationaux et par suite de leur origine. Elles s'attachent aux personnes, les suivent partout où elles vont et continuent par-

source BIU Cujas

tout de les régir. Leur application n'est plus affaire de souveraineté territoriale, mais d'autorité sur les personnes. C'est le point de vue de la loi française, consigné dans l'article 3. La loi française entend, pour celles de ses dispositions qui ont un caractère personnel, régir les français même à l'étranger ; reconnaissant aux autres nations ce qu'elle réclame pour elle-même, elle admet que certaines lois étrangères continuent de régir les étrangers sur le sol français.

De la sorte, pour les lois personnelles, chaque nation abdique une partie de sa souveraineté, en ce sens qu'elle tolère chez elle l'application des lois étrangères. Toutes y sont intéressées, car, pour conserver autorité sur leurs nationaux qui sont à l'étranger, il faut bien qu'elles concèdent aux autres les mêmes droits. Ce que chacune perd en tolérant chez soi l'application de certaines lois étrangères aux étrangers, chacune le retrouve en obtenant à l'étranger l'application de sa propre loi à ceux de ses nationaux qui s'y trouvent. Or cela est très important, car, si les lois n'étaient jamais que locales, territoriales, il suffirait, pour s'y soustraire, de passer la frontière. Cet accord, par lequel les nations se garantissent sur leurs territoires respectifs l'application de celles de leurs lois qui ont le caractère personnel, assure ainsi l'autorité des lois de chaque pays.

Les lois françaises qui ont ce caractère sont applicables aux français seuls ; elles leur sont applicables où qu'ils soient, en France ou à l'étranger. Par application du principe de réciprocité, les lois étrangères qui ont ce caractère sont applicables en France aux étrangers qui s'y trouvent. On peut dire de ces lois que *personæ inhærent*.

148. Ainsi, il y a deux classes de lois : les unes territoriales, exclusivement souveraines dans toute l'étendue du territoire, applicables à toutes les personnes qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité, les autres personnelles, n'obligeant que les nationaux, mais souveraines quant à eux et les obligeant même à l'étranger.

Le principe de cette classification est fort simple. Ce qui l'est moins, c'est le caractère distinctif des lois territoriales et personnelles, le signe où se reconnaissent celles qui ont l'un ou l'autre des deux caractères. La doctrine s'est lentement formée sur ce point. Aujourd'hui, les principes sont hors de doute, sinon les applications.

source BIU Cujas

149. C'est à l'époque des coutumes, dans l'ancienne France, que les principes ont été posés. Le conflit, possible de nos jours entre les lois de différentes nations, s'élevait alors entre les diverses coutumes et il était d'une fréquence non moins grande qu'aujourd'hui.

Primitivement, la question ne pouvait même pas se poser. Pendant la période féodale, qui est celle des coutumes proprement dites, la coutume ou statut local fut complètement souveraine dans son enclave et sans force au dehors. L'isolement féodal était tel que l'homme qui s'éloignait du pays où l'avait placé sa naissance était considéré comme un déserteur, une épave ; on le faisait serf. Là est l'origine de toutes les mesures vexatoires et rigoureuses qui ont atteint pendant si longtemps les étrangers et qui les menacent encore aujourd'hui de la part des esprits irréfléchis.

Mais cet état d'isolement absolu et rigoureux disparut graduellement à partir du XIIe siècle ; alors se posa la question de savoir jusqu'à quel point chaque coutume était maîtresse en son enclave et n'avait autorité qu'en son enclave. On commença par agir sous la pression de la nécessité ; à la longue, des distinctions doctrinales furent proposées ; on distingua les dispositions de la coutume ou statut local en deux catégories, et, comme coutume et statut étaient synonymes, alors passa dans l'usage la distinction du statut réel et du statut personnel. Sont de statut réel les dispositions dont l'application est territoriale ; pour elles, on maintient que la coutume est souveraine en son enclave et sans force au dehors. Sont de statut personnel les dispositions dont l'application est personnelle, c'est-à-dire tient à l'origine des justiciables ; pour elles on abandonne l'ancienne idée de souveraineté locale de la coutume et les règles du statut personnel suivent l'habitant de la circonscription coutumière partout où il va. Mais, de même qu'aujourd'hui à propos des lois des différents pays, on se demandait à propos des diverses coutumes, quel signe permet de reconnaître ce qui est de statut réel et de statut personnel. La question donna lieu à d'interminables et célèbres débats. Quand il y avait en France trois cents législations se côtoyant, ces questions de conflits surgissaient chaque jour ; on les appelait les grandes questions du Palais. Elles furent agitées surtout par Dumou-

source BIU Cujas

lin et d'Argentré au XVIe siècle, puis, au XVIIIe, par d'Aguesseau, qui acheva de les élucider.

C'est à propos des statuts mixtes que les jurisconsultes se livrèrent les plus rudes batailles. « *Statutum*, disait-on, « *disponit de rebus, de personis, aut conjunctim de utribusque.* » On tomba promptement d'accord sur les dispositions qui s'occupent *de rebus* ou *de personis* ; on admit que les premières sont territoriales, les secondes extra-territoriales et l'expression de statut réel est devenue synonyme de statut territorial comme l'expression de statut personnel est devenue synonyme de statut extra-territorial. Mais il restait les statuts *quæ disponunt conjunctim de rebus et de personis*, ceux qu'on appelait statuts mixtes. Longtemps fut agitée la question de savoir si ces statuts étaient territoriaux ou extra-territoriaux; d'Aguesseau trancha le débat en montrant qu'il n'y a pas de statuts mixtes et que l'on nomme ainsi ceux dont le caractère de personnalité ou de réalité se distingue moins aisément. Les statuts mixtes écartés, on conserve seulement la distinction déjà signalée des lois territoriales ou de statut réel et extra-territoriales ou de statut personnel.

150. Les rédacteurs du Code civil n'ont guère fait que résumer dans l'article 3 les résultats acquis ; ils ont appliqué aux conflits entre la loi française et les lois étrangères les règles appliquées jadis aux conflits entre les coutumes, c'est-à-dire qu'ils ont distingué les lois en lois d'application territoriale et d'application personnelle, autrement dit en lois de statut réel et de statut personnel. La distinction n'est, en la forme, relative qu'à l'autorité des lois françaises ; mais, vu la réciprocité, elle est également relative à l'autorité des lois étrangères. Voici l'idée générale sur laquelle repose cette distinction.

Il y a des lois qui sont constitutives de l'état social du pays, qui lui donnent sa physionomie propre et son caractère, qui sont essentielles à son existence, telle que la lui font ses traditions et telle qu'il entend la garder. Il est légitime, sur les points que ces lois règlent, que chaque pays récuse l'ingérence étrangère, reste exclusivement maître chez lui. Dès lors, ces lois sont territoriales, exclusivement souveraines sur le territoire ; c'est affaire de souveraineté. Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire, français et étrangers. L'intérêt national y est engagé. Sous ce rapport, on peut dire aux étran-

source BIU Cujas

gers en France comme on peut dire aux français à l'étranger : « *Intrasti urbem, ambula juxta ritum ejus.* »

Il est d'autres lois qui sont le reflet des influences de race, de climat, qui tiennent au caractère particulier des habitants, à leurs mœurs, parfois à leur tempérament. Sur les points que ces lois règlent, les hommes ne peuvent être raisonnablement régis, où qu'ils soient, que par la loi d'origine, par la loi nationale. La loi nationale réclame pleine autorité. De ces lois-là, l'application est personnelle ; la loi française suit le français en pays étranger, la loi étrangère suit en France les sujets du pays qu'elle régit. C'est affaire de nationalité.

151. Appliquant cette distinction, énumérons les lois [1] qui rentrent dans les deux catégories.

Dans la classe des lois territoriales il faut faire rentrer : 1° les lois de police et de sûreté (art. 3 n° 1), — 2° les lois relatives aux immeubles (art. 3 n° 2), — 3° les lois concernant la forme extérieure des actes (l'article 3 ne le dit pas, mais d'autres articles impliquent la règle par les applications qu'ils en font).

Il faut ranger dans la classe des lois personnelles : 1° les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes (art. 3 n° 3), — 2° les lois qui règlent l'effet des conventions (l'article 3 ne le dit pas, mais on y arrive par induction).

Caractérisons ces diverses catégories de lois ; nous aurons ainsi exposé la doctrine que consacre l'article 3.

I. — Lois territoriales.

152. Rentrent dans cette catégorie : les lois de police et de sûreté, les lois relatives au régime de la propriété foncière et à la forme des actes. La loi applicable en ces diverses matières, c'est la *lex loci*. Pour les lois de police, c'est la loi locale; pour les lois relatives à la propriété foncière, c'est la loi de la situation de l'immeuble ; pour les lois relatives à la forme des actes, c'est la loi du lieu où l'acte est passé. La règle est la même quelle que soit la nationalité des personnes : les lois de cette sorte sont d'application territoriale.

1. Il est à peine besoin de faire remarquer que le mot *loi* est pris ici dans son sens général ; il désigne non seulement les lois proprement dites, mais les ordonnances, décrets, règlements, etc., en un mot tous les actes du droit positif.

source BIU Cujas

A. — Lois de police et de sûreté.

153. Ce sont les termes dont se sert l'article 3, n° 1. « Les « lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent « le territoire. » Par lois de police et de sûreté il faut entendre toutes les lois qui ont pour but le bon ordre, la salubrité publique, la sécurité des personnes, la sûreté des propriétés. Elles sont territoriales parce que le but qu'elles visent est indépendant de toute considération de personnes et ne peut être atteint que si elles sont obéies de tous. L'ordre est affaire locale, affaire de souveraineté ; par conséquent la loi française, à cet égard, dénie toute ingérence aux lois étrangères et s'applique aux étrangers ; les législations étrangères ont un droit égal, vu le principe de réciprocité.

Rentrent sans conteste dans cette catégorie :

a) Le droit pénal tout entier, c'est-à-dire les dispositions qui prononcent des peines contre les crimes, délits et contraventions, les lois qui décident *quid liceat, quid non*, en d'autres termes les lois de police répressive. Elles sont nécessaires à l'ordre, donc territoriales.

b) Les lois, décrets ou ordonnances relatifs à la police proprement dite, à la police préventive : police générale de l'Etat, police municipale, police des marchés ; il faut y joindre les lois nombreuses qui règlent les conditions d'exercice des professions au point de vue des garanties exigées des médecins, pharmaciens, etc. Les lois de police ne sont pas seulement celles qui sont sanctionnées par voie de répression pénale [1].

c) Les lois relatives à l'exécution forcée des actes et jugements. Il est utile à l'ordre qu'on ne se fasse pas justice à soi-même ; donc les lois d'exécution sont nécessaires à l'ordre, et tous doivent les suivre : lois de procédure, lois sur les saisies, etc.

d) Même dans le droit privé, les dispositions constitutives de l'ordre social ou économique tel que chaque pays l'entend, tel notamment que nous l'entendons en France. Il en est ainsi pour les lois prohibitives de l'esclavage. C'est une règle admise que tous les esclaves qui touchent la terre française sont libres ; la règle est applicable aux étrangers comme aux

1. Aubry et Rau, I, p. 81, note 5.

source BIU Cujas

français. Il en est de même pour les lois qui imposent à certaines personnes de donner des aliments à d'autres, pour les lois sur le travail des enfants dans les manufactures, sur la protection des nourrissons, sur le taux de l'intérêt de l'argent, sur la liberté du travail ; de même encore pour les lois qui concernent les actes de l'état civil, règlent les pouvoirs du mari, concernent le régime des aliénés, prohibent certains modes de disposition (substitutions, etc.), pour celles qui protègent des droits dont l'oubli porterait atteinte au bon ordre tel que chacun entend qu'il règne chez lui [1].

Toutes ces lois, au point de vue de l'application de l'article 3, sont comprises sous la dénomination générique de *lois de police et de sûreté*. Quant à elles, aucune différence entre les français et les étrangers ; elles sont obligatoires pour tous, au nom du bon ordre et de la souveraineté nationale ; elles sont territoriales.

154. Deux observations complémentaires pour en finir avec elles :

a) Il existe une exception notable au profit de certaines personnes qui jouissent de ce qu'on appelle le bénéfice d'exterritorialité. Ce bénéfice soustrait ceux qui le possèdent à l'application des lois françaises de police et de sûreté, leur conférant ainsi l'inviolabilité. Le bénéfice appartient d'abord aux souverains étrangers, ensuite aux ambassadeurs et à leur suite. Il constitue un hommage à l'indépendance des nations en la personne de leurs représentants et soulève maintes questions délicates, qui se rattachent à l'étude du droit pénal international. Une indication générale est ici suffisante [2].

b) Il existe une particularité quant aux lois pénales. Elles sont bien territoriales en ce sens qu'elles obligent les étrangers résidant en France, mais il y a longtemps qu'on agite la question de savoir si elles ne sont pas en même temps personnelles en ce sens qu'elles seraient applicables aux français même pour les faits commis par eux à l'étranger. C'est ce qui a fini par être admis, au moins en général, de

1. Aix 7 février 1884, D. P.1885.II.212, Sir. 1884.II.57, — Cass. 13 avril 1885, D.P. 1885.I.443, — Trib. de la Seine 14 novembre 1889 (journal *Le Droit* du 22 nov.).

2. Trib. de la Seine 8 mars 1886 (*Le Droit*, 11 mars 1886), — Paris 8 janvier 1886, D. P.1886.II.216, — Cass. 19 janvier 1891, D. P.1891.I.9. — Voy. Garraud, *Précis de droit criminel*, 4e édition, p. 104 et suiv., — Bonfils, *Manuel de droit international public*, p. 383 à 398.

source BIU Cujas

sorte que les lois pénales ont un double caractère. Ce sont des lois de police, qui, comme telles, sont applicables en France aux étrangers comme aux français ; d'autre part elles limitent les droits et tracent des devoirs : donc elles ont trait à la personne et la suivent, de sorte que les français peuvent être poursuivis et punis en France pour des infractions commises à l'étranger. Telle est la solution que consacre la loi française sous certaines distinctions[1]. Ce n'est point ici le lieu d'indiquer quelles sont les causes qui ont fait admettre cette idée ; il suffit d'avoir constaté que les lois pénales se trouvent, de la sorte, être à la fois territoriales pour les étrangers et personnelles pour les français.

B. — Lois relatives au régime de la propriété foncière.

155. L'article 3 n° 2 s'exprime ainsi : « Les immeubles, « même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi « française. » Le sol forme, en quelque sorte, la base matérielle de l'Etat ; l'organisation de la propriété quant aux immeubles influe profondément sur l'état social et politique d'un peuple ; elle est dès lors affaire de souveraineté : par suite, les lois qui y sont relatives sont exclusivement souveraines en France. Par voie de conséquence, vu le principe de réciprocité, les lois françaises ne s'appliquent qu'aux immeubles situés en France, et non aux immeubles situés à l'étranger.

Les lois relatives au régime de la propriété foncière sont les lois de statut réel par excellence ; ce sont, par excellence, celles dont on peut dire que *disponunt de rebus*, car les immeubles sont les *res* par excellence. Voici quelles sont ces lois.

a) Les lois qui établissent la distinction des biens en meubles et immeubles (art. 517).

b) Les lois qui énoncent et règlent les différents droits dont les biens immobiliers peuvent être l'objet (art. 543).

c) Les lois qui organisent les modes d'acquisition et de transmission des droits réels immobiliers : successions, testaments, prescription, etc. Il est manifeste que la façon dont sont réglées les successions immobilières forme un élément de l'état social du pays ; donc, pour tous les immeubles si-

1. Code d'Inst. crim., art. 5, 6, 7. Loi du 27 juin 1866.

source BIU Cujas

tués en France, qu'ils appartiennent à des étrangers ou à des français, la dévolution se fait conformément aux lois françaises (art. 745, 896)[1].

d) Les lois qui concernent les voies d'exécution sur les biens immobiliers, la saisie immobilière. Ce sont déjà des lois territoriales comme étant des lois de sûreté ; elles le sont en outre comme étant relatives au régime de la propriété foncière.

Telles sont les lois diverses dont l'ensemble forme le régime de la propriété foncière. En telle matière, chaque pays entend être maître chez soi. Il y a encore des pays qui excluent les étrangers de la propriété foncière. La loi française les y admet, mais elle entend régir seule la condition des immeubles possédés par eux.

Quant aux meubles, l'article 3 n'en dit rien. Nous ne parlons pour le moment que de ce qui est certain dans cette classification des lois territoriales et personnelles ; nous verrons plus loin si les lois qui règlent le régime des meubles sont territoriales ou doivent être classées parmi les lois personnelles[2].

C. — Lois relatives à la forme des actes.

156. L'article 3, qui est formel quant à l'autorité des deux catégories précédentes de lois, ne mentionne pas celles-ci. Le projet primitif contenait une disposition explicite ainsi conçue : « La forme des actes est réglée par la loi du pays « dans lequel ils sont faits ou passés. » Cette disposition a été retranchée comme prêtant à l'équivoque. En effet, sous cette forme d'axiome, le texte semblait prétendre à une portée dépassant le domaine de la loi française ; il n'appartient pas au législateur français d'affirmer ainsi une proposition générale s'imposant partout, mais seulement de régler, quant à la pratique française, le sort des actes faits par les français en pays étranger dans la forme de ce pays. Mal énoncée, trop générale, la disposition fut écartée. On ne contesta pas cependant que l'idée qu'elle exprimait ne dût être conservée. Cette idée était dès longtemps consacrée par l'adage *locus regit*

1. Cass. 2 avril 1884, D. P. 1884.I.277, Sir. 1886.I.121, — Cass. 20 juin 1887, D. P. 1888.I.293, Sir. 1887.I.408.
2. *Infrà*, p. 173 et suiv.

source BIU Cujas

actum, lequel veut dire ceci : un acte fait suivant les formes usitées dans le pays où il est passé, conformément à la *lex loci*, doit être regardé comme valable en tout autre pays. Il le faut bien, car, sans cela, il serait impossible aux hommes d'accomplir les actes de la vie civile quand ils sont en dehors de leur patrie. Comment exiger d'eux qu'ils remplissent des formes autres que celles usitées là où ils sont et auxquelles seules ils peuvent recourir ?

Aussi la règle *locus regit actum* est-elle admise sans conteste. D'où la conséquence que les lois relatives à la forme des actes sont territoriales, ce qui, pour la pratique française, revient à ceci : les actes faits par des français à l'étranger, dans les formes du pays, sont reconnus en France comme valables, même si la loi française les soumet à des formes différentes. C'est aux lois étrangères de régler si elles traitent de même les actes faits en France par leurs nationaux dans la forme française. Toutefois, le principe de réciprocité intervenant ici comme toujours, l'idée est devenue une règle du droit international.

157. Le mot *acte*, dans la règle posée, signifie deux choses très différentes. La règle *locus regit actum* s'applique d'abord aux actes ou faits juridiques. Un acte, en ce sens c'est *id quod actum est*, c'est-à-dire toute opération juridique, tout acte de la vie civile : convention, négociation, disposition, déclaration, etc. Les actes de la vie civile, quelle que puisse être la forme à laquelle les assujettit la loi du pays auquel leur auteur appartient, peuvent être accomplis dans la forme usitée dans le pays où cet auteur se trouve.

Ainsi le mariage est un acte de la vie civile, un acte juridique, et la loi française prescrit certaines règles quant à la façon de le contracter. Un français qui est à l'étranger se marie valablement, aux yeux de la loi française, dans la forme usitée là où il est, sans aucune forme même et par le seul consentement des deux époux, si c'est la loi du pays où il se trouve. C'est la conséquence de la règle *locus regit actum*, qui est confirmée dans cette application par l'article 170. Ainsi encore, d'après la loi française, la donation, le contrat de mariage doivent être passés devant notaires (art. 931 et 1394) ; mais ils peuvent l'être à l'étranger par acte sous seing privé si c'est la loi du pays. La loi française est formelle pour le testament

source BIU Cujas

(art. 999). Il en est de même pour tous les autres actes ou faits juridiques[1].

158. La règle s'applique en outre, c'est le second sens du mot *acte*, aux actes instrumentaires. Un acte, dans ce second sens, est l'écrit dressé pour constater un fait juridique et lui servir de preuve ; ce n'est plus *id quod actum est*, c'est l'*instrumentum*. Le simple bon sens veut qu'un écrit soit tenu pour valable quand il a été rédigé comme il peut l'être là où il est passé. De cette règle la loi française relève plusieurs applications qui la consacrent.

Elle s'applique évidemment aux actes pour lesquels on doit, en France, recourir à des officiers publics, par exemple aux actes de l'état civil. L'article 47 le dit formellement en ce qui concerne les actes de l'état civil et il faut appliquer par analogie la même règle dans tous les autres cas semblables : actes de reconnaissance d'enfant naturel, de donation entre vifs, contrat de mariage (art. 334, 931, 1394). Si le Code civil n'a pas énoncé la règle même, il l'a consacrée par l'application qu'il en fait dans l'article 47, ce qui commande d'en étendre l'application à tous les cas semblables.

La règle s'applique en outre aux actes sous seing privé, c'est-à-dire qui valent sans l'intervention d'un officier public, par la seule signature des parties. La loi française les soumet à quelques formalités (art. 1322 et suiv.), au moins dans certains cas, mais ces formalités ne sont pas exigées quand l'acte est fait à l'étranger. Cependant il n'y a plus ici accord unanime. Tout le monde admet l'application de la règle aux actes qui supposent l'intervention d'un officier public ; on ne peut s'adresser aux officiers publics français que si on est en France. Pour les actes sous seing privé, c'est-à-dire qu'on rédige soi-même, plusieurs soutiennent que rien ne s'oppose à ce que le français résidant en pays étranger se soumette aux règles françaises[2]. Cette interprétation est très contestable et n'a pas prévalu. La règle *locus regit actum* est générale. Sans doute le français à l'étranger pourrait, à la rigueur, remplir les formalités exigées par la loi française ; encore faut-il qu'il les connaisse. En

1. Certains auteurs repoussent la règle en ce qui concerne les actes solennels, notamment Laurent, *Principes*, I, p. 154. C'est une distinction dont le motif échappe. Voy. Aubry et Rau, I, p. 109, note 70.
2. Aubry et Rau, I, p. 111.

source BIU Cujas

France, il peut se renseigner ; à l'étranger, il ne le peut pas, au moins le plus souvent. Comment exiger de lui plus que la situation ne comporte ?

La règle est donc générale. Elle s'applique aux actes juridiques, et en outre aux actes instrumentaires. Si elle n'est énoncée nulle part en termes explicites, elle est consacrée d'une part par la tradition, d'autre part par les nombreuses applications qu'on fait de la loi française.

II. — Lois personnelles.

159. A l'inverse des précédentes, qui sont affaire de souveraineté sur le territoire national et s'appliquent dès lors à tous ceux qui habitent le territoire, les lois personnelles sont affaire d'autorité sur les personnes et ne s'appliquent dès lors qu'aux nationaux, mais elles les suivent partout où ils vont : elles régissent les français, pour la pratique française, même quand ils sont à l'étranger. La réciprocité intervient ; les étrangers en France, quant aux règles de cette sorte, continuent d'être régis par les lois de leur pays.

La classe des lois personnelles comprend sans conteste : 1° les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes (art. 3, alinéa 3), — 2° les lois qui sont interprétatives de la volonté des personnes, ce qui comprend la plupart des lois relatives aux conventions.

A. — Lois concernant l'état et la capacité des personnes.

160. Elles forment le statut personnel par excellence, d'après la formule traditionnelle et consacrée : *statuta quæ disponunt de personis*. Elles règlent les éléments de la condition des personnes, laquelle est individuelle, étrangère à la souveraineté territoriale ; les français, au point de vue de leur état et de leur capacité, sont partout régis par la loi française, à l'étranger comme en France. Réciproquement, la loi française ne réclame aucune compétence sur les étrangers à propos de leur état et de leur capacité ; ils restent justiciables en France de leur loi nationale.

Rien là que de très raisonnable. Seulement que faut-il entendre par ces deux mots : état, capacité. Ils ne sont pas seulement employés à propos de l'article 3, mais dans une foule de cas, et il importe d'en déterminer le sens une fois pour toutes.

source BIU Cujas

L'état d'une personne, d'une manière générale, c'est l'ensemble des qualifications juridiques que cette personne porte, ou plutôt ce sont les conditions que marquent ces diverses qualifications. C'est, en outre, chacune de ces qualifications prise isolément, ou plutôt la situation qui y correspond. Le mot *état* sert à désigner les situations diverses dans lesquelles un individu peut se trouver au point de vue du droit. L'état d'un individu (*status personæ*) c'est sa position, son rôle comme membre de la cité ou de la famille auxquelles il appartient. L'état ainsi compris se détermine pour chacun par la naissance ; il est irrévocablement fixé par la mort ; dans l'intervalle, il est susceptible d'être modifié par différentes causes. Il se résume dans les qualités de français ou d'étranger, d'époux, de père et de mère, d'enfant légitime, naturel ou adoptif. Chacune de ces qualités constitue un état particulier, d'où découlent des droits et des devoirs. Les actes qui constatent ces qualités sont appelés « actes de l'état civil » ; les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu sont appelées « questions d'état », c'est-à-dire relatives à l'état des personnes.

La capacité est autre chose que l'état. On entend par là l'aptitude à se prévaloir des droits qui résultent de l'état, l'aptitude à exercer les droits, à faire les actes par lesquels on les met en œuvre. Par exemple, l'article 8 s'exprime ainsi : « Tout français jouira des droits civils. » Dans ce texte, la qualité de français, c'est l'état de français ; les droits civils découlent de cet état. Est-ce à dire que tout français puisse mettre ces droits en œuvre, les exercer pleinement ? Non. Pour les exercer, il faut de plus que le français soit capable, c'est-à-dire qu'il réunisse les conditions légales d'aptitude à s'en prévaloir. Or la capacité est susceptible de diverses modifications, de différentes restrictions. Les unes tiennent à l'âge : le mineur n'exerce pas ses droits, il est incapable ; la question de savoir si on est majeur ou mineur n'est pas une question d'état, mais de capacité. Les autres tiennent aux rapports d'autorité et de dépendance existant entre certaines personnes : la femme mariée est incapable. D'autres enfin tiennent à certaines infirmités : telles sont les incapacités résultant de l'interdiction, de la nomination d'un conseil judiciaire, du placement dans un asile d'aliénés. Dans tous ces cas, on entend toujours par capacité l'aptitude légale, par

source BIU Cujas

incapacité l'inaptitude à mettre en œuvre un droit, à l'exercer.

161. Les lois concernant la capacité, comme celles concernant l'état, sont de statut personnel ; elles ne sont pas l'effet ou la conséquence de la souveraineté territoriale, mais de l'autorité sur les personnes. Dès lors, les lois relatives à la nationalité, au mariage, à la filiation, à l'adoption, sont applicables aux français en France et leur restent applicables à l'étranger. Le français à l'étranger a l'état que lui donne la loi française ; réciproquement l'étranger en France a l'état que lui donne sa loi nationale. De même les lois françaises relatives à la fixation de la minorité et de la majorité, à la tutelle et à l'émancipation, à la puissance paternelle ou maritale, à l'interdiction, à l'incapacité de la femme mariée, régissent les français non seulement en France, mais à l'étranger.

En cela, l'article 3 alinéa 3 est formel et divers textes font application de l'idée, par exemple l'article 170 : il décide que le français, pour contracter un mariage valable à l'étranger, doit satisfaire aux règles du Code civil relativement aux qualités et conditions requises quant au mariage (art. 144 à 164). Réciproquement, l'étranger en France est régi, quant à sa capacité, par sa loi nationale ; la France reçoit les étrangers avec la capacité que leur reconnaît leur loi nationale. L'article 3, il est vrai, ne le dit pas ; mais deux motifs permettent de l'affirmer. D'abord la personnalité des lois concernant l'état et la capacité est le droit commun de l'Europe ; d'autre part, l'historique de la rédaction du Code civil prouve qu'on a entendu maintenir chez nous la tradition. La pratique est fixée en ce sens et n'est pas contredite par l'article 3 [1].

Donc, pour savoir si un étranger a telle ou telle patrie, s'il est mineur ou majeur, enfant légitime ou naturel, marié, célibataire ou divorcé, s'il a capacité pour exercer tel droit, pour passer tel acte, il faut se référer aux lois étrangères. L'étranger est pour nous, au point de vue de son état et de sa capacité, ce que le fait sa loi nationale, et nous devons traiter ses actes conformément aux prescriptions de cette loi. Par

1. Aubry et Rau, I, p. 92 et 93. Trib. de la Seine 6 août 1878 (*Le Droit*, 25 septembre 1878), — Chambéry 9 janvier 1884, D. P. 1885.II.279, — Paris 21 mai 1885, D. P. 1886.II.14, — Amiens 6 décembre 1888 (*Journal du droit international privé*, 1889, p. 457), — Rennes 7 février 1890, D. P. 1891.II.180.

source BIU Cujas

exemple, d'après le droit espagnol, le mariage est permis à douze ans pour les femmes et à quatorze ans pour les hommes. Cette règle n'est certainement pas applicable aux français en Espagne, car la loi française fixe autrement la majorité quant au mariage (art. 144) et la loi française, en tant qu'elle a trait à la capacité des personnes, régit les français même à l'étranger. Inversement, les espagnols résidant en France peuvent se marier à douze et quatorze ans. Si, en effet, la règle française est différente, cela tient à des questions de race, de tempérament, de climat, de mœurs ; puis il est indifférent à la France qu'un espagnol se marie à tel ou tel âge : la seule chose qui la touche, c'est le respect des lois françaises par tous les français.

B. — Lois interprétatives de la volonté des personnes.

162. Cette classe de lois comprend la plupart des lois relatives aux contrats et conventions. La maxime *locus regit actum* soumet les conventions, au point de vue des formalités extérieures, à la loi du pays où elles sont passées ; l'article 3 alinéa 3 les soumet à la loi nationale des parties en ce qui concerne la capacité des parties ; c'est encore la loi nationale des parties qui doit être suivie en ce qui concerne la détermination des effets produits par les conventions. En effet, il s'agit là d'une question d'interprétation ; la loi ne fixe les effets d'une convention qu'en supposant que telle est la volonté des parties. Or la recherche de la volonté, des intentions probables ne peut se faire que d'après la loi qui régit les personnes ; l'intention ne peut être recherchée qu'eu égard aux lois auxquelles une personne est soumise, dont elle a l'habitude, c'est-à-dire aux lois nationales. Ainsi l'article 1393 est applicable aux français qui sont à l'étranger, mais non aux étrangers en France. Il en est de même de l'article 1135.

163. En résumé, quant à l'étendue de leur autorité, les lois sont de deux sortes : territoriales et personnelles. Voilà la classification dont l'article 3 contient le principe. L'utilité pratique en est apparente. Les lois territoriales sont applicables à tous ceux qui sont sur le territoire, indépendamment de leur nationalité ; les lois personnelles, au contraire, sont applicables aux personnes d'après leur nationalité et indépendamment de leur résidence. Le fondement sur lequel la

source BIU Cujas

classification est établie n'est pas moins apparent. Les lois territoriales sont affaire de souveraineté sur le sol ; les lois personnelles sont affaire d'autorité sur les personnes.

164. Ainsi envisagée, dans son énoncé général et ses grandes lignes, la classification de l'article 3 est simple. Si maintenant on en pousse plus loin le développement, elle devient au contraire très compliquée, et la complication tient à trois causes.

1° S'il y a, et en grand nombre, des lois dont le caractère, territorial ou personnel, est incontesté, il en est d'autres, sur le caractère desquelles on peut hésiter ; d'où résulte qu'une double question se pose quant à ces lois : question de savoir si elles sont applicables aux étrangers en France et si elles restent applicables aux français à l'étranger.

2° Même quand le caractère territorial ou personnel des lois est reconnu, c'est une question de savoir si les conséquences de l'article 3 doivent être admises d'une manière absolue, ou s'il y a des limites au delà desquelles l'intérêt français veut qu'on ne les applique plus.

3° L'article 3, même élargi par l'usage traditionnel, laisse en dehors de ses prévisions des catégories entières de lois. Faut-il les considérer comme territoriales ou personnelles ?

Ce n'est pas le moment d'aborder toutes ces questions. La solution à donner dépend de la nature, du caractère et du but de chaque loi envisagée isolément. Nous ne pouvons, sur l'article 3, énoncer ici que les idées générales ; les applications de détail viendront plus tard. Quelques exemples suffiront pour marquer comment l'hésitation peut se produire.

1er *Exemple*. — Le premier alinéa de l'article 3 dit que les lois de police et de sûreté sont territoriales ; nous avons cité les principales, notamment les lois sur la police du travail et sur la protection due aux enfants du premier âge. Ce sont des mesures de sûreté, d'ordre général, de police. Mais où s'arrêter ? C'est une question de limites souvent difficile à trancher. Voici par exemple une loi qui se rapproche singulièrement des précédentes : la loi du 28 mars 1882, qui a rendu obligatoire l'instruction primaire. Est-elle applicable aux étrangers qui sont en France ? Il est intervenu des décisions judiciaires en sens divers. Les uns soutiennent que c'est une loi de statut personnel, disant : c'est une loi relative aux rapports de famille, qui règle les devoirs des parents à l'égard

source BIU Cujas

des enfants ; on ajoute ceci : que nous importe, après tout, comment sont élevés les enfants étrangers ? D'autres soutiennent que c'est une loi de statut réel, disant : c'est une loi d'intérêt général, nécessaire au bon ordre ; on ajoute ceci : la loi de 1882 n'est qu'une application de l'article 203, qui est certainement de statut réel, et le même caractère doit appartenir à la loi de 1882 [1].

2e *Exemple.* — Le second alinéa de l'article 3 dit que les lois relatives au régime de la propriété immobilière sont de statut réel. Le même caractère appartient-il aux lois qui concernent le régime de la propriété mobilière ? Faut-il considérer l'article 3 alinéa 2 comme leur étant applicable et traduire, dans cet article, le mot *immeuble* par le mot *biens* ? La question présente un grand intérêt. Il est d'autant plus étonnant qu'elle ait été passée sous silence qu'elle avait été discutée dans l'ancien droit ; c'est d'autant plus regrettable que la fortune mobilière a aujourd'hui une importance considérable, au moins égale sinon supérieure à celle de la fortune immobilière.

Si l'article 3 ne résout pas la question, du moins il en implique la solution, car, par cela seul qu'il ne soumet aux lois françaises que les immeubles appartenant à des étrangers, il donne à conclure qu'il entend ne pas y soumettre les meubles ; si la règle était la même pour les deux sortes de biens, l'article ne parlerait pas seulement des immeubles. Il y a d'ailleurs une raison de cette différence. Les meubles n'ont pas, comme les immeubles, de situation fixe et stable qui les soumette territorialement à une loi déterminée ; ils ne sont pas d'un pays plus que d'un autre. Il y a longtemps qu'on a dit : *mobilia personam sequuntur, ambulant cum persona.* Ils sont les accessoires de la personne à laquelle ils appartiennent ; ils sont dès lors soumis aux mêmes lois que cette personne, ce qui revient à dire que les lois concernant le régime de la propriété mobilière sont personnelles.

1. Aix 7 février 1884, D. P. 1885.I.212, Sir.1884.II.57. Cpr. la décision du ministre de l'instruction publique, consulté par le préfet de Seine-et-Marne : la loi du 28 mars 1882 est applicable aux enfants des étrangers admis à domicile et non aux enfants des autres étrangers (*Rev. gén. d'administration*, 1883, I, p. 54). Cette décision est moins absolue que la solution donnée précédemment par le même ministre à l'administrateur du territoire de Belfort : la loi du 28 mars 1882 doit être considérée comme une loi de police et de sûreté, applicable, aux termes de l'art. 3, à tous ceux qui habitent le territoire (*Rev. gén. d'administration*, 1882, III, p. 447).

source BIU Cujas

Toutefois ce n'est plus complètement le droit actuel. Il s'est fait à cet égard, depuis le Code civil, une évolution importante ; il est nécessaire d'en indiquer les résultats acquis, au moins les résultats généraux.

La tendance très apparente, dans la pratique française actuelle, est de faire rentrer le régime de la propriété mobilière dans le statut réel, d'assimiler à cet égard les meubles aux immeubles. Le droit international est moins un droit codifié qu'un droit d'usage et de tradition ; pour tout ce qui n'est pas l'objet de décisions formelles, l'usage se développe librement. Or c'est dans le sens de la territorialité des lois relatives aux meubles que la jurisprudence incline visiblement. Deux influences ont contribué à ce revirement.

Théoriquement, c'est un droit incontestable pour une nation de ne pas admettre chez elle l'application des lois étrangères. Ce droit est une conséquence directe de la souveraineté. Or la souveraineté nationale, s'étendant sur le territoire, s'étend par suite sur tout ce qui s'y trouve. Vainement on objecte que les meubles n'ont pas, vu leur nature même, de situation fixe et stable, que ce sont des choses mobiles, susceptibles de changer de place, et que l'article 528 les définit précisément ainsi ; cela ne les empêche pas d'avoir, en fait, une situation ; lorsqu'ils se trouvent en France, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient, de même que les immeubles, régis par la loi française.

En fait, si dans l'ancien droit la loi territoriale n'a pas réclamé autorité sur les meubles, ce fut à raison de leur peu d'importance. Aujourd'hui que la fortune mobilière a pris un accroissement inattendu, qu'elle est au moins égale à la fortune immobilière par suite du développement des valeurs mobilières, des titres de rentes, obligations et actions, une tendance toute naturelle doit conduire à soumettre les meubles aux lois françaises, au nom de la souveraineté nationale sérieusement intéressée.

C'est en effet ce qui est arrivé. L'évolution a amené les résultats suivants.

D'abord, il est admis que les meubles, même appartenant à des étrangers, dès qu'ils sont en France, sont régis par la loi française lorsqu'ils sont envisagés comme objets particuliers, individuellement. La raison est simple. Dès qu'on les considère comme un corps, comme une individualité, ils ont

source BIU Cujas

une situation de fait ; ils sont, quoique meubles, situés en France. Ainsi, dans quelles conditions un meuble peut-il être revendiqué par son propriétaire, saisi par les créanciers de celui-ci, mis en gage, affecté par privilège à certains créanciers ? C'est d'après la loi française que ces questions sont résolues. Il en résulte par exemple que l'article 2279 est applicable aux meubles appartenant à des étrangers ; les questions de revendication, de possession, de saisie, de privilèges, doivent, même relativement aux étrangers, être résolues par application de la loi française. Envisagés individuellement, les meubles ont une situation ; les lois qui les régissent comme tels sont territoriales [1].

L'ancienne règle *mobilia sequuntur personam* n'est plus applicable qu'aux universalités de meubles, aux meubles envisagés comme rentrant dans une universalité, comme formant une universalité ; en d'autres termes, la règle n'est plus appliquée qu'à propos des transmissions de meubles par succession *ab intestat* et par legs universel ou à titre universel. Quand un étranger meurt en France, sa succession mobilière, à l'inverse de sa succession immobilière, est dévolue et liquidée d'après la loi du défunt. En effet, si un meuble, considéré individuellement, peut, au moins dans une certaine mesure, être regardé comme étant en France, un ensemble de meubles, une universalité, chose abstraite, n'a pas de situation ; elle se confond avec la personne ; d'où les questions qui s'y rapportent sont à résoudre d'après le statut personnel du propriétaire défunt.

C'est la doctrine reçue. Encore la jurisprudence, inclinant toujours dans le même sens, a restreint sous maints rapports l'application de la loi étrangère. D'après la tradition, ce qu'on appelle statut personnel, c'est la loi nationale, la loi d'origine. Cela ne fait pas de doute quand il s'agit des lois personnelles proprement dites, énumérées plus haut, notamment celles relatives à l'état et à la capacité. En matière de successions, pour le règlement des successions mobilières laissées en France par des étrangers, la jurisprudence a subs-

1. Trib. de la Seine 17 avril 1885 (*Journal du droit intern. privé*, 1886, p. 593), — Trib. de la Seine 19 février 1889 (*ibid.*, 1889, p. 621), — Montpellier 9 mai 1890, D. P. 1891. II. 197, Sir. 1892. II. 240, — Douai 11 décembre 1891, D. P. 1894. II. 193, — Paris 21 août 1882, Sir. 1883. II. 117, — Trib. de la Seine 15 juillet 1885 (*Journal du droit intern. privé*, 1885, p. 450).

source BIU Cujas

tité à la loi nationale ou loi d'origine la loi du domicile. De sorte que, si l'étranger a son domicile en France, sa succession, même mobilière, est dévolue et liquidée conformément à la loi française. Ç'a été un moyen de diminuer l'application en France des lois étrangères et d'élargir l'autorité de la loi française[1]. Nous verrons plus loin comment un étranger peut avoir un domicile en France (art. 13).

Le seul cas dans lequel la succession reste soumise à la loi nationale ou d'origine, au vrai statut personnel, c'est quand le défunt n'avait pas son domicile en France. C'est tout ce qui reste du droit traditionnel, de celui que consacre implicitement l'article 3 alinéa 2. Encore y aurait-il à faire bien des réserves de détail ; notamment, à défaut d'héritier, pourquoi n'appliquerait-on pas l'article 768 ?

La tendance à territorialiser les lois relatives au régime de la propriété mobilière est ainsi manifeste ; elle s'est traduite en résultats très positifs. C'est au moins la tendance de la jurisprudence française. A l'étranger, et en ces matières, vu l'idée de réciprocité qui domine, il faut tenir compte de ce qui s'y passe, la tendance inverse a ses partisans ; on tend parfois à personnaliser même les lois relatives au régime de la propriété foncière. On peut, en effet, constater deux courants. Les uns, obéissant à des aspirations cosmopolites, tenant peu compte de l'idée de nationalité, visent à personnaliser toutes les lois ; le monde serait la patrie commune où on circulerait librement, chacun restant, à tous égards, régi par sa loi nationale ou d'origine. Les autres, plus imbus de l'idée de nationalité, visent à territorialiser toutes les lois au nom de la souveraineté locale. Rien d'intéressant comme ces controverses doctrinales, si on observe les tendances sociales auxquelles elles correspondent. Il ne nous appartient pas d'y pénétrer davantage ; il suffit de les avoir constatées.

3e *Exemple.* — Il se rapporte à la règle d'après laquelle les lois relatives à la forme des actes sont territoriales. Si générale que soit la règle, elle reçoit cependant une restriction. Bien comprise, la règle *locus regit actum* est une facilité nécessaire, reconnue au profit de ceux qui sont loin de leur pays ; ce serait la fausser que de laisser y recourir comme à

1. La Cour de cassation n'admet cette solution que quand l'étranger a été admis à établir son domicile en France (art.13). Cass. 22 février 1882, D. P.1882. I.301, Sir. 1882. I. 393 (note de M. Labbé).

source BIU Cujas

un moyen d'éluder la loi française, de sorte qu'elle cesse d'être applicable quand on ne l'invoque que pour faire échec à la loi française. Les lois sont faites pour qu'on en use, non pour qu'on en abuse.

C'est ce qui a été maintes fois jugé, spécialement en matière de mariage. Deux personnes ont des raisons pour dissimuler leur mariage. Sachant qu'il sera connu si elles le contractent en France, elles passent la frontière, se marient à l'étranger et reviennent chez elles quelques mois ou quelques jours après. Le mariage est-il valable ? Incontestablement non. Bien entendu il ne le serait pas s'il y manquait quelqu'une des conditions exigées quant à l'état ou à la capacité, car état et capacité sont régis par la loi française (art. 3 alin. 3). Mais supposons toutes les conditions de capacité réunies ; un seul vice est allégué : le mariage a été célébré dans la forme du pays et non dans la forme française. La validité du mariage dépend de la question de savoir si le français a ainsi contracté mariage par suite de circonstances non préméditées. La règle *locus regit actum* n'est pas admise comme moyen de tourner la loi, mais comme moyen de parer aux exigences de situations anormales. La longueur ou la brièveté du séjour à l'étranger n'y font rien. C'est ailleurs qu'il faut chercher l'élément de solution ; il faut examiner si ce sont les circonstances qui ont amené le français à passer l'acte à l'étranger, ou s'il n'a eu recours à cette combinaison que pour éluder la loi française.

4e *Exemple*. — Il a trait au troisième alinéa de l'article 3, d'après lequel les lois qui concernent l'état et la capacité sont de statut personnel. Les étrangers en France restent, à cet égard, soumis à la loi de leur pays. Mais n'y a-t-il pas quelques réserves à faire ? D'accord sur le principe, on ne l'est pas sur les conséquences et il importe de signaler les plus connues parmi les questions discutées à ce sujet.

1° On s'est demandé si un étranger en France peut se prévaloir des incapacités résultant de sa loi nationale pour faire tomber un acte au détriment d'un français. L'hypothèse est simple. La majorité est fixée en France à vingt-un ans (art. 488), tandis qu'elle est fixée à vingt-cinq ans dans la plupart des pays étrangers, notamment en Allemagne. Cela étant, un étranger qui a vingt-trois ans contracte en France avec un français, sans se munir des autorisations qui sont nécessaires

source BIU Cujas

au mineur d'après la loi du pays de cet étranger ; puis, quand il s'agit d'exécuter, il invoque sa loi nationale, aux termes de laquelle il est mineur, et demande la nullité de l'acte par lui passé (art. 1125). Peut-il agir ainsi ?

L'affirmative est évidente, en vertu du principe que les lois relatives à l'état et à la capacité sont de statut personnel. C'est le cas de répéter avec Cicéron : « *Mihi placere non solet consequentia reprehendere quum prima concesseris*[1]. » Sans doute l'application de la loi étrangère va ainsi nuire au français, mais l'intérêt français sainement entendu l'exige. Si, en effet, nous n'acceptons pas chez nous l'application stricte aux étrangers de leurs statuts personnels, les autres nations ne toléreront pas chez elles l'application à nos nationaux de nos statuts personnels. Ce n'est pas eu égard à un cas particulier qu'il faut envisager cette question, c'est en général. Peut-être des circonstances particulières montreront-elles que le français a été trompé, victime de manœuvres frauduleuses, auquel cas l'étranger ne serait pas admis à se prévaloir de son dol ; en dehors de ce cas, l'étranger pourra lui opposer son incapacité, absolument comme le pourrait un autre français[2].

Cependant la jurisprudence offre sur ce point des décisions contraires, ou du moins qui ont admis certains tempéraments[3]. Notamment il a été jugé qu'un étranger en France ne peut exciper de l'incapacité résultant de sa loi nationale pour se soustraire au paiement des acquisitions faites en vue de ses besoins usuels (tailleurs, etc.)[4]. Le droit absolu conduirait, de ce chef, à des injustices.

2° On s'est demandé si un étranger peut se prévaloir en France des lois de son pays quand celles-ci sont contraires à un principe que la loi française regarde comme étant d'ordre public. Les dispositions des lois étrangères invoquées chez nous comme rentrant dans le statut personnel se heurtent alors à la territorialité des lois de police et de sûreté, si on prend les mots *lato sensu*. Voici quelques exemples.

a) L'article 162 prohibe le mariage entre beau-frère et

1. *Tusculanes*, V, 9.
2. Cass. 16 janvier 1861, D. P. 1861. I. 193, — Trib. de la Seine 19 janv. 1889 (Journal *Le Droit*, 3 février 1889), — Paris 8 février 1883, D. P. 1884. II. 24.
3. Aubry et Rau, I, p. 92 et 93.
4. Trib. de la Seine 1er juillet 1886 (Journal *Le Droit*, 7 juillet 1886).

source BIU Cujas

belle-sœur ; il y a des pays voisins qui ne le prohibent pas. Un étranger en France pourrait-il, invoquant son statut personnel, épouser une femme qui lui serait alliée au degré où les lois françaises prohibent le mariage, si sa loi d'origine le lui permet ? Pourquoi pas ? La loi française édicte des prohibitions pour les français, non pour les étrangers, dont le mariage ne nous regarde pas et doit nous être indifférent. L'ordre public, quelque rigoureuse que soit l'idée qu'éveillent ces mots, est en réalité chose relative : s'il y a l'ordre public français, il y a aussi l'ordre public des autres pays.

b) Une autre difficulté du même genre s'est présentée relativement au divorce. Depuis la loi du 8 mai 1816 jusqu'à celle du 27 juillet 1884, le divorce n'était pas admis en France et l'était, au contraire, dans la plupart des pays d'Europe. Un étranger, marié puis divorcé d'après la loi de son pays, devait-il être admis à contracter mariage en France ? On en a douté assez longtemps et des arrêts ont décidé que non, mais l'opinion contraire a prévalu pour les raisons suivantes. Supposons l'étranger interdit par un jugement rendu dans son pays ; on le traitera comme tel en France. Supposons-le marié ; on le traitera comme tel. Or la loi étrangère a rompu son mariage ; pourquoi alors le tenir encore comme marié ? Le tiendra-t-on comme tel d'après la loi française ? elle ne lui est pas applicable. D'après sa loi nationale ? elle dit qu'il n'est pas marié. Force est bien de le considérer comme libre de se marier. On opposait à cela que la loi française répugnait au divorce et c'était vrai pour les français, mais pour eux seulement.

Telle était, avant 1884, la jurisprudence constante de la Cour de cassation[1]. La question ne peut plus se présenter dans ces termes depuis le rétablissement du divorce, mais elle conserve toute son actualité, même depuis 1884, quant au divorce par consentement mutuel. La loi française ne l'admet pas ; des lois voisines l'admettent. L'étranger, divorcé par consentement mutuel dans son pays, peut-il contracter un nouveau mariage en France ? Il n'en faut pas douter. Aux yeux de la loi française, l'étranger est, quant à son état et à sa capacité, ce que le fait la loi de son pays. Cette loi, nous

1. Voy. Dalloz, *Code civil annoté*, art. 3, nos 104 et 105.

source BIU Cujas

n'avons aucune compétence pour la discuter, et nous ne sommes pas intéressés à la contester.

3° Un français marié se fait naturaliser à l'étranger ; il est désormais soumis au statut personnel de son pays d'adoption. Il divorce par consentement mutuel. Son mariage est-il légalement dissous ? C'est une question importante, qui a reçu de la jurisprudence des solutions diverses[2] ; elle n'est pas susceptible d'une solution absolue et tout dépend des circonstances. La loi est faite pour qu'on en use, non pour qu'on en abuse; l'article 3 ne peut être invoqué comme un moyen d'éluder les dispositions de la loi française. C'est à la lumière de ces idées qu'il faut étudier la question. Il faut examiner si la naturalisation du français à l'étranger a été amenée par les circonstances, ou si elle a été sollicitée comme un moyen d'arriver au divorce. L'hypothèse n'est pas chimérique. En Suisse, par exemple, la naturalisation est très facile à obtenir ; c'est une affaire de quelques jours. On a vu des français qui se faisaient naturaliser en Suisse, divorçaient et revenaient en France avec l'idée très fausse qu'ils étaient libres et pouvaient y contracter une nouvelle union.

4° Un étranger ne réunit pas les conditions requises pour le mariage par sa loi nationale, mais il réunit les conditions requises par la loi française. Peut-il se marier ? Evidemment non. Quand on admet un principe, il faut en accepter les conséquences.

5° Une dernière question doit être signalée. Elle a été soulevée à propos d'une institution qui est bien loin de nos mœurs, la polygamie. Supposons un mahométan en France et déjà marié. Peut-il être admis à contracter en France un autre mariage ? Question délicate et qui n'est pas de nature à se présenter souvent, mais qui a sa valeur comme exemple. En général, on répond par la négative et on dit : la monogamie est chez nous d'ordre public et, dès lors, le statut personnel de l'étranger se heurte à la territorialité des lois d'ordre public. La solution est très contestable, car elle est contraire au principe de l'article 3, d'après lequel les lois relatives à la capacité sont de statut personnel. Sans doute la loi française répugne à la polygamie, mais seule-

1. Cass. 16 décembre 1845, D. P. 1846. I. 7, Sir. 1846. I. 100, — Cass. 19 juillet 1875, D. P. 1876. I. 5, — Caen 16 mars 1846, D. P. 1847. II. 33.

source BIU Cujas

ment pour les français, qui sont ses justiciables ; quant aux étrangers, la loi française leur reconnaît l'état et la capacité qui leur sont conférés par leurs lois nationales ; or la loi nationale du mahométan lui permet de contracter mariage malgré l'existence d'un précédent mariage non dissous et cette faculté suit en France le mahométan. La preuve, c'est qu'on n'aurait jamais l'idée de poursuivre un mahométan pour bigamie, car sa loi nationale lui permet d'avoir plusieurs épouses légitimes. Si on tolère ainsi qu'il ait plusieurs épouses légitimes, pourquoi ne pas tolérer qu'il en prenne une de plus alors qu'il en a déjà d'autres ?

165. Il faut arrêter là les développements relatifs à l'article 3. Les indications données suffisent à dégager le principe, les conséquences qu'il entraîne et la nature des difficultés auxquelles il donne lieu. Toutefois, deux observations encore doivent être faites à titre de complément.

A. Il résulte de l'ensemble des règles reçues en cette matière que la loi française et les lois étrangères peuvent se combiner dans l'application. Deux exemples suffisent à le montrer.

a) Le premier se rapporte à la matière du mariage. Un anglais et une espagnole se marient à Paris. Trois législations doivent être mises à contribution : la capacité du mari est réglée par la loi anglaise, celle de la femme par la loi espagnole et la forme de l'acte par la loi française.

b) Le second se rapporte à la matière des successions. Un autrichien, propriétaire d'un immeuble situé en France, fait son testament à Rome au profit d'un belge. Quatre législations seront mises à contribution : la capacité du disposant sera réglée par la loi autrichienne, celle du légataire par la loi belge, la forme du testament par la loi italienne et la nature de la disposition par la loi française.

Autant de rapprochements de la loi française et des lois étrangères ; autant de conflits possibles, qui doivent être résolus par application des principes posés dans l'article 3. La prévision et la solution de ces conflits sont l'objet propre du droit international privé.

B. Les principes dont l'article 3 est l'expression servent, par extension et analogie, à résoudre les conflits qu'amène le système reçu quant à la publication des lois. Nous avons cons-

source BIU Cujas

taté que les lois ne deviennent pas obligatoires au même moment dans toute la France ; elles le deviennent à une date qui varie selon les localités. En conséquence, le conflit qui peut exister entre la loi française et les lois étrangères peut se produire aussi entre deux lois françaises, car, en cas de changement dans la législation, les diverses parties de la France sont soumises à deux lois différentes, l'une ancienne et l'autre nouvelle. Nous avons noté les questions qui peuvent se présenter [1]. Reprenons-les pour en donner la solution.

1re *Difficulté.* — Une personne a son domicile à Marseille et réside momentanément à Paris ou réciproquement. D'après le système admis pour la publication des lois, la loi est obligatoire à Paris plusieurs jours avant de l'être à Marseille. Cela étant, le marseillais résidant à Paris est-il soumis à la loi nouvelle à la date où celle-ci est obligatoire à Paris, lieu de sa résidence, ou bien n'y est-il soumis qu'à la date où la loi est obligatoire à Marseille, lieu de son domicile ? Réciproquement, le parisien qui réside à Marseille est-il soumis à la loi nouvelle dès qu'elle est obligatoire à Paris, lieu de son domicile, ou bien seulement quand elle est obligatoire à Marseille, lieu de sa résidence ? En un mot, quand on cherche à partir de quel moment la loi est obligatoire pour une personne, faut-il s'attacher au domicile de cette personne ou à sa résidence de fait ?

Le doute est possible, car le texte de l'article 1 ne fournit aucun élément de solution, pas plus que le décret du 5 novembre 1870.

Les uns pensent qu'il ne faut tenir compte que du domicile et voici comment ils raisonnent. En organisant la publication, le Code et plus tard le décret de 1870 ont entendu établir une règle fixe, indépendante des circonstances individuelles. C'est pour cela qu'ils ont déterminé l'entrée en vigueur des lois par rapport aux circonscriptions territoriales, non par rapport aux personnes. Donc la loi n'est obligatoire quant aux personnes qu'autant qu'elle l'est quant à l'endroit où ces personnes sont domiciliées.

D'autres pensent qu'il ne faut tenir compte que de la résidence et voici comment ils raisonnent. La loi devient obligatoire non pas quand elle est effectivement connue, mais

1. Voy. *suprà*, p. 100 et 101.

source BIU Cujas

quand elle est présumée connue ; or la loi est réputée connue par les intéressés lorsque la connaissance de la loi est censée être arrivée à ces intéressés, eu égard à la distance qui sépare Paris du lieu où ils se trouvent : donc il faut tenir compte de la résidence de la personne, sans que le domicile ait aucune importance.

La jurisprudence [1] a écarté l'une et l'autre solution ; elle résout la difficulté par application de l'article 3, d'après lequel les lois sont territoriales ou personnelles. De cette distinction découlent, quant à la question posée, les règles suivantes. S'agit-il d'une loi d'application territoriale, le marseillais y est soumis à Paris dès que la loi est obligatoire à Paris, quoiqu'elle ne le soit pas encore à Marseille. S'agit-il d'une loi d'application personnelle, le marseillais n'y est soumis à Paris que quand la loi est obligatoire à son domicile, c'est-à-dire à Marseille. Les lois entrent en vigueur par suite de la résidence, s'il s'agit de lois territoriales, par suite du domicile, s'il s'agit de lois personnelles ; en d'autres termes, on résout le conflit entre les lois françaises qui ne sont pas applicables dans toute la France comme on résout le conflit entre la loi française et les lois étrangères [2].

2e *Difficulté.* — Supposons un rapport de droit entre deux personnes domiciliées en des lieux qui sont soumis à des lois différentes, entre un parisien et un marseillais. Le fait d'où naît le rapport de droit s'est réalisé alors que la loi nouvelle était obligatoire à Paris et ne l'était pas encore à Marseille. Quelle loi sera appliquée ? La difficulté se présente identique quand il s'agit d'un rapport entre un français et un étranger. Chacun d'eux obéissant aux lois de son pays, l'article 3 dit comment on sort d'embarras. Par analogie, on suit la même règle pour l'application de la loi française au cas qui nous occupe.

3e *Difficulté.* — Il y a des lois qui suivent les français à l'étranger (art. 3, alin. 3) et la question se pose de savoir comment la loi promulguée devient obligatoire à l'égard des français résidant à l'étranger. Pour ne pas raisonner dans le vague, prenons un exemple, emprunté à la matière du divorce. La loi du 8 mai 1816, abolissant le divorce, a été obligatoire

1. Cass. 20 février 1845, D. P. 1845. I. 107.
2. Demolombe, *De la publication, des effets et de l'application des lois*, n° 31.

source BIU Cujas

à Paris le 10 mai au matin. Un français divorce le 11 en Amérique ; il revient en France quelque temps après, croyant avoir valablement divorcé, s'étant peut-être remarié, et il se trouve que la faculté de divorcer avait été retirée la veille du jour où il avait divorcé. Lui appliquera-t-on la loi nouvelle ?

D'une part, l'article 1 et le décret de 1870 ne déterminent les conditions de la publication qu'eu égard au territoire français. L'article 1 dit : « Les lois seront exécutées *dans chaque « partie du royaume* du moment où la promulgation en pourra « être connue.... La promulgation sera réputée connue, *dans « le département de la résidence royale*, un jour après celui « de la promulgation, et, *dans chacun des autres départements*, « après.... » Le décret du 5 novembre 1870 est conçu d'une manière analogue ; il parle de Paris et des arrondissements. Le système de la publication fictive résultant de l'expiration de certains délais n'est donc applicable que dans les limites du territoire français.

D'autre part, on ne saurait admettre que la loi nouvelle devienne obligatoire pour les français résidant à l'étranger dès et par cela seul qu'elle a été promulguée. La loi serait alors obligatoire pour le français qui habite New-York ayant de l'être pour celui qui habite Paris, car la loi n'est obligatoire à Paris qu'un jour après celui de la promulgation.

La vérité consiste à ne retenir de l'article 1 que l'idée générale, d'après laquelle les lois sont obligatoires du moment où la promulgation peut en être connue. S'agit-il du territoire français, ce moment est déterminé par l'effet de présomptions légales. S'agit-il des pays étrangers, les présomptions sont inapplicables ; dans le silence de la loi, il appartient aux tribunaux de faire cette détermination d'après les circonstances de la cause. C'est une question de fait et de bonne foi ; pour la trancher, il faudra tenir compte de la rapidité des communications postales, de l'instruction du français résidant à l'étranger, des moyens d'information, etc. La situation du *Cow-boy* habitant de *Far West* n'est évidemment pas la même à ce point de vue que celle du français résidant à quelques kilomètres au delà de la frontière [1].

1. Demolombe, *op. laud.*, n° 29. — Cass. 22 juin 1891, D. P. 1891. I. 353, Sir. 1891. I. 289. Voy. dans Dalloz la note et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.

source BIU Cujas

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE V

Introduction 1

SECTION I. — *Quelques définitions* 3

SECTION II. — *Le droit naturel* 12

SECTION III. — *Le droit positif* 20

§ 1. — Objet général du droit positif 21
§ 2. — Diverses parties du droit positif 22
§ 3. — Sources du droit positif 28

SECTION IV. — *Le Code civil* 66

§ 1. — Rédaction du Code civil 66
§ 2. — Modifications d'ensemble subies par le Code civil depuis son apparition 74
§ 3. — Méthode et plan général du Code civil 76

Explication du titre préliminaire du Code civil 81

SECTION I. — *De la promulgation des lois* 82

SECTION II. — *De la publication des lois* 90

SECTION III. — *De la date des lois* 103

SECTION IV. — *De l'abrogation des lois* 108

SECTION V. — *De l'autorité et de l'application des lois* 112

§ 1. — De l'autorité en général des lois 113
§ 2. — De l'autorité des lois quant au temps qu'elles régissent. 131
§ 3. — De l'autorité des lois quant aux personnes et quant aux choses auxquelles elles s'appliquent 155

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. THEVENOT, successeur, Saint-Dizier (Haute-Marne).

source BIU Cujas